

I. deb. 153.

I deb

TRAITÉ

DE

LA POSSESSION.

Inv. čís: 125

Sign: 68

TRAITÉ

DE

LA POSSESSION

D'APRÈS

LES PRINCIPES DU DROIT ROMAIN,

PAR

M. Fr.-Ch. de Savigny,

CONSEILLER INTIME DE JUSTICE,
PROFESSEUR ORDINAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT A L'UNIVERSITÉ
ET MEMBRE DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES DE BERLIN.

TRADUIT DE L'ALLEMAND
(SUR LA 6^{me} ÉDITION),

PAR JULES BEVING,
Avocat.

BRUXELLES.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE.
HAUMAN ET COMP.

1840

T dec-153



T-4228

1320/139

B

AVIS DE L'ÉDITEUR.

Le succès immense que le *Traité de la Possession* de M. de Savigny a obtenu en Allemagne, dès sa première publication en 1803, et qui a suivi l'auteur dans cinq éditions subséquentes, dont la dernière fut publiée en 1837, nous a engagé à faire connaître en Belgique et en France cet ouvrage qui a opéré une véritable révolution dans la théorie de la possession du droit romain.

Déjà, de 1821 à 1823, M. le professeur Warnkœnig, alors attaché à l'université de Liège, a publié une analyse de ce traité, en quatre articles, qui furent insérés dans la *Thémis* ou *Bibliothèque du*

SAVIGNY.

a



Jurisconsulte (1), et plus tard, en 1827, il les réunit et en forma une brochure. Voici comment ce savant professeur s'exprime dans l'avant-propos de cette *Analyse* : « Si le public daigne accueillir favorablement cette analyse, l'auteur essayera quelque jour de faire passer dans la langue française l'ouvrage original, dont le mérite, reconnu depuis longtemps, ne doit pas être circonscrit à la seule Allemagne. » Et plus loin : « L'auteur de cette *Analyse* aurait préféré donner au public une traduction de l'ouvrage même. Mais les soins qu'il doit à d'autres travaux le forcent à différer encore cette publication, dont le projet l'occupe chaque jour plus fortement, depuis que la Théorie de M. de Savigny sur la possession est plus généralement connue en France et en Belgique (2). »

En publiant, pour la première fois, une traduction entière du *Traité de la Possession* de M. de Savigny, nous avons pensé rendre de grands services à la jeunesse de nos universités, à tous les hommes qui

(1) Ce recueil fut publié par MM. Blondeau, Ducaurroy, Danaute, Jourdan et Warnkœnig. L'analyse y a paru dans le t. III, p. 224-235; p. 445-460; t. IV, p. 234-235; et t. V, p. 545-566.

(2) V. le *Globe*, t. V, p. 45, du 17 juillet 1827, p. 240.

s'appliquent à l'étude du droit, et à la science en général; espérons que nos efforts seront couronnés de succès, et que cet ouvrage, digne sous tant de rapports d'obtenir les honneurs de la traduction, sera un heureux avant-coureur de plusieurs autres, dont nous nous proposons de publier également la traduction.

Bruxelles, 1^{er} décembre 1839.

TRAITÉ
DE
LA POSSESSION.

INTRODUCTION.

I. — SOURCES.

1. Gajus, *Institutiones*, livre II, §§ 89, 90, 94, 95; liv. IV, §§ 158-170.
2. *Fragmenta Vaticana*, §§ 90, 91, 92, 93, 293, 311.
3. *Collection Visigothe* :
 - A. Paul, *Sententiæ receptæ*, liv. V, tit. 2 (*de usucapione*), §§ 1, 2; liv. V, tit. 6 (*de interdictis*). Ed. Hugo, Berol. 1793, in-8°.
 - B. *Code Théodosien*, liv. IV, tit. 22 (*unde vi*); liv. IV, tit. 23 (*utrubi*) (1). Ed. Ritter, Lips. 1736, in-fol.
4. *Institutes de Justinien*, liv. IV, tit. 15 (*de interdictis*), §§ 4, 5, 6.
5. *Digeste*, liv. XLI, tit. 2 (*de acquirenda vel amittenda possessione*); liv. XLIII, tit. 16 (*de vi, et de vi armata*) (2); liv. XLIII, tit. 17 (*uti possidetis*); liv. XLIII, tit. 18 (*de superficiebus*);

(1) C'est ainsi qu'il faut lire, d'après la liaison de ce titre avec ceux qui le précédent et qui le suivent, ainsi que d'après son contenu. Les manuscrits portent : *utrumvi*.

(2) Les titres 10 et 11 ne forment, dans le manuscrit florentin, qu'un seul titre; de là vient que dans toutes les anciennes éditions, ainsi que dans celles d'Haioander, le chiffre de ce titre et des titres suivants est diminué d'une unité.

liv. XLIII, tit. 19 (*de itinere actusque privato*); liv. XLIII, tit. 20 (*de aqua cottidiana et aestiva*); liv. XLIII, tit. 21 (*de rivis*); liv. XLIII, tit. 22 (*de fonte*); liv. XLIII, tit. 23 (*de cloacis*); liv. XLIII, tit. 26 (*de precario*); liv. XLIII, tit. 31 (*de utrobi*).

6. Code de Justinien, liv. VII, tit. 32 (*de acquirenda et retinenda possessione*); liv. VIII, tit. 4 (*unde vi*); liv. VIII, tit. 5 (*si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*); liv. VIII, tit. 6, (*uti possidetis*); liv. VIII, tit. 9 (*de precario, et salviano interdicto*).

Pour les *Institutes*, les *Pandectes* et le Code, nous suivons l'édition du Corps de droit donnée par Gebauer et Spangenberg (1), partout où nous ne faisons pas observer que nous nous en écartons; nous n'en rejetons les leçons que là où le contenu de l'ouvrage nous en faisait l'obligation. Plusieurs citations qui se représentent fort fréquemment ne sont indiquées que par abréviations; en voici l'explication :

Cod. Rhed. — Le manuscrit du *Digestum Novum*, par Rhediger, et extrait dans les notes de Gebauer.

Cod. Lips. — Un superbe manuscrit de la bibliothèque de la ville de Leipzig; il comprend le *Digestum Novum* avec des inscriptions et une glose antérieure à Accurse.

Nous mentionnons, dans quelques passages, un manuscrit du *Dig. Novum*, de Louvain. Ce manuscrit appartient à M. l'avocat Van Meenen, de Louvain (2), et M. le professeur Warnkœnig a eu la complaisance de nous en communiquer les leçons (3).

Rom. 1476. — *Digestum Novum* « Rome apud sanctum Marcum (4). Anno a nativitate dni. mcccc. Septuagesimosexto. Die penultima mensis. Marcii. » Fol. max.

Nor. 1483. — *Digestum Novum* « impensis Antonii koburger

(1) Goettingue, 1776 et 1797; elle est toujours préférable à celles de Godefroi. — (Éd. B.)

(2) M. Van Meenen est aujourd'hui président à la cour de cassation de Belgique. — (Éd. B.)

(3) M. Warnkœnig a quitté la Belgique en 1856, et occupe actuellement une chaire à la faculté de droit de l'université de Fribourg, dans le grand-duché de Bade. — (Éd. B.)

(4) Per Vitum Puccher.

nurenberge feliciter est consummatum. Anno xpiane salutis millesimo quadringentesimo octuagesimo tercio. duodecimo kalendas majas. » Fol. min.

Ven. 1485. — *Digestum Novum* « Mira arte Venetiis impressum Impensis Bernardini de novaria. et Antonii de stanchis de valentia. Anno mcccc. lxxxv. die vero undecimo mensis maji. » Fol. max.

Ven. 1491. — *Digestum Novum* « Explicit liber sede ptis digesti novi... Venetiis impressus : arte et impensis Andree calabren. de papia. Anno dni. MccccLxxxxi. die ultimo Aprilis. »

Ven. 1494. — *Digestum Novum* « Venetiis per Baptistam de tortis. M. cccc. lxxxiiii. die xxiii decembris. » Fol. max.

Lugd. 1508. — *Digestum Novum.* « Impressum Lugduni per notabilem virum artis impressoriæ Magistrum Jacobum Saccon. Anno salutiferæ incarnationis dnice Mccccviii. die vero martii xvi. » Fol.

Lugd. 1509. — *Digestum Novum*, avec la même signature que le précédent : « Mccccix. die vero xxvii. novembris. » Fol.

Lugd. 1513. — *Digestum Novum* « Impressum Lugdini per Franciscum Fradin. Anno dni millesimo. cccccxiii. Die vº. xiiii. mensis Novembris. » Fol. max.

Paris. 1514. — *Digestum Novum* « Impressum et denuo in inclyta parrhisorum academia : ad idus decemb. M. D. xiiii. Opera et vigilantia quidem mea : impensis autem et meis ad Joannis Petit. » in-4º.

Lugd. 1519. — *Digestum Novum* ap. Franc. Fradin, impensis Aymonis de porta, 1519. d. 20. Aug. Fol.

Hal. — *Digesta* cura Haloandri, Norembergæ, 1529, in-4º. (Extraits par Gebauer.)

Paris. 1536. — *Digestum Novum... Parisiis.* M. D. xxvi. in-4º. » A la fin : « Pandecte imperatoris Justiniani... Excuse.. in alma Parisiorum academia : in edibus honestissime matrone Yolande Bonhomme, vidue spectabilis viri Thielmanni kerver. imprimis suis..... M. D. xxxv. »

Outre ces sources propres à la possession, il en est qui se rapportent directement à l'occupation, à la tradition et à l'usufruct, et qui appartiennent également à notre sujet.

II. — HISTOIRE LITTÉRAIRE.

Les ouvrages qui traitent de cette partie du droit civil, sont de deux espèces. La première classe s'attache à l'interprétation des sources; la seconde, au contraire, présente un système (1). Cette division porte en même temps un caractère chronologique, de telle manière que le XVI^e siècle peut être envisagé comme limite : mais il ne faut pas prendre ceci trop strictement, car le commencement de la seconde classe se confond, relativement au temps, avec la fin de la première.

PREMIÈRE CLASSE. — *Interprètes.*

1. La *Glose* sur les parties des collections de droit faites par Justinien, et que nous avons déjà indiquées plus haut comme sources.

La glose contient déjà une très-grande partie des opinions et des controverses qui ont été soulevées plus tard, ou tout au moins elle y a donné lieu : cette haute importance de la glose s'explique facilement par la nature même de la matière, qui exigeait bien plus un examen approfondi des collections de Justinien, que l'application de sciences historiques accessoires. Le peu que nous pouvons ici utiliser de Placentin († en 1192), d'Azon († après 1220), de Rofrède († après 1243), et d'Odofrède († en 1265), nous prouve combien nous avons à regretter la perte des ouvrages des glossateurs dont il ne nous reste presque rien que les mauvais extraits d'Accurse :

Placentin, *Summa in Cod.* lib. VII, tit. 52 (ici, tit. 55); pag. 528-533; lib. VIII, tit. 4-6; pag. 575-577; lib. VIII, tit. 9 (ici, tit. 11); p. 579, 580. Ed. Mogunt. 1536, in-fol.

Azon, *Summa in Cod. titt. citt.* fol. 154-155, 145-149. Ed. Lugd. 1557, in-fol.

(1) Il va sans dire que chaque auteur doit être classé d'après son principal ouvrage, et que ses autres écrits seront cités à côté de ce dernier.

Azon, *Ad singulas Leges XII librorum Cod. Just. commentarius et magnus apparatus.* Paris. 1577, in-fol.

La majeure partie de la glose sur le Code est tirée de cet ouvrage. Lib. VII, tit. 52 (p. 567-571); lib. VIII, tit. 4-6; tit. IX (p. 615-624).

Rofrède, *Tractatus judicarii ordinis*, P. 2, 8.—V. plus loin, au § 54.

Odofrède, *Prælect. in Dig. novum.* Lugduni, 1552, in-fol. (fol. 51-65, 100-104), et *in secundam partem Codicis.* Lugduni, 1549, in-fol. (fol. 105-109, 140-148).

2. Les commentateurs, depuis Accurse jusqu'à la fin du XV^e siècle.

Pour ses propres études, l'on peut beaucoup moins utiliser ces ouvrages que les précédents, mais ils acquièrent de l'importance pour l'histoire dogmatique, surtout pour celle de l'école française qui suit immédiatement cette période; sous ce rapport, on ne les a pas assez consultés.

3. Udalr. Zasius († 1555). — Ses leçons sur une partie du titre des Pandectes *de poss.* ont été imprimées pour la première fois à Bâle : Basil. 1545, in-fol. Ensuite, à Francfort : *Opp.* t. III. (Francof. 1590, in-fol.), p. 78-161.

4. Andr. Alciat († 1550). — Ses leçons sur neuf passages du titre des Pandectes se trouvent dans ses *Œuvres*, t. I (ed. Francof. 1617, in-fol.), p. 1188-1265. — Il faut y joindre :

De quinque pedum præscr. num. 76-119 (t. III, p. 550).

Comm. in L. 115, de V. S. (t. II, p. 987).

Dispunct. L. 1, ch. 4 (t. IV, p. 145).

Il est notoire que c'est avec Zasius et Alciat qu'un meilleur goût s'introduisit dans l'exposition du droit civil : mais on ne s'en aperçoit encore guère ou point du tout dans les cours exégétiques.

5. Amyl. Ferretus († 1552). — Les leçons sur les trois passages du titre des Pandectes (L. 1, 5, 12), et dans lesquelles il a, par occasion, intercalé le reste, se trouvent dans ses *Œuvres*, t. I (Francof. 1598, in-4^o), p. 514-630. A la fin, on lit :

« Finis 1551. »

Il est un peu lourd et prolix, mais il a produit quelques idées qui lui appartiennent.

6. Franc. Duarein († 1559). — Ses leçons extrêmement profondes se sont étendues sur tout le titre des Pandectes ; mais nous ne possédons plus que l'explication des onze premiers fragments, qui se trouvent dans ses *OEuvres* (Lugd. 1584, in-fol.), pag. 819-872 ; elles ont été données postérieurement à l'année 1549, car il y cite Ulpien. — Il faut y joindre :

Comm. in tit. de acqu. vel. amitt. poss. (p. 816-818). — Ce commentaire est un court aperçu systématique de cette matière.

Disput. annivers. Liv. I, ch. 18 (p. 1585).

7. Barthol. Romuleus (professeur à Ingolstadt, depuis 1548. *Mederer. ann. Ingolst.* I, 207). — *Comm. s. repet. ad rubr. et L. 1 (princ.) de acqu. vel. amitt. poss.* Lugd. 1561, in-8°. — Prolixe au plus haut degré, et sans goût (1).

8. Joan. Corasius († 1572). — Il n'a traité que deux passages du titre (*Opp.* ed. Forster, Vitemb. 1605, in-fol. t. I, p. 918-968), et est assez insignifiant.

9. Jac. Cujas († 1590). — Cujas a interprété la majeure partie des sources de cette matière, mais son interprétation n'est pas si solide que celle de Duarein, et laisse trop souvent à désirer. La versatilité de ses opinions se rencontre aussi très-fréquemment dans cette partie de ses écrits où il traite de la possession ; il ne sera donc pas superflu de présenter ici un aperçu chronologique de ceux d'entre eux qui rentrent dans notre sujet. La pagination que nous indiquons est celle des deux éditions de ses œuvres, publiées à Naples (1722 et 1758, 10 vol. de texte et 1 vol. de tables, in-fol.).

Les écrits précédés d'un astérisque n'ont paru qu'après sa mort et contre sa volonté :

1556. *Notæ priores in § 4, J. per quas pers. et § 4-6, J. de interd.* (t. I, p. 94, p. 284, 285).

(1) La mention de Romuleus a été faite, pour la première fois, dans la 4^e édition de l'ouvrage.

[1556. *Observ.* I, 20 ; II, 35. Elles ne traitent que quelques passages isolés et des questions spéciales] (1).

1557. *Notæ in Pauli Sent. recept. Lib. v, tit. 2 et 6.* (T. I, p. 469, 478.)

[1559. *Observ.* IV, 3, 7, 8, 11.]

[1562. *Observ.* V, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 27.]

[1564. *Observ.* VI, 4 ; VII, 38.]

1569. *Observ.* IX, 32, 33.

1569. *Paratit. in Dig. XLI, 2* (t. I, p. 845, accompagnés de notes par Fabrot).

1573. *African. Tr.* 7, L. 40, ff. de poss. (T. I, p. 1401.)

[1577. *Observ.* XVII, 2 (imprimées pour la première fois, dans ses *OEuvres*, Paris ap. Nivell. 1577, fol. t. V)].

1570. *Observ.* XVIII, 24.

1579. *Paratit. in Cod.* VII, 32 ; VIII, 4, 5, 6, 9 (t. II, p. 471 ; p. 528-530 ; p. 552, avec des notes de Fabrot).

* 1584, 1585. *Recitat. in Pauli* (2). *Comm. ad Ed.* (t. V), sur les passages qui rentrent dans la possession, et principalement sur la L. 1, 3, ff. de poss. (p. 690-719).

1585. *Notæ priores in § 4, J. per quas pers. et § 4-6, J. de interd.* (t. I, p. 94, p. 284, 285).

[1585. *Observ.* XXIII, 21 ; XXIV, 9, 10, 12.]

* 1588. *Recitationes in tit. Dig. de acqu. vel. amitt. poss.* (t. VIII, p. 256-515). D'abord imprimées, et avec plus de soin que dans la collection : Spiræ, 1594, in-4°.

[? *Observ.* XXV, 5, 32, 33, 34 ; XXVII, 7, 22.] Imprimées pour la première fois en 1595.

*? *Notæ in Dig. XLI, 2* (t. X, p. 512).

*? *Notæ in Cod.* VII, 32 ; VIII, 4, etc. (t. X, p. 694, 697, 698).

*? *Recitat. in singg. LL. Cod.* (t. IX), VII, 32 (p. 1004-1019) ; VIII, 4, 5, 6, 9 (p. 1148-1173). Cet écrit et les deux qui le précèdent ont été imprimés pour la première fois en 1597.

(1) Toutes ses *Observ.* se trouvent dans le 5^e volume de la collection.

(2) Les leçons sur Papinien (t. IV), sur Julien (t. VI), etc., sont moins importantes, parce que ces passages eux-mêmes ne sont pas aussi importants.

*? *Comment. s. Scholia in Institutiones*, ad § 4, J. *per quas pers.* (t. VIII, p. 690). Imprimés en premier lieu, en 1658.

10. Jul. a Beyma († 1588). — Ses leçons, très-insignifiantes, sur le titre des Pandectes et du Code se trouvent dans les *Comm. in varios titulos juris*. Leovard. 1645, in-4° (321-408, p. 409-427).

11. Hubert Van Giffen († 1604) (1). — Le plus profond et le plus complet de tous les interprètes; les cahiers de ses leçons qui ont servi à l'impression de presque tous ses ouvrages, paraissent avoir été très-défectueux; l'impression elle-même est très-négligée. Il a interprété les passages suivants des sources :

Tit. Dig. *de acq. vel amitt. poss.* (*Lecturæ Altorph.* Francof. 1603, in-4°, p. 394-326.)

Tit. Cod. *de adqu. et retin. poss.* (*Ibid.* p. 526-537.)

Ej. Tit. L. 5. (*Explanatio Cod. Colon. Planc.* 1614. in-4°. P. 2, p. 242-244.)

Lib. VIII, Cod. *Proleg. de remed. poss.* (*Ibid.* p. 257-269.)

Tit. Cod. *unde vi.* (*Ibid.* p. 276-298.)

Tit. Cod. *uti possidetis* (*Ibid.* p. 298-308); § 4-6, J. *de interd.* (*Comm. in Institut.* Francof. 1606, in-4°, p. 431-435.)

Il faut y ajouter :

Antinom. jur. civ. lib. IV, disp. 48, *de interdictis.* (Francof. 1605, in-4°, p. 265-277.) Néanmoins, l'authenticité de ce qui est attribué, dans ce livre, à Van Giffen, est encore plus douteuse que celle de ses leçons exégétiques.

12. Guil. Maranus († 1621). — Ses ouvrages (ed. Traj. 1744, fol.) contiennent, outre une introduction insignifiante sur cette matière (p. 475-475), un commentaire sur les trois premiers fragments du titre des Pandectes (p. 599-615); il présente peu d'idées neuves.

SECONDE CLASSE. — *Auteurs systématiques.*

Déjà Placentin et Azon ont donné un court aperçu (*Summa*)

(1) Van Giffen (Giphanius) était Belge d'origine, et a enseigné dans plusieurs universités allemandes.

sur cette matière, comme introduction à l'interprétation des sources, et leur exemple fut suivi par Duarein et par plusieurs autres. Nous nous bornerons toutefois à nommer les auteurs qui avaient pour but l'exposition du système, sans distinguer d'ailleurs s'ils l'établissent en entier, ou si (comme Merenda et Cuperus), ils n'ont voulu présenter que des points spéciaux : mais il faut néanmoins que, dans la poursuite de leur but, ils aient produit un travail digne d'attention (1). Cette restriction ne s'applique pas aux ouvrages les plus récents, parce que le silence, à leur égard, des auteurs postérieurs, ne permet pas encore de décider de leur valeur. Il est presque inutile de s'arrêter aux systèmes qui ont embrassé tout le droit civil, parce qu'ils ne renferment que très-rarement des vues nouvelles sur des matières spéciales.

15. Vaconius a Vacuna, *Novæ declarationes.* Romæ, 1556, in-4°. Lib. 2, declar. 56-92, f. 52-102.

Cet ouvrage est entièrement composé par un des auditeurs de Vaconius, qui suivait ses leçons : le second livre contient une série de recherches sur la possession, assez approfondies, mais obscures et confuses.

14. Georg. Obrecht († 1612), *Methodica tractatio... tituli Dig. et Cod. de adqu. poss.*, in tres partes atque disputationes distincta. D'abord imprimé (d'après Lipenius), à Strasbourg, 1580. Ensuite, dans ses *Disputat.* Ursellis, 1605, in-4°, P. 1, n° 25 (p. 517-571).

La première de ces trois dissertations (ch. 1-5) traite de la notion de la possession; la seconde (ch. 6-13) de l'acquisition, et la troisième (ch. 14-19) de la perte de la possession. — Cet écrit est très-utile, tant à cause de l'ordre facile et naturel dans lequel il est conçu, qu'à cause des idées justes qui lui servent de base.

15. Hugues Doneau (mort en 1594). — Ici appartiennent :

(1) Le XVII^e siècle surtout est riche en dissertations, auxquelles on ferait beaucoup trop d'honneur, si l'on faisait remarquer, de chacune en particulier, qu'elle ne vaut rien.

Commentarii juris civilis, lib. v, cap. 6-15 [la possession en elle-même] (p. 185-198); lib. xv, cap. 52-58 [les interdits] (p. 799-816). Les onze premiers livres de l'ouvrage ont d'abord paru à Francfort, 1589, 1590, 2 vol. in-fol. L'ouvrage complet fut imprimé, la première fois, à Francfort, 1595-1597, 5 vol. in-fol. La pagination que nous suivons se rapporte à l'édition publiée à Hanau (1612, 1 vol. in-fol.). [Avec cet ouvrage combinez : *Comm. in Cod.* lib. viii, tit. 4, 5, 6, (p. 266-285, fol. Peu important.)]

Cette exposition de la possession est traitée d'une manière supérieure; elle est même la seule qui reconnaisse et qui développe la véritable liaison qui existe entre la possession et tout le système du droit civil. Des discussions proprement dites ne pouvaient trouver leur place dans cette section d'un ouvrage plus étendu, mais on voit très-clairement qu'elles l'ont précédé. D'ailleurs, cette exposition de la possession appartient, comme tout l'ouvrage, en même temps aux écrits les plus connus et les plus inconnus du droit civil. Partout l'on cite et l'on apprécie des phrases isolées, mais l'exposé de l'ensemble, qui constitue le vrai mérite de l'ouvrage, est généralement ignoré. Hilliger a même été jusqu'à publier un extrait de l'ouvrage, accompagné de notes, pour rendre ce faux usage bien commode.

16. P. Friderus Mindanus († 1616). — Ses ouvrages sont : *Comm. synopt. de materia possessionis*. Francof. 1597, in-8°. — *Tr. de interdictis*. Francof. 1616, in-4°. — Ces deux traités ont été imprimés ensemble, à Wetzlar, en 1731, in-4°, avec beaucoup de fautes.

Frider montre partout son intention d'établir un système de possession entièrement nouveau; il paraît même vouloir atteindre ce but par des recherches savantes. Mais il n'est peut-être pas d'ouvrage sur cette matière qui renferme aussi peu de vérités et autant d'erreurs que celui de Frider, et l'on ne lui fait pas la moindre injustice, en le déclarant complètement dépourvu d'utilité. Il paraît cependant que l'opinion que nous venons d'émettre n'était pas celle que l'on s'était communément formée

de cet ouvrage, car il a souvent été fortement utilisé par des auteurs postérieurs.

17. Alex. Turaminus. — Son ouvrage, qui a pour titre : *De vera possessionis substantia, ad Paulum in L. 3, § ex contr. possess.*, contient des recherches diffuses et presque sans aucun goût sur la notion et la nature de la possession. Il parut pour la première fois à Ferrare, en 1604, et se trouve dans la collection de ses *OEuvres* (Senis, 1769, in-fol.), p. 255-299.

18. *Notarum juris selectarum liber*, ex subsecivis Fr. Davy Dargenté Antecessoris Andegavensis. Juliomagi Andium, ap. G. Chesneau, 1615, in-4°. — Les 86 premières feuilles de l'ouvrage comprennent un système de la possession, qui n'est pas sans goût, mais privé de fondement.

19. Anton. Merenda († 1655). — Ses *Controversiae juris* parurent par parties depuis 1625. La dernière édition, publiée à Bruxelles, en 1745 et 1746, in-fol., est divisée de la manière suivante : t. I (1745), liv. I-VI; t. II (1745), liv. VII-XII; t. III (1746), liv. XIII-XVIII; t. IV (1746), liv. XIX-XXIII; t. V (1646), liv. XXIV. — Les parties qui se rapportent à la possession, sont : Liv. III, ch. 16-21; ch. 32. — Liv. III, ch. 19, 21. — Liv. VI, ch. 25. — Liv. XII, ch. 1-29. — Liv. XIX, ch. 24. — Liv. XXIV, ch. 35, 39, 45.

Merenda déduit tout le droit de la possession de l'état des peuples nomades. D'après lui, le rapport entre ces peuples et le sol aurait été ce que nous appelons possession, et cette institution juridique aurait été maintenue par des motifs politiques, tandis que l'agriculture faisait naître la vraie propriété foncière. Bien que ce système soit complètement faux, il est cependant deux considérations qu'il ne faut pas perdre de vue : la première est que cette erreur provenait des efforts réels que faisait l'auteur pour formuler son sujet en système; la seconde est que Merenda possédait, à côté de cette erreur, une connaissance profonde du droit romain, qu'il fait souvent concilier de la manière la plus ingénieuse avec cette erreur, et qui rend son ouvrage encore aujourd'hui très-utile.

20. Marc. Aurel. Galvanus († 1659). — En traitant de l'usu-

fruit, l'auteur souleva aussi entre autres cette question : Comment faut-il déterminer la possession en matière d'usufruit ? La solution de cette question a dû être préparée par des recherches sur la nature de la possession ; c'est pour ce motif que les chapitres 33 et 34 de son ouvrage sur l'usufruit (*De usufructu*), rentrent dans notre sujet. Il fut imprimé pour la première fois à Padoue, en 1650, in-fol.

Cet ouvrage contient des recherches très-ennuyeuses et se base le plus souvent sur des notions arbitraires. C'est ainsi que, par exemple, l'auteur examine par rapport à tout possesseur, s'il possède *stricte* ou *late*, *proprie* ou *improprie*, *vere* ou *interpretative*; méthode excellente pour déplacer le véritable point de vue. Nous nous passerons tout à fait de cet ouvrage, bien que l'on ne puisse pas en dire qu'il ne renferme pas des vues profondes.

21. Melch. de Valentia († 1657), professeur à Salamanque. — Ses *Illustres juris tractatus*, ou *Lecturae Salamanticenses* ont paru par parties ; le 3^e livre a été publié pour la première fois, en 1654 ; le 1^{er} et le 2^e avaient déjà paru auparavant, accompagnés d'une savante correspondance de l'auteur avec Antoine Faber. L'ouvrage entier a été imprimé la dernière fois et avec beaucoup de fautes, à Cologne (Coloniæ Allobrogum), en 1750, in-4^o (1). — Le livre 1, traité 2 (p. 27-70), rentre seul dans notre sujet.

22. Franc. Ramos del Manzano († 1685), élève du précédent, et professeur à Salamanque. — Ses leçons sur la possession ont été publiées la première fois par Meermann. (*Thes.*, t. VII, p. 78-114.)

23. Jos. Fernandez de Retes († 1678), élève de Ramos, et professeur à Salamanque. — Ses leçons sur la possession, professées à partir de 1649, se trouvent chez Meermann, t. VII, p. 454-494, et celles sur les interdits, données en 1660, p. 495-539.

(1) L'on a ajouté à cette édition, comme livre anonyme, l'ouvrage *De forma emendandi doli mali*, de Noodt.

Les leçons de ces trois jurisconsultes espagnols sont élaborées avec beaucoup de soin, et, après Doneau, l'on peut les considérer comme les ouvrages les plus profonds qui aient été écrits sur la possession ; il sont déjà de beaucoup supérieurs, quant à leur arrangement extérieur, aux leçons de l'école française. Elles sont divisées et citées comme livres : chacune d'elles fut professée plusieurs fois et toujours refondue. Ces faits nous expliquent pourquoi il est souvent question d'une opinion commune des académiciens de Salamanque. — Valentia paraît avoir joui d'une autorité extraordinaire, mais Ramos mérite peut-être d'occuper la première place parmi ces trois jurisconsultes. Le traité de Retes, qui a pour titre : *De interdictis*, est de beaucoup le plus faible. Il est probable que cet auteur a travaillé le premier sur ce sujet.

24. Hieron. Oroz, professeur à Valladolid, contemporain et antagoniste des trois jurisconsultes de Salamanque. — Il a écrit un ouvrage intitulé : *Apices juris civilis*, dont tout le IV^e livre traite de la possession (p. 268-344, ed. Lugd. 1733, in-fol).

Cet ouvrage ne contient presque aucune idée qui appartienne à l'auteur, et devient sans utilité en ce qu'il est à peu près copié en entier de Frider.

25. Dominicus Aulisius († 1717), professeur à Naples. — Ses *Commentarii ad tit. Pandectarum de acqu. vel am. possessione, de V. O.; de leg. et fid.; sol. matr.* (Neap. 1719, in-4^o), contiennent un système de la possession (p. 1-137), dans lequel il traite à fond et avec sagacité plusieurs points particuliers, mais dont l'ensemble est complètement dépourvu d'un plan conforme à son but. Nous n'y avons pas trouvé d'idées propres à l'auteur et qui aient quelque importance.

26. Jo. Jac. Oppenritter. — Il est auteur des ouvrages suivants : *Diss.* (resp. C. F. Com. a Werschowitz), *Summa possessionis*. Viennæ, 1738, in-4^o. [P. 1, notion et acquisition, p. 1-336 ; P. 2, conservation et perte de la possession, p. 337-383.] — *Diss.* (resp. Com. a Kollowrath), *Beatitudo possidentis*. Viennæ, 1738, in-4^o. [P. 1, avantages de la possession, p. 1-184 ; P. 2, interdits, p. 185-288. Il ne donne qu'une introduction aux interdits ; quant aux interdits possessoires, l'auteur promet, en terminant, un

troisième ouvrage; mais nous ignorons s'il a réellement paru.]

Il ne faut pas chercher, dans ces ouvrages, beaucoup d'idées neuves, mais ils sont très-utiles comme recueils de matériaux, en ce qu'ils présentent, dans les questions les plus importantes, un tableau assez complet, mais sans aucun choix, des opinions des jurisconsultes antérieurs.

27. Robert Joseph Pothier (né en 1699, mort en 1772), professeur et conseiller au présidial d'Orléans.—Le dernier de ses nombreux écrits sur le droit romain et le droit français est un traité de la propriété et de la possession; il porte le titre suivant :

Traité du droit de domaine de propriété, par l'auteur du *Traité des obligations*. T. I, à Paris et Orléans, 1772, in-12.

Traité de la possession [p. 1-128] et de la prescription, par M. Pothier, conseiller au présidial d'Orléans. T. II, Paris et Orléans, 1772, in-12 (1). Il est précédé de la vie de l'auteur.

Avec ces ouvrages il faut combiner le suivant :

Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ, lib. XLI, tit. 2; lib. XLIII, tit. 16-23, tit. 26, tit. 31. (T. III, p. 121-132, p. 215-232, p. 240-244, p. 248-249, ed. Lugd. 1782, in-fol. Pour la première fois, 1748.)

Cet exposé de la possession ne contient aucune idée neuve sur cette matière, mais les idées principales sont justes, et l'exposition elle-même en est très-bonne et utile pour acquérir une intelligence de l'ensemble. L'auteur fait en même temps remarquer les points dans lesquels le droit français s'écarte du droit romain.

28. L.-G. Jupille, *Essai sur les principes du droit tant ancien que moderne, en matière de possession*. Louvain, 1780, in-12.

Ce livre, dont nous avons d'abord révoqué en doute, puis contesté l'existence, est rare, mais très-mauvais. Hugo, dans son *Civilistisches Magazin*, t. III, n° 21, donne des renseignements détaillés sur cet ouvrage.

29. Ernest Chrétien Westphal († 1792), *System des Römischen*

(1) Le titre porte, par une faute d'impression : MDCLXXXII.

Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Leipzig, 1788, in-8°, ou *Système du droit romain sur les espèces des choses, la possession, la propriété et la prescription*. [*Espèces des choses*, P. 1, p. 1-32. — *Possession*, P. 2, p. 33-261. — *Propriété et prescription*, P. 3, p. 261-784.]

Westphal s'était proposé de publier un ouvrage très-savant et qui devait épuiser son objet; il s'était livré, dans ce but, à une étude approfondie des sources et des meilleurs auteurs. Mais il est à regretter qu'il n'ait su tirer presque aucun parti des sources, et qu'il ait toujours choisi les opinions les plus erronées de ses devanciers. C'est précisément dans les points les plus décisifs qu'il tombe dans des erreurs tellement graves, que son livre n'a aucune valeur, pas même comme compilation. Sa plus grande force consiste à développer les fautes des jurisconsultes romains, et à se mettre avec beaucoup de hardiesse au-dessus d'elles, même sous le rapport pratique.

Angelus Jacobus Cuperus (diss. inaug.), *Observationes selectæ de natura possessionis*. Lugd.-Bat. 1789, in-4° (120 p.). Thibaut en a donné une nouvelle édition, à Jena, en 1804, in-8° (154 p.); il y a ajouté (p. 155-174) : *Editoris de naturali et civili possessione animadversiones*. V. plus loin, sous le n° 37. Nous citons d'après la première édition.

Il existe peu d'écrits sur le droit civil qui aient été accueillis avec une faveur aussi générale que celui-ci; il est donc nécessaire d'en examiner le caractère avec plus de détails que nous n'avons fait pour les autres. Il est le fruit d'une étude très-approfondie des sources, et peut, avec raison, être qualifié d'élégant, non-seulement à cause de la supériorité avec laquelle l'auteur a su tirer parti des sources, mais encore à cause de la direction uniforme de ses recherches, par laquelle il se distingue très-avantageusement de la plupart des ouvrages hollandais que de nombreuses digressions rendent si souvent ennuyeux (1). Mais malgré toute cette supériorité, il n'y a que

(1) Le jugement porté par Hoepfner, sur Cuperus, est tout à fait inconce-

quelques observations isolées que l'on puisse considérer comme le vrai résultat de l'ouvrage, et même, dans les points les plus importants, les opinions professées avant lui par d'autres auteurs, méritent évidemment la préférence. Cet inconvénient ne s'explique que par le défaut absolu de talent *systematique*, défaut qui se montre d'ailleurs déjà dans l'état décousu de l'économie intérieure de l'ouvrage, et plus encore dans les efforts que fait l'auteur d'isoler, autant que possible, chaque règle du droit romain : beaucoup d'auteurs, épris de leur système, ont négligé les sources; ici au contraire, l'auteur fait plus d'une fois violence aux sources pour détruire le lien qui existe réellement entre elles. Voilà ce qui nous explique pourquoi, à chaque occasion, Merenda qui suivait précisément la route opposée, est si mal traité par Cuperus. On ne peut élever de doute fondé sur le point de savoir laquelle de ces deux voies convient au droit civil et lui est même nécessaire.

51. C. F. W. von Spangenberg, *Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz*, ou *Essai d'une exposition systématique de la possession*. Bayreuth, 1794, in-8°; 540 pages.

Ce livre ne renferme aucune idée neuve, et l'on ne peut même s'en servir comme compilation. Le peu de vocation qu'a cet écrivain, même pour le modeste métier de compilateur, est déjà démontré lorsqu'on le voit extraire de Westphal à côté de Cuperus.

52. Ferd. Gotthelf Fleck. — Ses ouvrages sont :

Hermeneut. tituli ff. de acquirenda vel amittenda possessione specimina duo. Lips. 1796, in-4° (139 pages).

Commentationes binæ de interdictis unde vi et remedio spoli. Lips. 1797, in-8° (136 pages). — A ces deux ouvrages, il faut ajouter le suivant :

C. F. M. Klepe, *Diss. de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrobi necessaria*. Lips. 1794, in-4° (4).

vable. Il lui refuse toute droiture de jugement et des idées claires, et compare sa méthode à celle de Salmasius. Immédiatement après, il trouve l'ouvrage de Spangenberg, assez bon. (*Commentaire*, 6^e éd. § 281, note 11.)

(1) Fleck a lui-même revendiqué cet ouvrage (*De interdictis*, p. 55).

Il serait à souhaiter que ces écrits fussent aussi bien la propriété de leur auteur que le contenu en est savant et utile; mais même la dénomination de *compilation* serait ici trop indulgente. Le premier de ces écrits s'annonce lui-même comme un *Spicilegium* à Spangenberg et à Cuperus qui y est plusieurs fois cité. Mais l'auteur a soin de cacher que tout son ouvrage est copié de Cuperus, même en grande partie mot à mot. De même il cite, dans le second traité, la dissertation de Cras (1), mais seulement parmi les écrits qui prennent le parti de Cicéron et à côté de Grotius et de Doneau : et cependant la meilleure partie du livre est empruntée à Cras; il y a même des pages entières qui en sont littéralement copiées.

53. F. W. Sibeth, *Erörterungen aus der Lehre vom Besitz*, ou *Éclaircissements sur quelques points de la théorie de la possession*. Première partie, Rostock, 1800, in-8° (168 pages).

Cet ouvrage est d'une originalité incontestable, et même entièrement affranchi de l'influence du Cuperus; la seule fois qu'il cite une interprétation de Cuperus, il la traite avec beaucoup de dédain. Ce n'est qu'à la page 136 que l'auteur se pose naïvement la question de savoir *quel est son but*; mais tout son livre nous prouve qu'il ne le sait pas lui-même. Néanmoins tout essai original mérite quelque estime, lors même qu'il reste aussi infructueux que dans ce livre.

54. A. F. J. Thibaut, *Ueber Besitz und Verjährung*, ou *De la possession et de la prescription*. Jena, 1802, in-8°. La première partie de cet ouvrage rentre dans notre sujet (p. 4-60).

L'auteur n'avait aucunement, comme il le dit lui-même dans l'avant-propos, le dessein de présenter une nouvelle exposition de la possession et de la prescription; il ne voulait que mettre entre les mains de ses auditeurs un guide pour leur étude. C'est là le motif pour lequel cet ouvrage ne devrait pas à la rigueur trouver sa place ici : mais celui qui connaît les autres ouvrages de Thibaut regrettera vivement qu'il nese soit pas décidé à s'occuper particulièrement de recherches sur cette partie du droit civil.

(1) V. plus loin, au § 40.

35. Car. Chr. Heffter, *Diss. de possessione*, spec. I. Viteb. 1805.
— Cet écrit est très-insignifiant.

—
36. La première édition du présent ouvrage (1805).

—
37. Thibaut, *Bemerkungen über possessio civilis und naturalis*, ou *Remarques sur la possessio civilis et naturalis*, à la fin de son édition de Cuperus. Elles renferment une rectification très-intéressante et dont nous ferons usage plus loin, de notre exposition de ces notions; l'auteur en avait déjà fait connaître les points essentiels dans un article qu'il publia sur la première édition de notre ouvrage (1).

38. Theod. Maxim. Zachariæ, *Diss. (praes. Haubold) universalis quaedam de possessione principia e jure romano collecta*. Lips. 1805, in-4° (31 pages).

L'auteur établit une notion nouvelle de la possession, et cherche d'éclaircir ainsi diverses parties de la théorie. Les efforts qu'il fait pour créer un système uniforme méritent approbation et estime; mais l'application de cette méthode paraît faite un peu trop à la légère. Le contenu de cet écrit n'est ni très-neuf ni très-soutenable, et, à vrai dire, la science n'y a rien gagné. Plus loin, au § 9, nous justifierons notre jugement.

—
39. La seconde édition de notre ouvrage (1806).

—
40. Christ. Chlum, *Der Besitz unter Justinian*, ou *La possession sous Justinien*. Marbourg et Cassel, 1808, in-8°.

41. C. F. Ch. Wenck, *Diss. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendæ modum fluctuante*. Lips. 1809, in-4°.

Cet ouvrage est très-savant et élaboré avec beaucoup de soin, mais les idées principales en sont entièrement erronées. Dans une grande partie de son travail, l'auteur ne défend qu'une

(1) *Allgemeine Literaturzeitung*, ou *Gazette littéraire universelle*, année 1804, n° 41, etc.

erreur surannée, qui ne nous concerne pas et d'après laquelle le propriétaire pourrait faire la tradition sans avoir la possession. L'auteur est encore de l'avis, également faux et par lequel il explique beaucoup de passages du droit romain, qu'on acquiert souvent la possession par la propriété et à cause de la propriété, bien que les vraies conditions prescrites pour l'acquisition de la possession n'existent pas.

42. Chr. Chr. Dabelow, *Reprehensa Savignii capita*. Sect. prior, Lips. 1810, in-8°.— Idem, *Ad sectionem priorem reprehensorum Savignii capitum postscripta*. Lips. 1810, in-8°. — V. *Heidelberger Jahrbücher für Jurisprudenz*, ou *Annales de Heidelberg pour la jurisprudence*, 1810, 7^e cah. p. 518.

43. H. C. van Loenen, *Dissert. de possessione*. Traj. 1810, in-4°.

44. Dr. W. Planck, *Die Lehre vom Besitz, nach den Grundsätzen des französischen Civilrechts*, ou *De la possession, d'après les principes du droit civil français*. Goettingue, 1811, in-8°.

45. Jac. Frid. Rauter, *Diss. de jure possessionis*. Argentor. 1812, in-4°. — Cet écrit est très-insignifiant pour le droit romain.

46. Christ. Chlum, *Ueber das Recht des Besitzes, eine civilistische Abhandlung*, ou *Du droit de la possession, traité de droit civil*. Giessen, 1815, in-8°.

47. Jean Chrét. Lange, *Philosophisch-juristische Abhandlung über die Natur des Besitzes*, ou *Traité philosophique et juridique sur la nature de la possession*. T. I, Erlangen, 1815; t. II, ibid. 1818, in-8°.

48. G. Hufeland, *Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz*, ou *Nouvelle exposition de la possession*. Ce traité se trouve dans la seconde partie de son ouvrage qui a pour titre : *Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts*, ou *Sur l'esprit particulier du droit romain*. Giessen, 1816, in-8°.

49. Th. M. Zachariæ, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Besitze und der Verjährung*, ou *De la possession et de la prescription en droit romain*. Avec un appendice de la *Fructuum perceptio*. Breslau, 1816, in-8°.

50. Schweppe, *Juristisches Magazin*, ou *Magasin juridique*, t. I, cah. 1. Altona, 1818, in-8°, p. 58-50.

51. La troisième édition du présent ouvrage (1818).

52. La quatrième édition du présent ouvrage (1822).

53. L. A. Warnkœnig, *Analyse du traité de la possession* par M. de Savigny. Liège, chez Bassompierre, 1824, in-8°. Cette analyse avait d'abord paru dans la *Thémis*, en 4 articles.

54. Th. M. Zachariæ, *Neue Revision der Theorie des R. R. vom Besitze*, ou *Nouvelle révision de la théorie du droit romain sur la possession*. Leipzig, 1824, in-8°.

55. C. Albert, *Ueber das int. uti possidetis*. Halle, 1824, in-8°.

56. C. Albert, *Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen*, ou *De la possession de choses incorporelles*. N° I, *Darstellung des int. de itinere*, ou *Exposé de l'interdit de itinere*. Leipzig, 1826, in-8°.

57. Rosshirt, *Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasipossessio*, ou *Remarques sur la possession et, en particulier, sur la quasi-possession*. (*Archives*, t. VIII, p. 1-74.) 1825. (V. plus loin au § 9.)

58. C. F. Koch, *Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitze nach Preussischem Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen Recht*, ou *Essai d'une exposition systématique de la possession d'après les principes du droit prussien, comparés au droit commun*. Berlin, 1826, in-8°.

59. La cinquième édition du présent ouvrage (1827).

60. Puchta : *Zu welcher Classe von Rechten gehœrt der Besitz? A quelle classe de droits la possession appartient-elle?* Dans la revue intitulée *Reinisches Museum*; t. III, 1829, p. 289-308. (V. plus loin, § 6.)

61. Schroeter : *Ueber den abgeleiteten Besitz*, ou *De la possession dérivée*; dans la *Zeitschrift de Linde*, t. II, 1829, p. 255-269. (V. au § 9.)

62. Guyet : *Ueber den animus possidendi*, ou *De l'animus possidendi*; dans ses *Abhandlungen (Traité, Dissertations)*. Heidelberg, 1829, n° VI. — Guyet : *Noch einige Bemerkungen über den animus possidendi*, ou *Encore quelques remarques sur l'animus possidendi*; dans la *Zeitschrift de Linde*, t. IV, 1831, p. 561-581. (V. au § 9.)

63. Rudorff, *Rechtsgrund der possessorischen Interdicte*, ou *De la base légale des interdits possessoires*; dans le recueil qui a pour titre : *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, ou *Journal de jurisprudence historique*, t. VII, 1830, p. 90-114. (V. plus loin, au § 6.)

64. Warnkœnig, *Ueber die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi*, dans le recueil : *Archiv für civilistische Praxis*, ou *Archives de pratique civile*, t. XIII, 1830, p. 169-180. (V. au § 9.)

65. Thon, *Ueber civilis und naturalis possessio* ou *De la possession civile et naturelle*; dans le *Rhein. Museum*, t. IV, 1830, p. 95-111. (V. plus loin, au § 10.)

66. Wiederhold, *Das int. uti possidetis und die novi operis nunciatio*, ou *L'interdit uti possidetis et la dénonciation de nouvel œuvre*. Hanau, 1831, in-8°. (V. au § 10.)

67. Johannsen, *Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts*; le 1^{er} cah. traite de la possession, de la possession civile et de la possession naturelle. Heidelberg, 1831, in-8°. (V. au § 10.)

68. Buchholtz, *Ueber juris possessio*, dans ses *Versuche*, ou *Essais*. Berlin, 1831, in-8°, n° VIII.

69. Hasse cadet, *Ueber das Wesen der actio*, ou *De la nature de l'action*; dans le *Rhein. Mus.* t. VI, 1835, p. 185-204. (V. au § 6.)

70. Bartels, *Vom abgeleiteten Besitz*, ou *De la possession dérivée*; dans la *Zeitschrift de Linde*; t. VI, 1835, p. 178-214. (V. au § 9.)

71. Thaden, *Begriff des Rom. Interdictenbesitzes*, ou *Notion de la possession propre aux interdits en droit romain*. Hambourg, 1835, in-8°. (V. au § 6.)

72. Sintenis, *Vom juristischen Besitz*, ou *De la possession juridique*, dans la *Zeitschrift de Linde*, t. VII, 1834, p. 225-275; 414-456. (V. aux § 2 et 9.)

73. Rauh, *Versuch einer Geschichte vom Besitz aus dem Stand*

punkt der Philosophie (sic) des Rechts, ou Essai d'une histoire de la possession sous le point de vue de la philosophie du droit. 1834.

— Landau, imprimé chez Charles Georges.

74. Thibaut, *Ueber possessio civilis, ou Sur la possession civile*, dans les *Archives*, t. XVIII, 1835, p. 515-564. (V. au § 10.)

75. Huschke, *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern nebst einer Zugabe ueber Festus, v^o possessiones und possessio*. Heidelberg, 1855, in-8°. (V. au § 6.)

76. Althof, *Das. interdict de itinere*. Rinteln, 1856, in-8°. (V. au § 46.)

77. Burchardi, *Possessio civilis ist weder gleichbedeutend mit possessio ad usucapionem, noch mit possessio ad interdicta, ou Possessio civilis n'est synonyme ni avec possessio ad usucapionem ni avec poss. ad interdicta*. Dans l'*Archiv f. die civilistische Praxis*, t. XX, p. 14-55. Heidelberg, 1857. (V. au § 10 de l'ouvrage.)

78. Sintenis, *Ueber Besitz und Ersitzung verbundener Sachen*. Dans l'*Archiv f. civil. Praxis*, t. XX, p. 75-115. Heidelberg, 1857. (V. au § 22 de l'ouvrage.)

SECTION PREMIÈRE.

NOTION DE LA POSSESSION.

§ 1. De la détention.

Lorsqu'une série d'auteurs s'occupe de la même matière, il se forme bientôt une tradition de remarques générales que le lecteur rencontre toujours à un même endroit dans les ouvrages les plus différents.

C'est ainsi qu'il est d'usage de faire précéder les recherches sur la possession, de plaintes sur les difficultés peu communes que l'on rencontre dans ces recherches. Quelques jurisconsultes ont pris ces plaintes tellement au sérieux, qu'ils en ont été saisis d'une espèce de désespoir (1) : mais la plupart ne les exprimaient que pour louer d'avance leur ouvrage, qui, selon eux, devait satisfaire le lecteur. Nous nous abstenons sans peine de l'essai de prouver, dès le commencement de notre livre, la difficulté de notre tâche : mais il nous sera plus difficile de ne pas la rappeler par notre exposé dans les différents points que nous aurons à examiner.

Toutes les définitions de la possession, quelque différence

(1) Parmi les auteurs qui conseillent au lecteur de s'aider de toute autre manière plutôt que d'approfondir la matière, chose impossible, d'après eux, nous citerons Leyser (*Sp.* 451, med. 1-4) et Sibeth (*Vom Besitz*, p. 61), qui s'exprime ainsi : « Au milieu de la foule des difficultés et des contradictions réelles que l'on rencontre en droit romain, il serait impossible de se former, avec pleine conviction, un jugement sur une pareille matière. On considérera, par conséquent, si quelqu'un a en général un droit à la possession, etc. »

qu'elles présentent dans l'expression et dans la chose même, ont toutes un point commun pour base, sur lequel toute recherche en cette matière doit reposer. Toutes reconnaissent dans la possession d'une chose, cet état dans lequel il est non-seulement physiquement possible au possesseur d'exercer son influence sur la chose, mais dans lequel on peut aussi empêcher toute influence étrangère (1). C'est ainsi que le batelier possède son bateau, mais nullement l'eau sur laquelle il navigue, bien qu'il se serve de tous deux pour atteindre son but.

Cet état, que l'on appelle la *détention*, et qui sert de base à toute idée de possession, n'est nullement en lui-même un objet de la législation, et sa notion n'est pas une notion juridique : mais immédiatement on aperçoit un rapport entre elle et une notion juridique qui la rend elle-même un objet de la législation. En effet, la propriété étant la possibilité légale de disposer d'une chose selon notre gré et à l'exclusion de tout autre, la détention constitue l'exercice de la propriété; elle est l'état *naturel* qui correspond à l'état *légal*, la propriété.

Si ce rapport juridique de la possession était le seul, on pourrait résumer de la manière suivante tout ce qu'on peut en droit déterminer à cet égard : le propriétaire a le droit de posséder ; le même droit appartient à celui qui tient la possession du propriétaire : personne autre n'a ce droit.

Mais le droit romain détermine pour la possession, comme

(1) Dans les éditions antérieures, nous nous étions exprimé différemment ; nous disions : *mais dans lequel il est encore physiquement impossible à autrui d'exercer la sienne*. On nous a objecté, avec raison, que la violation de la possession ne pouvait se concilier avec cette impossibilité ; ensuite, que tout en accordant cette impossibilité pour le commencement de la possession, elle ne pouvait cependant harmoniser en rien avec la continuation de la possession, qui est un rapport bien plus relâché et plus éloigné. L'expression que nous y avons substituée, dans cette édition, nous paraît à l'abri de ces objections ; car, si nous admettons dans la définition la simple possibilité de la défense, comme caractère, la conséquence en reste indéfinie : ensuite, cette possibilité renferme plusieurs degrés, que l'on ne pouvait pas distinguer dans l'expression que nous avions antérieurement choisie. (Add. à la 6^e éd.)

pour la propriété, la manière de l'acquérir et de la perdre : d'après cela, il la considère non-seulement comme la conséquence d'un droit, mais encore comme la condition de certains droits. Il s'ensuit que dans cet ouvrage, où nous établissons une théorie juridique de la possession, il ne sera question que des droits de la possession (*jus possessionis*), et nullement du droit de posséder (appelé par les jurisconsultes modernes *jus possidendi*), qui rentre dans la théorie de la propriété (1).

L'idée ou la notion de la simple *détention* nous a conduit à celle de la *possession* (juridique) qui est l'objet de ce traité. La première section, base de toutes nos recherches, aura pour but de déterminer cette notion formellement et matériellement. Elle sera déterminée *formellement*, par l'exposé des droits qui supposent la possession comme condition de leur existence, en indiquant, par conséquent, la signification que la notion non-juridique de la détention reçoit dans la jurisprudence, pour que, dans cette signification, elle puisse être considérée comme quelque chose de juridique, comme possession. Elle sera déterminée *matériellement*, en énumérant les conditions que le droit romain prescrit pour l'existence de la possession elle-même, c'est-à-dire les modifications positives sous lesquelles la détention doit être considérée comme possession.

La détermination formelle de l'idée, qui seule donne à cette dernière de la réalité dans la science du droit, se divise en deux parties.

En premier lieu, nous rechercherons la place qu'il faut assigner, dans le système du droit civil romain, à la possession, considérée comme un rapport juridique. Nous indiquerons ensuite les droits que le droit romain reconnaît comme conséquence de la possession, et nous examinerons en même temps les droits que l'on a rangés à tort parmi les droits de la possession. Alors il sera facile de résoudre les questions connues, s'il

(1) Cette distinction est trop facile, pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter plus longtemps ; Doncau l'a exposée d'une manière si satisfaisante (*Comment. liv. IX, ch. 9*), qu'il est inconcevable comment plusieurs auteurs ne l'ont pu saisir.

faut envisager la possession comme *droit*, et s'il faut la considérer comme *jus in re*. — Au reste, comme la première et la plus simple manière dont la possession puisse se montrer dans la science du droit, consiste en ce que le propriétaire a le droit de posséder, mais qu'ici nous considérons la possession, indépendamment de la propriété, comme la source de droits particuliers, on peut exprimer cette première question de la manière suivante : Dans quel sens a-t-on isolé la possession de la propriété? expression que beaucoup d'auteurs ont employée (1).

En second lieu, nous examinerons de quelle manière les divers rapports dans lesquels la possession se présente en droit romain, se distinguent par les termes; nous verrons surtout ce que les jurisconsultes romains entendaient par *possessio* en général, *possessio naturalis* et *possessio civilis*. Cette recherche terminologique confirmera les résultats de celle qui précédera, et nous mettra à même de donner une interprétation approfondie sur laquelle puisse reposer toute l'exposition qui va suivre.

§ 2. Des droits de la possession.

Il n'existe, dans toute l'étendue du droit romain, que deux effets que l'on puisse attribuer à la possession considérée en elle-même, indépendamment de toute propriété : l'*usucapion* et les *interdits*.

L'*usucapion* repose sur cette règle établie par la loi des Douze Tables : « Celui qui possède une chose pendant un ou deux ans, en devient propriétaire. » Ici, la possession à elle seule, et indépendamment de tout droit, est la base de la propriété elle-même. Il est vrai que, pour produire cet effet, il faut qu'elle ait commencé de certaine manière : mais, malgré cela, elle reste ce qu'elle est d'après sa nature, un simple fait, sans autre droit que celui que cet effet lui attribue. La même possession qui servait de base à l'*usucapion* était à la vérité considérée, au moyen de l'action publicienne (*actio publiciana*), comme un rap-

(1) Par exemple, Cuperus, *De nat. poss.*, P. 1, ch. 2.

port légal, particulier; mais cette institution, dont l'introduction date d'une époque bien postérieure à l'*usucapion*, ne pouvait en renfermer la cause. C'est donc la possession elle-même, indépendamment de tout autre rapport légal, qui produit l'*usucapion*, et par conséquent l'acquisition de la propriété. Plus tard, vint s'adjoindre à l'*usucapion*, comme supplément, la prescription de longue durée (*longi temporis præscriptio*), c'est-à-dire une exception contre l'action en revendication (*rei vindicatio*), dont les conditions étaient en grande partie les mêmes que celles de l'*usucapion*, et dans laquelle la possession était traitée de la même manière; de sorte que, dans l'ancien droit déjà, il n'est pas nécessaire de considérer la possession sous un autre point de vue pour l'*usucapion* que pour la prescription de longue durée. Dans tous ces cas, Justinien a accordé une vraie propriété; l'on ne peut donc parler, en droit romain nouveau, que de l'*usucapion*, soit qu'elle exige trois, ou dix, ou vingt, ou trente ans. Il est vrai que l'on ne donne nulle part la dénomination d'*usucapion* à la prescription trentenaire, mais il est très-conséquent de lui donner aussi ce nom, parce que, comme toute autre, elle produit la propriété. Il est certain qu'il n'existe pas d'autre mot pour la désigner, même dans le langage des jurisconsultes qui ont vécu sous Justinien.

Le second effet produit par la possession est le droit aux *interdits*, qui sont avec la possession dans le rapport suivant : La possession en elle-même ne constituant pas un rapport légal, le trouble que l'on y apporte n'est pas une lésion d'un droit, et il ne peut le devenir que lorsqu'il lèse un autre droit en même temps que la possession. Lorsque le trouble de la possession est fait avec violence, il constitue la lésion d'un droit, parce que toute voie de fait est injuste, et c'est cette injustice que l'*interdit* doit réparer.

Tous les *interdits* possessoires ont donc un point commun : ils présupposent un acte dont la forme seule est déjà illégale. Quant aux actes commis avec violence, ceux de la première et de la plus importante espèce de ces actes, il n'y a aucun doute à leur égard : mais le droit envisage aussi sous le même point de vue les autres cas, dans lesquels on peut invoquer les *interdits*

possessoires. Ainsi, par exemple, l'interdit *de precario* ne se base ni sur une convention, ni sur la circonstance que le demandeur aurait plus de droit sur la chose que le défendeur : mais il se fonde uniquement sur ce qu'il est injuste en soi d'abuser de la bonne volonté d'autrui, de la même manière qu'il y a injustice de s'emparer d'une chose avec violence, peu importe que celui qui la retient en soit propriétaire ou non. C'est aussi pour cette raison que les trois modes d'acquérir injustement la possession (*vitia possessionis*) se trouvent toujours liés ensemble (1).

Comme donc les interdits possessoires sont produits par des actes qui sont injustes par leur forme, on conçoit aussi pourquoi la possession peut devenir la source de droits, sans avoir aucun égard sur sa propre légalité. Lorsque le propriétaire revendique une chose, il importe peu de quelle manière celui qui la détient en a acquis la possession, parce que le propriétaire a le droit d'exclure tout autre de la possession. Il en est de même de l'interdit destiné à protéger l'envoi en possession (*missio in possessionem*) (2) : cet interdit n'est point possessoire, car l'envoi lui-même ne produit aucune possession (3); elle ne donne qu'un droit de détention que l'on fait valoir de la même manière que lorsqu'il s'agit de la propriété. — Celui, au contraire, qui n'a que la possession d'une chose, n'a point par là de droit à la détention, mais il peut exiger de chacun de ne pas exercer de violence contre lui : si quelqu'un contrevient à cette prohibition, et si la violence est dirigée contre la possession, le possesseur trouve protection dans les interdits. La pos-

(1) Térence, *In Eunuch.* acte II, scène 5, v. 27 et 28 : « Hanc tu mihi *vel vi, vel clam, vel precario* fac tradas. » — Il en est de même dans d'innombrables passages des Pandectes.

(2) « Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit. » L. 1, § 3, D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*

(3) « Creditores missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti possidetis uti non posse : et merito : *quia non possident.* Idemque et in ceteris omnibus, qui custodiæ causa missi sunt in possessionem, dicendum est. » L. 5, § 8, D. *uti possidetis.* — Dans la seconde section nous interpréterons ce passage à sa liaison.

session est la condition de ces interdits; elle est donc, dans ce cas, comme pour l'usucapion, la condition de droits en général.

En opposition avec cette manière de voir, la plupart des auteurs considèrent tout trouble apporté à la possession comme un trouble légal matériel; de là la possession elle-même comme un droit à part, notamment comme une propriété présomptive (1), et les actions possessoires sont pour eux des revendications provisoires. Ce dernier point, le côté pratique de cette opinion, sera longuement réfuté plus loin, au § 36.

§ 3. Continuation.

D'après ce que nous venons d'établir, l'usucapion et les interdits présupposent donc la possession comme condition de leur existence, et nécessitent de déterminer en droit la possession elle-même : aussi, est-ce là un point que personne n'a encore révoqué en doute. Mais nous prétendons, en outre, qu'il n'y a pas d'autre droit que l'on puisse regarder comme effet de la possession, et, dans cette assertion, nous avons tous les auteurs pour adversaires, à l'exception d'un ou deux.

En général, cette assertion trouve déjà un appui en ce que les jurisconsultes romains ne cherchent jamais à déterminer l'*existence de la possession* sous aucun autre rapport que sous les deux que nous venons de nommer (2). Mais comme cette base ne sera mise que plus loin au grand jour, au moyen de recherches terminologiques, nous nous bornerons ici à réfuter les prétendus effets de la possession. Notre intention n'est pas de passer en revue les tableaux que plusieurs auteurs nous ont tracés

(1) Nous nous bornerons à citer ici le dernier défenseur de cette manière de voir, Hufeland, dans son ouvrage : *Vom Besitz*, p. 45-45. — Dans la 5^e édition de notre ouvrage, nous avons essayé de chercher le vrai côté de cette manière de voir. Nous montrerons, à la fin du § 6, pourquoi nous avons abandonné cet essai dans la 6^e édition. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Nous nous servons à dessein de l'expression : *existence de la possession*, comme désignant un rapport continu. Car il arrive fréquemment que l'on n'examine l'acquisition de la possession qu'à cause de la propriété qui en résulte; ce rapport sera bientôt déterminé avec plus de détails.

des avantages de la possession (1) : nous nous bornerons à réfuter ceux dont l'examen peut faire éviter d'importantes erreurs ou présenter la nature de la possession sous une face nouvelle.

1. Il y a deux cas dans lesquels, d'après le droit romain de Justinien, on acquiert toujours la propriété avec la possession, de sorte que l'usucapion n'est ni possible ni nécessaire : ce sont celui de l'occupation d'une chose qui n'a pas de propriétaire, et celui de la tradition opérée par le propriétaire lui-même. Dans l'un et dans l'autre cas, la cause réelle de la propriété réside à la vérité dans l'acquisition de la possession (2), c'est-à-dire dans ce que les jurisconsultes modernes appellent *modus acquirendi* : mais la possession, en sa qualité d'état particulier, n'est en aucune façon le motif du droit acquis, puisqu'elle ne commence elle-même que dans le moment où la propriété est acquise. D'après cela, il ne peut être question ici d'aucun droit qui appartiendrait au possesseur comme tel, et la partie de la théorie de la possession qui concerne l'appréhension peut servir en matière de propriété. Mais bien que l'on ne puisse chercher de signification propre et juridique de la possession, ce rapport est cependant d'une haute importance pour la théorie de la possession ; car, l'acquisition de la possession et l'acquisition de la propriété étant inséparables, quant à la nature de l'acte acquisitif (3), nous pouvons en déduire cette règle d'interprétation, que tous les préceptes relatifs à l'occupation et

(1) Il est un commentateur qui doit en avoir porté le nombre jusqu'à 72. (Car. Tapia, sur l'Auth. *ingressi*, C. de ss. eccl.) Mais déjà dans Frider (*De mat. poss.*, ch. 8 et 9) et dans Cludius (*Res quotid.*, ch. 1), la confusion est telle, qu'elle ne laisse certainement rien à désirer. Nous pouvons encore citer ici tous les ouvrages qui portent le titre : *Beati possidentes*, ou *De commodis possessionis*. Il va sans dire que ces tableaux répètent toujours la même chose sous d'autres noms.

(2) Cela s'appelle : « per possessionem dominium querere. » L. 20, § 2, D. de adqu. rerum dominio. — § 5, J. per quas personas.

(3) C'est ainsi qu'il faut interpréter la L. 8, C. de poss. « Per procuratorem utilitatis causa possessionem, et, si proprietatis ab hac separari non possit (c'est à dire, lorsqu'il s'agit d'une occupation ou d'une tradition valable), dominium etiam queri placet. »

à la tradition, pour autant qu'ils concernent la forme de l'acte, peuvent aussi être mis à profit, comme sources, pour la doctrine de la possession, quoiqu'ils ne fassent peut-être pas mention de la possession elle-même : nous avons déjà fait usage de cette règle dans l'énumération que nous avons faite des sources.

2. L'action publicienne est accordée à toute possession qui peut servir de base à l'usucapion (excepté celle de 30 ans) ; il n'y a donc aucune erreur de pratique à craindre, lorsque, de même que l'usucapion, on considère cette espèce de la propriété comme un effet de la simple possession. Mais l'action publicienne ressemblant déjà fortement, dans l'ancien droit romain, à la revendication, et s'en étant encore rapprochée davantage en droit nouveau, il ne s'agit plus, sous ce rapport aussi, d'une simple possession, mais il se forme un rapport semblable à celui qui existe lorsque l'occupation et la tradition font acquérir la vraie propriété en même temps que la possession. D'après cela, toute possession apte à l'usucapion peut donc être considérée sous un double point de vue : par rapport à la propriété qu'elle doit entraîner par sa durée, elle est, comme simple possession, un des objets de la science du droit (§ 2) : par rapport à l'action publicienne qui lui est attachée dès son commencement, elle équivaut déjà à la propriété. Aussi, sous ce dernier rapport, la plupart des jurisconsultes l'ont-ils traitée de tout temps, non pas comme possession, mais comme propriété.

3. Celui qui possède la chose d'autrui, de manière à la considérer et à devoir la considérer, par un motif de droit (*bona fides et justa causa*), comme sa propriété, acquiert réellement la propriété des fruits de cette chose (*fructuum perceptio*). Ce droit est envisagé par la plupart des auteurs comme un droit tout particulier ; et ils le comptent parmi les avantages les plus importants de la simple possession. Mais on peut prouver que ce droit n'est autre chose que la propriété publicienne mise en rapport avec la règle générale de l'accession. Nous nous réservons de faire cette preuve plus loin (§ 22a). Dans cette supposition, tout ce que nous venons d'établir (n° 2),

quant à l'accession, s'applique à la perception des fruits, et il y a une grande inconséquence de l'exclure des effets de la possession, tandis que l'on y range la perception des fruits.

4. Dans une contestation sur la propriété, le possesseur a cet avantage, que la preuve incombe à l'adversaire pour l'emporter sur lui, et que lui-même obtient gain de cause lorsqu'aucune preuve n'est faite ni d'un côté ni de l'autre (1).

Ce principe ne constitue pas un droit qui dérive de la possession et qui pourrait la montrer sous une nouvelle face; il renferme une vérité générale applicable à tout défendeur (2). Il n'est donc que la prérogative naturelle de ce dernier, appliquée au cas de la revendication, dans lequel personne autre que le possesseur ne peut être défendeur.

L'intérêt pratique qui distingue ce cas des cas précédents consiste en ceci : Si ce droit est une conséquence de la possession juridique, on ne pourrait l'avoir, quoiqu'on fût détenteur d'une chose, à moins qu'on n'en fût reconnu possesseur juridique; par conséquent, le simple détenteur ne devrait jamais être défendeur dans une contestation relative à la propriété, parce que, s'il en était autrement, on ne pourrait lui refuser le droit compétant généralement à tout défendeur. Mais si ce droit n'est pas une prérogative de la possession, il doit même s'étendre à le simple détenteur qui n'équivaut pas à la possession. Or, le droit romain statue en termes exprès, que la revendication peut être intentée, peu importe que le défendeur ait ou n'ait pas la qualité de possesseur juridique (3). Comme il n'y a aucun doute que le demandeur ne doive être débouté de

(1) § 4, J. de *interdictis*. — Les jurisconsultes modernes nous présentent d'ailleurs ce droit sous les expressions les plus diverses, dont chacune compte à son tour pour une *beatitudo possessionis* particulière. Par exemple : « le possesseur est affranchi de la preuve; il a en sa faveur la présomption d'être propriétaire; dans le doute, on décide en sa faveur; il n'a pas besoin d'indiquer la cause de sa possession, etc. »

(2) « . . . semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. » L. 21, D. de *probat.*

(3) L. 9, D. de *rei vind.*

sa demande s'il ne peut établir sa preuve, le droit dont il est ici question appartient aussi bien à la simple détention qu'à la possession; il ne constitue donc pas un droit qui dépend de la possession considérée comme un rapport particulier, juridique.

5. Le possesseur est en droit de défendre sa possession par la force (1).

Ce droit ne peut être placé à côté des autres, comme conséquence de la possession, déjà par le motif que le principe sur lequel il repose n'appartient pas au droit civil. En effet, la protection du juge n'étant pas concevable dans ce cas, ce principe, comme principe de droit, ne peut avoir que le sens suivant : celui qui exerce violence de cette manière, est affranchi de la peine que la loi commine contre toute voie de fait. Ce principe rentre, partie dans le domaine du droit criminel, à cause de la peine publique, partie dans le droit civil, à cause de la peine privée attachée à la violence; mais sous l'un comme sous l'autre rapport, il ne peut nullement être considéré comme une conséquence de la possession juridique, puisqu'en général la légitime défense de la simple détention est possible et permise aussi bien que celle de la possession juridique. Cette dernière opinion semble, il est vrai, contradictoire au passage cité du Code : la défense légitime y est accordée au possesseur dont la possession n'a pas commencé injustement, la loi la refuse donc à tout autre, et nommément aussi au simple détenteur. Mais cette manière d'interpréter, dont on ne doit faire usage qu'avec une grande circonspection, ne peut presque jamais s'appliquer aux *rescripts* du Code. Nous allons citer immédiatement un cas auquel cette addition peut se rapporter, sans détruire notre règle indirectement. Celui qui a été expulsé de sa possession par la force, peut aussi, par la force, s'y remettre immédiatement après, il est même considéré comme s'il n'avait jamais perdu sa possession (2); si alors l'autre repousse l'attaque par la force,

(1) « Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpata tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. » L. 1, C. unde vi.

(2) L. 17, D. de vi.

il ne peut se prévaloir de la légitime défense, parce que, sous aucun rapport, on ne peut le considérer comme défendeur. On ne pourrait donc opposer la légitime défense à celui qui aurait prouvé que sa possession avait commencé d'une manière juste, et c'est ainsi que les mots *recte possidenti* ont un sens et une signification, sans être en contradiction avec notre règle.

D'après cela, la légitime défense ne peut d'aucune manière être considérée comme une prérogative de la possession.

6. Le droit de rétention (1). Une seule observation suffit pour démontrer que ce droit ne peut appartenir aux conséquences distinctives de la possession : c'est qu'il compète aussi à ceux qui n'ont aucune possession juridique. Ce droit n'est en effet qu'une *exception de dol*, qui ne diffère d'autres applications de l'exception de dol que par son objet et accidentellement.

§ 4. Continuation.

Nous venons de prouver que la possession, considérée comme un rapport juridique, se rapporte uniquement à l'usucapion et aux interdits : notre opinion, à cet égard, se trouve confirmée par la liaison que l'on observe chez les législateurs et les jurisconsultes romains lorsqu'ils traitent de la possession.

1. Dans les *Institutes* (2), on a placé la possession au milieu des interdits possessoires, parce que le droit d'invoquer ces interdits ne peut se baser que sur la possession. Dans l'usucapion (3), on la suppose provisoirement connue.

2. Dans les *Pandectes*, le liv. XLI tout entier traite de l'acquisition de la propriété : le titre premier s'occupe des modes d'acquisition naturels; le titre troisième et les titres suivants traitent de l'usucapion. La possession a sa place au titre deuxième, évidemment pour servir de transition à l'usucapion, dont elle constitue la base et que l'on ne peut bien entendre sans une

(1) Thibaut, *Pandekten*, 5^e éd. § 511. — Hufeland, *Vom Besitz*, p. 54.

(2) Livre IV, titre 15.

(3) Inst. liv. II, titre 6.

connaissance exacte de la possession. Les interdits ne viennent qu'après, et l'on conçoit sans peine pourquoi, dans leur explication, il ne s'agit plus de la possession.

Cette manière de se rendre raison de l'ordre suivi au Digeste est si naturelle, que de tout temps la plupart des jurisconsultes l'ont adoptée (4). Il en est cependant d'autres qui ont admis un système contraire: ils prétendent que toute la matière de la propriété n'a été ajoutée à la possession que par occasion, et que cette dernière n'occupe sa place que pour servir d'introduction à la matière des interdits (2) ou à l'exécution (3).

3. Au *Code*, la possession se trouve intercalée entre l'usucapion (4) et la prescription de longue durée (5), sans doute parce qu'elle est la condition de leur existence. Il est des auteurs qui prétendent qu'ici il existe aussi un rapport plus éloigné avec l'exécution (6).

Les *Basiliques* (7) ne font en général que suivre l'ordre des titres des *Pandectes*, en y intercalant les titres du Code. Il est cependant digne de remarque, que les interdits possessoires (8) sont placés immédiatement après l'usucapion et encore avant le titre *pro emptore* (9).

4. *Paul* (10) n'enseigne la possession que comme condition de l'usucapion. Mais comme dans tout le titre qui porte cette dernière rubrique, il est parlé de la possession et de la prescription de longue durée, et que l'usucapion n'y est pas même nommée, il

(1) Duarein, *Comm. sur le titre de acqu. vel amit. poss.* proem. p. m. 825.

(2) Cujas, dans ses *Paratit.* sur le Dig. liv. XLI, tit. 2.

(3) Van Giphén, *OEconomia juris*, p. 162, et *Lectur. Altorphianæ*, p. 594.

(4) Liv. VII, tit. 26-31.

(5) Liv. VII, tit. 55-58.

(6) Van Giphén, *OEcon. juris*, p. 162.

(7) Liv. I, tit. 2, dans Meermann, *Thes. t. V*, p. 42-50. On n'y trouve cependant qu'une partie des interdits possessoires; l'autre partie est renfermée dans les livres LVIII et LX.

(8) Meermann, *Thes. t. V*, p. 57.

(9) *Ibid.* p. 58.

(10) *Recept. sententiæ*, liv. V, tit. 2, de usucapione.

devient fort probable que les auteurs de la compilation gothique y ont fait de grands changements (1).

5. Nous ne nommons l'Édit qu'en dernier lieu, quoiqu'il soit plus ancien que toutes les sources que nous venons de citer, parce que nos connaissances sur l'ordre dans lequel il était rédigé sont fort restreintes. Chacun de ses commentateurs traite de la possession dans un endroit différent. Dans le commentaire d'Ulpien, les interdits sont liés à la possession, et l'usucapion s'en trouve très-éloignée: le contraire a précisément lieu dans le commentaire de Paul. Le tableau suivant donnera un aperçu de cette divergence:

	POSSESSION.	INTERDITS.	USUCAPION.
ULPIEN SUR L'ÉDIT.			
Liv. XI.			L. 6, de usarp.
Liv. XII.			L. 1, pro derelicto.
Liv. XV.			L. 1, pro suo.
Liv. XVI.			L. 10, de usarp.
Liv. LXIX.	L. 10, de poss.	L. 5, de interd.	
.		L. 1, 5, de vi.	
.		L. 1, 5, uti poss.	
Liv. LXX.	L. 2, de poss.	L. 4, uti poss.	
.	L. 6, de poss.	L. 1, de superfic.	
.	L. 12, de poss.	L. 1, 5, de itin.	
.		L. 1, de aq. quot.	
.		L. 1, 5, de rivis.	
.		L. 1, de fonte.	
Liv. LXXI.		L. 1, de cloac.	
.		L. 2, 4, 6, 8, de prec.	
.		L. 1, utrubi.	
Lib. LXXII.	L. 15, de poss.		
Lib. LXXIII.	L. 16, de poss.		
PAUL SUR L'ÉDIT.			
Liv. LIV.	L. 1, de poss.		L. 2, 4, de usarp.
.	L. 5, de poss.		L. 2, pro empt.
.	L. 7, de poss.		L. 1, pro don.
.			L. 2, pro derel.
.			L. 2, 4, pro leg.
.			L. 2, pro dote.
.			L. 2, pro suo.
Liv. LXV.		L. 2, 9, de vi.	
.		L. 2, uti poss.	
Liv. LXVI.		L. 2, 6, de itin.	
.		L. 2, de rivis.	
Liv. LXVII.		L. 4, de interd.	
.		L. 6, 16, quod vi.	

(1) Schulting, sur la rubrique du titre cité.

Cette divergence à elle seule rendrait déjà très-probable que la possession n'a pas été exposée dans l'Édit, et qu'ainsi les commentateurs qui, pour offrir un corps de doctrine complet, ne pouvaient pas la passer sous silence, l'ont intercalée, chacun à l'endroit qui lui paraissait le plus convenable. Mais, abstraction faite de tout cela, l'arrangement tout pratique de l'Édit dans lequel tout se liait aux moyens de droit, ne permet pas d'admettre que l'on ait pu y insérer un exposé de la notion, de l'acquisition et de la perte de la possession; tout porte au contraire à croire, que des règles de cette nature étaient abandonnées, sans exception, à la théorie du droit, et c'est ainsi que les commentateurs de l'Édit ont intercalé la matière de la possession d'après leurs vues individuelles (1).

Il est encore beaucoup plus facile de démontrer que les droits que nous avons refusé de reconnaître comme effets de la possession (§ 5), n'ont aussi aucune liaison avec elle, dans les sources du droit romain.

L'occupation et la tradition se trouvent, dans toutes les sources, parmi les cas dans lesquels on acquiert la propriété indépendamment du droit civil.

L'action Publicienne est traitée, dans les Institutes (2), parmi les actions prétoriennes en général, et, au Digeste (3), on la rencontre à côté de la revendication.

La perception des fruits est traitée dans la propriété, comme mode naturel d'acquérir, et dans les Institutes (4) elle suit même immédiatement l'accession.

L'exemption de la preuve est présentée, à la vérité, dans les Institutes, comme un avantage de la possession, *commodum possessionis* (5), mais elle y est expliquée plutôt pour démontrer

(1) La première de ces observations a déjà été communiquée, il y a longtemps, par Heise; la seconde est due à Hugo (*Geit. Anz.* 1818, p. 1558), et a été produite pour la première fois dans notre 4^e édition.

(2) Liv. IV, tit. 16.

(3) Liv. VI, tit. 2.

(4) § 55, J. de rerum. divisione.

(5) § 4, J. de interdictis.

l'usage fréquent et l'importance de l'interdit *retinendæ possessionis*, que pour compléter le système de la possession (1).

Le droit de la défense légitime n'est pas présenté, et avec raison, comme une institution juridique indépendante, pour laquelle on doit chercher une place particulière dans le système du droit privé; mais il n'en est question que par occasion, dans une matière qui lui est entièrement étrangère.

Enfin, le droit de rétention n'occupe pas de place particulière.

§ 5. *La possession est en même temps droit et fait.*

Nous avons donc déterminé la signification que la possession a en droit romain : toute possession se rapporte à l'usucapion ou aux interdits, et tous les principes de droit relatifs à la possession, considérée comme quelque chose de juridique, n'ont d'autre but que celui de déterminer la possibilité de l'usucapion ou des interdits.

Il ne nous sera pas difficile maintenant de résoudre deux questions sur lesquelles les opinions ont de tout temps été partagées : la première est de savoir s'il faut attribuer à la possession le caractère d'un droit ou celui d'un fait : la seconde est de savoir à quelle classe de droits elle appartient, si elle est un droit.

Quant à la première, on ne contestera pas que la possession, en elle-même et d'après sa nature primitive, ne soit qu'un fait : il est également certain qu'elle produit certains effets légaux (2). Elle est donc en même temps fait et droit, et ce double caractè-

(1) La possession n'est traitée qu'au paragraphe suivant.

(2) C'est par ces conséquences légales, exposées jusqu'à présent, que le *jus possessionis* qui n'avait été supposé que provisoirement comme objet de nos recherches, reçoit une exacte signification. Cette expression se rencontre elle-même dans plusieurs passages :

L. 44, pr. D. de poss. — L. 2, § 58, D. ne quid in loco publico. — L. 5, § 1, D. ad L. Jul. de vi publ. — L. 5, C. de lib. causa.

Les termes *possessionis dominium* et *dominus*, dans lesquels plusieurs

autres est d'une haute importance pour tous les développements de la théorie.

La possession n'étant primitivement qu'un fait, son existence est indépendante de toutes les règles que le droit civil ou même le *jus gentium* ont établies relativement à l'acquisition et à la perte des droits (1). C'est ainsi que la violence peut faire acquérir ou perdre la possession, quoiqu'elle ne constitue rien moins qu'un acte juridique : de même, la nullité d'un acte juridique, par exemple, celle d'une donation considérable, par suite du défaut d'insinuation, n'empêche aucunement la transmission de la possession. C'est ainsi encore que, d'après sa nature primitive, un transport proprement dit de la possession n'est pas possible, c'est-à-dire qu'aucun possesseur ne peut, en cette qualité, être considéré comme successeur du possesseur précédent, et qu'il acquiert au contraire une possession toute nouvelle, indépendante de celle qui l'a précédée (2).

auteurs ont vu un droit d'une espèce toute particulière, n'ont pas la même signification. Nous les lisons dans les passages suivants :

L. 7, D. de incendio. — Const. 1, Cod. Gregor. III, 4. — L. 2, C. Just. ubi in rem actio (III, 19). — Const. 2, Cod. Theodos. VIII, 18.

Dans les trois premiers de ces passages, *possessio* désigne un héritage, un fonds de terre, et *dominus possessionis*, le maître du fonds. Dans le passage tiré du Code Théodosien, ce terme a un sens beaucoup moins déterminé : il y embrasse la détention et la jouissance dépouillées de la propriété, et, par conséquent aussi du droit d'aliénation ; ils ne signifient donc proprement que l'usufruit et n'expriment pas même la vraie possession. Une constitution postérieure porte d'ailleurs *jus possessionis* au lieu de *jus possidendi* ; c'est la L. 10, C. de poss.

(1) Tel est le sens des passages suivants : « Ofilii quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt : eam enim rem facti non juris esse. » L. 1, § 5, D. de poss. — « . . . possessio autem plurimum facti habet. » L. 19, D. ex quibus causis majores. — « . . . quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet . . . adquirimus. » L. 55, D. de a. r. dominio. Ici l'acquisition de la possession n'est pas opposée généralement à toute acquisition juridique, mais seulement à celle du droit civil, parce que cette antithèse suffisait pour atteindre le but du passage entier.

(2) Ce principe, qui n'est pas sans conséquences, est déjà enseigné par

Mais cette règle n'est pas sans exception. Il y a des cas, dans lesquels il est nécessaire soit d'accorder les droits de la possession, là où ce fait n'existe pas, soit de les refuser, là où il existe (1). Tous ces cas diffèrent des autres qui peuvent se présenter, en ce que ce n'est pas l'effet qui y change la possession en rapport juridique, mais que c'est bien la possession elle-même qui, comme condition de cet effet, y est juridiquement déterminée (2). Il est, à la vérité, très-nécessaire de connaître ces modifications de l'idée primitive de la possession, c'est-à-dire qu'il faut savoir en général dans quels cas la possession existe, et dans quels cas elle n'existe pas : il n'est pas difficile de reconnaître ces modifications comme sortant de la règle, et de les distinguer des cas qui sont compris sous la règle, lorsqu'on s'est pénétré de la nature originaire de la possession : mais une pareille recherche n'excite aucun intérêt pratique. C'est Cu-

Duarein, sur la L. 1, de poss. p. m. 858, 859. C'est par cette thèse aussi qu'il faut comprendre une controverse de Bulgarus et de Martinus. Rogierus, *De dissension, dominorum*, num. 73 (éd. Haubold, Lips. 1821, in-8°). « Differunt in eo an quis a me possidere valeat salva materia possessionis. »

(1) Nos juriconsultes nomment la possession que l'on suppose ainsi par suite d'un principe de droit positif, et quoique la détention naturelle n'existe pas : *possessio ficta, impropria, interpretativa*. Albericus est probablement le premier qui se soit servi de ces expressions. Azon, *Summa in Codicem*, tit. de poss., n° 15.

(2) « . . . plurimum ex jure possessio mutuatur. » L. 49, pr. D. de poss. — « *Possessio non tantum corporis, sed et juris est.* » L. 49, § 1, D. de poss. Il faut donc se garder de confondre ces passages avec ceux cités plus haut, et qui parlent du *jus possessionis*, quoique la nature juridique que la possession elle-même reçoit, se rapporte à ce *jus possessionis*. — Zachariæ (*De poss.* p. 13) interprète les mots *ex jure* par ceux-ci : *e servitute, ex usufructu*. Mais *possessio ex usufructu aliquid mutuatur*, signifie : la possession emprunte une règle à l'usufruit, c'est-à-dire qu'une règle consacrée uniquement à l'usufruit, est appliquée à la possession. D'après cela, le raisonnement de Papinien devrait être celui-ci : L'esclave dont j'ai l'usufruit peut acquérir un usufruit pour moi ; or, la possession se règle souvent sur l'usufruit ; donc cet esclave peut aussi acquérir la possession pour moi. Mais il est certain que Papinien n'a pas fait un pareil raisonnement.

perus (1) qui a introduit la méthode très-incommode de les énumérer dans une longue série, dans laquelle il en compte lui-même soixante-treize. Un pareil catalogue peut très-bien servir d'aperçu, lorsque d'autres études ont déjà fait acquérir la connaissance de la matière : mais il ne vaut pas grand'chose pour initier l'élève à cette branche importante. Dans notre traité, nous intercalerons chacune de ces modifications à la place qui lui convient, c'est-à-dire là où nous établirons la règle dont elle constitue l'exception.

Le double caractère de la possession s'éclaircira encore mieux par l'application suivante. Personne ne peut acheter sa propre chose, c'est-à-dire que le contrat de vente est nul en pareil cas (2). Il en est de même du bail, du *precarium*, du dépôt et du commodat (3). Il y a cependant une exception à cette règle, lorsque le propriétaire consent à ces contrats eu égard à la possession de l'autre partie contractante. C'est ainsi que, dans ce cas, l'*emptio possessionis* (4), la *conductio possessionis* (5), le *precarium possessionis* (6), et, par analogie, le *possessionis depositum* et *commodatum* deviennent valables. Mais il ne faut pas entendre ces expressions en ce sens, que ces actes opéreraient la transmission de la possession juridique. Car l'*emptor possessionis* n'acquiert nullement la possession sans l'appréhension, et cette dernière lui aurait aussi fait acquérir la possession sans aucun achat. Le *conductor possessionis* n'acquiert même jamais la possession ; il en est de même du commodataire. Enfin, le *precarium* et le *depositum* se règlent, dans ce cas, tantôt d'après la vente, tantôt d'après le louage. — Ces expressions n'ont d'autre signification, si ce n'est qu'en considéra-

(1) *De nat. possessionis*, P. I, ch. 6.

(2) L. 21, D. de usurp.

(3) L. 21, D. de usurp. — L. 4, § 3, D. de precario. — L. 15, D. de positi.

(4) L. 54, § 4, D. de contrah. emt. — L. 28, D. de poss.

(5) L. 28, 57, D. de poss. — L. 35, § 1; L. 57, D. de pign. act.

(6) L. 28, D. de poss. — L. 6, § 4; L. 22, D. pr. de precario. — L. 55, § 1, D. de pign. act.

tion de la possession qu'avait le vendeur, etc., et qui constitue un rapport juridique consacré en droit positif, on n'est plus admis à contester la validité de ces contrats qui, sans cette circonstance, n'auraient pas été valides pour défaut d'objet juridiquement existant. — Mais tout ceci est lié de la manière la plus intime, à la double nature de la possession que nous avons développée plus haut. La *possession est un fait*, en tant qu'elle ne repose que sur un rapport purement de fait, non juridique (la détention), et c'est pour ce motif que, dans ces cas, la vente, le louage, n'exercent pas la moindre influence sur l'acquisition de la possession. La *possession est un droit*, pour autant que des droits sont combinés avec la seule existence de ce rapport purement de fait, et voilà pourquoi, en la considérant comme objet de la vente et des autres contrats, on s'oblige aussi valablement qu'en faisant des conventions sur la propriété.

Ainsi, la possession est en même temps fait et droit. Il serait aussi inutile que peu instructif de reproduire toutes les discussions auxquelles les auteurs se sont livrés sur cette question. Cuperus (1) a exposé cette matière d'une manière aussi claire que précise; aussi, depuis ses éclaircissements, ne voit-on plus s'élever de doute à cet égard (2).

§ 6. Classification du droit de possession.

Nous demandons en second lieu : A quelle classe de droits appartient la possession ?

A ne considérer la possession qu'en tant qu'elle rend possible l'usucapion, cette question n'est pas concevable. Personne ne s'avise de demander de quelle espèce de droits la *justa causa* fait partie, sans laquelle la tradition ne peut point transférer la propriété. Elle n'a le caractère d'aucun droit, mais elle forme

(1) *De nat. poss.* P. I, ch. 5.

(2) Zachariæ (p. 11) traite, il est vrai, de nouveau cette question, mais sans y ajouter rien de neuf.

une partie de l'ensemble de l'acte qui fait acquérir la propriété. Il en est exactement de même de la possession, dans son rapport avec l'usucapion.

D'après cela, il ne nous reste, comme objet de notre question, que la possession qui donne droit aux interdits. Cette question peut être complètement résolue, sans devoir entrer dans des détails sur la classification de toute la matière du droit civil, ce qui interromprait beaucoup la marche de nos recherches. Nous prouverons que la possession appartient au *droit des obligations*, dont nous supposons la définition exactement établie en droit romain : celui donc qui divise la totalité des droits d'une personne en droit des choses et en droit des obligations, se voit forcé de lui-même de séparer la possession du droit des choses : celui qui rejette cette division, doit néanmoins assigner au droit des obligations, une place particulière par laquelle la possession sera en même temps déterminée.

Le droit des interdits possessoires appartient aux obligations par la seule raison que généralement tous les interdits en font partie (1). Mais nous tâcherons de démontrer spécialement qu'ils se fondent sur les obligations *ex maleficiis*. Aucun doute ne peut s'élever, à cet égard, quant à l'interdit *unde vi* (2). L'interdit *uti pos-*

(1) L. 1, § 5, D. *de interdictis*. « Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. » Les mots *licet in rem videantur concepta* devront se traduire ainsi : « même sans faire d'exception pour ceux qui, etc. » ; car ils ne se rapportent pas à tous les interdits, et notamment pas aux interdits possessoires ; mais seulement à quelques-uns, par exemple, à l'interdit *quorum bonorum*. Feuerbach, *Civilistische Versuche* (*Essais sur le droit civil*), 1^{re} partie, p. 249, fait rapporter ces mots à tous les interdits en général, et les comprend par conséquent à tort parmi les *in rem actiones*, dans le sens large du mot. — Hasse, *Rhein. Mus.* VI, p. 196, 197, explique fort bien la nature personnelle de tous les interdits, mais il paraît avoir mal compris, p. 198, la phrase incidente : *licet in rem videantur concepta*. — Cpr. aussi Ballhorn, *Ueber dominium*, p. 160. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Dans la L. 19, D. *de vi*, il est question de *delictum* ; dans la L. 1, § 14, D. *eod.*, il s'agit de *maleficium*, et dans la L. 1, § 15, *eod.*, d'une *action noxale*. Ensuite il n'est donné contre l'héritier que *in id, quod pervenit*,

sidetis se trouve non-seulement mentionné partout sur la même ligne que l'interdit *de vi*, mais encore il ne se donne, comme ce dernier, que dans la première année (1), et ne s'accorde non plus purement et simplement contre l'héritier (2), circonstance conforme à la règle générale qui restreint les obligations de l'héritier pour toutes les actions qui naissent par un délit (3). Les autres interdits ressemblent tous à l'interdit *uti possidetis*, à l'exception de celui *de precario*, pour lequel l'obligation de l'héritier est pourtant soumise aux mêmes restrictions que dans toute obligation *ex maleficio* (4).

Mais si les interdits possessoires ont pour base des obligations *ex maleficiis*, pourquoi le droit romain ne les traite-t-il pas en même temps que ces dernières (5)? C'est par la seule raison que la classification des Romains repose sur des motifs concernant la procédure. Ils ne rangent sous la rubrique des *Obligations*, que celles qui produisent une action proprement dite (6). Ainsi, les interdits n'ont été séparés de ces obligations, que parce qu'ils donnaient lieu à une procédure particulière : si l'Édit avait

expression énoncée précisément comme conséquence de la règle plus générale de toutes les obligations qui naissent par un délit. L. 3, pr. D. *de vi*. Enfin, dans l'exception *pacti*, il est aussi combiné avec d'autres délits. L. 27, § 4, D. *de pactis*. — Cpr. plus bas, au § 40.

(1) « . . . *intra annum.* » L. 1, pr. D. *uti poss.*

(2) « . . . *Honorariæ autem actiones (les interdits y sont compris) quæ post annum non dantur, nec in heredem dandæ sunt : ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in... interdicto unde vi, etc.* » L. 55, pr. D. *de oblig. et act.*

(3) L. 58, 44, D. *de R. J.* — L. un. C. *ex delictis defunct.* — Cod. Herm. tit. 2. — V. pour plus de détails sur ce point, au § 37.

(4) « *Hoc interdico heres ejus, qui precario rogavit, tenetur... ex dolo.. defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.* » L. 8, § 8, D. *de prec.*

(5) Les obligations qui naissent par des délits se trouvent traitées dans les *Institutes*, au liv. IV, tit. 1-4; dans les *Pandectes*, au liv. XLVII; les interdits en général sont traités, dans les *Institutes*, au liv. IV, tit. 15, et dans les *Pandectes*, au liv. XLIII.

(6) C'est ce qu'indique la rubrique : *De obligationibus et actionibus*. Dig. liv. XLIV, tit. 7.

donné des actions dans tous ces cas, il n'y a pas de doute qu'on les aurait placés parmi les actions *ex maleficiis*, quoique, par suite d'un tel déplacement, leur nature n'eût en rien été modifiée. Or, comme notre procédure ne reconnaît ni les actions ni les interdits des Romains, et comme l'importance de leur séparation a disparu, il n'y a aucun doute que nous devons placer les interdits possessoires parmi les obligations qui naissent par des délits, d'après la manière de voir des jurisconsultes romains eux-mêmes.

Ainsi, le droit des interdits possessoires appartient au droit des obligations, et il ne s'occupe de la possession que pour autant qu'elle renferme la condition de l'existence des interdits. Le droit de possession (*jus possessionis*), c'est-à-dire le droit dont la possession à elle seule nous investit, consiste donc uniquement en ce que le possesseur peut avoir recours aux interdits, aussitôt qu'un trouble de certaine forme est apporté à sa possession (1). Abstraction faite de ce trouble, la simple possession ne donne aucun droit, ni un droit d'obligation, comme il va sans dire, ni un droit à la chose; car aucun acte dirigé sur une chose ne doit être maintenu comme légal par cela seul que celui qui agit aurait la possession de cette chose.

De tout temps, la question que nous venons d'examiner a donné lieu à de grandes controverses. La majeure partie de ces controverses n'est rien moins qu'instructive, et n'appartient pas ici, parce que presque tous les auteurs se contentent de créer une définition de *jus in re* (ou *in rem*) et *ad rem*, et d'y comprendre ou d'en exclure ensuite, comme tous les autres droits, la possession, sans rien dire de nouveau ni d'important sur la nature de ces droits. Le point décisif consiste à traiter la possession comme uniquement relative à l'usucapion et aux

(1) Sintenis, *Zeitschr. de Linde*, t. VII, p. 259 et suiv., combat inutilement cette explication du *jus possessionis*. Il prétend que cette expression ne désigne pas le droit dérivant de la possession (car alors il faudrait dire *jura possessionis*! p. 260), mais bien la possession avec tous ses rapports légaux. (Add. à la 6^e éd.)

interdits. Doneau (1) est le seul de tous les auteurs qui ait montré les rapports dans lesquels se trouve la possession avec tout le système de droit; pour justifier son opinion, il nous fait au moins pressentir la plupart des raisons que nous avons présentées ici sous de plus grands développements. Merenda, à en juger d'après une observation qu'il fait accidentellement, paraît avoir été près du véritable point de vue (2), quoique son hypothèse l'ait trop dominé pour qu'il ait pu en faire usage.

Baldus est le premier qui ait adopté quatre espèces de *jus in re*: la propriété, la servitude, le droit de gage, et le droit de succession. Par la suite, on en a augmenté le nombre, en y ajoutant la possession (3), la dot, l'emphytéose, etc. Enfin Hahn en a fixé le nombre à cinq, les quatre premiers que nous venons de nommer, et la possession (4): ses écrits, qui sont extrêmement mauvais, ont eu l'honneur d'être placés à la tête d'un parti très-nombreux (5). Quelques auteurs ont tâché de décider la question en accordant à la possession, dans la matière du droit des choses, à côté du *jus in rem* et *ad rem*, une place indépendante; ils en font l'une des divisions principales du système (6); mais on ne peut attribuer la naissance de cette opinion qu'à l'impossibilité où l'on était de se tirer d'affaire.

(1) *Comment.* liv. v, ch. 6-15 (comme condition de l'usucapion), liv. xv, ch. 32-34 (les interdits possessoires).

(2) *Controv.* liv. xii, ch. 28. « Ubicumque de possessione agitur, ad interdicta respicimus, vel usucapionem. »

(3) Alciat, *Respons.* L. 5, Cons. 112, n° 4.

(4) *Diss. inaug. de jure in re.* Helmst. 1659; elle a paru plus complète, Helmst. 1664, in-4°. Il a reproduit son opinion dans plusieurs autres ouvrages qu'il a publiés sur la possession.

(5) Dans l'ouvrage suivant cette opinion est combattue, et l'auteur prouve longuement que la possession n'est pas un *jus in re*: H. G. Scheidemantel, *Resp. J. F. Rappoll diss. de numero specierum juris in re et præsertim: an possessio sit illis annumeranda.* Stuttgart, 1786.

(6) J. B. Friesen, *Resp. Sturm de genuina poss. indole.* Jenæ, 1725. Réimprimé dans les *Disputationes Jenenses*, de Gottlieb Sturm. Vitemb. s. a. 4. N° 1. Il est suivi par Hœpfner, *Commentaire des Institutes*, § 280, note 2.

Les auteurs systématiques ont été de tout temps dans le plus grand embarras, lorsqu'ils s'agissait d'assigner une place à la possession. Connanus (1) et Ayliffe (2) l'exposent, comme de juste, dans la matière de l'usucapion, comme condition de cette dernière: mais l'autre côté juridique de la possession, le droit des interdits, manque complètement dans leur système. Domat (3) partage le droit civil tout entier en *engagements* et en *successions*: dans les premiers, il expose entre autres les conséquences par lesquelles ils peuvent être restreints, et, parmi ces conséquences, on trouve la possession et la prescription (4). La place qu'il assigne à la possession nous prouve déjà à l'évidence qu'il n'a pu se rendre compte de la véritable nature de la possession en droit romain: aussi, dans toute l'étendue de son traité, ne cesse-t-il de confondre trois idées qu'il faut toujours soigneusement distinguer, si l'on ne veut se méprendre sur toute la théorie: *possessio*, *possessio civilis* et *jus possidendi*. Parmi les jurisconsultes modernes, il en est plusieurs (5) qui ont renvoyé

(1) *Comment. juris civilis*, liv. iii, ch. 8-10. (T. 1, p. 175-189. ed Neap. 1724, in-fol.)

(2) *A new pendent of Roman civil Law.* Lond. 1754, fol., liv. iii, tit. 10, p. 556-544. Le titre 8 renferme l'usucapion; dans le titre 9 on a intercalé la donation, afin de s'en tenir le plus possible à l'ordre suivi dans les titres des Institutes.

(3) *Lois civiles*, 1^{re} partie (des engagements et de leurs suites), liv. iii (des suites, qui ajoutent aux engagements ou les affermissent); titre 7 (de la possession et des prescriptions), p. 258-276. Éd. Paris, 1715, in-fol.

(4) A la rigueur, le mot *engagement* dont il se sert, n'est pas pour lui la même chose qu'*obligation*, puisqu'il y comprend aussi le mariage et la puissance paternelle (*Traité des lois*, ch. 3, 4). Mais dans l'ouvrage même il ne s'occupe pas de ces rapports, et se borne à traiter des obligations (quoi qu'il ne parte pas d'une notion bien exacte). C'est ainsi que la possession ne lui semble avoir de l'importance que comme exécution et confirmation des obligations, parce que l'acheteur, par exemple, reçoit la propriété par la tradition de la possession, c'est-à-dire ce qu'il voulait. Cpr. *Traité des lois*, ch. 14, § 12.

(5) Par exemple, Hofacker, *Princ. juris civilis*, liv. iii, sect. 2. Ce reproche exige un court éclaircissement, pour éviter tout malentendu. Lorsque l'on

la possession dans la partie générale du système, quoiqu'elle ne présente en rien un caractère de généralité, pas plus que la propriété ou tout autre droit.

Il y a encore une erreur beaucoup plus importante que toutes celles que nous avons relevées par rapport à la nature juridique de la possession; cette erreur a si peu fait partie de toutes ces controverses, que les auteurs de tous les partis l'ont partagée. On n'a point considéré la possession comme un droit particulier, mais comme une propriété provisoire; on n'a vu dans les interdits que des revendications provisoires, introduites dans l'unique but de régler la procédure relative à la propriété. Cette erreur, qui a peut-être produit plus de conséquences pratiques que toutes les autres, ne pourra être complètement réfutée que lorsque nous aurons exposé la nature des interdits. Nous nous bornerons à citer les passages suivants qui doivent trouver ici leur place, parce qu'ils se rapportent à la nature même de la possession: « *nec possessio et proprietas misceri debent* (1), » et: « *nihil commune habet proprietas cum possessione* (2). » Que l'on veuille exprimer, dans ces passages, autre chose que la vérité triviale qu'il ne faut pas confondre la possession avec la propriété, c'est ce que démontrent ces mots du second passage cité: « *et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui cepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit* (3). »

croit une partie générale nécessaire, on ne peut trouver à redire à ce que l'on y traite de la possession, parce qu'elle n'est composée en général que pour satisfaire à des besoins subjectifs de l'enseignement, et sans que l'on puisse lui assigner scientifiquement sa notion et son contenu. Mais il est essentiel et nécessaire qu'en facilitant ainsi l'étude, on n'oublie pas de reconnaître et d'exposer la véritable liaison de la possession avec la partie spéciale, c'est-à-dire avec le système même du droit.

(1) L. 52, pr. D. de poss.

(2) L. 12, § 1, D. de poss.

(3) L. 12, § 1, cit. Il n'y a pas un passage dans tout le titre qui ait été commenté si souvent et si longuement que celui-ci: le premier ouvrage qui ait été imprimé sur la possession est un pareil commentaire de Bologne.

Après la publication de la 5^e édition de notre ouvrage, plusieurs auteurs se sont prononcés de manière différente, sur la nature générale de la possession, telle que nous l'avons définie aux §§ 2, 5 et 6. Afin de pouvoir nous expliquer avec plus de brièveté et de clarté sur ces opinions différentes de la nôtre, il ne sera pas inutile de répéter ici notre propre manière de voir, avec plus de détails et en rectifiant une modification que nous avions antérieurement essayée.

La possession se présente tout d'abord comme un pouvoir purement de fait sur une chose, sans avoir aucun caractère légal. Dans cet état même elle est protégée contre certaines violations, et c'est précisément à cause de cette protection qu'il existe des règles concernant l'acquisition et la perte de la possession, tout comme si elle était un droit. Il s'agit maintenant d'indiquer le fondement de cette protection et de cette assimilation de la possession à un droit; c'est ce que nous allons faire. Ce fondement consiste dans la liaison de cet état purement de fait avec la personne qui possède et dont l'inviolabilité sert en même temps à le protéger contre ces espèces de violation, qui porteraient aussi atteinte à la personne elle-même. La personne, en effet, doit toujours être garantie contre toute violence, et si violence lui est faite, c'est toujours là un tort, dont les conséquences peuvent cependant différer. Examinons, sous ce rapport, en premier lieu les deux cas extrêmes qui sont possibles. Premier cas: la violence n'a porté atteinte qu'à la personne. Second cas: la violence a attaqué, en même temps que la personne, un droit compétent à cette dernière, par exemple, une chose qui se trouve dans sa propriété. Le premier n'aura, en droit civil, d'autre effet que de produire peut-être l'action d'injures (nous laissons ici le droit criminel de côté).

(Bononia, 1494, in-fol.) Mais aucun de ces écrits ne nous concerne, parce que ce n'est qu'à l'occasion de ce passage qu'ils traitent la question de procédure de savoir: si le pétitoire peut être cumulé avec le possessoire.

Dans le second cas, la violence n'est pas même nécessaire pour protéger la propriété violée, qui trouve déjà protection en elle-même et sans violence; mais la combinaison de cette double atteinte peut cependant avoir des suites particulières; c'est à cela qu'appartient l'action *vi bonorum raptorum*. — Entre ces deux cas extrêmes se trouve celui où la violence, dont la personne a été l'objet, trouble ou enlève en même temps une possession. Il n'y a pas eu, dans ce cas, lésion d'un droit indépendant, outre celle de la personne, mais il s'est cependant opéré un changement dans l'état de la personne, et à son préjudice, et, pour réparer dans toutes ses conséquences l'injustice qui repose dans la violence contre la personne, il faut nécessairement que cet état de fait sur lequel la force s'est étendue soit restitué ou protégé. Tel est le vrai fondement des interdits possessoires : un examen plus exact de la nature de cet état rendra ce point encore plus palpable. L'on a dit qu'il devenait semblable à un droit parce qu'il basait la *présomption* de la propriété, et que, pour ce motif, il avait le droit d'invoquer des actions protectrices (1). Mais dans la réalité cette présomption n'a aucun fondement légal, car lorsqu'il s'agit de la simple possession, il y a autant de présomption d'attribuer la propriété au possesseur, qu'il y en a de ne pas la lui attribuer. C'est ce que la comparaison de la simple possession avec la *b. f. possessio* rendra bien plus palpable encore. Dans cette dernière, en effet, la propriété est attribuée par une fiction qui n'est autre chose qu'une présomption, puisqu'elle est détruite par la *dominii exceptio*. Mais

(1) Nous avons adopté, dans les 3^e, 4^e et 5^e éditions, cette présomption à laquelle nous renonçons aujourd'hui. Ce qui lui donne quelque apparence de vérité, c'est la circonstance, qu'en matière de revendication la preuve incombe au demandeur, et que son action est repoussée lorsqu'aucune des parties ne fait une preuve. Mais le motif n'en est pas dans la propriété présumée du défendeur; il se trouve dans le principe, qu'en général le juge doit uniquement secourir celui qui le convainc de l'existence de son droit, et que, dans tous les autres cas, son action doit rester nulle. Dans une action personnelle, le demandeur doit également faire preuve, et la cause n'en est pas davantage dans la présomption de la non-existence de toute dette.

ici le motif de la fiction ou de la présomption repose uniquement dans le titre légal qui n'existe pas dans la simple possession; celle-ci manque donc de tout fondement d'une présomption légale de la propriété. — D'un autre côté, il ne faut pas révoquer en doute la *possibilité* de la propriété en faveur du simple possesseur, et, sous le rapport de cette possibilité, la possession lui donne des avantages fort importants, aussi bien dans la procédure que de fait, et qui doivent lui être conservés ou restitués, s'il s'agit de détruire complètement les conséquences de la violence. Le premier de ces avantages consiste en ce que, dans une contestation sur la propriété, le possesseur se trouve placé dans la position d'un défendeur, qui le dispense de toute preuve (§ 3, n° 4). Ensuite il peut, en sa qualité de possesseur et pour la conservation de la chose elle-même ou pour en gagner les fruits, faire certains arrangements qu'aucune action ne pourra peut-être lui faire restituer de la part de son adversaire. Bien plus, sans avoir aucun égard à cette possibilité indubitable de la propriété, il a même sans contredit l'avantage purement de fait, de pouvoir user de la chose, comme s'il en était propriétaire, lorsque le vrai propriétaire ne juge pas à propos de l'actionner. Ce sont tous ces avantages dont la réunion constitue l'*intérêt de la violence exercée*, et qui rendent la possession elle-même capable de produire des effets semblables à ceux qui naissent d'un droit, bien qu'en réalité elle ne soit pas un droit (1). Ainsi, l'objection qui con-

(1) Cette liaison, dont tout ici dépend, peut encore être expliquée par l'analogie suivante. Dans l'ancien droit, l'interdit *unde vi* ne s'accordait que pour les immeubles et jamais pour les meubles. Mais lorsque dans la déjection d'un immeuble, des choses meubles avaient en même temps été volées ou détruites, l'interdit embrassait alors également cette perte, comme *intérêt de la déjection de l'immeuble* (§ 40). Ici, les meubles qui ne sont même pas un objet de l'interdit, sont compris dans l'interdit, seulement à cause de leur liaison avec la déjection hors de l'immeuble. De même, la lésion de la possession, bien que celle-ci ne soit pas un droit, devient néanmoins la base d'une action, uniquement à cause de la liaison de cette lésion avec la violence illégale en elle-même exercée contre la personne.

siste à dire qu'ici le tort doit produire un droit, n'est nullement fondée, puisque la possession vient ici, non pas comme un droit elle-même, mais seulement comme intérêt de la lésion d'un autre droit déjà existant. On pourrait, avec plus de raison peut-être, présenter cette autre objection, que ces avantages de fait peuvent aussi exister dans la détention, et que conséquemment, d'après cette manière de voir, les interdits devraient également compéter à l'administrateur d'un bien d'autrui. Mais on répond à cette objection : Cet administrateur est supposé ou bien en harmonie, ou bien en contradiction avec le vrai possesseur. Dans le premier cas, il n'a pas besoin des interdits, puisque ceux qui compètent au possesseur le garantissent suffisamment. Mais dans le second cas, s'il voulait s'en servir malgré la volonté du possesseur, contre celui-ci même ou contre un tiers, il ne peut pas les invoquer, parce qu'il attaquerait ainsi le rapport obligatoire auquel il doit sa détention, et qui lui suffit pour mettre tous ses intérêts à couvert. — Ainsi, lorsque nous nous demandons quelle place il faut assigner à la possession dans le système général des droits, nous sommes toujours forcés de revenir à cette déclaration : La possession elle-même, comme droit, n'occupe aucune place, puisqu'elle n'est pas un droit ; mais le droit qu'elle produit, à cause duquel elle prend la plus grande ressemblance avec un droit et nécessite des règles particulières de l'acquisition et de la perte, est le droit des interdits possessoires, par conséquent un droit obligatoire.

Bien des fois cette question a été embrouillée par plusieurs confusions. D'abord, il est beaucoup d'auteurs qui s'enquièrent de la position systématique de la possession, dans le sens suivant : A quel endroit traitera-t-on de la possession dans un ouvrage systématique embrassant tout le droit romain ? Une partie seulement de cette question pourra être résolue d'après la nature de la possession ; l'autre partie, qui est la plus considérable, dépendra du plan tout particulier de l'ouvrage ; il pourrait donc facilement se faire, que les diverses parties de la possession soient traitées à divers endroits de l'ouvrage, ainsi

que la majeure partie des auteurs qui ont traité des systèmes de droit l'ont fait. — En second lieu, une recherche historique peut mener à démontrer qu'originellement la possession a eu une signification toute différente de celle que le droit nouveau lui attribue (§ 12 a). Mais un examen historique de cette espèce ne peut exercer, en droit nouveau, une influence immédiate sur la signification de la matière de la possession. Car, si la base sur laquelle elle repose a été entièrement modifiée, celle que nous rencontrons en droit nouveau doit être appliquée et traitée d'une manière tout aussi indépendante que si elle était la première ou même la seule ; c'est en effet ainsi que nous avons envisagé cette théorie, et telle est la cause pour laquelle nous n'avons pas, comme dans d'autres matières, commencé notre exposition par un examen historique.

Passons maintenant à l'exposé des opinions que quelques auteurs modernes ont émises sur la question que nous venons de discuter ; nous les classons d'après les époques où leur doctrine a paru :

Gans, *System des Römischen Civilrechts im Grundrisse*. Berlin, 1827, p. 202-216.

Puchta, dans le *Rheinisches Museum*, t. III, p. 289-308 (1829), surtout p. 305 et suiv.

Rudorff, dans la *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft*, t. VII, p. 90-114 (1850).

Thaden, *Ueber den Begriff des Römischen Interdictenbesitzes*. Hambourg, 1835.

Hasse le jeune, dans le *Rheinisches Museum*, t. VI, p. 185 et suiv. (1835).

Rauh, *Geschichte der Lehre vom Besitz*. 1834.

Huschke, *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern*. Heidelberg, 1858, p. 75 et suiv. ; surtout p. 99-110.

Gans place la possession à la tête des *jura in re*. L'action d'avoir une chose, envisagée du côté d'une volonté particulière, dit-il, constitue la possession ; mais considérée du côté de la volonté générale, elle forme la propriété. La volonté particulière peut être entièrement injuste ; la volonté générale, au contraire,

n'est autre chose que l'action qui donne droit à la possession. La volonté particulière, bien qu'injuste, est garantie, parce qu'elle constitue déjà par elle-même quelque chose de substantiel qui doit être protégé (p. 211). La possession est une propriété qui commence; ce commencement est protégé par les interdits, puisqu'il renferme la possibilité de mener à la propriété par la voie de l'usucapion (p. 211 et 214). — Mais la volonté particulière, qui peut être injuste, n'est en réalité autre chose que le simple fait, et la volonté générale constitue le droit; ainsi le rapport de la possession avec la propriété est absolument le même que celui du fait avec le droit; mais cette explication est bien loin de résoudre la question de savoir comment ce fait (peut-être complètement injuste) parvient à être protégé par la loi. L'auteur pose bien le principe que la volonté en elle-même (même la volonté injuste) doit être protégée, mais il ne le prouve pas; car, d'après la nature générale de la matière de la contestation, il ne faut protéger que la volonté conforme au droit, et combattre celle qui lui est contraire. Ainsi, la vraie explication peut uniquement devoir reposer dans la propriété qui commence, et cette explication serait satisfaisante, si les interdits étaient destinés à garantir la possession qui mène à l'usucapion et à laquelle seule on peut donner le nom de propriété commençante. Mais on sait que c'est là la destination de l'action publique, et que les interdits garantissent également la possession sans titre, même celle qui est injuste et qui certes n'est pas un commencement de propriété. En dernière analyse, il ne résulte donc rien de cette explication. — Puchta (p. 294) et Rudorff (p. 95) font des observations plus détaillées sur ce nouvel essai.

Puchta prétend que notre théorie enseigne seulement les effets de la possession et se tait sur ce qu'elle est. Or la possession, dit-il, est un droit, non à la chose, mais à la propre personne, à la propre volonté. Ainsi, la protection dont la possession jouit, est une protection accordée à la personnalité, spécialement appliquée à la soumission naturelle (non légale) de la chose. Ce principe est lié à tout le système de droit, en ce que

tout droit quelconque peut se rapporter à cinq objets : les choses, les actions, les autres personnes, les personnes qui se résument en nous, la propre personne. — L'explication donnée ici de la garantie de la possession n'est pas essentiellement différente de la nôtre. Car nous aussi, nous expliquons cette protection par l'inviolabilité de la personne, et par la liaison qui s'est formée entre une personne et la chose qui lui est naturellement soumise. Ici la formation d'une classe particulière de droits qui reposent sur l'inviolabilité de la personne est neuve et propre. Mais elle se rapporte à la disposition du système général de droit, et nullement au fondement spécial de la possession. — Rudorff (p. 101), et Hasse (p. 184) entrent dans plus de détails sur cet écrit de Puchta.

Rudorff ne diffère de notre opinion qu'en ce qu'il prend pour base du droit de possession le droit que l'on s'arroge de se porter soi-même secours. D'après lui, les interdits possessoires appartiennent aux premiers commencements de la prohibition de se faire justice soi-même, qui, plus tard, furent complétés et confirmés par les *leges Juliae* et les constitutions des empereurs. Leur cause reposerait donc dans la rupture de la paix, dans le trouble apporté à l'ordre public; comme ce trouble ne doit pas atteindre son but, mais être anéanti dans ses conséquences, il s'ensuit nécessairement que la possession doit être conservée ou restituée. — Il est incontestable que tout acte de violence peut être jugé en droit sous un double point de vue; car il trouble en même temps l'ordre public et une personne. L'on peut désigner l'un de ces deux rapports comme de droit public, et l'autre comme de droit privé; chacun d'eux peut produire des institutions légales particulières, mais quoi qu'il arrive pour l'un de ces deux buts, l'autre avancera toujours en même temps plus ou moins (1). Maintenant lequel des deux est celui qui domine dans la base des interdits possessoires? Rudorff prétend que c'est celui de droit public, et il croit surtout le prouver par la

(1) L. 27, § 4, D. de pactis : « . . . interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit » etc.

liaison dans laquelle nos sources de droit traitent l'acte de se faire justice soi-même, et la possession (p. 107). Mais cette circonstance s'explique déjà suffisamment par l'espèce de parenté qui existe, comme nous l'avons remarqué, entre les deux institutions, et ne peut donc décider la question proposée. Quant à nous, nous pensons plutôt que c'est le rapport de droit privé qui est la base du droit de possession, et ce, par les raisons suivantes : D'abord, l'assimilation du *vi, clam, precario*, paraît appartenir à l'origine de la matière des interdits. Ces trois fractions peuvent bien être assimilées quant à la violation qu'elles renferment de la personne; mais la paix publique n'est intéressée que dans la première, et nullement dans les deux autres. En second lieu, l'acte de se faire justice soi-même présume l'existence d'une prétention légale, mais qui est poursuivie d'une manière illicite; en matière d'interdits possessoires, au contraire, il n'en est jamais question; le simple trouble de la possession, auquel se rapporte l'interdit *retinenda possessionis*, ne se conçoit pas même comme essai d'une poursuite légale. En troisième lieu, s'il ne faut considérer les interdits que comme un commencement de la prohibition de se faire justice soi-même, pourquoi donc se sont-ils perfectionnés d'une manière si indépendante à des époques où d'autres institutions tout différentes furent introduites contre l'acte de se rendre soi-même justice? L'effet que les lois sur cette matière ont produit sur le droit de possession (v. plus loin, § 40) s'explique déjà suffisamment par cette affinité dont nous avons déjà fait mention.—Hasse (p. 187) donne d'autres détails sur le traité de Rudorff.

Thaden cherche d'abord à prouver que la possession est réellement un droit, et il tâche ensuite de définir la nature de ce droit. La possession est un droit, dit-il (p. 14 et suiv.), car l'on ne peut commettre un vol qu'envers celui qui a réellement droit à la chose volée. Or, il existe un *furtum possessionis*, et comme celui-ci peut en particulier être commis envers le créancier gagiste possédant, qui a la vraie possession, il est bien prouvé par là que c'est cette même possession, par conséquent la possession propre aux interdits, qui est le droit que

le vol a lésé. Si l'on examine ensuite la nature de ce droit, il faudra répondre (p. 63 et suiv.): C'est un droit sur la chose, introduit dans le but de défendre un état compris dans l'acquisition de la propriété. En effet, la possession qui mène à l'usucapion est garantie par l'action publicienne; mais, outre l'usucapion, il existe encore quelques acquisitions qui s'acquièrent par possession et auxquelles cette action ne s'applique pas. Or, comme ces acquisitions seraient dépourvues de toute protection, on leur a trouvé les interdits possessoires. Voici maintenant les acquisitions qui renferment la vraie cause déclarative du droit de la possession :

1. La *longi temporis præscriptio*, surtout celle de biens immeubles provinciaux, d'où nous nous expliquons, entre autres, la raison pour laquelle les interdits s'appliquaient de préférence aux immeubles.

2. La *præscriptio longissimi temporis acquisitiva*.

3. La prescription immémoriale.

4. La *præscriptio longissimi temporis extinctiva*.

Voilà pourquoi la possession propre aux interdits ressemble si fortement à la possession qui mène à l'usucapion et ne diffère de cette dernière que par la quantité. Nous croyons avoir de cette manière résumé tout l'ouvrage de Thaden.

L'opinion de Thaden, que nous venons de résumer, a une apparence de fondement systématique, qui nous met dans la nécessité d'examiner avec soin les éléments dont elle se compose. Mais avant tout, le motif puisé dans le *furtum possessionis* est complètement insoutenable. Car, si la possession était l'objet juridique du vol, le voleur, volé à son tour, devrait aussi pouvoir intenter l'action *furti*, puisqu'il a sans aucun doute la possession. Or, il est hors de tout doute que l'action *furti* ne lui compète aucunement (1). D'un autre côté, il est également incontestable que les personnes suivantes ont cette action, bien qu'aucune d'elles ne jouisse de la possession : l'usufruitier et

(1) L. 70, § 1, D. de furtis (XLVII, 2).—Cpr. L. 12, § 1; L. 71, § 1, eod.

l'usager, qui n'ont l'un et l'autre qu'une simple détention (1), même le créancier auquel une chose a été engagée par simple convention, rien qu'il n'ait pas même la détention, mais seulement une *actio in rem* tendant à obtenir la possession (2). Il est donc bien évident que le vrai fondement du *furtum possessionis* n'est pas une possession violée, mais plutôt un *jus in re* qui contient la prétention sur une possession quelconque (peu importe qu'elle soit une vraie possession ou une simple détention, qu'elle soit présente ou à venir), et que le vol prive de cet avantage. Quant aux autres motifs, ils ne sont pas plus fondés que celui que nous venons de réfuter. La prescription immémoriale n'a été introduite dans le droit romain que par des malentendus exégétiques. La prescription trentenaire des actions n'a été introduite que plus tard, de sorte qu'il est de toute impossibilité qu'elle puisse servir à l'explication des interdits, dont l'existence remontait à plusieurs siècles. De cette manière, il ne resterait que la *longi temporis præscriptio*, surtout celle de biens immeubles provinciaux. Quant à elle, l'auteur prétend qu'elle n'a pas été garantie par l'action publicienne, parce que celle-ci ne faisait qu'accompagner une usucapion réellement en cours. Mais c'est précisément cette assertion qui est complètement fautive. De bonne heure cette action fut au contraire appliquée à des cas dans lesquels une véritable usucapion n'était jamais possible : dans ce cas se trouvaient l'usufruit, les servitudes réelles, l'*ager vectigalis*, la superficie, et notamment les immeubles provinciaux (3). Ainsi, dans tous ces cas et surtout dans ce dernier, l'action publicienne était complètement

(1) L. 15, § 1; L. 20, § 1; L. 46, § 3, D. *de furtis* (XLVII, 2).

(2) L. 66, pr. D. *de furtis* (XLVII, 2).

(3) L. 11, § 1, D. *de publiciana* (VI, 2). — L. 12, § 2, 3, D. *eod.* « In vectigalibus et in aliis prædiis que usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. » Ce sont précisément les immeubles provinciaux que la loi entend par *alia prædia*. Cpr. Cujas, *Obs.* VII, 3, et sur Paul *Ad Edictum*, liv. XIX. Il est même vraisemblable que ce passage est interpolé ici, de sorte que Paul se serait ainsi exprimé : « In vectigalibus, stipendiariis et tributariis prædiis. »

suffisante, et il n'y avait de ce côté aucune nécessité d'inventer les interdits. L'auteur n'a donc réellement rien prouvé de tout ce qu'il a voulu expliquer.

Hasse prétend que la possession est un droit sur la chose, mais un droit relatif, c'est-à-dire un droit que l'on ne peut faire valoir contre chacun, mais seulement contre celui qui veut attaquer la possession par la violence, etc. Il dit ensuite que la possession elle-même ne constitue pas ce droit, mais qu'en sa qualité d'état purement de fait, elle est toujours accompagnée d'un droit anonyme qui la garantit. Les Romains, dit-il, n'ont pas clairement établi cette distinction, et voilà pourquoi ils désignent ordinairement l'un et l'autre par le mot *possessio*. Quelquefois aussi on la voit percer, notamment dans la L. 2, § 2, 3, D. *de interdictis*, dans laquelle les expressions *causa proprietatis* et *possessio* doivent s'entendre de cette différence (p. 199, 200). — Le droit sur la chose, que l'on ne peut faire valoir que contre des personnes qui exercent des actes de violence, ne peut être que très-difficilement distingué d'une obligation de ces personnes, dans la supposition de la possession de fait. Nous ne pouvons pas davantage croire, que l'assertion d'après laquelle la possession donne droit à la protection, puisse, autrement que dans les paroles, différer de l'assertion que ce droit ne provient pas de la possession, mais bien d'un droit innommé qui accompagne la possession. L'interprétation de la L. 2, D. *de interdictis*, nous paraît entièrement fautive et c'est en cela que consiste une erreur réelle.

Rauh ne traite l'histoire de la possession que pour combattre la déduction historique que nous avons essayé d'établir, et met à la place une déduction qu'il tire d'une nécessité légale générale. D'après lui, la possession ne serait autre chose que l'acte par lequel on s'oppose à celui qui se fait justice lui-même (p. 46), et c'est en cela qu'il s'approche de l'opinion de Rudorff. A côté de cette déclaration, il adopte l'explication que Thibaut a donnée, en dernier lieu, de la *civilis possessio* (p. 56). Mais il mêle à son opinion des erreurs très-grossières, que l'explication qu'il donne ne peut en rien justifier. C'est ainsi

qu'il admet qu'en matière de déjection, il faut d'abord appliquer l'interdit *de vi*, ensuite encore *uti possidetis*, ce qui est indifférent pour le possesseur actuel (p. 36). Il prétend encore que les interdits doivent être *in rem scripta*, de la même manière que l'action *quod metus causa* (p. 50-52); que le *dejectus* doit encore rester possesseur juridique pendant un an, jusqu'à ce que la prescription lui ait fait perdre l'interdit *de vi* (p. 49). Ici l'auteur porte surtout l'erreur à son comble, en mêlant au droit romain la pratique du droit français.

Enfin, Huschkeramène la matière de la possession aux éléments constitutifs les plus anciens de la nation romaine. Les Romains ou Ramnes, dit-il, représentent le corps : voilà pourquoi nous trouvons, chez eux, le fait, la possession, et sa garantie par ordre de l'autorité (interdit). Les Quirites ou Titiens représentent l'esprit : de là chez eux le droit, la propriété, et sa garantie au moyen de l'action et du jugement. Par la suite des temps, la possession s'est rapprochée de la propriété, sans cependant jamais se confondre avec cette dernière (p. 105). Plus tard, les Patriciens ont remplacé les Ramnes, les Plébéiens ont pris la place des Titiens, et l'ancienne antithèse continue à exister dans ces deux états.—Abstraction faite de tout ce qu'il y a de surabondant dans cette manière de voir, nous voulons bien admettre que tout y est aussi fondé et aussi clair que cela est bien loin de l'être, il n'y aurait encore rien de prouvé, quant à la question qui nous occupe, que ce serait là une application de l'idée que l'on a eue de mentionner, dans les temps les plus reculés, une possession à côté de la propriété. Mais nous la trouvons formée de la manière la plus complète au temps des jurisconsultes classiques, et dans la législation de Justinien ; c'est ce qu'un besoin pratique, un intérêt actuel doit expliquer. Il est certain que l'on n'aurait pas maintenu les interdits possessoires en commémoration des anciens Ramnes, si le droit de propriété avait suffi pour satisfaire le but que se proposa la pratique du droit ; car à cette époque-là personne ne songeait plus ni aux Ramnes ni aux Titiens ; les Patriciens et les Plébéiens mêmes n'étaient plus mentionnés que par occasion, et

dans quelques institutions de l'ancien droit seulement. Nous ne nous serions, pour ce motif, pas occupé ici de l'ouvrage de Huschke, si lui-même ne lui avait donné la mission « d'éclaircir quelque peu les confusions dans lesquelles la jurisprudence est tombée, notamment quant à la question de savoir si la possession est ou n'est pas un droit, sur quel fondement les interdits reposent, etc. » (p. 109). Si donc nous en avons parlé à un endroit qui ne lui convient pas, et avons exigé d'elle la preuve d'un point qu'elle ne pouvait fournir, tout en supposant qu'elle contienne d'excellentes choses, l'auteur lui-même doit en supporter la faute.

§ 7. Possession civile et naturelle.

Jusqu'à présent nous avons déduit la définition juridique de la possession du système du droit romain en général : nous nous occuperons maintenant d'approfondir la terminologie employée par les jurisconsultes romains. La partie la plus difficile et la plus importante de cette recherche concerne le mot *possessio* en général, les termes *possessio civilis* et *possessio naturalis* ; nous commencerons par en déterminer le sens (1).

(1) On a prétendu récemment que le problème de définir exactement ce qu'il faut entendre par possession sous les différents rapports, était impossible à résoudre, parce que ces notions et leurs diverses significations, ayant pris naissance dans la vie ordinaire et n'étant devenues l'objet des investigations des jurisconsultes qu'après leur formation de fait, seraient entrées dans la législation avec tout le vague qu'une pareille origine donne nécessairement : qu'il en serait de même, dans ce cas, qu'avec les termes *culpa lata et levis*, etc. Zachariae, *Besitz und Verjährung*, p. 6, 7, 57. — Cette observation est dépourvue de tout fondement. Les expressions *culpa lata et levis* désignent originellement des idées purement morales, dont par conséquent la première conception s'est opérée dans un autre domaine que dans celui de la science du droit. Il en est autrement des mots *possessio civilis et naturalis* ; leur signification est juridique dès leur origine, aucune idée non juridique n'existe nulle part dans leur notion : ces termes ne peuvent donc pas tirer leur origine de la vie ordinaire et ne peuvent avoir reçu, par elle, un sens indéterminé.

Pour donner une direction plus fixe aux preuves qui doivent être faites par l'interprétation, nous ferons précéder un aperçu des résultats que ces preuves doivent produire.

La signification primitive du mot *possessio* est l'état de simple détention, et, par conséquent, un état non juridique, *naturel* : que le terme ne désigne qu'un rapport naturel, c'est ce que l'on n'a besoin d'exprimer par aucune addition, tant qu'il n'y a pas d'autre idée qui, mise en opposition à celle-là, nécessite une dénomination plus explicite. Mais cette détention prend, sous certaines conditions, le caractère d'un rapport juridique, en conduisant, par l'usucapion, à la propriété : elle reçoit alors le nom de *civilis possessio* (*possession civile*), et il y a alors nécessité d'en distinguer, par un terme plus exact, toute autre détention. On donne à cette dernière le nom de *naturalis possessio* (*possession naturelle*), c'est-à-dire cette espèce de la possession en général qui n'est pas devenue, comme la possession civile, un rapport juridique. — La détention rentre encore sous un autre rapport dans le domaine du droit, en ouvrant le recours aux interdits : on l'appelle alors simplement *possessio* (*possession proprement dite*), et c'est là la signification que ce mot reçoit lorsqu'on l'emploie sans autre addition, sans qu'il cesse pour cela d'être un terme technique. Toute autre détention, opposée à la possession propre aux interdits, porte encore le nom de *possession naturelle*, c'est-à-dire le rapport naturel opposé au rapport juridique, exactement de la même manière dont nous avons fait sentir cette antithèse par rapport à la *possession civile*.

D'après ce que nous venons de voir, il y a deux espèces de possession juridique : la *possession civile* ou la possession propre à l'usucapion, et la *possession proprement dite* ou la possession apte aux interdits (1), et tout ce qui a été dit plus haut (§ 5) des modifications juridiques qui peuvent se présenter dans la notion

(1) La L. 16, D. *de usurp.* dit, en parlant de la première : « *ad usucapionem tantum possidet.* » Cpr. L. 1 § 15, D. *de poss.* — Quant à la seconde, la L. 9, D. *de R. V.* dit : « *possessionem quæ locum habet interdicto uti possidetis vel utrobi.* »

de la possession, concerne l'une des deux ou bien toutes deux en même temps. Le rapport qu'elles ont entre elles est celui-ci : la possession propre aux interdits est tout à fait comprise dans la possession qui conduit à l'usucapion et qui a encore quelques conditions de plus que celle-là. Ainsi, celui qui possède *ad usucapionem*, possède toujours aussi avec le droit aux interdits (1), mais cette dernière possession ne suffit pas pour servir de base à l'usucapion.

Le terme *naturalis possessio* a, comme nous l'avons déjà dit plus haut, deux significations : mais toutes deux sont négatives et n'expriment qu'une antithèse logique. — Telles sont les propositions que nous allons prouver (2).

1. *Possession civile*, par opposition à la *possession naturelle*.

Le mot *civilis*, en général, a surtout deux significations techniques. D'abord, il désigne tout l'ensemble du droit civil, et, dans ce sens, on l'oppose au droit criminel : il ne peut en être question ici, où nous restons dans les limites mêmes du droit civil. En second lieu, dans le droit civil même, il se dit de tout ce qui n'a pris naissance ni dans le droit des gens, ni dans le droit prétorien, mais bien dans une loi, dans un sénatus-consulte ou par le droit coutumier. Cette seconde signification se rencontre encore sous une foule de modifications (3), mais les juriscôn-

(1) Une exception à cette règle paraît avoir lieu dans le contrat de gage, à l'égard du débiteur, qui acquiert par usucapion, mais ne jouit pas du droit aux interdits. Mais son usucapion n'a non plus la possession civile pour base ; on ne le considère comme investi de cette possession que par une fiction toute spéciale, c'est-à-dire qu'en sa faveur on fait une exception à la règle : *Sine possessione usucapio contingere non potest.* V. plus loin, § 24.

(2) Voici des passages dans lesquels nous rencontrons immédiatement ces expressions principales :

Naturalis possessio. L. 1, § 1 ; L. 5, § 3, 15, D. *de poss.* — L. 2, § 2, D. *pro herede.* — L. 1, § 9, D. *de vi.*

Possessio naturalis. L. 58, § 10, D. *de usuris.* — L. 33, § 7, D. *de verb. obl.*

Possessio non solum civilis sed etiam naturalis. L. 2, § 1, D. *pro herede.* *Possessio quæ est naturalis.* L. 11, D. *de am. rerum dominio.*

(3) Par exemple, dans la L. 2, § 5, 12, D. *de orig. juris.*

sultes romains emploient le plus souvent ce mot dans la généralité que nous lui donnons ici. Ainsi, pour rappeler seulement quelques applications, l'*agnation* seule s'appelle *civilis cognatio* (1), bien que toute autre cognation produise des effets importants dans le droit des gens aussi bien que dans le droit prétorien, et forme sans aucun doute un rapport juridique : il en est de même de *civilis actio*, *civilis obligatio*, etc. Appliquant cette signification du mot *civilis* à la possession civile, il faudra entendre par là une possession reconnue par le droit civil, c'est-à-dire une possession dont l'existence décide si une règle du droit civil doit s'appliquer ou non. Or, il n'existe, dans tout le droit civil, qu'un seul droit dont l'application présuppose la possession : ce droit est l'usucapion ; il s'ensuit que *civiliter possidere* est synonyme de *ad usucapionem possidere* (2).

Nous n'avons pas besoin de prouver que l'usucapion rentre dans le domaine du droit civil ; mais les interdits n'en font point partie, puisqu'ils doivent leur introduction à l'Édit. Pour ne laisser ici aucune place au doute, nous allons indiquer deux passages tirés des anciens, et qui engageraient peut-être à attribuer les interdits au droit civil. Le premier est de Cicéron (3) : Pour démontrer que celui-là même, que l'on empêche par la violence d'entrer dans son fonds de terre, peut intenter, en sa qualité de *dejectus*, l'interdit *unde vi*, il se sert de l'exemple suivant : « Quæro si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati, non modo limine tectoque ædium tuarum,

(1) L. 4, § 2, D. de gradibus.

(2) Il n'y a aucune inconséquence à prétendre que la possession civile est aussi une condition de la prescription de longue durée (§ 2), bien que cette dernière n'appartienne pas au droit civil. Ceci n'était en effet qu'une simple application de la possession civile déterminée et fixée quant à l'usucapion, à une institution introduite exactement d'après l'analogie de l'usucapion, pour en être le surrogat, et empruntant tacitement à l'usucapion toutes les conditions pour lesquelles le but spécial de la possession de longue durée n'exigeait pas de changements ; il aurait donc été inutile de créer de nouveaux termes techniques.

(3) *Pro Cæcina*, ch. 12.

sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis? Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, injuriarum. Quid? ad causam possessionis? Quid? ad restituendum eum, quem oportet restitui? Quid denique? ad jus civile? aut ad (actoris) notionem et ad animadversionem ages injuriarum? » Malgré toutes les difficultés que ce passage présente (4), il est clair que Cicéron veut dire : La réparation d'une injure n'a rien de commun avec la restitution de la possession, et partant avec le droit civil : il paraît donc placer l'interdit dans le droit civil. Mais comme l'espèce d'injure, dont il s'agit ici, est devenue un *crimen publicum* depuis la loi *Cornelia* (5), il est évident que Cicéron oppose ici le droit civil au droit criminel, et, en ce sens, tout l'Édit appartient sans contredit au droit civil ; mais nous ne trouvons, dans ce passage, aucune preuve pour l'autre signification de *jus civile*, dont Cicéron se sert lui-même un peu auparavant (5). — Le second passage qui pourrait engager de placer les interdits dans le droit civil, est de Pétrone (4) : « *jure civili dimicandum, ut, si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum veniret* (5). » Quelques interprètes (6) ont expliqué les mots « *ad interdictum venire* » comme désignant la juridiction du préteur en général, de sorte qu'ils pourraient aussi se rapporter à la revendication : mais il serait difficile d'appuyer cette opinion d'un passage qui la prouverait. L'opinion la plus

(1) En effaçant, comme le propose Garatoni, le mot *actoris*, et en adoptant en même temps l'interponction que nous avons suivie ici, cette difficulté disparaît complètement. Heise propose de lire *auctoris*, c'est-à-dire : pour punir l'auteur.

(2) « *Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat.* » L. 5, pr. D. de injuriis. C'est précisément à ce passage que se rapportent les mots de Cicéron, *notio* et *animadversio*.

(3) *Pro Cæcina*, ch. 12 : « . . . quod agas mecum ex *jure civili ac prætorio* non habes, » c'est-à-dire, tu n'as ni une revendication ni un interdit.

(4) *Satyr.* ch. 15, p. 48, éd. Beermann, 1709.

(5) *V.* sur ce passage, plus loin, le § 59.

(6) Par exemple, Turnebus, *Adversar.*, liv. xix, ch. 6.

naturelle est de refuser à Pétrone toute espèce d'autorité, dès qu'il s'agit de l'usage d'un terme juridique, dont l'acception est fixée d'une manière aussi certaine par des auteurs antérieurs et postérieurs à Pétrone.

Ainsi, la possession civile ne peut se rapporter aux interdits : elle ne peut pas davantage se rapporter aux autres effets, parce qu'ils n'ont pas du tout été considérés comme conséquences d'une possession juridique (§ 5). Pour la possession civile, il y a en outre une raison particulière : c'est que la plupart de ces effets n'appartiennent pas au droit civil. C'est ainsi que la tradition ne rentre dans le domaine du droit civil, que lorsqu'il s'agit d'une *res nec mancipi* (1) ; l'occupation et l'action publicienne, qui entre autres naissent de la tradition d'une *res nec mancipi*, n'appartiennent jamais au droit civil, et la perception des fruits non plus, parce qu'elle supposait la possession de bonne foi de la chose principale. L'exemption de la preuve, qui est un droit pour tout défendeur, ne fut certainement rangée par aucun jurisconsulte romain, pas plus que le droit de la légitime défense, dans le droit civil (2).

Ce que nous avons prouvé jusqu'ici de la signification générale du mot *civilis*, est confirmé par quelques passages des anciens jurisconsultes. Pour expliquer ces passages, il nous faut d'abord faire une observation générale. En supposant que la *possession civile* prenne son nom du *droit civil*, l'expression *civiliter non possidere*, ou *jure civile non possidere* peut avoir une double signification, selon qu'on fait rapporter le mot *civiliter* à l'effet ou à la cause de *non possidere*. En effet, il peut d'abord exprimer que l'on n'a pas la possession que le droit civil reconnaît comme telle, et, en ce sens, il est la négation directe de la possession civile, et peut être utile à nos recherches. En second lieu, il peut exprimer que, par un motif renfermé dans le droit civil, on n'a pas la possession quelle qu'elle soit : cette signification ne nous intéresse pas pour le moment, puisqu'elle ne

(1) Ulpian, *Fragm.* tit. XIX, § 7.

(2) L. 5, D. de *justitia et jure*.

se rapporte en rien à la possession civile. On est le plus souvent à même de décider avec certitude laquelle des deux significations il faut admettre dans chaque cas particulier : ainsi, par exemple, c'est à la première qu'il faut se tenir, lorsque l'on prouve de quelque manière que ce soit qu'il existe une possession en général ; il est au contraire probable qu'il faut admettre la seconde, lorsque le contraire peut être prouvé (1).

Nous trouvons cinq cas dans lesquels il est fait mention des expressions : *possessio civilis*, *civiliter possidere* et *non possidere*. Deux d'entre eux fournissent des preuves précises à l'appui de notre opinion ; les autres ne permettent d'en tirer des conclusions certaines ni pour notre opinion ni contre elle ; il nous suffira donc de démontrer, pour ces derniers, qu'on peut parfaitement bien les expliquer d'après nos hypothèses et que, par conséquent, ils ne sont pas en contradiction avec elles.

A. Lorsqu'une chose a été donnée en gage, le créancier qui la reçoit n'a pas la qualité de possesseur civil (2) :

« Sciendum est, adversus possessorem hac actione (ad exhibendum) agendum : non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. *Denique creditorem, qui pignori rem accepit ad exhibendum teneri placet.* »

(1) Cette importante distinction et son application à l'interprétation, deux points par lesquels mon explication de la possession civile gagne une certitude complète, se trouvent dans l'appendice que Thibaut a ajouté à l'édition de Cuperus, et avaient déjà paru auparavant dans sa critique de mon livre, insérée dans l'*Allgemeine Leipziger Zeitung* de 1804, n° 41. Plus tard, Thibaut a émis sur ce point l'opinion suivante : « Ainsi prise, la théorie que l'auteur a créée relativement à la possession civile, nous paraît irréfutable. (*A. L. Z. Ergänzungsblätter*, 1806, t. II, p. 550.) Un critique de Thibaut fait la judicieuse observation, que la glose sur la L. 24, D. de *poss.*, contient déjà une trace de cette distinction, quoique sans preuve et sans application : « Dic ergo civiliter, i. e. de jure civili non possidere, neque civiliter, neque naturaliter. » Il est vrai que Thibaut a récemment rejeté cette double signification, et a même été jusqu'à la traiter de non-sens (*Archiv*, XVIII, 528, 529), sans rappeler en rien et sans opposer les raisons qu'il avait auparavant adoptées. (Add. à la 6^e éd.)

(2) L. 5, § 15, D. ad *exhibendum*.

La liaison de l'argumentation renfermée dans ce passage, est celle-ci : l'action *ad exhibendum*, dit le jurisconsulte, n'est pas uniquement dirigée contre le possesseur civil. Il prouve son assertion en citant l'exemple du créancier, et se sert, pour faire sentir la transition de la règle à son application, du mot : *denique* (par exemple), que nous rencontrons dans la même signification, dans plusieurs passages du Digeste (1). Dans les deux fragments qui suivent immédiatement notre passage (2), et dont le second doit avoir eu une liaison avec notre passage, dans l'ouvrage d'Ulpien, on ajoute encore plusieurs autres exemples, de sorte que ces trois fragments ne forment qu'un seul tout. Cette liaison est si naturelle et si nécessaire, que l'on n'aurait pu la méconnaître, si l'on n'avait pas déjà apporté une idée fautive de la possession civile. La glose joint au mot *creditor* cette observation : « *hic civiliter possidet* », que l'on peut cependant prendre comme une objection contre l'opinion du texte, de sorte que l'on ne doit pas nécessairement supposer qu'elle l'ait mal compris. Frider (3) va jusqu'à vouloir prouver, par ce passage, que le créancier est un possesseur civil. Cuperus (4) détruit toute la liaison qui existe entre nos fragments, en ad-

(1) « In omni fere jure, finita patris potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium : *denique* et patria dignitas quaesita per adoptionem, finita ea, deponitur. » L. 3, D. *de adopt.*

« In quaestionibus laesae majestatis etiam mulieres audiuntur : conjurationem *denique* Sergii Catilinae Julia mulier detexit, et Marcum Tullium Consullem indicium ejus instruxit. » L. 8, D. *ad legem Juliam majest.*

« Nemo enim in perseguendo deteriorem causam, sed meliorem facit. *Denique* post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis. » L. 87, D. *de R. J.*

Cette signification du mot *denique* peut d'ailleurs se réduire à une autre qui est plus connue : car souvent ce mot a la même signification que *sane* ou *certe*. César, *De bello gallico*, liv. II, ch. 55, p. 85, ed. Lips. 1780. — Sénèque, *De ira*, liv. III, ch. 18. — Thon, p. 116, cite un grand nombre de passages semblables. — Cpr. pour l'opinion contraire : Thibaut, *Archiv*, XVIII, 338.

(2) L. 4, 5, D. *ad exhibendum*.

(3) *De materia possessionis*, ch. 4, § 15.

(4) *De natura possessionis*, P. I, ch. 5, p. 55.

mettant arbitrairement que le mot *denique* commence un sens tout nouveau et sans liaison avec ce qui précède; il ne considère pas que le jurisconsulte ne ferait alors que se répéter, puisque la possession civile et la possession naturelle, pour lesquelles il a déjà établi sa règle, comprenaient tous les cas possibles. Ce commentateur n'aurait certainement pas eu recours à une interprétation qui compromet à un si haut point la logique des jurisconsultes romains, s'il avait pu sauver d'une autre manière le sens qu'il attache à la possession civile et qui est détruit par notre passage.

Il reste donc établi, que le créancier n'a aucune possession civile sur le gage, et nous n'avons plus qu'à déterminer les droits de sa possession elle-même, pour démontrer quel sens les jurisconsultes romains attachent à ce mot. Le passage suivant s'exprime sur ces droits de la manière la plus précise (1) :

« . . . qui pignore dedit, ad usucapionem tantum possidet : quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. . . »

Ainsi, le créancier possède sous tous rapports juridiques, sauf l'usucapion : il s'ensuit que la *possession civile* qui lui est refusée, ne peut signifier rien autre que possession propre à l'usucapion.

B. Le second cas dans lequel la possession civile est mentionnée se rapporte à la donation prohibée entre époux. Cette donation ne doit pas produire la possession civile :

L. 26, pr. D. *de don. inter virum et uxorem*.

« . . . licet illa (uxor) *jure civili possidere non intelligatur* (2). »

(1) L. 16, D. *de usurp. et usuc.*

(2) L'on aperçoit déjà ici la duplicité des termes *jure civili non possidere*, dont nous avons parlé plus haut. Mais comme, dans ce cas, ainsi que nous le prouverons bientôt, l'existence d'une possession juridique ne peut aucunement être révoquée en doute, cette expression ne peut désigner ici autre chose que la négation de la possession civile. — Thibaut, *Traité*, p. 545, interprète ce passage de la manière suivante : « quand même on voudrait admettre, avec d'autres jurisconsultes, que la femme ne possède pas », de sorte que Paul lui-même n'aurait pas voulu soutenir cette opinion. Deux suppositions fausses l'ont amené à donner cette interprétation forcée : 1^o d'après lui, *jure civili non possidere* veut dire : ne pas posséder du tout :

L. 1, § 4, D. de poss.

« Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant (et cette opinion est adoptée ici tacitement, comme cela se fait en règle générale, car Paul ajoute encore lui-même un motif nouveau) possidere eam : quoniam res facti infirmari « jure civili non potest... » (Ainsi le droit civil ne reconnaît pas cette possession.)

L. 1, § 9, 10, D. de vi.

« Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum « (de vi) pertinet. Denique (1) et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit : poterit interdicto uti : non tamen si colonus (2). »

Ainsi, dans ces trois passages, on refuse la possession civile : mais quel est donc le rapport légal que l'on veut désigner par

20 Il a cru que les jurisconsultes romains ont été partagés d'opinion sur la possession résultant d'une donation entre époux. Il conclut cela des mots : Julianus putat et plerique putant ; mais ces expressions sont très-souvent employées même dans les principes les moins contestés. Ensuite, le motif allégué dans la L. 1, § 4, D. de poss., n'a pas besoin d'être opposé à des adversaires réels. — Cpr. aussi Thon, p. 124 et suiv., et Thibaut, Archiv, XVIII, 549 et suiv. (Add. à la 6^e éd.)

(1) La liaison, et même l'expression, est tout à fait la même ici que dans la L. 5, § 15, D. ad exhibendum ; les deux passages s'interprètent l'un par l'autre, et nous nous rapportons entièrement à l'interprétation que nous avons donnée, plus haut, de ce dernier passage.

(2) Thibaut, Traité, p. 559, annonce une nouvelle explication du passage, dont le contenu serait celui-ci : « Lorsque le mari fait une donation à sa femme, et que celle dernière est expulsée, c'est le mari qui peut invoquer l'interdit. » Mais d'après une construction simple et naturelle, le mot poterit doit se rapporter à eaque, comme au sujet le plus proche, et non pas à maritus, le sujet le plus éloigné. On échange donc cette construction naturelle contre une autre qui est forcée, et on ne recueille par là d'autre avantage qu'au lieu de parvenir à un contenu juridique et simple du passage, on s'efforce avec peine d'en déduire un qui est très-embrouillé. D'après notre interprétation, la fin du passage doit être ainsi complétée de la manière la plus simple : Non tamen si colonus dejectus erit, poterit (colonus) interdicto uti ; c'est-à-dire que l'on veut faire remarquer la différence qui règne relativement à la possession, entre les droits de l'épouse donataire et ceux du fermier.

ce mot ? Le second passage dit en termes exprès et deux autres fragments statuent également (1), que cette donation produit une possession juridique.

Le troisième passage va même jusqu'à désigner un effet de cette possession : un interdit. Mais elle ne peut produire l'usucapion :

L. 1, § 2, D. pro donato.

(1) L. 1, § 2, D. pro donato : « Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat. » — L. 16, D. de poss. « Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur. » Quelque clairement exprimé que soit le principe de ces textes, on l'a cependant souvent nié, pour sauver l'une ou l'autre idée que l'on s'était formée de la possession civile. Cuperus (De natura possessionis, P. II, ch. 11, p. 84), croit que Paul est en contradiction avec lui-même (dans les L. 1, § 4, D. de poss. et L. 26, pr. D. de don. inter virum et uxorem). Fieck (De poss. p. 45, 118) va encore plus loin, en prétendant que l'on y conteste partout toute possession. Le seul passage que l'on pourrait opposer à notre assertion, sans supposer déjà une idée arbitraire de la possession civile, est la L. 46, D. de don. inter virum et ux. « Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. » Mais ici ce n'est pas la possession que l'on nie ; c'est la donation : la loi prétend seulement que la femme ne possède pas pro donato, et c'est là ce que la L. 16, D. de poss. a aussi eu en vue, lorsqu'elle dit : « Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur » ; ce passage est tiré du même ouvrage d'Ulpien, que la L. 46 citée. Ce principe ne peut donc exercer aucune influence sur l'existence de la possession, parce qu'il ne se rapporte lui-même qu'à la succession juridique (dans la donation), et que l'existence de la possession est indépendante de toute succession. (V. plus haut, § 5). — Ce qu'il y a d'essentiel dans cette interprétation est ancien. V. Duarein, sur la L. 1, § 4, D. de poss., p. 829. — Valentia, Tract. ill. L. 1, tr. 2, c. 7, p. 52. — Cuperus lui-même a beaucoup contribué à l'améliorer, comme nous le montrerons avec plus de détails, à la sect. IV, lorsque nous traiterons de l'interdit utriusque (§ 59). — Si l'inscription de notre passage ne parlait pas si haut en faveur de notre interprétation (v. plus loin, § 59), l'objection que l'on nous fait se réfuterait encore d'une autre manière plus simple et plus satisfaisante. La possession dont la donation est faite, d'après notre passage, sans effet, pourrait être un fonds de terre provincial, et c'est en traitant de cette matière que plusieurs autres passages reconnaissent une donation de la possession. L. 15, 16, C. de don. inter virum et uxorem. Le sens du texte serait alors celui-ci : non-seulement le dominium ne se transmet pas de cette manière, mais la propriété naturelle d'un fonds de terre provincial n'est pas non plus susceptible d'une pareille transmission.

« Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usu-
« capio. »

Il s'ensuit qu'ici encore on ne peut entendre par *possessio civile*, que l'on refuse, rien autre que la possession propre à l'usucapion :

C. La règle : *nemo sibi causam possessionis mutare potest* doit s'appliquer non-seulement à la possession civile, mais également à la possession naturelle (1). Cette règle elle-même, incompréhensible jusqu'à présent, n'a été éclaircie que par Gajus (2), bien que des erreurs nombreuses aient encore été commises après sa publication. D'abord on pouvait supposer que cette règle signifiait qu'il était impossible de changer la cause de sa possession, même avec le concours d'une autre personne. Mais il est certain qu'elle n'a pas ce sens, car lorsque le possesseur de mauvaise foi achète la chose de celui qui en a la propriété ou qu'il croit être propriétaire, ce changement de cause (*causæ mutatio*) est entièrement valable et efficace (3). Réciproquement, lorsque le locataire repousse le bailleur, il a réellement changé la *conductionis causa* en la *dejectionis causa*, et acquis par là la vraie possession (4). Cette règle ne s'oppose donc pas davantage à ce changement, et une violence positive n'était pas nécessaire ici, parce que le bailleur est suffisamment garanti par l'interdit *de vi*, et parce que la déjection ne peut jamais conduire à l'usucapion. Il s'ensuit que cette règle n'est généralement applicable qu'aux cas peu nombreux, dans lesquels un changement opéré arbitrairement par l'une des parties en une cause valable en droit et efficace, serait possible, mais dont toute influence sur l'usucapion serait empêchée par cette règle de

(1) Ce qui suit a été complètement changé dans la 6^e édition. — Parmi les auteurs, il faut consulter sur cette règle de droit : Merenda, XII, 28. — Unterholzner, *Verjährungslehre*, p. 100. — Thon, p. 99-114. — Thibaut, p. 355 et suiv., ne paraît pas avoir une idée claire de toute cette règle.

(2) Gajus, liv. II, § 52-61.

(3) L. 55, § 1, D. *de usurp.*

(4) L. 12; L. 18, pr. D. *de vi*.

droit toute positive. Tels sont maintenant les cas suivants : d'abord, tant que l'héritier n'avait pas pris possession d'une chose faisant partie d'une succession, chacun avait le droit de s'en emparer, de la posséder et de l'usucaper à titre *pro herede*. Une pareille usucapion n'exigeait donc ni bonne foi ni juste titre, et présentait encore ceci de particulier, que, même pour les fonds de terre, elle était accomplie par le laps d'un an. C'était donc réellement une cause de l'espèce décrite plus haut ; car elle se basait sur une volonté unique, même injuste, et néanmoins elle était une juste cause d'usucapion, ce qui la distinguait par conséquent essentiellement de la déjection entreprise contre le bailleur. Gajus allègue, comme motif de cette possession et de cette usucapion, si peu conformes à la probité (*tam improba possessio et usucapio*), que l'on voulait par là forcer l'héritier à se saisir plus promptement de la possession, chose très-désirable tant à cause des *sacra* que pour les créanciers. Il ajoute que l'empereur Adrien modifia ce droit et permit à l'héritier de traiter cette usucapion, même accomplie, comme nulle, à l'exception de l'héritier nécessaire qui seul devait encore la reconnaître valable. C'est à cette singulière institution que cette ancienne règle dont il s'agit, se rapportait, de la manière suivante : Si quelqu'un usucapait *pro emptore*, ou s'il avait la possession naturelle, en qualité de dépositaire, cette usucapion *pro herede*, que nous venons de décrire, pouvait être, en cas de décès du propriétaire, extrêmement avantageuse au possesseur : dès lors, pour achever l'usucapion, l'acheteur n'avait plus besoin, s'il s'agissait d'un fonds de terre, que d'une année au lieu de deux qui lui auraient été nécessaires en qualité d'acheteur, et le dépositaire qui, en cette qualité, ne pouvait pas du tout acquérir la propriété par l'usucapion, devenait apte à acquérir de cette manière. Notre règle s'opposait à ces possesseurs : ayant une fois commencé à posséder en certaine qualité, ils ne devaient plus avoir le droit de changer arbitrairement et en conscience de l'illégalité, leur espèce de possession en celle *pro herede*. Les expressions employées par Gajus pour l'usucapion *pro herede* et par d'autres jurisconsultes pour la règle de droit

qui nous occupe, prouvent évidemment que c'était là le sens de cette règle. Car, relativement à l'usucapion *pro herede*, Gajus s'exprime ainsi : « hæc autem species possessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vocatur, nam sciens quisque rem alienam *lucrifacit*. Sur notre règle de droit nous donnons ici les deux passages les plus explicites (1), tous deux de Justinien, et par conséquent plus anciens peut-être que la disposition citée d'Adrien.

L. 33, § 1, D. *de usurp.*

« Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis *sciret se bona fide non possidere*, et *lucrifaciendi causa* inciperet possidere. »

L. 2, § 1, D. *pro herede*.

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

Déjà nous nous expliquons clairement dans quel sens Justinien parle, dans le dernier fragment, de la possession *civile* et *naturelle*. Il veut dire que non-seulement celui qui, jusque-là, usucapait (*possessio civilis*), est empêché, par cette règle de droit, de changer son usucapion commencée en cette autre plus avantageuse *pro herede*, mais que celui-là même qui n'était pas apte à usucaper (*possessio naturalis*), doit être empêché par cette même règle, de s'ouvrir, à l'aide d'un pareil changement, l'usucapion qu'il ne pouvait jamais avoir (2). D'après cette

(1) On peut comparer avec ces passages les suivants dont le sens n'est pas aussi bien déterminé : L. 3, § 19, 20; L. 19, § 1, D. *de poss.* — L. 2, § 21, D. *pro emtore*. — L. 1, § 2, D. *pro donato*. — L. 6, § 3, D. *de precario*.

(2) Il est donc évident que le jurisconsulte suppose que, relativement à la possession civile, la règle est plus facilement et plus généralement reconnue, et que dans la possession naturelle elle est plutôt mise en doute. Thibaut,

interprétation, la terminologie que nous avons admise sert donc exactement de base à ce passage. Il est bien vrai que cette règle a en grande partie perdu sa véritable portée depuis Adrien, et entièrement dans le droit de Justinien; aussi ne rencontrons-nous plus au Digeste que des passages dans lesquels elle ne doit pas trouver son application.

En second lieu, cette règle pouvait également trouver son application dans la *usureceptio*. Car celle-ci se basait également sur une volonté unique; elle était partant sans titre, bien qu'on ne doive pas toujours la regarder comme injuste. Mais cette règle était destinée à empêcher l'usucapion dans le cas où elle était évidemment injuste, et notamment lorsque le débiteur judiciaire avait pris la chose à bail du créancier (1).

D. Deux passages adoptent comme règle, pour les esclaves : *civiliter non possident*.

L. 24, D. *de poss.*

« . . . Peculium, quod servus civiliter quidem possidere non possidet, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. »

L. 38, § 7, 8, D. *de verb. oblig.*

« Haec quoque stipulatio : *possidere mihi licere spondes? utilis est* : quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. Sed quamvis civili jure servus non possidet, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est : et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. Plane si : *tenere sibi licere* stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit : licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat. »

p. 353. regarde cette liaison nécessaire comme inconciliable avec l'explication que nous donnons de la possession civile. Mais il est certain qu'il n'y avait rien de plus naturel que de restreindre la cause de possession, dont cette règle parle, à la juste cause de l'usucapion. C'est aussi là l'idée du jurisconsulte, lorsqu'il fait remarquer que la règle s'applique non-seulement à la cause de vente ou de donation, mais aussi à celle de louage et de dépôt, c'est-à-dire à deux causes que l'on ne considère pas comme telles en matière d'usucapion.

(1) C'est Thon, p. 109, qui, le premier, a fait cette excellente remarque.

Dans ces passages, le jurisconsulte se sert de l'expression : *civiliter non possidet*, pour refuser toute possession, mais à cause d'une règle du droit civil : partant ces passages ne concernent pas la possession civile. Car, d'un côté, il est certain que l'esclave n'avait aucune possession, et l'on ne saurait imaginer pour quelle raison on ne parlerait cependant ici que du défaut de la *possession civile* : d'un autre côté, le *civiliter quidem possidere non potest* se trouve restreint dans ces passages mêmes par des expressions qui, comme nous le prouverons plus loin, se rencontrent partout comme opposées à toute possession juridique (*tenere, naturaliter tenere*). Voici quel est l'enchaînement de la matière. D'après les idées romaines, l'esclavage lui-même provenait du droit des gens : mais l'acquisition de l'esclave pour son maître, et l'incapacité de l'esclave d'avoir des biens à lui, appartenaient au droit civil, puisque les Romains connaissaient eux-mêmes d'autres peuples chez lesquels les esclaves pouvaient avoir une fortune à eux (1). On pouvait

(1) Tels étaient, par exemple, les Allemands. Tacite, *Germ.* ch. 25. Plusieurs passages sont aussi plutôt pour notre opinion que contre elle : 1) L. 1, § 1, D; § 1, J. *de his qui sui* : « Igitur in potestate sunt servi dominorum (quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse), et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur. » Si l'on adopte pour ce dernier mot la leçon qui lit *adquiri*, l'opinion émise plus haut est entièrement fautive : si on lit *adquiritur*, cette opinion est rendue, par toute la construction, beaucoup plus probable que l'opinion contraire. Haloander est le premier qui ait lu, dans les Pandectes, *adquiri*, et, dans les Institutes, une édition in-12 de Chevallon (Paris. 1527. mense sept.), ensuite celle de R. Etienne (Paris. 1528, in-8°), et J. Schæffer (Mog. 1529, in-12), finalement Haloander a suivi toutes ces éditions, ce que celle de Gebauer n'indique pas : *adquiritur* est d'abord la leçon du vrai Gajus (liv. I, § 52), c'est aussi celle qui se trouve dans tous les anciens MMS. et dans les plus anciennes éditions des livres de droit de Justinien ; c'est nommément celle des trois plus anciens MMS. des Institutes à Bamberg (Rosshirt, *Beitrag*, cah. I, Heidelberg, 1820, p. 71), ainsi que celle de tous les MMS. de Paris, au nombre de vingt-trois : des treize MMS. de Paris du Dig. Vetus, douze la portent également, et dans le treizième (qui est le plus moderne)

donc dire avec justesse : *servus civiliter non possidet*, c'est-à-dire l'esclave est incapable d'avoir la possession juridique, et la cause de son incapacité se trouve dans le droit civil.

E. De la même manière on dit du possesseur d'une chose complexe, en tant que l'on parle de la possession des différentes parties qui la composent (par exemple, de la possession des roues d'une voiture), et relativement à chacune d'elles en particulier, *civiliter non possidet* (1). On ne peut déterminer avec certitude laquelle des deux significations de cette expression sert ici de base. Il se peut qu'il soit question de la possession civile (2), mais il se peut aussi que l'on nie toute possession en s'appuyant sur le droit civil (3).

Nous nous arrêtons ici pour la possession civile. Il est à peu près inutile de rappeler que, dans tous les passages cités, la *possession naturelle* se présente comme une antithèse

le mot *adquiri* est évidemment une faute du copiste, car la glose du même MS. porte également *adquiritur*; 2) la L. 10, § 1, D. *de adquir. rer. dominio*, ne nous est pas contraire; car les mots : ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest, peuvent tout aussi bien se rapporter au droit civil romain qu'au *jus gentium*. Le critique de l'édition que Thibaut a publiée sur Cuperus (*Gott. Anz.* 1804, p. 1452), pense que l'incapacité de l'esclave d'avoir des biens à lui provient du *jus gentium*, mais il croit que l'application de cette incapacité à la possession, dont la nature purement de fait n'a été déterminée juridiquement que par le caractère propre du droit romain, appartient au droit civil. Si l'on admet que cette incapacité était du droit des gens (ce que nous nions), cette manière de concilier est alors très-ingénieuse et satisfaisante.

(1) L. 7, § 1, 2, D. *ad exhibendum*. « Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit : *quamvis tunc civiliter non possideas*. Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris, etc. »

(2) Thibaut (*Appendice* à Cuperus, p. 162), nie cette proposition, parce qu'il est absurde, dit-il, de faire seulement la remarque, en parlant de l'action *ad exhibendum*, qu'il n'est pas exigé que le défendeur possède *ad usucapionem*. Mais il n'est pas difficile de répondre à cette objection ; car dans un autre passage (L. 5, § 15, D. *ad exhibendum*), le même Ulpien fait précisément la même remarque que Thibaut croit impossible.

(3) V. plus loin, le § 22.

logique de la *possessio civile* (comme *possessio, quae non est civilis*). Nous entrerons plus tard dans de plus grands détails sur ce point.

2. *Possession* (comme donnant droit aux interdits) ou *possessio proprement dite*, par opposition à *possessio naturelle*. — Nous avons ici deux choses à prouver : la première, que la possession proprement dite, comme rapport juridique, se distingue de la possession naturelle ; la seconde, que l'opposition dans laquelle on met ces expressions n'admet d'autre signification que de désigner la possibilité juridique ou l'impossibilité du recours aux interdits.

A. Le mot *possessio*, sans autre désignation, est opposé comme rapport juridique, à un rapport non juridique que l'on rencontre sous les dénominations : *esse in possessione, tenere, naturaliter possidere, corporaliter possidere* (1).

« Idem Pomponius bellissima tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? est autem longe diversum : aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse... (2). »

« Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei... ire, et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo (3). »

« Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt,

(1) La Glose se sert de l'expression *detentio asinina* (Glose, sur la L. 29, D. de poss.); elle explique cette expression dans un autre passage (sur la L. 24, D. de poss.) « ... tenere potest, ut asinus sellam. » On sait qu'Accurse choisit très-souvent l'âne pour exemple. — Les jurisconsultes italiens postérieurs l'appellent *tenuta*, terme que l'on rencontre déjà dans un diplôme de 1252, rapporté par Sarti. (*De claris Archygyrn. Bonon. prof.* t. I, § 2, p. 78 : « corporalem possessionem et tenutam tradidisse.) — L'expression *esse in possessione* ressemble à cette autre *esse in libertate*; celle-là s'emploie par opposition à la possession proprement dite; celle-ci, par opposition à la liberté, avec cette différence que le *esse in libertate* jouissait d'une protection particulière de droit positif.

(2) L. 10, § 1, D. de poss.

(3) L. 7, pr. D. de damno infecto.

« habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est (1). »

« Neratius et Proculus et solo animo non posse nos *adquirere possessionem*, si non *antecedat naturalis possessio* (2).

« ... Quod ex justa causa *corporaliter* a servo tenetur... *dominus creditur possidere* (3). »

La même distinction sert aussi déjà de base aux termes bien connus de la stipulation aquilienne : *quodve tu meum habes, tenes, possides* (4). »

Cette opposition des expressions ne veut pourtant pas dire que la possession juridique ne puisse pas renfermer en même temps le rapport naturel, la détention : car, bien que la possession juridique soit quelquefois admise dans des cas où il n'y a pas de détention, elle se trouve cependant en général jointe à cette dernière (§ 5). D'après cela, l'on entend par *possessio naturelle*, lorsqu'elle est opposée à la possession juridique, celle qui est *purement naturelle*, de sorte que la possession naturelle peut aussi être contenue dans la possession juridique, sans préjudice à cette antithèse. Aussi remarque-t-on que, dans un grand nombre de passages, toutes les expressions qui désignent ailleurs le rapport non juridique, s'emploient, quand il s'agit de la possession juridique, pour exprimer la détention corporelle qui en fait partie (5).

(1) L. 49, § 1, D. de poss. Les mots qui se trouvent à la fin du passage ont déjà été expliqués plus haut (§ 5), et disent expressément que l'on distingue ici le rapport juridique d'un autre rapport non juridique.

(2) L. 5, § 5, D. de poss.

(3) L. 24, D. de poss.

(4) L. 18, § 1, D. de acceptil. — § 2, J. quibus modis toll. obl.

(5) Par exemple : *corporalis possessio*. L. 40, § 2, D. de pign. act. — *Naturalis possessio*. L. 58, § 10, D. de usuris et L. 5, § 15, D. de poss. — Enfin, *in possessione esse*. § 5, J. de interdictis. — L. 11, § 13, D. quod vi, et L. 2, C. de poss. — Cuperus (*De nat. poss.* P. I, ch. 5), donne à l'expression *possessio naturalis* trois significations : 1^o la simple détention ; 2^o la détention, comme partie constitutive de la possession juridique ; 3^o la possession assimilée, par une fiction de la loi, à la simple détention. V. plus haut, au § 5. Mais, dans tous ces cas, il n'y a qu'une

B. Cette distinction n'a d'autre but que celui de déterminer la possibilité ou l'impossibilité juridique des interdits : c'est ce que nous allons prouver avec autant de facilité que nous avons prouvé l'existence de cette distinction elle-même. En effet, la possession proprement dite est la condition des interdits : c'est ce que prouve déjà le nom *interdits possessores*, et c'est ce que confirment en outre beaucoup d'autres passages (1).

En même temps l'existence de la possession en général, sans autre attribut juridique, suffit pour donner lieu aux interdits, lors même que cette possession a commencé d'une manière injuste (2) : c'est donc la possession proprement dite, sans autre addition, qui sert de base aux interdits.

D'un autre côté, il n'y a aucun doute que le fermier, le comodatataire, l'envoyé en possession, etc., desquels la loi dit : *sunt in possessione, tenent, sed non possident*, n'ont pas le droit de recourir aux interdits possessores (3).

L'on peut donc dire en général : Celui qui a la possession proprement dite, jouit aussi des interdits ; celui qui est simplement en possession, *in possessione*, n'en jouit pas, et ces deux antithèses coïncident parfaitement.

Cette thèse, nous venons de la prouver par parties, afin d'en mieux faire sentir la vérité : il sera maintenant facile d'expli-

seule signification qui serve de base, c'est-à-dire que nous n'avons pas besoin de prouver d'abord chacune de ces trois significations par les passages où nous les trouvons ; mais nous pourrions les déduire avec certitude des autres dispositions de la loi, quand même on ne les aurait jamais employées en particulier. Au reste, toute la remarque de Cuperus a déjà été faite par Doneau, *Comm.* v, 7.

(1) « *Interdictum autem hoc (de vi) nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum de jeceretur, possidebat.* » (L. 1, § 23, D. de vi.)

« *Creditorum missos in possessionem rei servandæ causa, interdicto uti non posse et merito : quia non possident.* » (L. 3, § 8, D. uti poss.)

« *Si eam rem, cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim... precario tibi concesserim : teneberis hoc interdicto.* » (L. 7, D. de precario.) Cpr. § 4, 5, 6, J. de interdictis.

(2) § 6, J. de interdictis. — L. 1, § 9 ; L. 2, D. uti poss.

(3) L. 1, § 10, D. de vi. — L. 3, § 8, D. uti possidetis, etc.

quer un passage, qui, à lui seul, renferme tout ce que nous avons démontré par le rapprochement de plusieurs textes. Ce passage traite de la revendication : celle-ci ne pouvant se diriger que contre le possesseur de la chose, le juge doit examiner si le défendeur est possesseur, et il ne s'agit que de savoir qui, dans ce cas, doit être considéré comme possesseur. C'est ce que le passage a pour but de déterminer :

L. 9, D. de rei vind.

« *Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat... Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrius. Denique (1), ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.* »

Ce passage ayant pour but de déterminer le sens du mot *possessio*, on le prend, au commencement du fragment, dans le sens le plus vague : on cite alors Pégase qui croit que la règle ne s'applique qu'à cette espèce de la possession qui donne recours à l'interdit, et nullement aux cas dans lesquels on ne peut supposer l'existence d'aucune possession : mais Ulpien décide contre lui.

— Par rapport à la chose, les opinions des deux jurisconsultes diffèrent, mais quant aux termes, ils prennent les mots dans la même signification, et c'est là ce qui nous importe uniquement. Tous deux partent d'une idée générale (naturelle) du mot *possessio* et en reconnaissent deux espèces. L'une est celle qui donne droit aux interdits possessores (2), l'autre est par conséquent

(1) *Denique* sert encore ici, comme dans la L. 3, § 15, D. ad exhibendum, et la L. 1, § 9, 10, D. de vi, de transition de la règle à son application.

(2) Nous disons : les interdits possessores, sans restriction, quoique Ulpien se borne à nommer l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrobi*. Car il est indubitable, d'après d'autres passages, que les autres interdits supposent

celle qui n'y donne pas lieu. Immédiatement après, le jurisconsulte dit du possesseur de la seconde espèce : *est in possessione, tenet, non possidet*; il s'ensuit que la première espèce doit nécessairement porter le nom de *possessio* simplement. Ce seul passage fournit donc encore une fois la preuve que nous devons nous faire de l'idée attachée à la *possessio proprement dite*, comme possession donnant lieu aux interdits.

5. Nous avons prouvé jusqu'à présent qu'il y a deux espèces de possession juridique : la *possessio civile* et la *possessio proprement dite*. Mais quels sont les rapports qui existent entre ces deux idées juridiques ?

Le droit de recourir aux interdits suppose l'existence de la *possessio proprement dite*, et rien de plus : celui-là même qui s'est mis en possession avec violence, peut invoquer les interdits (1), et, outre l'existence de la possession, il n'est donc exigé aucune autre qualité juridique qui serait la condition des interdits.

L'usucapion, au contraire, suppose aussi l'existence de la possession proprement dite (2), mais ce n'est pas la seule condition dont elle dépende : la possession doit en outre avoir commencé de *bonne foi* et à *juste titre* (*bona fides et justa causa*), et la chose possédée ne doit pas être particulièrement exceptée de l'usucapion (*res furtiva, vi possessa, etc.*).

D'après cela, le rapport qui existe entre ces deux idées est celui-ci : la possession propre à l'usucapion a seulement quelques conditions de plus que celle qui donne droit aux interdits ;

la même espèce de possession comme condition de leur application (L. 1, § 10, D. *de vi*), et qu'Ulpien nomme seulement ces deux interdits, parce qu'eux seuls auraient pu se rencontrer dans le même procès. Car si le défendeur actuel avait invoqué ces interdits avant la revendication, sa possession (juridique) aurait été examinée. Est-ce que cette dernière, veut dire Ulpien, importe encore maintenant, quoiqu'on n'ait pas eu recours à l'interdit avant la revendication ?

(1) § 6, J. *de interdictis*. — L. 1, § 9; L. 2, D. *uti possidetis*.

(2) « Sine possessione usucapio contingere non potest. » L. 25, D. *de usurp. et usuc*. C'est ainsi, par exemple, que l'usucapion cesse dès que la possession est perdue. L. 5, D. *eod.*

celle-ci est donc toujours comprise dans la première. Ce rapport ne pouvait être autrement désigné qu'en appelant la possession propre aux interdits *possessio*, sans lui donner d'autre attribut (*possessio proprement dite*), et en distinguant celle qui conduit à l'usucapion par une addition : *civilis* (*possessio civile*), et c'est ainsi que ces termes nous confirment ce que nous avons déjà prouvé par la nature juridique même de ces institutions.

Il résulte de tout ce qui précède, que les deux significations juridiques que la possession a en droit romain, n'ont pour base aucune *division d'une possession juridique générale*, mais qu'au contraire il n'existe qu'une seule possession juridique, qui, lorsqu'elle existe seule, donne recours aux interdits, mais qui conduit aussi à l'usucapion, lorsque d'autres conditions viennent se joindre à elle (1). C'est ainsi que le passage suivant, qui a paru très-insignifiant à plusieurs interprètes, renferme un sens très-important, sans cependant être en contradiction à la double nature juridique de la possession, nature sur laquelle repose toute notre manière de voir : « Et in summa magis *unum genus est possidendi, species infinitæ* (2). » Ces espèces innombrables se rapportent au grand nombre de *causæ possidendi* dont il avait été question auparavant, et c'est également à celles-ci que l'on oppose en premier lieu le *unum genus* : mais ce dernier paraît énoncé comme vérité générale; ce qui serait impossible, s'il y avait plusieurs idées juridiques de la possession, originaires différentes et opposées.

Nous sommes maintenant parvenus à avoir un point de vue général, qui embrasse tout ce que le droit romain détermine relativement à la possession. Toutes les dispositions de ce droit se rapportent en même temps à l'usucapion et aux interdits,

(1) Nous rencontrons dans l'ancien droit romain un rapport tout identique entre deux autres idées : le *justum matrimonium* et le *matrimonium cum conventionem in manum*. Pour que ce dernier soit concevable, il faut que le premier existe; on ne peut pas dire non plus qu'il y ait là une *division* du mariage, quoique ce soient deux mariages juridiques différents.

(2) L. 3, § 21, D. *de poss.*

mais d'une manière différente : elles sont immédiatement relatives aux interdits, parce que ceux-ci ne supposent autre chose que la *possessio*, la *possessio proprement dite* : elles ne sont au contraire que médiatement relatives à l'usucapion, parce que la possession proprement dite, pour devenir *civile*, requiert encore d'autres conditions.

Cette manière d'entendre la possession juridique en général, et d'après laquelle toutes les modifications juridiques de la possession proprement dite n'ont pour objet qu'une seule et même idée, est la plus importante de toutes pour l'interprétation de notre matière, et c'est elle qui constitue l'unique mesure d'après laquelle on peut fixer, en général et avec certitude, la valeur matérielle de chaque ouvrage qui concerne la possession. Car il est clair que le but de cette partie du droit romain qui traite de la possession, doit être bien saisi ou méconnu en proportion directe de la justesse, plus ou moins grande, des idées que l'on s'est formées sur cette idée générale de la possession juridique, et qui servent de fondement à toute l'exposition de la théorie (1).

4. Comme nous l'avons prouvé, l'expression *naturalis possessio* se rencontre dans une double signification. En effet, d'après sa notion originale, toute possession constitue un rapport naturel, et, pour cette raison, il n'est pas nécessaire de la distinguer, comme telle, par un attribut. Mais dès que, sous certaines conditions, elle acquiert la valeur d'un droit, on oppose à cette possession juridique la possession non juridique qui ne réunit pas ces conditions. Maintenant, nous avons établi une double possession juridique et, avec elle, une double *possessio naturelle* : nous allons nous en occuper et mettre ses deux significations en parallèle.

(1) C'est aussi là le principal motif pour lequel l'explication de la possession civile donnée par Cuperus (et par Thibaut), est si nuisible à toute sa matière de la possession. (V. plus loin, les add. au § 10.) Car, tout ce que les jurisconsultes romains enseignent de l'existence ou de la non-existence de la possession, avec une logique qui mérite au plus haut point notre admiration, ne devient rien moins qu'incertain par cette manière de voir. (Add. à la 6^e éd.)

Toutes deux ont ce caractère commun, qu'elles ne renferment que des idées négatives, c'est-à-dire qu'en elles on ne pose rien de juridique, mais que l'on y nie quelque chose de juridique : elles ne se distinguent que par l'étendue de cette négation.

La *possessio naturelle* de la première espèce, opposée à la possession civile, désigne donc toute détention qui ne réunit pas les qualités nécessaires pour conduire à l'usucapion : outre cette négation, rien de juridique n'est posé en elle, et voilà pourquoi cette possession naturelle embrasse de la même manière la simple détention qui ne forme rien de juridique, et la possession juridique qui ne conduit pas à l'usucapion : c'est en ce sens que l'on attribue au créancier la possession naturelle du gage (1), et c'est encore de la même manière qu'une donation entre époux produit une simple possession naturelle. Le passage qui contient cette dernière règle a été mis à profit plus haut, pour prouver l'idée de la possession civile : il est encore d'une importance immédiate pour la possession naturelle.

L. 1, § 9, 10, D. de vi.

« De jectur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, ea que dejecta sit : poterit interdicto uti : non tamen, si colonus. »

Le sens de ce passage est celui-ci : l'interdit est accordé pour toute *possessio* (juridique) ; ainsi, non-seulement pour garantir la *possessio civile*, mais aussi pour la *possessio naturelle*, pourvu que celle-ci soit une possession (juridique) (2). C'est

(1) L. 5, § 15, D. ad exhibendum.

(2) Les premiers mots (*is qui possidet*) renferment donc, ce qu'il faut bien remarquer, la restriction pour laquelle ceux qui suivent (*et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*) seraient beaucoup trop généraux, parce qu'on ne peut nier qu'il y ait beaucoup de cas où une possession naturelle (par exemple, celle de l'esclave) ne donne pas droit aux interdits. En laissant inaperçue cette restriction qui se trouve dans le passage lui-même, on se voyait forcé de restreindre les mots *et « naturalis possessio »* par quelque chose pris en dehors du texte, et c'est ainsi que fut créé le glossème : *et pro suo*, qui se trouve dans le texte d'un grand nombre de manuscrits et

ainsi que la possession naturelle comprend la possession de la femme aussi bien que celle du fermier ; car ni l'une ni l'autre ne conduisent à l'usucapion, mais la femme seule, et non le fermier, jouit de l'interdit, parce que la *possession naturelle* de la femme peut seule être considérée comme une *possession proprement dite*.

La *possession naturelle* de la seconde espèce, opposée à la possession proprement dite, désigne une détention qui n'est pas même propre à faire accorder les interdits, et, d'autant moins, l'usucapion. Elle diffère donc de la première, en ce qu'elle nie encore beaucoup plus qu'elle : ainsi, celui qui possède *naturellement* (*naturaliter*) en ce second sens, a une possession qui, certes, est aussi *naturelle* dans la première signification, mais une *possession naturelle* de la première espèce peut être une possession véritable et juridique, et partant tout opposée à la seconde possession naturelle, comme l'exemple que nous avons cité de la donation entre époux le prouve de la manière la plus évidente.

Mais quelle est la possession naturelle dont il est question, lorsque nos sources de droit se servent de ces termes ? Nie-t-on par là seulement le droit de l'usucapion, ou également celui des interdits ? C'est ce qu'on ne peut déterminer, dans chaque cas donné, qu'en recherchant l'idée positive dont on exprime de cette manière l'antithèse. Il faut se décider pour l'un ou pour l'autre de ces deux sens, selon qu'on oppose la possession naturelle à la possession civile, ou à la possession proprement dite : si elle est nommée sans antithèse, l'interprétation doit nous servir à trouver l'idée positive qui seule peut lui donner une signification déterminée. La règle d'interprétation la plus importante à observer par rapport à la possession naturelle, est de ne jamais oublier sa nature négative, et par conséquent de ne jamais se laisser conduire à faire cette conclusion : *Naturaliter*

d'éditions, et que la glose d'Accurse explique aussi comme leçon ordinaire. (Au lieu de *et pro suo* on lirait mieux *pro suo*, sans la particule *et*, c'est-à-dire : *nam et ea naturalis possessio quæ est pro suo.*)

possidet, ergo possidet, conclusion que presque tous les auteurs ont faite, parce qu'elle paraît si naturelle.

5. Jetons maintenant un regard en arrière sur les significations dans lesquelles nous avons pris jusqu'ici le mot *possessio*. Originellement il ne désigne qu'un rapport purement naturel (1), et c'est cette acception qui sert de base à toutes les modifications positives du mot (*civilis, naturalis*). Dans ce sens, on accorde au possesseur, dans la revendication, les droits du défendeur (2), quoiqu'ils ne soient en rien restreints à la possession juridique. C'est encore en ce sens qu'il faut prendre le *furtum possessionis*, qu'il est possible de commettre également envers des personnes qui n'ont aucune possession juridique (3).

(1) C'est aussi par le motif que le mot et le sens que le mot *possessio* renferme, ne sont pas originellement juridiques, que l'étymologie de *possessio* est insignifiante, tandis que celle des mots désignant des idées du droit positif est souvent fort instructive. C'est une ancienne controverse que de savoir si Paul fait dériver le mot de *a pedibus* ou de *a sedibus*. (L. 1, pr. D. de poss.) Le MS. florentin donne cette dernière leçon qui se trouve déjà, comme variante, dans la glose : la plupart des jurisconsultes lui donnent avec raison la préférence, bien que Walther (*Miscellan.* II, 19) défende fort bien la première. Hermann Canngieter (*Observat.* IV, 7) en a imaginé une troisième, qui réunit, en quelque façon, les deux autres, mais qui est de beaucoup inférieure aux deux anciennes ; il lit : *a pedis sedibus*. — C'est par la leçon *a pedibus* que la Glose a été engagée à n'admettre qu'une possession impropre en fait de meubles, parce qu'on ne foule avec les pieds que le sol et non les choses meubles. (Glose, sur le § 4, J. de *interdictis*, et beaucoup d'autres passages.) Un jurisconsulte français propose de faire une exception à ce principe de la Glose, au moins pour les souliers. C'est au § 8 que cette opinion de la Glose s'éclaircira mieux.

(2) § 4, J. de *interdictis* — L. 9, D. de *rei vindicat.* — V. plus haut § 5, n° 4.

(3) Car la L. 15, § 2 et la L. 59, D. de *furtis*, supposent l'existence d'un vol, lorsque le commodant détourne au commodataire l'objet du commodat, en supposant toutefois que ce dernier ait eu un droit particulier à la détention, droit qu'il aurait dû faire valoir. Ce vol ne peut être un *furtum rei*, parce que c'est le propriétaire lui-même qui le commet ; c'est encore moins un *furtum usus* ; l'on ne peut donc admettre qu'un *furtum possessionis*. Mais comme le commodataire n'a pas de possession juridique, il suit que ce

Dans tous les autres cas, le mot *possessio*, sans attribut, désigne la *possessio juridique*, et c'est à elle que l'on oppose la *possessio naturelle*.

S'il s'agit donc, dans nos sources, de *possessio*, quelle possession faut-il entendre par ce mot? Tant qu'il n'existe pas de motif pour en restreindre la signification, il faut la prendre dans sa plus grande généralité, c'est-à-dire pour le rapport naturel de la détention, et cette règle d'interprétation se trouve confirmée par l'exemple donné des jurisconsultes romains (1). Quant aux raisons qui peuvent exiger une restriction, il y en a principalement deux qui nous forcent, dans la plupart des cas où le mot *possessio* s'emploie, de lui donner la signification étroite de la *possessio juridique*.

D'abord, quand on fait mention de la possession par rapport aux interdits et à l'usucapion, comme étant ses effets, on ne peut entendre par là aucune autre possession que la possession juridique (§ 2).

En même lieu, il en est de même lorsque l'existence de la possession est déterminée par des motifs juridiques, parce que l'idée de la possession juridique seule est susceptible d'être spécialement déterminée (§ 5). Ainsi, dans tous les passages où l'on se livre à des recherches, à des doutes, à des discussions, sur la question de savoir s'il faut admettre ou non l'existence de la possession, ce mot désigne toujours la possession juridique. Pour expliquer cette règle importante de l'interprétation par un exemple, nous citerons celui que nous avons déjà donné plus haut sous un autre rapport. Nous avons en effet prouvé, au n° 1, que la donation entre époux ne produit pas la possession civile, mais bien la possession proprement dite. C'est cette règle que Paul exprime de la manière suivante (2) : « Si

furtum possessionis ne peut pas supposer la possession juridique comme indispensable à son existence.

(1) C'est ainsi, en effet, qu'Ulpien interprète une stipulation (L. 58, § 7, D. de V. O.), et Julien une règle de droit (L. 2, § 1, D. pro herede).

(2) L. 1, § 4, D. de poss.

« vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant
« possidere eam » (il fait suivre ces mots de deux motifs juridiques en faveur de cette opinion); et autre part en ces termes (1) :
« Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat. »
Comme il s'agit ici d'opinions sur l'existence de cette possession, comme le jurisconsulte donne des motifs juridiques pour prouver cette existence, il n'est pas possible que l'on désigne ici, par *possidere*, le rapport naturel de la détention, et ce ne peut être que la possession juridique que l'on désigne ainsi.

§ 8. *Possessio justa, bonæ fidei*, etc.

Les définitions que nous avons données jusqu'ici de la terminologie romaine, sont les seules qui exercent une influence directe sur notre sujet; les autres ne sont importantes que parce que, sans elles, une grande partie des erreurs d'interprétation les plus accréditées ne pourrait être réfutée avec fondement. Nous examinerons d'abord deux divisions de la possession, que l'on rencontre chez les jurisconsultes romains : *possessio JUSTA*, *INJUSTA*, et *BONÆ FIDEI*, *MALÆ FIDEI possessio*. Nous nous occuperons, en second lieu, des cas dans lesquels le mot *possessio* désigne tout autre chose que la possession.

Justum, en général, se rencontre chez les jurisconsultes romains dans une double signification : quelquefois, il se rapporte au *jus (civile)* et il s'emploie alors dans la même signification que *civile* ou *legitimum*; par exemple, dans les expressions *matrimonium justum*, *justa traditionis causa*, etc. Mais dans d'autres passages, son sens paraît beaucoup plus indéterminé; il désigne ce qui est en général conforme au droit, comme dans les expressions *absentia justa*, *error justus*, etc. (2). En matière de possession, le mot *justum* est pris dans la seconde signification, et *justa possessio* est, par conséquent, une possession à laquelle on a droit,

(1) L. 1, § 2, D. pro donato.

(2) Brisson, *De verb. sig.*, v° *Justus* (p. 637, éd. Hal. 1745), rapporte de la manière la plus complète les preuves de ces deux significations.

qu'elle soit d'ailleurs juridique ou non. Car, d'un côté, on appelle juste possession, la possession que le créancier a de son gage (1), et comme cette possession n'est pas civile, cette dénomination ne peut se rapporter qu'à la seconde signification de *justum* (§ 7, n° 1). D'un autre côté, même la *missio in possessionem* produit une juste possession (2), quoiqu'elle présente un cas dans lequel il ne peut être question d'aucune possession juridique (3).

Cette division se rapporte donc à l'idée générale de la possession naturelle (§ 7, n° 5), même la notion de la *juste possession* ne coïncide avec aucune des deux espèces de possession juridique, et, par conséquent, dans une théorie de la possession juridique, toute cette division est de peu d'importance (4). Ce qu'il y a donc de plus important ici, de même que dans la possession naturelle, c'est d'éviter cette conclusion : *juste possidet, ergo possidet*.

Mais cette division est non-seulement insignifiante pour nous, elle n'est pas même susceptible d'une définition générale, et ne peut recevoir un sens déterminé que dans chaque application particulière (5). En effet, outre la signification entière-

(1) L. 15, § 1, D. de *publ.iana*. — L. 22, § 1, D. de *noxal. act.*

(2) L. 7, § 8, D. *comm. div.*

(3) L. 5, § 25, D. de *poss.*

(4) « *In summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat.* » L. 5, § 5, D. de *poss.* En d'autres termes, cela importe peu, dans tous les cas où il s'agit de l'existence de la possession juridique en général, où, par conséquent, l'on considère comme source de droits la possession en elle-même, abstraction faite de toutes les idées qui ne lui sont pas essentiellement propres.

(5) Cuperus, *De nat. poss.* P. II, ch. 7, a démontré cette proposition de la manière la plus profonde, quoiqu'il admette, quant à cette distinction, plusieurs significations diverses qui ne diffèrent cependant pas en réalité : nous réfuterons plus loin quelques-unes de ses assertions. La plupart des auteurs ont confondu la possession *juste* avec la possession *civile*. L'opinion la plus étrange est celle de Madera, dans ses *Animad.* ch. 27, rapportées par Olo, t. III, p. 488. Il explique *justum* en général par le *jus gentium* (à cause de la L. 95, § 4, D. de *solut.*), et prétend que toute possession est *juste*, parce qu'elle provient du droit des gens.

ment indéterminée que nous avons déjà fait remarquer, l'expression *justum* en a encore une seconde, plus restreinte et que l'on peut même considérer comme la plus commune. Prise dans cette signification plus étroite, notre distinction se rapporte aux vices de la possession (*vitia possessionis*, § 2), et la *juste possession* désigne alors toute détention qui a commencé *nec vi, nec clam, nec precario* (1), peu importe qu'elle ait d'ailleurs le caractère de la possession juridique ou non. Cette distinction est importante non pour la nature de la possession en général, mais elle l'est pour les interdits possessoires.

De même que les idées de possession juste et injuste, de même celles de *possession de bonne foi* (*possessio bonæ fidei*) sont indéterminées et insignifiantes pour la théorie de la possession. La *bonne foi* (*bona fides*) se rapporte à toute cause imaginable de la détention : celui qui croit avoir la cause légale qui est requise dans l'espèce, s'appelle *possesseur de bonne foi* (*bonæ fidei possessor*). C'est ainsi que, dans l'usucapion, on donne ce nom à celui qui, par la *juste cause de possession* (*justa possessionis causa*), croit réellement acquérir la propriété. C'est encore ainsi que, dans la revendication, ce nom est donné à tout défendeur qui croit détenir à bon droit, peu importe qu'il dérive ce droit de sa propriété ou d'un simple contrat avec un propriétaire (par exemple, d'un contrat de louage), quoique, dans ce dernier cas, il ne prétende aucunement avoir la possession juridique. Enfin, il en est de même dans l'action hypothécaire du défendeur qui n'a aucune connaissance du droit d'hypothèque du demandeur.

Dans les cas les plus importants, la bonne foi n'a d'effet que lorsqu'elle peut être justifiée par un titre, de sorte que, dans ces cas, il faut toujours entendre par possession de bonne foi, une possession basée sur un titre, quoiqu'ordinairement on ne l'exprime pas. Ainsi, dans ces cas, la bonne foi est dans une

(1) Ainsi surtout dans les L. 1, § 9; L. 2, D. *uti possidetis*.

étroite liaison avec la cause de la possession, et, par conséquent, avec la règle déjà expliquée au § 7 : *nemo sibi causam possessionis mutare potest.* (Addit. à la 6^e éd.)

Quelque différentes que soient les idées qui forment les diverses significations du mot *possessio*, elles reposent cependant toutes sur un même fondement, la *possessio* : mais il nous reste encore à expliquer les textes dans lesquels le mot *possessio* désigne autre chose que la possession. Il existe surtout deux de ces acceptions qui, de tout temps, ont puissamment contribué à introduire la confusion dans la théorie de la possession : ce sont la *propriété* et la *qualité du défendeur*.

Ainsi, *avoir la propriété* s'exprime quelquefois par *possidere*, et la *chose que l'on a dans sa propriété*, par *possessio* (1). L'origine de cette terminologie n'est pas difficile à expliquer. En effet, la distinction de la possession d'avec la propriété ne reposant que sur une abstraction juridique (§ 4), il est très-naturel qu'on ne la faisait guère dans le langage de la vie ordinaire, et chez les auteurs non jurisconsultes : aussi, dans nos sources de droit, ne rencontre-t-on cette signification que lorsqu'il s'agit de testaments, de contrats, de consultations, et autres actes dans lesquels on s'en était servi. — Un point qui mérite d'être remarqué, c'est que, dans tous ces textes, les mots *possessio* et *possidere* ne s'emploient que de fonds de terre (2), et que

(1) « Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat : sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est. » L. 78, D. de V. S. — Il en est de même dans une foule d'autres passages des Pandectes et du Code, et très-souvent dans Cicéron, Quintilien, etc. C'est aussi en ce sens que s'exprime la définition de Cornelius Fronto (dans Godefroy, *Auct. linguæ lat.* p. m. 1531) : « Habere potest etiam fur et nequam : possidet nemo, nisi qui rei... dominus est. » Enfin, il faut encore expliquer ainsi le passage tiré de l'Édit, d'après lequel les *possessores* de fonds de terre n'avaient pas besoin de fournir caution dans la procédure. (L. 15, D. qui satisd. cog.) Ce n'est pas le possesseur qui s'appelait *possessor*, mais bien le propriétaire.

(2) Alciat, sur la L. 1, pr. D. de poss. n° 24. (Opp. t. I, p. 1195.) Il est probable que cette circonstance a beaucoup contribué à former l'opinion

le mot allemand *Besitzung* suit en cela le droit romain (1).

Outre la possession et la propriété, le mot *possessio* signifie finalement la condition dans laquelle se trouve un défendeur. Lorsqu'en effet, on veut revendiquer la propriété, on ne peut le faire que contre celui qui *possède* la chose; mais il faut observer que la possession ne se prend alors dans aucun sens juridique (§ 5, n° 4) : il est donc fort naturel que, dans toute revendication, le demandeur s'appelle *petitor*, et le défendeur *possessor*, parce que celui-ci possède réellement une chose que celui-là réclame de lui. Mais la procédure revendicatoire s'appliquait encore dans d'autres matières que dans la propriété, surtout pour les actions relatives à une succession (2); c'est là la raison pour laquelle on étendit à celles-ci les expressions que l'on employait dans la revendication, et que l'on appela, dans ces cas aussi, le demandeur *petitor*, et le défendeur *possessor*. Dans la plupart des cas, ces termes s'appliquaient fort bien, parce qu'on intente aussi l'action en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) pour redemander des choses individuelles que l'adversaire possède en vertu d'un titre général (*pro herede* ou *pro possessore*). Mais cette action n'est pas restreinte à ces cas, et c'est ainsi qu'il s'est fait, que le défendeur s'appelle, dans l'action en pétition d'hérédité, *possessor*, lors même qu'il ne s'agit pas

de la Glose, qui pensait que les choses immeubles seules pouvaient être possédées. V. plus haut, p. 78. — La signification du mot *possessio*, dans ce sens, est si exclusivement relative aux fonds de terre, qu'on l'emploie comme un terme qui désigne d'une manière absolue la possession d'un fonds de terre; par exemple, L. 1, D. de decret. ab ord. fac. — L. 7, D. de incend. — Cpr. Roth, *De re municipali*, p. 43. Studtg. 1801.

(1) Il ne faut pas s'y méprendre : la propriété bonitaire, qui n'a rien de commun avec notre observation, portait aussi le nom de *possessio*, mais c'était par un motif historique tout spécial; nous en parlerons *ex professo* au § 12 a.

(2) Cicéron, *In Verrem*, act. 2, liv. I, ch. 45 : « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem : aut *pro prade litis vindiciarum cum satis accepisset*, sponsionem faceret : ita de hereditate certaret. »

de la possession d'une chose. On l'appelle *juris possessor*, parce qu'il refuse de faire quelque chose que son adversaire, en sa qualité d'héritier, croit pouvoir exiger de lui, parce qu'il s'arrogue une partie du droit général de succession d'autrui; on appelle, d'un autre côté, *corporis possessor*, le défendeur qui est en même temps possesseur de la chose (1). Sont, par exemple, *juris possessores* :

1° Celui qui, à la vérité, ne possède pas une chose d'une succession, mais qui peut la posséder, parce qu'il a une action relative à cette chose : c'est, dans ce cas, la cession de cette action que l'on exige de lui (2);

2° Celui qui possède, dans le pécule de son esclave, la valeur d'une chose qui faisait partie d'une succession et qui a été vendue (3);

3° Celui qui a contracté une obligation envers la succession, par exemple, en qualité de *negotiorum gestor* (4).

C'est de la même manière que, dans une contestation sur la liberté (*liberale judicium*), dès les premiers temps, on avait recours à la procédure revendicatoire (5), et, dans ce cas aussi, on désignait la condition du défendeur et la prérogative de ce dernier par les expressions *libertatis, servitutis possessio* (6).

Ainsi la qualité de défendeur est désignée par le mot *possessor*, lors même qu'il n'y a pas de chose susceptible d'être possédée : mais cette règle n'est pas générale. On ne peut la prouver que pour le cas de la *hereditatis petitio* et celui du *liberale judicium*; on peut la soutenir avec probabilité pour toutes les actions qui se traitaient conformément à la procédure revendicatoire (7),

(1) L. 9; L. 18, § 1, D. de hered. petit.

(2) L. 16, § 4, 7; L. 55, D. de hered. petit.

(3) L. 54, § 1, D. de hered. petit.

(4) L. 10, D. si pars hered. petatur.

(5) Le principal passage se trouve dans Tite-Live, liv. III, ch. 44-48.

(6) Dig. liv. XL, tit. 12. — Il ne faut pas confondre *servitutis possessio* avec *servi possessio*.

(7) Encore faut-il en excepter les actions relatives aux servitudes, parce qu'ici le possesseur peut même être demandeur, § 2, J. de act.

et elle n'avait aucunement lieu dans toute autre action (1).

Lorsqu'il y a donc, dans nos sources de droit, quelque précepte sur la possession, et que l'on veuille l'appliquer à cette dernière avec la certitude de ne pas faire une fausse conclusion, il faut avoir prouvé d'abord qu'il ne s'agit ni de la *propriété* ni de la *qualité du défendeur* : on ne peut établir, sous ce rapport, une règle générale d'interprétation, mais nous croyons qu'il est rare de rencontrer un cas dans lequel cette recherche présente des difficultés sérieuses.

§ 9. Idée matérielle de la possession.

Les recherches auxquelles nous nous sommes livré jusqu'à présent ont démontré que toute possession juridique se rapporte à l'usucapion ou aux interdits (§ 2), et que l'un et l'autre de ces rapports ont pour fondement l'idée générale d'une possession juridique qui, pour rendre l'usucapion possible, ne doit réunir que quelques conditions de plus (§ 7).

C'est seulement maintenant que nous pouvons poser la ques-

(1) Il est vrai que la L. 62, D. de judiciis, dit d'une manière générale : « *Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.* » Mais les mots *petere* et *petitor* ne se rapportent qu'aux actions *in rem* (L. 28, D. de oblig. et act. — L. 178, § 2, D. de V. S.), et, restreint en ce sens, le passage cité s'accorde avec la règle que nous établissons. Il est même probable que ce passage n'était relatif qu'à la pétition d'hérédité, car il est tiré d'un livre d'Ulpien (L. 59, D. ad edictum), qui traite presque exclusivement du droit de succession. L. 22, D. qui test. facere poss. — L. 1, 3, 5, D. de bon. poss. — L. 2, D. de B. P. furioso. — L. 1, 3, D. de B. P. contra tab. — L. 1, D. de B. P. sec. tabulas. — L. 6, D. si tab. test. nul. — Au reste, nous ne parlons ici que des termes de nos sources de droit; Cicéron emploie aussi l'expression dont il s'agit à l'occasion des contestations qui s'élevaient relativement aux dîmes, entre le *publicanus* et les cultivateurs : *In Verrem*, liv. III, ch. 11 : « *Cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor, ac pigerator, non ereptor neque possessor soleat esse... Utrum est æquius... cum qui manu quaesierit an eum, qui digito licitus sit, possidere?* »

tion : Que faut-il pour qu'il y ait possession juridique? ou bien : Quelles sont les conditions matérielles constitutives de sa notion?

Nous avons pris, pour point de départ, l'idée générale de la *détention*, c'est-à-dire du rapport naturel, qui correspond à la propriété comme rapport légal (§ 1) : mais cette idée originaire de la possession devait recevoir des modifications juridiques, dès que la possession était considérée comme la condition de certains droits (§ 5). La majeure partie de ces modifications porte un caractère si spécial, qu'on ne peut ni bien les comprendre ni les enseigner que dans le détail de la théorie : mais il en est une qui est toute générale et par laquelle nous allons compléter la notion de la possession.

En effet, toute *détention*, pour pouvoir se modifier en possession, doit s'exercer avec intention, c'est-à-dire que, pour être possesseur, il faut non-seulement avoir la *détention*, mais il faut encore la volonté de l'avoir (1). Cette volonté dont la *détention* doit être accompagnée (*animus possidendi*) va nous occuper ici.

Nous avons défini plus haut la *détention* comme étant l'état physique correspondant à la propriété qui est l'état légal. Il s'ensuit que l'*animus possidendi* consiste dans l'intention d'exercer le droit de propriété. Mais cette condition à elle seule ne suffit pas, puisque celui qui a la *détention* peut avoir cette intention de deux manières différentes : pour exercer soit le droit de propriété d'autrui, soit le sien propre. Lorsque le détenteur a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui qu'il reconnaît, l'espèce d'*animus possidendi* qu'il a n'est pas de nature à élever la *détention* au rang de la possession. Ce principe, que le droit romain établit en termes exprès (2), s'explique de la manière la

(1) L. 3, § 1, D. de poss. « Adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore. »

(2) L. 18, pr. D. de poss. « Nec idem est, possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium. » Cette influence de l'intention est importante pour la possession sous trois rapports différents : a) en ce que l'*animus rem*

plus naturelle par le point de vue sous lequel nous avons considéré plus haut les interdits. Il ne nous reste donc que le second cas, celui dans lequel l'intention était dirigée sur l'exercice de sa propre propriété (1), de sorte qu'*animus possidendi* doit être expliqué par *animus domini* ou par *animus sibi habendi* (2), qu'on ne peut, par conséquent, considérer comme possesseur que celui qui traite en propriétaire la chose dont il a la *détention*, c'est-à-dire celui qui veut la traiter en fait, de la même manière qu'un propriétaire y est autorisé en vertu de son droit, et notamment sans vouloir reconnaître au-dessus de lui une autre personne dont les prétentions seraient plus fondées (5). Mais la notion de la pos-

sibi habendi, par conséquent l'idée originaire de la possession, n'est pas applicable à celui qui a la *détention* (nous nous en occupons ici); b) en ce que ce dernier tantôt a et tantôt n'a pas la possession dérivée (§ 25-25); c) en ce que celui qui n'a pas par lui-même la *détention*, jouit néanmoins de la qualité de possesseur (§ 26, 27).

(1) On pourrait croire que cette division est incomplète et imaginer, comme un troisième cas, celui où le détenteur ne regarderait comme propriétaire ni lui-même ni aucun autre, et ne voudrait avoir la chose qu'afin d'atteindre un but spécial, par exemple, pour faire siens les fruits. Mais il n'y a qu'une différence apparente entre ce cas et le nôtre; car celui qui veut avoir la *détention*, sans attribuer positivement la qualité de propriétaire à une autre personne, a toujours l'*animus domini* et, sous le point de vue juridique, il est complètement indifférent dans quel but extérieur il veut avoir la chose.

(2) Théophile, sur le § 4, J. *per quas pers. adqu.*, et sur le § 2, J. *quibus modis toll. oblig.* Ce n'est que dans ces passages que se trouve notre règle en termes exprès; ni les Institutes ni les Pandectes ne la donnent, bien qu'on la suppose partout.

(5) Nous n'employons donc ici l'expression *animus domini*, qu'afin de déterminer le contenu de la volonté nécessaire à la possession, avec ce que le propriétaire est autorisé à faire, et nullement pour faire croire que l'intention du possesseur devrait spécialement être dirigée sur ce qu'on entend en droit par propriété; ce qui serait un contre-sens, par exemple, dans le cas du voleur. Il paraît cependant que, parmi les auteurs cités à la fin de ce paragraphe, il en est plusieurs qui ont interprété de cette manière et, par conséquent, mal compris cette *intention d'exercer la propriété*, que nous avons exigée dans le texte. Par exemple, Warnkœnig, p. 175, transforme notre opinion de la manière suivante : « Appeler la chose sienne, c'est-à-dire ex jure quiritium suam. » De même Guyet, *Abhandl.* p. 176. (Add. à la 6^e éd.)

session ne requiert pas autre chose que cet *animus possidendi* : il n'est nullement nécessaire que l'on ait la conviction d'être réellement propriétaire (*OPINIO S. COGITATIO DOMINI*) ; voilà pourquoi la possession compète aussi bien au brigand et au voleur qu'au propriétaire lui-même, et on oppose de la même manière ce dernier comme les premiers, au fermier qui n'a pas de possession, parce qu'il ne traite pas la chose comme la sienne propre (1).

(1) L'idée de la possession, que nous avons émise ici, est celle que la plupart des juriconsultes ont professée avec plus ou moins de clarté. Zachariæ (*De poss.*, p. 5) la rejette et lui substitue la suivante : « *Possessio nobis est : ea rei ad hominem ratio, e qua appareat, esse alicui et animum rei sibi habendi, et reliquarum virium modum animo illi accommodatum.* » Cet *animus* ne renferme rien de neuf, comme Zachariæ l'avoue lui-même (p. 6), mais l'autre moitié de sa définition est neuve (p. 10). Mais quelle est donc la mesure de force physique, qui serait conforme à l'*animus domini*? Celui-ci consiste à traiter la chose d'après sa volonté, à l'exclusion de toute autre personne ; le *virium modus* de Zachariæ devra donc se diriger vers le même but ; il n'est donc rien autre que la détention, telle que chacun la conçoit et telle que nous l'avons expliquée plus haut. Ce qu'il y a de neuf dans sa définition ne se trouve donc pas dans l'expression *virium modus*, mais uniquement dans le mot *appareat*. D'après cela, Zachariæ veut dire : La possession est le rapport de l'homme avec la chose qui *fait voir* que l'homme a l'*animus possidendi* et qu'il peut en même temps le réaliser. Par là, le *factum*, dans la possession, reçoit une nature tout à fait symbolique, puisqu'il est destiné à *expliquer*, à *faire voir* quelque chose (p. 10, 11). Nous taisons les applications sans nombre, avec lesquelles ce nouvel élément de la possession est en contradiction ; car il est lui-même si peu déterminé, si vague, qu'une réfutation directe serait extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible. Mais les moyens dont Zachariæ s'est servi pour l'établir se réfutent par eux-mêmes. Il prend en effet à tâche de prouver que, dans l'acquisition et dans la perte de la possession, sa définition parvient à développer des cas incompréhensibles jusqu'alors. Quant à la perte de la possession, nous prouverons plus loin que Zachariæ ne tire de sa définition aucune conséquence qui ne résulte déjà de la nôtre. Nous ne nous occuperons donc ici que de l'acquisition de la possession. Or, la signification symbolique qu'aurait le *factum* peut se concevoir de deux manières : d'abord, de telle sorte que ce qui doit être expliqué (le *virium modus*) existe réellement ; ensuite, de telle sorte qu'il n'existe pas, et que ce soit à tort que celui qui explique par son fait croie à cette existence. Il est certain qu'on n'acquiert pas de possession dans ce dernier cas ; lorsque, par exemple, devant un magasin, on nous remet les

L'application de cette idée ne peut être douteuse que dans les cas où quelqu'un veut exercer un droit dont les rapports avec la propriété sont incertains. A cette catégorie appartiennent les droits suivants :

1. La *propriété bonitaire* (*in bonis esse*) (1). Dans tous les rapports qui ne sont pas particuliers à l'ancien droit civil strict, la propriété bonitaire est traitée comme la propriété, de sorte que l'application immédiate de nos principes ne souffre pas de doute ici. Il importe également peu qu'une autre personne ait ou n'ait pas la propriété purement quiritaire (le *nudum jus quiritorium*). Sous ce rapport, la *bonæ fidei possessio* ne peut

clefs, afin de nous mettre en possession des marchandises qu'il doit renfermer, mais qui ne s'y trouvent pas, il est certain que nous n'en avons pas acquis la possession. L'idée que nous avons donnée de la possession diffère donc de celle de Zachariæ en ceci : la nôtre contient la *détention* et l'*animus domini* ; celle de Zachariæ, la *détention* et l'*animus domini* et, de plus, l'explication symbolique dont nous avons parlé ; elle exige donc une condition de plus que la nôtre. Ainsi, dans tous les cas où la possession est acquise d'après Zachariæ, elle l'est aussi d'après nous, ce qui n'est pas vrai réciproquement. Il s'ensuit qu'il aurait dû nous réfuter en citant des cas dans lesquels nous prétendions la possession, tandis que lui et le droit romain la niaient : mais comme les cas sur lesquels il s'appuie sont d'une nature tout à fait inverse, il s'ensuit qu'il se contredit lui-même. Expliquons ce que nous venons de dire, par un exemple que Zachariæ propose lui-même (p. 19) : Lorsque, dans l'espèce de la L. 18, § 2, D. *poss.*, on imagine entre la tour et le fonds une rivière que l'on ne puisse pas actuellement traverser, la possession ne s'acquiert pas d'après notre théorie ; mais elle n'est pas davantage acquise d'après celle de Zachariæ ; car celui qu'une rivière empêche d'exercer son pouvoir sur le fonds, ne pourrait sérieusement déclarer qu'il a ce pouvoir.

(1) Dans les deux premières éditions, nous avons compris le *in bonis esse* et la *bonæ fidei possessio* sous le nom commun de *propriété prétorienne*. Ce qui nous avait engagé à agir ainsi, c'est la remarque que l'un et l'autre produisent deux effets principaux qui leur sont communs : l'usucapion et l'action publicienne (quoique cette dernière ne soit pas toujours donnée, mais seulement dans les cas de l'acquisition que l'on appelle *dérivative*). Il est cependant nécessaire de les distinguer soigneusement l'un de l'autre. Le passage qui établit le plus immédiatement leur différence se trouve dans Ulpian XIX, 20, 21.

être envisagée comme une institution juridique particulière; car le possesseur de bonne foi s'est de tout temps attribué, comme un droit déjà acquis pour lui, ou la propriété romaine ou la propriété naturelle; ainsi, s'il croyait avoir ce droit, il est certain aussi qu'il avait la volonté de l'avoir, il avait l'*animus domini*, de sorte que, dans ce cas, l'introduction de l'action publicienne n'était ni nécessaire ni ne contribuait en rien pour fonder une vraie possession (1).

2. Les *fonds de terre provinciaux*. D'après un ancien principe du droit romain il était impossible de les avoir dans la propriété quiritaire, c'est-à-dire qu'il leur manquait le *commercium*, dans le sens strict du mot. Une conséquence de ce défaut de propriété quiritaire était que le possesseur ne pouvait les faire siens en employant les anciennes formes du droit romain : *in jure cessio*, *mancipatio*, *usucapio*. Mais sous tous autres rapports, les possesseurs de ces fonds pouvaient être considérés comme propriétaires, de sorte que le principe de l'*animus domini* pouvait très-bien être appliqué; c'est ce qui est hors de tout doute, non-seulement par la naissance de cette institution juridique, mais encore par plusieurs passages des anciens (2). Elle offrait donc beaucoup de ressemblance avec la propriété bonitaire de Rome et de l'Italie. Mais Justinien, supprimant toute distinction entre les propriétés quiritaire et bonitaire, a accordé aux provinciaux une propriété foncière pleine et illimitée (3); il a ainsi justifié, en comprenant sous une même mesure législative ces vieilles institutions juridiques, le parallèle que nous avons établi ici.

3. Les *servitudes*, c'est-à-dire des droits introduits par le *jus civile*, et qui, considérées comme parties détachées de la propriété (*jura, jura in re*) (4), peuvent être mises en opposition avec

(1) Cette manière d'envisager la possession de bonne foi a été introduite à la 4^e édition.

(2) Aggenus et Simplicius, dans Gœsius, p. 46, 47 et 76.—Théophile, sur le § 40, J. de *div. rerum*.

(3) Tit. Cod. de *usucap. transformanda*.

(4) Les Romains comprenaient par *jus in re* ces parties détachées, et le

cette dernière qui comprend en elle la totalité de tous les droits réels. Cette antithèse, sans laquelle la notion des servitudes ne peut pas être déterminée, prouve déjà à elle seule que celui qui veut exercer une servitude ne peut avoir en même temps l'*animus domini*. Aussi n'y a-t-il qu'un seul cas dans lequel on pourrait être tenté de douter de cette proposition; c'est celui de l'usufruit. Mais le droit romain ne reconnaît même pas l'usufruitier comme propriétaire; il adopte même le mot *proprietas* comme terme technique, pour désigner le droit qui reste après la déduction de l'usufruit. Ainsi, en matière de servitudes, l'*animus domini* est impossible.

4. Le droit de *superficie* ressemble entièrement aux servitudes, et le motif pour lequel on ne le compte pas parmi elles est purement historique; c'est que cette institution ne doit pas son introduction au droit civil, mais à l'Édit du préteur. De même que les servitudes, le droit de superficie appartient donc aux *jura in re*, et Gajus nous dit expressément qu'il en est ainsi et que le superficiaire n'a pas la chose *in bonis* (1). Il s'ensuit qu'ici l'*animus domini* est impossible et, par conséquent, la possession aussi (2).

dominium était si loin d'appartenir au nombre de ces droits, qu'il leur est même souvent opposé. C'est ce qu'a prouvé de la manière la plus évidente, Wächter, *De jure in re*. Viteb. 1682, in-12 (aussi dans Thomasius, *Diss. Lipsiens.* Lips. et Hal. 1696, in-4^o, p. 255). La même opinion a déjà été professée par Huber, *Animadv. ad jus in re*. Franck. 1675, in-12 (aussi dans les *Digress.* liv. iv, ch. 10, et dans les *Opp.* des Feltmann. Arnheim. 1764, in-fol. t. II, p. 257); mais cet auteur lui donnait une extension qui anéantissait encore une fois toute la précision de l'idée : il veut que le commodataire ait aussi un *jus in re*. Thibaut (*Versuche*, t. II, p. 52) prétend la même chose. Ils basent uniquement leur opinion sur la L. 2, § 22, D. *vi bon. rapt.*; mais les mots « *vel quod aliud jus* » peuvent non-seulement très-bien, mais encore beaucoup mieux se rapporter uniquement à « *sive usumfructum* ».

(1) L. 2, D. de *superficiebus*. « *Superficiarias aedes appellamus quæ in conducto solo positæ sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est eujus et solum.* »

(2) Nous ferons plus loin, en parlant de la possession dérivée (§ 25), la preuve directe que le superficiaire n'est pas du tout possesseur de la chose.

5. L'ager vectigalis et l'emphytéose.

A. *Ager vectigalis*. Les premiers renseignements certains que nous ayons sur l'ager vectigalis datent du temps de Trajan et d'Adrien. Hygin (1) attribue ce nom aux fonds de terre qui, selon lui, étaient donnés en bail par le peuple romain, par les villes, par les collèges des prêtres et par les Vestales : on louait ordinairement, dit-il, les deux premières espèces pour le terme de cinq ou de cent ans, les deux autres pour le terme de cinq ou d'un seul an. — Pour des motifs faciles à comprendre, il n'est plus question, dans les Pandectes, que d'un seul de ces quatre cas, des biens des villes, et l'on y a même fait un petit changement dans la terminologie : on n'appelle ces biens *vectigales* que lorsqu'ils sont donnés en bail à rente (*Erbpacht*), dans tout autre cas on les nomme *non vectigales* (2). Mais dans l'un comme dans l'autre cas, on accorde au fermier une action réelle (3).

B. *Emphytéose*. Nous en trouvons la première trace dans les Pandectes (4). On ne l'y mentionne pas comme un tel droit, mais elle y est traitée comme *jus prædii*, et comparée à l'usufruit.

Déjà dans les Codes de Théodose et de Justinien on rencontre souvent les fonds emphytéotiques (*prædia emphyteutica*), mais au commencement ils figurent uniquement parmi les biens

(1) Dans Gœsius, p. 205, 206. Dans un autre passage il dit que le prix du bail avait consisté tantôt en argent, tantôt en fruits (ordinairement 1/5 ou 1/7 des récoltes). Ib. p. 198. — Plinè, *Épîtres*, VII, 18, fait aussi une mention générale de ces baux.

(2) L. 1, pr. D. *si ager vect.*

(3) L. 1, § 1; L. 5, D. *eod.* Il est fort douteux que l'on ait aussi accordé au fermier à temps les autres droits de l'ager vectigalis. Cela ne paraît pas d'après les mots, parce que tous les textes ne parlent que de l'ager vectigalis. Mais comme l'action réelle était donnée dans les deux cas, nous avons lieu de croire que l'on ne refusait pas non plus les autres droits, c'est-à-dire que l'acceptation restreinte d'ager vectigalis n'était pas sa signification ordinaire ; c'est ce que le passage de Hygin semble également confirmer.

(4) L. 5, § 4, D. *de rebus eorum qui sub tutela*. — Cf. § 5, *eod.*

patrimoniaux du prince (1) et ils sont expressément distingués de l'ager vectigalis (2).

Une constitution de l'empereur Zénon prescrivit, pour l'établissement de l'emphytéose, une espèce particulière de contrat (5), circonstance qui n'est ici d'aucun intérêt pour nous. Mais il résulte des termes généraux dans lesquels la constitution est conçue, que l'emphytéose était devenue d'un usage très-fréquent aussi pour les biens particuliers, et l'interprétation que l'on donne à cette constitution dans les Institutes (4) démontre qu'on la doit considérer comme un bail à rente. Il n'est pas question du droit à la chose.

Justinien a fixé ce droit : il est vrai qu'il l'a seulement déterminé en passant, mais d'une manière tellement précise qu'il ne peut pas y avoir de doute à son égard. Il veut que cette nouvelle emphytéose jouisse des mêmes droits que l'on accordait à l'ancien *ager vectigalis*, c'est-à-dire que, dans le bail à rente (que le bailleur soit une ville ou non), il y ait lieu aux mêmes préceptes que précédemment pour les baux (à rente ou temporaires) des biens municipaux (5).

Si l'on compare ces dispositions au droit de l'ager vectigalis que nous avons déjà développé, il s'élève pour les deux institutions réunies dès ce moment, la question de savoir s'il faut les considérer comme une espèce de propriété, à l'instar des fonds de terre provinciaux, ou comme des *jura in re*, à l'instar de la superficie.

(1) J. Godefroy, *Paratit. Cod. Theod.* x, 5.

(2) L. 15, C. *de prædiis et al. rebus minorum*.

(3) L. 1, C. *de jure emph.*

(4) § 5, J. *de locat.*

(5) Inscription du tit. 5, liv. VI, du Digeste. « Si ager vectigalis, *id est emphyteuticarius*, petatur. » — L. 15, § 1, D. *qui satisfacere cog.* « Sed et qui vectigalem, *id est emphyteuticum* agrum possidet, possessor intelligitur. » (Il est évident qu'il y a ici une interpolation de Tribonien.) Mais nous ne prétendons pas par là que Justinien ait *nouvellement* introduit cette identification : il ne paraît pas, au contraire, invraisemblable qu'elle fût déjà du droit coutumier du temps, parce que Justinien n'aurait pas manqué d'annoncer avec grande pompe, cette innovation dans une constitution à part.

Nous nous décidons maintenant pour cette seconde opinion, car les jurisconsultes romains attribuent en termes exprès un *jus in fundo* ou *jus prædii* à l'emphytéote (1), et les constitutions le distinguent constamment du *dominus* (le bailleur) et le lui opposent même (2).

D'après l'exposé que nous avons présenté jusqu'ici de la possession, on ne pourrait admettre ici, pas plus que pour la superficie, une possession juridique. Et cependant il en est autrement; il est impossible de nier ici une vraie possession (3), et cette inconséquence apparente ne pourra être expliquée que plus loin (§ 12a) (4).

6. Enfin, le *droit de gage* ne peut trouver ici une place que

(1) L. 71, § 5, 6, D. *de leg. I.* — L. 5, § 4, D. *de rebus eorum.*

(2) L. 1, 2, 5, C. *de jure emph.* — L. 2, C. *de mancip. et col.* Dans un autre passage (L. 12, C. *de fundis patr.*), le fermier à rente paraît porter le nom de *dominus*, mais en réalité il est là question d'un cas dans lequel le fermier à rente acquiert, outre son *jus in re*, encore le *dominium*. Thibaut, *Abhandlungen*, p. 274, 281.

(3) L. 25, § 1, D. *de usuris.* — V. plus loin, § 22 a.

(4) Pour éviter cette inconséquence dont nous croyons connaître maintenant la vraie solution, nous avons adopté, dans la 2^e édition, l'opinion que le fermier à rente devait être considéré comme propriétaire bonitaire. Nous nous étions appuyé sur ce que le fermier à rente jouit de plusieurs droits importants que l'usufruitier n'a pas : mais cette différence dans l'étendue de ces deux droits ne prouve pas encore que leur nature ne soit pas la même. Les expressions dont se sert la L. 1, pr. D. *de condict. trit.* « *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit,* » ne prouvent rien non plus. Car la L. 12, § 1, D. *quibus modis pignus*, en parlant du créancier gagiste, emploie les expressions *REM persequi* et *vindicatio rei*, quoique personne ne puisse nier que le droit de gage est un simple *jus in re*. Cette terminologie semble même reposer, pour l'un et pour l'autre de ces deux droits, sur un même fondement, celui que ces deux espèces de *jura in re* donnent une *corporis possessio*. L'usufruit n'a pas une pareille possession, et voilà pourquoi il n'y sera jamais question d'une *res*, mais seulement d'une *juris petitio, persecutio, vindicatio*. — La nature juridique de l'emphytéose est surtout bien traitée par Thibaut, *Abhandlungen*, n° XI. Le contenu le plus important de cette dissertation avait déjà été communiqué par l'auteur dans les *Hallische A. L. Z. Ergänzungsblätter*, 1806, t. II, n° 144, p. 550.

parce qu'il produit aussi une action réelle. Mais, nonobstant cette action, le créancier ne peut être, en aucune manière, considéré comme propriétaire; le gage suppose, au contraire, la reconnaissance de la propriété d'autrui. Il s'ensuit que l'*animus domini* ne peut exister ici, et que la possession, telle que nous l'avons développée, n'est pas concevable.

D'après ce que nous avons établi jusqu'ici sur la notion de la possession, on peut donner la qualité de possesseur à celui qui veut avoir la détention pour lui-même, et point à celui qui l'exerce pour un autre. Dans ce dernier cas, on considère au contraire comme possesseur celui *pour qui* le détenteur exerce la propriété. Mais la possession est regardée comme droit (§ 5), et est, par conséquent, susceptible d'aliénation. Voilà pourquoi, dans ce cas, le possesseur véritable et originaire peut transférer le droit de la possession à celui qui exerce pour lui la propriété, et qui, d'après ce que nous avons exposé jusqu'à présent, ne pourrait être considéré comme possesseur. Ainsi, outre la possession *originnaire* qui repose sur la détention et sur l'*animus domini*, il existe une *possession dérivée* qui se base sur la possession originaire d'autrui. Toute la différence qui existe entre cette possession dérivée et la possession originaire qui a déjà été expliquée, consiste dans l'*animus possidendi*; quant à la détention, elle est la même pour l'une et pour l'autre. En effet, l'*animus possidendi* par lequel on devait entendre, dans la possession originaire, l'*animus domini*, se dirige, dans la possession dérivée, sur le *jus possessionis* transmis par celui qui avait la possession (1).

(1) Il faut bien remarquer que le caractère distinctif de la *possession dérivée* n'est que dans l'*animus possidendi*, c'est-à-dire dans les modifications de l'intention de la personne qui veut avoir cette possession. Tout dépend donc de ce que cette personne considère la possession comme transmise par un autre possesseur : il n'importe en aucune manière que l'acte par lequel on la confère soit valable ou non, de sorte que, par exemple, l'engagement invalide de la chose d'autrui donne au créancier gagiste la vraie possession de la chose. Il s'ensuit aussi qu'il ne s'agit point ici d'une *succession* dans la possession. Dans tous les cas, au contraire, qui admettent réellement une telle succession (par exemple, dans l'accession de possession

C'est ainsi, par exemple, que le créancier a la possession juridique du gage, quoique son intention ne soit pas d'exercer la propriété, car le débiteur, qui avait la pleine possession de la chose, lui a transféré le *jus possessionis* en même temps que la détention (1).

Mais il faut se garder de donner à ce que nous venons de dire de la possession dérivée, ce sens, qu'elle pourrait valoir dans tous les cas où un véritable possesseur voudrait la créer : car, comme elle constitue une déviation de la notion originaire de la possession, elle ne peut être établie que là où le droit positif le permet expressément (2). D'après cela, l'idée de la possession dérivée doit encore être considérée ici comme une idée simplement formelle, qui parviendra seulement à la réalité lorsque nous aurons prouvé qu'il existe des cas dans lesquels le droit positif la reconnaît. Mais dans *quels* cas faut-il admettre la possession dérivée, c'est-à-dire dans quels cas faut-il admettre que le droit de possession a été transmis avec la détention ? Cette question sera examinée en détail lorsque nous nous occuperons de l'acquisition de la possession (sect. II). L'expression la plus générale de l'idée matérielle de la possession est donc

en matière d'usucapion), on n'envisage pas l'intention du possesseur, mais bien l'existence réelle du rapport juridique entre lui et le précédent possesseur.

(1) Ainsi, les nombreuses conséquences de cette manière de voir consistent en ce que certains rapports de droit font que celui qui a une autre intention que le *DOMINI animus*, est cependant vrai possesseur, et réciproquement, que celui qui a réellement le *DOMINI animus* et qui devrait être le vrai possesseur, n'a cependant pas la possession. Cette dernière proposition est si vraie que nos adversaires, cités à la fin du paragraphe, doivent la reconnaître, puisqu'ils attachent aussi de l'importance à ce que, par exemple, dans le *precarium*, le précédent propriétaire renonce volontairement à la possession. Il s'ensuit que, sans cet acte de sa volonté, par conséquent d'après la nature de ce rapport, il conserverait la possession.

(2) Plusieurs auteurs se sont mis, il y a peu de temps, en opposition avec notre opinion; ils prétendent que le droit de possession peut être transmis, à volonté, à tout fermier, etc. Thibaut, *Archiv*, t. XVIII, p. 522, et *Pandekten*, § 208 de la 8^e éd.—V. aussi plus loin, § 25, en matière de contrat de louage. (Add. à la 6^e éd.)

celle-ci : elle est la *détention* jointe à l'*intention de posséder* (*animus possidendi*), qui exige une explication différente, suivant qu'il est question de la possession originaire ou de la possession dérivée : dans la première, elle désigne l'*animus domini*; dans la seconde, au contraire, l'intention d'avoir le *droit de possession* (*jus possessionis*) qui compétait jusqu'alors à un autre (1). — Cette division de la possession ne doit, au reste, pas être prise en ce sens, qu'elle tendrait à établir des *droits* différents de la possession : les droits sont absolument les mêmes; il n'y a de différence que dans le mode d'acquisition. On ne peut donc ici lui faire ce reproche, que les juriconsultes romains n'ont pas distingué, dans leur terminologie, ces deux espèces de possession qui, sans aucun doute, existent en droit romain (2).

(1) Expliqué de cette manière, il est fort indifférent que l'on dise que c'est l'*animus possidendi*, ou *sibi possidendi*, ou *sibi habendi* qui appartient à l'essence de la possession. La plupart des auteurs se sont trop occupés de cette expression pour qu'ils aient pu développer la notion elle-même.

(2) Zachariæ (*De poss.* p. 6-9), nie complètement la possession dérivée et cherche à donner une autre explication aux cas dans lesquels nous l'admettons : il trouve dans la possession du créancier gagiste une *juris quasi possessio*; dans celle du séquestre, une *facta possessio*, et leur conteste tout *animus possidendi*; enfin, dans la *precaria possessio*, il découvre le véritable *animus domini* de la même manière qu'on le rencontre dans la propriété révocable. La première et la troisième hypothèse sont si évidemment fausses, qu'il est inutile de prendre la peine de les réfuter en détail : la première, parce que les juriconsultes romains ont grand soin de dire, en parlant du créancier gagiste : *possidet, possessionem habet*; etc. (v. surtout la L. 55, § 1. D. de *pign. act.*), tandis qu'en parlant de l'usufruitier, ils disent : *in possessione est, non possidet*; la troisième, parce qu'on ne voit aucun motif qui autorise à attribuer, au *precario rogans*, l'*animus domini*, par préférence, par exemple, au *conductor* auquel personne ne peut s'empêcher de le refuser. Invoquerait-on à l'appui la possession juridique ? Mais c'est là précisément ce qu'il s'agit d'expliquer. Il n'y a donc que l'explication du second cas qui mérite quelque attention. Mais admettons que Zachariæ ait expliqué ces trois cas, c'est-à-dire que, dans tous ces cas, il ait nié la possession dérivée et adopté la *facta possessio* (sans *animus*). Il est impossible qu'il repousse rigoureusement tout *animus*; car celui qui n'a aucune connaissance de l'appréhension, ou même un furieux, un enfant, n'acquerra certes pas la pos-

Il nous sera maintenant possible de donner, dans un tableau synoptique, l'aperçu des différentes idées de possession, importantes pour la théorie de la possession (§ 7), et, en même temps, d'indiquer d'avance les applications que nous en ferons dans la suite.

session. Il sera donc forcé d'exiger aussi un *animus possidendi*, mais différent de l'*animus domini*, et alors il aura pour résultat précisément ce que nous appelons la possession dérivée. Car nous avons déjà dit, dans la première édition de cet ouvrage, et nous l'avons répété plus explicitement ici, que cette espèce de possession s'écarte de la notion originaire et pure de la possession, qu'elle renferme donc une fiction et que son existence ne peut être supposée que là où le droit positif le déclare expressément.

POSSESSION (dans le sens non juridique).	POSSESSION CIVILE.	Possession d'une chose susceptible d'usucapion (non volée, etc.), avec <i>bonne foi</i> et <i>juste titre</i> (1).	POSSESSION PROPRE AUX INTENDUS.
	POSSESSION NATURELLE.	<p>Toute possession <i>dérivée</i>; c'est toujours le cas dans le <i>gage</i> et l'<i>emphytéose</i>; dans le <i>dépôt</i> et le <i>precarium</i> quelquefois seulement. (V. sect. II).</p> <p>Toute possession <i>originaire</i> accompagnée de la <i>détention</i> et de l'<i>intention</i>, mais sans <i>bonne foi</i>, ou sans <i>juste cause</i>, ou bien d'une chose volée, etc. (V. sect. II.)</p>	POSSESSION (dans le sens non juridique).
		<p>Détention exercée par un individu <i>sans droits civils</i>, ou sur une chose <i>hors du commerce</i>.</p> <p>Détention exercée par un <i>furieux</i> ou par un <i>enfant</i>. (Sect. II.)</p> <p>Détention d'une chose <i>qu'un autre possède encore</i> (§ 11).</p> <p>Détention de celui qui est simplement chargé <i>d'exercer la possession</i> d'autrui. (Sect. II.)</p> <p>Détention exercée par le <i>fermier</i>, le <i>commodataire</i>, l'<i>usufruitier</i>, etc. (Sect. II.)</p> <p>Détention exercée par l'<i>envoyé en possession</i> (<i>missus in possessionem</i>), à l'exception des cas où il existe un <i>secundum decretum</i>. (Sect. II.)</p> <p>Détention exercée dans le <i>dépôt</i> et dans le <i>precarium</i>, dans quelques cas. (Sect. II.)</p>	POSSESSION NATURELLE (esse in possessione, tenere, comperditur possidere, non possidere).

(1) Tout ce qui est dit relativement au possesseur trouve également son application quant au propriétaire qui n'a pas besoin de l'usucapion. Sa possession est-elle aussi *civile*? Elle l'est, en ce sens qu'elle réunit toutes les conditions exigées pour que la possession civile existe; elle ne l'est pas, en ce sens, que l'on ne peut pas imaginer de cas dans lequel le propriétaire eût intérêt à avoir une possession civile. Ainsi, dans tous les cas, il a la possession

De l'idée de la possession, dont nous venons de compléter l'exposition, il suit directement qu'il y a des choses qui ne peuvent faire l'objet d'une possession, et qu'il y a certains hommes incapables de posséder : ces cas, qui n'ont ni un grand intérêt pratique, ni ne donnent de grands éclaircissements sur la nature de la possession, seront encore brièvement passés en revue (1).

Aucune chose qui est hors du commerce et à laquelle nous connaissons cette qualité ne peut être l'objet de notre possession. Car, dans ce cas, l'*animus domini* non-seulement est illégal, comme il l'est aussi à l'égard des choses d'autrui que nous possédons sciemment, mais encore tout rapport à l'usucapion et aux interdits, qui produit en outre un droit de la possession indépendant de la propriété, manque également ici.

Voilà pourquoi, chez les Romains, 1° on ne pouvait posséder

juridique, c'est à dire la possession propre aux interdits, et sa possession n'est en aucune manière plus mauvaise que celle du possesseur *ad usucapionem*.

Zasius (sur la L. 5, § *expluribus de poss.*, p. m. 105), et, après lui, plusieurs autres jurisconsultes, donnent à la possession du propriétaire le nom de *possessio CAUSALIS* (à l'instar de *usufructus causalis*) : cette expression est fort bien appliquée, mais il faut se garder d'y attacher une idée de *ius possessionis* qui serait différent de tout autre ; dans la pratique, il n'y a aucune distinction.

(Add. à la 6^e éd.) De même la possession d'un bien fonds provincial appartient à la possession civile, bien qu'il puisse seulement servir de base à la prescription de longue durée et nullement à l'usucapion ; car ici l'impossibilité de l'usucapion ne repose pas sur une prohibition expresse, mais sur ce que le *commercium* en général leur manque. Thibaut a donc tort envers nous, en disant que, d'après notre opinion, la possession civile manque à côté de la vraie propriété et la prescription de longue durée, parce que l'usucapion ne se présente dans aucun des deux cas. (*Archiv*, t. XVIII, 550, 552, 541.)

(1) Nous en traitons ici et non dans l'acquisition de la possession, où l'on en parle ordinairement, parce que autre chose est *ne pouvoir acquérir la possession* et autre chose *ne pas avoir la capacité de l'avoir*. Le furieux est seulement incapable d'*acquérir* la possession, l'esclave est incapable d'*avoir* la possession elle-même. C'est pourquoi la possession est perdue, lorsque le possesseur perd la liberté, et qu'elle est conservée, lorsqu'il perd la raison.

un homme libre, lorsqu'on savait qu'il avait cette qualité (1) : mais cette possession était possible, lorsqu'on croyait que l'homme libre était esclave (2). En donnant la liberté à l'esclave, on en perdait donc naturellement la possession (5).

2° Toutes les choses *publiques* et *communes* (*res publicæ, communes*) sont également exclues de la possession : il est impossible d'en acquérir la possession, et celle-ci perd, lorsque la chose acquiert la qualité de l'espèce indiquée. C'est ainsi que l'on cesse de posséder un fonds de terre, non à la vérité lorsqu'il est momentanément submergé par la mer ou par un fleuve, mais bien lorsque l'irruption des eaux est permanente (4).

3° La possession était impossible lorsque la chose était soustraite à la propriété privée, parce qu'elle était *sacrée* ou *religieuse* (*res sacra, religiosa*) ; ce cas est expressément analogue à celui de la possession d'un homme libre : de même que par rapport à cette dernière, il importait donc que celui qui avait la détention d'une chose sacrée ou religieuse, connût la qualité exceptionnelle de la chose, et nullement qu'il voulût la respecter (5).

De même que ces choses ne peuvent être possédées, parce qu'en général elles ne sont pas dans la propriété, de même les hommes qui ne peuvent avoir de propriété, sont aussi incapables

(1) « Item quæso, si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam : an omnia quæ is possidebat, ego possideam per illum ? Respondit, si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto. . . » L. 25, § 2, D. *de poss.*

(2) § 4, J. *per quas personas*. — L. 1, § 6, D. *de poss.* — Ainsi, la possession de mauvaise foi, dont il s'agit ici, se rapporte au cas où l'on croit que c'est un esclave d'autrui, et nullement au cas où l'on sait que c'est un homme libre.

(5) L. 50, § 4 ; L. 58, pr. D. *de poss.*

(4) « Labeo et Nerva responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupavit. » L. 5, § 17, D. *de poss.*, add. et L. 50, § 5, *eod.*

(5) « Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem, et pro privato eum tenemus, sicut hominem liberum. » L. 50, § 1, D. *de poss.*

bles de posséder : mais il ne faut pas prendre le mot propriété dans le sens strict du droit romain (*justum dominium*), car celui qui n'avait pas le droit de cité pouvait, sans aucun doute, jouir du droit de possession. Nous aurons donc à nous occuper ici de tous ceux que l'on considère, en droit civil, comme étant *sans droits*, par conséquent des *enfants sous puissance paternelle* et des *esclaves*.

1. Celui qui se trouve sous la puissance paternelle (*filiusfamilias*) ne peut être possesseur (1).

Cette règle est évidemment basée sur cette autre plus générale, que le fils ne peut avoir en général aucun droit sur des biens; et voilà pourquoi aussi elle n'était pas applicable au pécule castrense et quasi-castrense (2). Mais ce qui n'est qu'exceptionnel pour celui-ci, étant devenu la règle, par suite de l'introduction des nouveaux pécules, tout fils de famille jouit maintenant de la capacité de posséder, et lors même que le père a, comme cela arrive ordinairement, l'usufruit du pécule que l'on appelle adventice, le fils n'en est pas moins le vrai possesseur, et le père possède, comme tout usufruitier (sect. II), au nom du fils (3). Il est bien vrai que, même en droit romain moderne, le fils n'a encore ni la propriété ni la possession du pécule que l'on appelle profectice; mais comme il en est de même de tout administrateur de biens d'autrui, on ne peut en aucune façon prétendre que le fils de famille soit *personnellement* capable de posséder.

2. Les *esclaves* sont également incapables d'avoir la possession

(1) L. 49, § 1; L. 50, § 3, D. de poss. — L. 95, D. de R. J. — Lorsque le père est en état de captivité, la possession du fils est pendante (*in pendenti*) (L. 44, § 7, D. de usurp.), ce qui est tout à fait conforme à l'analogie : mais il paraît étrange que le père de famille qui se croit fils de famille, puisse néanmoins posséder. (L. 44, § 4, D. eod.)

(2) « Filiusfamilias. . . in castris adquisitum usucapiet. » L. 4, § 1, D. de usurp.

(3) La glose, sur la L. 49, § 1, D. de poss., énonce ce principe d'une manière juste et précise.

juridique (1), ce qui est une conséquence naturelle du principe qu'ils ne peuvent en général avoir aucun droit. Il semble plus étrange que même l'homme libre qu'un autre possède comme esclave, ne puisse pas avoir de possession (2). Dans cet état, l'homme peut non-seulement conserver, mais même acquérir la propriété (3), et c'est là une différence fort remarquable entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession (4). La raison de cette différence est celle-ci : pour être à même d'avoir la propriété, il suffit que les qualités juridiques requises dans la personne du propriétaire existent, lors même que personne ne les connaît; mais l'exercice de la propriété, considérée comme un droit, suppose nécessairement un état dans lequel on soit capable d'actions libres. Voilà pourquoi l'homme libre que l'on possède comme esclave, ne diffère, par rapport à la propriété, en rien de tout autre homme libre, et, quant à la possession, en rien de tout autre esclave.

Les prisonniers de guerre (5) et ceux qui ont perdu leur liberté par l'effet d'une peine publique, par exemple, par suite

(1) L. 49, § 1; L. 50, § 3, D. de poss. — L. 24, D. eod.

(2) « . . . cum possideatur, possidere non videtur. L. 118, D. de R. J. — Cf. L. 1, § 6, D. de poss.

(3) Ulpien, *Fragm.* tit. XIX, § 21. — § 4, J. per quas pers. — L. 19; L. 25, § 2; L. 54, § 4, D. de adquir. rer. dom.

(4) Voilà pourquoi il n'est pas généralement vrai, même dans les cas *ubi per possessionem dominium queritur*, d'admettre l'existence de la possession lorsque la propriété est acquise, et voilà aussi pourquoi, dans les cas indiqués, il n'y a que la forme de l'acte acquisitif qui soit parfaitement identique dans l'acquisition de la propriété et dans celle de la possession. V. plus haut, § 5, n° 1. — Wenck (*De trad.* etc., p. 21) ne s'est pas aperçu de la différence toute naturelle entre la capacité personnelle de l'acquéreur et la forme de l'acquisition, et nous reproche ainsi une inconséquence que nous n'avons pas commise.

(5) L. 19, D. ex quib. causis maj. — L. 25, § 1, D. de poss. — L. 15, pr. D. de usurp. — Il va sans dire que ni le *postliminium* ni la fiction de la *Lex Cornelia* ne trouvent ici leur application. — Nous examinerons, dans la sect. II, jusqu'à quel point la *représentation juridique* peut amener une modification en tout ceci.

de la condamnation aux métaux (*damnatio in metalla*) se trouvent dans le même cas que le véritable esclave. Tous deux étaient esclaves quant à leur état personnel, bien qu'ils n'eussent pas de maître. Toutes ces matières nous sont entièrement étrangères.

—
ADDITIONS A LA SIXIÈME ÉDITION.
—

Les principes professés, dans ce paragraphe, sur l'*animus domini* considéré comme condition ordinaire de la possession, et sur la possession dérivée, ont été naguère combattus de plus d'une façon. Afin de pouvoir nous expliquer à ce sujet avec moins de longueur et avec plus de clarté, nous présenterons d'abord quelques considérations destinées, bien moins à défendre notre opinion, qu'à indiquer avec plus de précision les questions qui se présentent ici, ainsi que le siège des difficultés.

Relativement à l'intention qui sert de base à la détention, on peut tout d'abord distinguer les quatre classes suivantes de personnes :

1° Le propriétaire véritable et le possesseur putatif, ensuite le voleur, et celui qui, au moyen de la déjection, est arrivé à la détention d'un fonds.

2° Celui qui base sa détention sur un *jus in re*. Pour abrégé, nous nommerons constamment l'usufruitier, comme représentant les personnes qui se trouvent dans cette classe.

3° Celui qui a la détention par suite d'un rapport contractuel, mais pour son propre avantage. Le locataire nous servira à représenter cette classe.

4° Celui qui administre simplement la possession, au service d'autrui. Nous l'appellerons le fondé de pouvoirs.

Le cas de la première espèce ne se conçoit pas : car, dans ce cas, le vrai *animus domini* existe, et quelle que soit la force avec laquelle on en a dernièrement contesté la nécessité pour la possession, personne n'a cependant douté de sa *suffisance*. D'après les sources, il faut aussi toujours admettre ici la possession.

Le quatrième cas ne présente pas plus de difficultés que le

premier. Il est certain que nos sources ne parlent ici d'aucune possession, et elles ne devaient pas en parler, puisque le fondé de pouvoirs n'a à défendre aucun but qui lui soit propre, que, par conséquent, il possède *alieno nomine* dans le vrai sens du mot, c'est-à-dire, pour atteindre le but d'autrui. Il ne nous reste donc que les deux classes intermédiaires qui ont ce point commun, que celui qui a la détention poursuit un but qui lui est propre.

A l'égard de l'usufruitier (seconde classe), il n'existe dans nos sources de droit pas le moindre doute. Le propriétaire a exclusivement la possession de la chose, et l'usufruitier ne peut être considéré, par ce motif, que comme administrateur. D'un autre côté, l'usufruitier a une *quasipossessio* toute spéciale, également garantie par les interdits. Les interdits qui compètent aux deux parties se trouvent entre elles dans le même rapport que leurs actions *in rem*. La garantie accordée par les interdits à l'usufruitier se fonde sur une nécessité pratique ; car il peut arriver que l'usufruitier soit hors d'état d'invoquer, par son contrat, la protection du propriétaire, soit parce que l'usufruit peut provenir d'une possession de longue durée, soit parce que la propriété a passé en d'autres mains par aliénation ou par usucapion, ce qui ne peut cependant en rien diminuer le droit de l'usufruitier. Or, celui-ci serait entièrement exposé à la violence, si on ne lui accordait des interdits propres. De cette manière, tous les besoins réels sont pleinement satisfaits, et le principe *duo in solidum possidere non possunt*, conservé intact. Seulement il faut se garder de considérer ce principe comme le produit de l'arbitraire, ce qui mettrait avec une aveugle nécessité des entraves aux rapports sociaux. Ce principe n'est au contraire que l'expression du juste sentiment, que la possession de même nature donnée à plusieurs *in solidum* mettrait, par les buts différents que l'on voudrait atteindre, la confusion dans les rapports possessoires, et que par là, la sécurité de fait, qui sert de base à toute la garantie de la possession, ne pourrait être que troublée.

Enfin, relativement au fermier (troisième classe), les expressions dont les sources se servent sont, encore une fois, très-

claires. Le bailleur ne cesse jamais d'avoir la possession avec les interdits, il est certain que le fermier ne l'a pas, et qu'il n'est considéré que comme administrateur de la possession d'autrui. La pratique de ce cas ne diffère donc de celle du cas précédent que par l'absence de la *quasipossessio*. Il y avait encore moins de motif ici de priver le bailleur de la possession, que dans le cas de l'usufruitier. Le fermier ne peut avoir de *quasipossessio*, car il n'existe pas là de rapport légal indépendant, auquel on pourrait la rattacher comme conséquence. Mais il n'y a surtout aucune nécessité pratique d'accorder les interdits au fermier, puisqu'il a toujours une action dérivant de son contrat et par laquelle il peut invoquer la garantie que lui doit le bailleur. Mais lorsque ce dernier perd la possession par aliénation ou par usucapion, tout droit du fermier à la chose louée cesse également; il n'y a donc aussi plus lieu, pour lui, de protéger une possession; il n'a plus, contre le bailleur, qu'une action en dommages-intérêts, action dérivant de son contrat, et qui lui suffit pour couvrir tous ses intérêts.

Si nous considérons maintenant dans leur liaison les cas que nous avons jusqu'ici exposés, et qui ne sont rien moins que controversés, nous y découvrirons autant de conséquence scientifique que de sens pour les besoins pratiques. Tout s'y explique simplement et clairement en supposant l'existence de l'*animus domini*, et si ces cas étaient les seuls qui existent, il est probable que la question n'aurait jamais donné lieu à aucune controverse. L'admission de la *quasipossessio* ne jette non plus le moindre doute sur cette supposition. Naturellement là l'*animus domini* ne se conçoit que comme volonté du possesseur d'exercer cet usufruit comme à lui appartenant, par conséquent sans reconnaître d'autre personne qui aurait, relativement à l'usufruit, plus de droit que lui.

Mais il existe quatre cas qui ne s'accordent pas avec la règle que nous avons développée jusqu'ici : l'emphytéose et le gage, dans tous les cas; le *precarium* et le séquestre, quelquefois (1).

(1) Nous disons quatre cas, bien que ce point soit aussi contesté; mais un

D'après notre règle, la possession devrait, dans tous ces cas, être combinée avec la propriété, et nullement avec la détention: par contre, dans les deux premiers cas, la détention devrait être protégée par la *quasipossessio*, sans qu'il en soit ainsi dans les deux autres. Mais il n'en est pas ainsi: ici la possession se trouve au contraire toujours réunie à la détention, et le propriétaire n'est en rien protégé dans la possession. Voilà pourquoi, de tout temps, nous avons considéré ces cas comme des anomalies et leur avons donné le nom commun de possession dérivée. Mais leur anomalie ne consiste pas uniquement dans l'existence de la possession, là où l'*animus domini* manque, mais également et plutôt dans le manque de possession, là où cet *animus* existe réellement; c'est le cas de celui qui sait qu'il est propriétaire sans contestation, et qui pourrait conserver par autrui sa possession aussi bien ici que dans le cas du contrat de louage, où assurément il la conserve (1). Nous avons choisi l'expression de possession dérivée, précisément afin de relever les cas qui diffèrent le plus de ce qui arrive ordinairement, et qui consistent en ce que celui qui devrait régulièrement avoir la possession, en est privé (par sa propre volonté), et qu'elle est attribuée à un autre. C'est ce que nous avons appelé la transmission de la possession, expression que l'on peut aisément entendre comme si nous voulions comprendre par là une succession

cas de plus ou de moins ne change pas en général la nature de la question ou de la difficulté. C'est ainsi qu'un de nos adversaires veut également attribuer la possession au superficière (Schroeter, p. 244); un autre ne veut pas avouer que l'emphytéote et le séquestre ont la même possession (Bartels, p. 200, 205) un troisième ne veut pas même accorder au séquestre le séjour dans le domaine du droit matériel, et le renvoie tout simplement à la procédure (Sintenis, page 250).

(1) En ceci nos adversaires nous paraissent mériter le reproche d'inconséquence. Car même ceux qui croient que l'*animus domini* n'est pas nécessaire à la possession, avouent cependant qu'il est entièrement suffisant, là où il existe. L'*animus domini* se trouve donc ici sans possession, et l'on prétendrait que ces cas ne constituent pas une anomalie!

juridique; mais, dès la seconde édition de notre ouvrage, nous n'avons pas cessé de prévenir contre ce malentendu (1).

Comment faut-il maintenant expliquer ces cas qui s'écartent de ce qui arrive ordinairement? Dans les cas du créancier gagiste et du séquestre, nous les expliquons fort simplement par le but pratique qu'avaient ces deux institutions, qui exigeait précisément que les interdits soient retirés au propriétaire. Il était donc fort naturel de préférer ici le besoin pratique à la conséquence scientifique, et cette explication nous satisfait complètement. Il en est autrement en matière d'emphytéose et de *precarium*. Dans l'emphytéose, une plus grande étendue de droits en comparaison des droits de l'usufruitier ne nous explique absolument rien; car, que peut effectuer ici le plus ou le moins, puisqu'en admettant une *quasipossessio*, tous les intérêts eussent été complètement satisfaits? Quant au *precarium*, aucun motif intérieur d'explication n'a encore voulu réussir. Nous avons essayé, pour l'une et pour l'autre de ces institutions, une explication historique dont le fond ne manque pas, nous l'espérons, de vraisemblance. Mais celui qui ne veut non plus reconnaître cette vraisemblance devrait, à notre avis, abandonner le fait de ces deux anomalies et renoncer simplement à les expliquer.

Après ces considérations générales, venons-en à l'histoire de la contestation qui s'est naguère élevée sur ce terrain avec beaucoup de vivacité.

Rosshirt est le premier qui se soit déclaré contre l'expression de la possession dérivée (2). Il pense qu'il faut regarder ces quatre cas comme des états anormaux, qu'il est impossible de généraliser, et dans lesquels il faut éviter toute expression technique. Nous n'entrerons avec lui dans aucune discussion,

(1) Seconde éd. p. 111, à la note. — Malgré cet avertissement exprès, d'autres semblent regarder ce malentendu comme partie constituante de notre opinion.

(2) Rosshirt, *Zu der Lehre vom Besitz*; *Archiv*, t. VIII, n° 1, 1825, pages 9-11.

puisque'il n'appartient pas au nombre de nos adversaires; car nous ne voulons pas écrire des phrases inutiles sur cette circonstance, qu'il rejette une expression que nous ne cessons de regarder comme convenable et conforme à son but.

D'autres diffèrent essentiellement de notre manière de voir, en ce qu'ils rejettent la nature anormale de ces quatre cas, et qu'ils cherchent au contraire à les représenter comme rentrant dans la règle générale.

Schrøter s'écarte de notre opinion, en ce que, tout en disant, comme nous, que l'*animus domini* est en général nécessaire à la possession, il recherche cependant aussi son existence dans les quatre cas qui nous occupent, et même dans un cinquième, celui du superficiaire (1). Pour parvenir à sa démonstration, il fait, pour l'emphytéose et la superficie, une énumération imposante des droits des détenteurs, en comparaison des facultés de jouissance si restreintes de l'usufruitier (p. 237 et suiv.; p. 244 et suiv.; p. 255). Mais alors nous demanderons de nouveau: De quel poids est ici le plus ou le moins, et où est la limite? Ensuite: Quel est le motif pour lequel Schrøter, qui ne refuse point l'*animus domini* au vrai propriétaire, lui enlève tout droit de possession? Enfin, nous demanderons: pourquoi n'applique-t-on pas, en cette matière, comme en matière d'usufruit, la quasi-possession qui constitue un rapport si conséquent et si satisfaisant pour la pratique?

De même, Schrøter prétend que le créancier gagiste possède absolument de la même manière que s'il était propriétaire (p. 255 et suiv.) (2). Mais nous doutons qu'en partant du moment tout à fait incertain et accidentel de l'aliénation, l'on puisse trouver une personne qui ait moins de ressemblance avec le propriétaire que le créancier gagiste, qui ne peut ni se servir de la chose ni en acquérir les fruits.—Enfin, l'on prétend que,

(1) Schrøter, *Ueber den abgeleiteten Besitz* (*De la possession dérivée*), dans la *Zeitschrift* de Linde, t. II, 1829, p. 255-269.

(2) Cette partie de l'ouvrage de Schrøter est vivement attaquée par Sintenis, p. 421-455.

dans le *precarium*, le propriétaire a *concédié l'animus domini*, et que, dans le séquestre, le propriétaire a donné *mandat d'entretenir cet animus* (p. 265-269). En réalité cependant tout ceci ne veut dire autre chose, si ce n'est que le propriétaire a transféré à autrui son *droit de possession*, et il est certain que l'on emploie une expression forcée en disant que cette concession ou ce mandat se rapporte à une *volonté*, et nullement à des actes, auxquels cependant il s'applique uniquement.

Les autres auteurs sont unanimes en ce qu'ils s'accordent à dire que Schroeter s'est complètement trompé en ramenant les quatre cas en question à un *animus domini* existant; ils nient par conséquent l'identité de *l'animus possidendi* avec *l'animus domini*, et cherchent à donner plus d'extension à cette notion, afin qu'elle puisse aussi comprendre, sans difficulté, les quatre cas qui nous occupent.

Ce raisonnement est fait par Warnkœnig d'une manière négative, lorsqu'il prétend que tous ceux qui ne veulent pas posséder *alieno nomine* ont *l'animus domini* (1). Mais cette expression laisse un si large champ ouvert à l'équivoque, qu'il devient impossible d'en tirer une explication satisfaisante. Car, si l'on fait rapporter les mots *alieno nomine* au *but*, ils ne peuvent s'entendre que du mandataire, puisque le locataire cherche déjà son avantage propre. Si, au contraire, on les fait rapporter au manque d'un *droit propre sur la chose*, l'usufruitier devrait posséder *suo nomine* et avoir, par conséquent, la possession. Il n'y a donc plus d'autre explication possible que d'exclure, par l'expression *alieno nomine*, celui qui reconnaît le droit meilleur d'autrui, ce qui est aussi le cas de l'usufruitier. — Mais alors nos quatre cas se trouveraient encore une fois dépourvus de possession. Afin, de prévenir cette objection, Warnkœnig se fonde sur ce qu'en matière de gage, de *precarium* et de séquestre, le propriétaire veut *renoncer* à la possession et la *transférer* (p. 175-177); ce qui est entièrement conforme à notre manière

(1) Warnkœnig, *Ueber die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi*, *Archiv*, t. XIII, 1850, p. 169-180.

de voir et n'a rien de commun avec la volonté particulière du détenteur. Quant à l'emphytéote, il dit qu'il est bien certain que sa position doit être meilleure que celle du simple fermier (p. 178). Mais n'en est-il pas de même de l'usufruitier? Warnkœnig semble sentir lui-même tout ce qu'il y a de défectueux dans son explication, en avouant que la non-possession de l'usufruitier s'explique plus difficilement que celle du fermier (p. 180).

Guyet dit que *l'animus possidendi* consiste dans l'intention d'exercer sur la chose un rapport légal, et que ce rapport ne peut être restreint à la propriété (1). Par là, l'on démontre sans peine la possession dans le chef du créancier gagiste et de l'emphytéote. La *possession* du voleur est expliquée par l'intention dirigée sur la *possession* juridique, et partant un rapport légal. (*Abh.* p. 151. L'auteur tourne ici dans un cercle vicieux.) Mais il ajoute que le rapport légal doit être immédiat, et que c'est là le motif pour lequel l'emphytéote a la possession que le fermier n'a pas. (*Zeitsch.* p. 373, 380.) Maintenant, l'auteur croit que la cause de cette différence se trouve dans le *jus in re*; mais il n'en est rien, car l'usufruitier ne se trouve pas plus dans un rapport immédiat que le locataire (p. 373); chez l'un et chez l'autre, la cause de leur non-possession repose dans la connaissance qu'ils ont, que le rapport dans lequel ils se trouvent avec la chose n'est point légal (p. 374). Mais comme, en réalité, ces personnes sont dans un rapport éminemment légal, il est évident que ce qu'on leur refuse ne peut être qu'un rapport légal *quant à la possession*. Ainsi, toute la théorie de l'auteur consiste en ceci: *l'animus possidendi* est accordé ou refusé, selon que la personne veut ou ne veut pas être dans un rapport de *possession* légal avec la chose; en d'autres termes, *l'animus possidendi* n'est autre chose que *l'animus possidendi*; ce que nous n'essayerons pas de réfuter. Mais l'auteur ne semble pas trop se fier à sa

(1) Guyet, *Ueber den animus possidendi*, *Abhandlungen*. Heidelberg, 1829, n. 6, p. 133-160. — Ensuite *Noch einige Bemerkungen ueber den animus possidendi*; dans la *Zeitschrift* de Linde, t. IV, 1831, p. 361-381.

propre découverte, car il prétend, en pralant de l'usufruitier, que celui-ci *pourrait* avoir la possession, et que, s'il ne l'a pas, c'est qu'il faut l'attribuer à la nature passagère de son droit; qu'ainsi la différence qui existe entre lui et l'emphytéote n'est cependant au fond qu'une définition purement positive (p. 375).

Bartels dit que tout réside dans l'*animus rem sibi habendi* (1). Il prétend que l'usufruitier ne veut point la chose, mais un *jus in re*, et seulement un pouvoir partiel sur la chose (p. 181, 200); que le gage, au contraire, s'étend sur la chose entière (p. 198). L'auteur explique fort longuement et avec beaucoup de peine, la raison pour laquelle, dans le *precarium*, l'*animus possidendi* est possible, et il trouve que c'est parce que la nature purement de fait du rapport exclut l'*alieno nomine* (p. 179-196). D'un autre côté, l'auteur simplifie extrêmement sa tâche, en refusant complètement la possession à l'emphytéote et au séquestre (p. 200, 205), et ce, par des raisons que personne ne trouvera sans doute convaincantes.

Enfin, Sintenis revient à l'opinion de Rosshirt, mais sans l'avouer clairement (2). Originellement et d'abord, dit-il, tout réside dans l'*animus domini*. Mais à côté de cela, ajoute-t-il, il y a plusieurs cas de la vraie possession, dans lesquels on ne rencontre pas d'*animus domini*, mais seulement *sibi habendi*; et de cette manière on trouve toujours un but dans le propre intérêt du possesseur (p. 248-251). Mais l'auteur semble, de même que Rosshirt, considérer ces cas comme des anomalies à part, parce qu'on ne voit pas pourquoi l'usufruitier et le locataire ne devraient pas être traités de la même manière, car, certes, ils ont aussi un but dans leur propre intérêt. Il explique aussi, comme de juste, la nature de la possession du gagiste par les buts particuliers et les besoins de cet acte, et, conséquemment, comme une anomalie fondée dans la pratique (p. 414-418). L'on voit donc

(1) W. Bartels, *Zweifel gegen die Theorie vom abgeleiteten Besitz*; dans la *Zeitschrift* de Linde, t. VI, 1855, p. 178-214.

(2) Sintenis, *Beiträge zu der Lehre vom juristischen Besitz*; dans la *Zeitschrift* de Linde, t. VII, 1854, p. 225-275; p. 414-456.

que tout se réduit encore ici à une protestation contre la dénomination de la possession dérivée (p. 225, 251), protestation que nous laissons se reposer sur elle-même.

Dans tous ces nouveaux ouvrages l'on s'est donc donné beaucoup de peine sans arriver à un résultat, et, à proprement parler, sans avoir un but quelque peu important. Dans cette discussion, Thibaut s'est chargé de notre défense (1). Il pense que, par amour de l'absolu et de la simplicité, quelques auteurs ont voulu forger un *animus domini*, là où il n'existe pas; que d'autres ont, au contraire, élargi l'*animus tenendi*, afin de comprendre dans l'idée fondamentale la possession dérivée, qui comprend à la fin toute espèce d'*animus*, même celui du fermier et du locataire.

§ 40. Histoire littéraire de l'idée de la possession.

Après avoir examiné l'idée de la possession sous toutes ses faces, il ne nous reste plus qu'à répondre à la question historique : Comment les jurisconsultes modernes ont-ils envisagé cette idée ?

Les définitions de la possession en général, qui sont très-nombreuses et qui ont donné lieu à une foule de controverses, ne sont d'aucune importance (2) : toutes les contestations qui se sont élevées à ce sujet ne concernent que les termes de ces mêmes définitions et nullement ceux dont les jurisconsultes romains se sont servis.

Le point décisif ici, comme chez les jurisconsultes romains, est la définition des mots *naturalis* et *civilis possessio*; nous allons exposer ici les opinions que les jurisconsultes les plus influents ont professées sur ce point. Rarement nous serons dans la nécessité de présenter une réfutation spéciale, parce que nous

(1) *Archiv*, t. XVIII, p. 527.

(2) Trois des plus anciennes définitions, une de Bassien et deux différentes d'Azon, se trouvent dans la glose (sur la L. 1, pr. D. de poss.), dans l'ouvrage d'Azon (*Summa in Cod. tit. de poss.*, nos 1 et 19), et dans Odfred (sur la L. 1, D. de poss., p. 52).

n'aurons à combattre que des *opinions* qui ne sont appuyées sur aucune déduction exégétique, et que le système que nous avons établi plus haut (§ 7) peut tenir lieu d'une critique générale.

L'opinion la plus ancienne, que les écrits de son auteur lui-même nous ont fait connaître, est celle de Placentin, et nous la trouvons plus raisonnable et plus logique que celles de la plupart des jurisconsultes modernes (1). Il n'y a, dit-il, qu'une seule possession juridique, mais qui peut produire des effets différents et rendre l'usucapion tantôt possible (*plena*), tantôt impossible (*semiplena*) : son existence est toujours nécessaire pour pouvoir invoquer les interdits. Les éléments qui constituent sa notion tantôt prennent la nature d'un fait (détention), tantôt ont quelque chose de juridique (*animus*) : suivant que les premiers éléments existent seuls, ou les seconds, ou les uns et les autres, la possession se nomme *naturalis, civilis, naturalis simul et naturalis* : mais, juridiquement parlant, la simple possession naturelle n'est pas une possession, à laquelle elle est même opposée, parce que le droit romain ne reconnaît pas le caractère de la possession à la détention dépourvue d'intention (*animus*) : il en est autrement de la possession civile, puisque, dans un grand nombre de cas, la possession peut être conservée seulement par l'intention. — Cette manière de voir est sans doute fondée et la terminologie n'est incorrecte que parce que la dis-

(1) Placentinus, *Summa in tit. Cod. de poss.* (pag. 532, 535, ed. Mogunt. 1556, in-fol.). « *Possessio distinguitur ita, alia civilis tantum, alia civilis et naturalis... alia proprie et plene, ut ea quæ proficit ad usucapionem, alia improprie et semiplene.* — Hæc quoque profecto, *naturalis possessio* in jure nostro non recte dicitur *absolute possessio*, sed est *oppositio in adjecto*. — Fieri enim potest, ut quis possideat et civiliter et naturaliter, et civiliter *solummodo*. Ut autem quis possideat *tantum naturaliter*, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis (ut reor), esse non potest. — Nam et fur, et prædo, et inuasor et *naturaliter* possidet, et *civiliter... nam et colono intervorsori datur interdictum unde vi, quod profecto ei non competeret, nisi... possideret. Civiliter solummodo* quis possidet, puta saltus quos nullus alius detinet. — Quippe *possessio non nisi una est*, licet diversis modis habeatur, bonæ fidei, malæ fidei, juste, injuste, *naturaliter, civiliter.* »

inction de la possession naturelle avec la possession civile se rapporte aux conditions matérielles (juridiques ou non juridiques) de la possession (cpr. § 5 et 9), au lieu de les rapporter aux effets mêmes de la possession (§ 7). L'application aux cas particuliers n'a pas aussi bien réussi que l'exposition des principes. — Azon professe en général la même opinion (1), à cela près qu'il n'admet aucune possession qui soit en même temps civile et naturelle, et qu'il ne se sert du mot *civilis* que là, où l'existence de la possession se base sur une simple fiction (*ubi solo animo retinetur possessio*) (2). Aussi Azon fait-il mieux entrevoir que c'est la L. 10, C. de poss., qui a réellement donné lieu à cette opinion, en confondant l'opposition, renfermée dans ce passage (3), avec celle de la possession *de fait* et de la possession *purement juridique* (fictive), et cette dernière de nouveau avec la possession civile et naturelle. — Cette opinion paraît avoir été longtemps dominante (4). Elle sert encore de base dans les écrits d'Alciat et de Duarein (5), quoique ni l'un ni l'autre ne la distingue assez

(1) *Summa in Cod. tit. de poss.* nos 4 et 15 (fol. 134, 155, ed. 1537, in-fol.), et : *Lectura in Cod.*, in L. 10, de poss. (p. 569, ed. 1577, in-fol.).

(2) La même opinion se trouve dans une glose non imprimée de Rogerius, sur la E. 5, § 5, D. de poss. (dans un MS. du *Dig. novi* conservé à Metz) : « *Sicuti ergo duo juste vel injuste naturaliter possidere non possunt in solidum, ita non potest esse ut corporaliter in totum unus juste alter injuste possideat. Ex civili autem id est ficta possessione, et juste duos et injuste utrumque et unum juste et alterum injuste in solidum possidere continget, velut in re pignoratata aut in emphyteusim inve feodum data si vel ambo bona vel uterque mala vel unus mala alter vero bona fide possideat. R.* »

(3) *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem* : « *aliam, quæ jure consistit* » (c'est-à-dire *possessio civilis*, celle qui existe simplement par une fiction juridique) « *aliam, quæ corpore* » (*possessio naturalis*, basée sur la détention naturelle). — Nous donnerons, au § 12, la vraie interprétation de ce passage.

(4) A. Faber, *De error. pragm.* IV, 9. — Menoch *De retinenda possessione*, remed. 3, num. 18 et 22 seqq. — Menoch n'expose ni ne développe pas autant cette explication qu'il la suppose tacitement, et il en est probablement de même chez le plus grand nombre des praticiens plus anciens, qu'il cite.

(5) Alciat, sur la L. 115, D. de F. S. (*Opp. t. II*, p. m. 987), et sur la L. 1,

de l'autre opinion. Merillius, qui adopte également cette interprétation, la met en rapport avec une question qui se présentera plus bas (1). — Lorsque la fiction sur laquelle on appuyait l'existence de la possession, était si forte, pour qu'on pût la désigner suffisamment par le terme *civilis possessio*, plusieurs commentateurs l'appelaient, depuis Baldus, *civilissima* (2).

Une autre opinion, qui paraît aussi ancienne que celle dont nous venons de parler, saisit avec plus de justesse le sens des jurisconsultes romains, en rapportant à l'effet juridique de la possession toute la distinction qui existe entre la possession civile et naturelle; elle entend donc, par possession *civile*, cette espèce que le droit romain consacre sous un rapport quelconque, et qui a la préférence sur la possession *naturelle*. Cette opinion est professée par Bassien (*Joannes*), contemporain de Placentin et d'Azon, et professeur (*dominus*) de ce dernier.

Cette opinion, adoptée par les glossateurs, chez lesquels nous la rencontrons en premier lieu, est partagée par tous les jurisconsultes modernes : mais les auteurs qui la professent se sont à leur tour divisés en trois factions qu'il importe ici de distinguer soigneusement.

Le premier de ces trois partis, dont l'opinion approche le plus de la vérité, ne donne le nom de *possessio civilis* qu'à cette possession qui réunit en elle tous les effets possibles d'une

pr. D. de poss. (Opp. t. I, p. m. 1197). — Duarcin, *Disp. anniv.* liv. I, ch. 18. (p. 1585 ed. Opp. 1584 in-fol.) : « Civiliter vero (possidet), qui quamvis rei non insistat, civilis juris interpretatione, eam tenere ac possidere intelligitur. » Cf. *Comm. I*, in tit. de poss. ch. 1 et 4 (*Ibid.* p. 816, 817, 818), et *Comm. 2*, in tit. de poss., sur la L. 1, pr. (*Ibid.* p. 820). La L. 10, C. de poss. est expressément indiquée ici et en outre Théophile (sur le § 5, J. de interdictis), dont le passage ne peut pas avoir donné lieu à cette opinion, parce qu'il n'était pas connu et qu'on ne pouvait en faire usage, lorsqu'elle prit naissance. V. sur ce passage, Ferretus, sur la L. 10, D. de poss. (Opp. t. I, p. 611). La même application se trouve aussi dans Davy d'Argenté, *Notarum juris select. liber.* Paris, 1615, 4, fol. 7.

(1) Merillius, *Observ.* liv. II, ch. 51, 51. — V. plus loin, au § 11.

(2) Tiraquellus, dans son traité intitulé, *Le mort saisi le vif*, P. I, déclar. 7. n° 8.

possession en général : il appelle donc ainsi la possession du propriétaire aussi bien que celle qui conduit à l'usucapion. Il nomme *possessio naturalis*, la possession à laquelle il manque quelque chose, c'est-à-dire celle qui peut bien donner lieu aux interdits, mais qui ne produit pas l'usucapion. De ces deux possessions il distingue encore la simple *détention* (*tenere, esse in possessione*, etc.), qui ne renferme aucun élément juridique. — Ce qu'il y a, en premier lieu, de louable dans cette interprétation, c'est qu'elle détermine, en général, avec justesse l'idée de la possession civile (1) : un autre et plus grand avantage que nous devons lui reconnaître consiste dans l'idée simple qu'elle donne de la possession juridique (§ 7, n° 3), qu'elle oppose à la simple détention et qu'elle saisit aussi bien qu'elle la détermine : voilà pourquoi les ouvrages dans lesquels cette interprétation sert de base offrent plus de sûreté que les autres. Le seul défaut qui défigure cette manière de voir (car les fautes dans l'application n'appartiennent pas ici), repose dans la fausse signification qu'elle donne à la possession *naturelle*. — Il faut surtout remarquer ici les auteurs suivants :

Jean Bassien.

Odfred, sur la L. 3, § 5, D. de poss. (fol. 56); sur la L. 12, pr. eod. (fol. 58), et sur la L. 3, pr. D. uti possidetis (fol. 101).

Cujas, dans ses *Observ.* liv. IX, ch. 55 (1569).

George Obrecht, *De possessione*, ch. 3-5 (p. 524, *Disp. collect.* Ursell. 1603, in-4°).

Scipion Gentilis, *De donat. inter virum et uxorem*, liv. II, ch. 30 (*Opp.* t. IV, p. 297).

(1) Nous ne pouvons dire qu'en général, parce que ce parti s'écarte souvent de sa propre définition. Par exemple, il suppose souvent que la possession civile ne se rapporte qu'à la *justa causa* dans l'usucapion, et applique par conséquent aussi ce terme aux cas dans lesquels d'autres causes, par exemple la mauvaise foi, empêchent l'usucapion. (Bartole, sur la L. 1, pr. D. de poss. n° 8). Cette incertitude dans l'emploi du terme était une conséquence nécessaire de ce que l'on négligeait de déduire de la terminologie du langage ordinaire, la signification de la possession civile.

Valentia, *Illustr. jur. tract.* liv. I, traité 2, ch. 3.

Ramos, *In tit. Dig. de poss.* P. I, § 18, 19 (dans Meermann, t. VII, p. 82) (1).

Retes, *In tit. Dig. de poss.* P. I, ch. 2 (dans Meermann, t. VII, p. 458).

Pothier, *Pandectæ Just.* liv. XLI, tit. 2, p. 121, et *Traité de la possession*, ch. I, art. 2, p. 8-17.

Nous ne connaissons guère l'opinion de Bassien que par les extraits infidèles et maigres d'Accurse, qui nous présente, avec la plus grande confusion, toutes les opinions qui existaient alors, quoiqu'il préférât lui-même celle de Bassien à toutes les autres : mais les applications, dans lesquelles on le rencontre par occasion, suffisent pour nous en présenter un exposé complet (2). Elle n'accordait la possession civile qu'au véritable propriétaire et à celui qui est en état d'usucaper : l'emphytéote, l'usufruitier, le vassal n'ont que la possession naturelle; il en est de même du *prædo* qui s'empare sans titre de la possession d'autrui : elle ne reconnaît aucune possession au fermier, et ne lui accorde que la simple détention. Voilà ce qui explique la controverse qui s'était élevée entre Bassien d'un côté, et Pla-

(1) Quoiqu'il expose ici cette opinion comme la sienne propre, il revient cependant sur ses pas aux §§ 21 et 22; il y dit que l'on peut chercher à éviter les contradictions dans lesquelles tombent, selon lui, les sources aussi bien que les auteurs, en supposant, outre cette possession naturelle, une seconde espèce, la simple *détention*, et il approche ainsi de la vérité. Mais il l'obscurcit et l'anéantit de nouveau par une addition : il prétend en effet qu'il y a une 5^e espèce de possession, savoir *quatenus ei corpore insistentur*, et différente de la possession *quæ animo retinetur*. Il transige donc évidemment avec les théories de Placentin et d'Azon.

(2) Glose, sur la L. 1, § 3, D. *de poss.* « Non ergo omnis detentatio est possessio, sed triplex est; nam alia *civilis*, alia *naturalis*, in quarum utraque *quærenda duo exiguntur* (c'est-à-dire, *factum* et *animus* : ces deux sont donc seuls la possession juridique) : « alia *detentatio*; ut *hic* : *qualem etiam habet colonus*. » — Glose, sur la L. 3, § 3, D. *de poss.* Ce passage contient toutes les applications dont nous nous servons ici, et les rapporte expressément comme opinions de Bassien.

revendication était symbolique; il en était par conséquent de même d'une de ses parties, la contre-revendication, qui était ce que nous appelons la litiscontestation négative, c'est-à-dire les arguments opposés par le défendeur à la revendication du demandeur, et que le voleur et le locataire étaient tout aussi capables de présenter que le propriétaire vrai ou putatif. L'expression symbolique de cette contradiction était d'ailleurs indifférente. S'il fallait prendre à la lettre ces anciennes formules, jamais, entre autres, la *in jure cessio* n'eût été possible. Car, là aussi, l'acquéreur devait opérer une vendication et prononcer, par conséquent, les mots dont nous avons parlé, bien que lui et son adversaire, ainsi que le prêteur, sussent parfaitement bien qu'il n'était pas propriétaire. En réalité, la forme de la contre-revendication n'était donc jamais un empêchement, pour le locataire, de se présenter comme défendeur, et Burchardi procède fort arbitrairement lorsqu'il combine avec cette ancienne formule la question controversée encore plus tard, de savoir si l'on peut revendiquer d'un locataire, etc. — Si donc trois des effets indiqués par l'auteur sont dénués de fondement, le quatrième seul subsistera encore, l'usucapion, et alors la *possessio civilis* n'a jamais été autre chose que la *possessio ad usucapionem*, et toute divergence d'opinion entre l'auteur et moi disparaît également.

Mais alors même que les trois effets que nous avons cherché à réfuter, eussent originairement existé dans la formation de l'idée de la *possessio civilis*, ils n'auraient plus pu subsister, du moins à l'époque où la jurisprudence s'était entièrement formée, et notamment au temps d'Ulpian. Car, à cette époque, le cens qui se faisait autrefois à chaque lustre (*lustrum*) était devenu une antiquité (Ulpian, 1, § 8). — L'impôt perçu sur les biens des citoyens romains avait déjà cessé avec la guerre de Macédoine.

Enfin, du temps d'Ulpian, la contre-revendication de l'ancien droit n'était plus nécessaire, comme l'observe notre auteur lui-même (p. 19). Ainsi, même en nous transportant entièrement dans la pensée de l'auteur, il faudrait cependant que nous admettions que la différence originaire entre *possessio civilis* et

possessio ad usucapionem a complètement disparu, et si nous pouvions poser à Ulpien cette question : Quelle est donc, de ton temps, la signification pratique de *possessio civilis* ? il ne pourrait, après avoir lu le traité de Burchardi et s'être convaincu de son contenu, nous faire que cette réponse : Nous entendons aujourd'hui par *possessio civilis* cette possession qui conduit à l'usucapion.

Si nous pouvions nous restreindre aux considérations que nous avons fait valoir jusqu'ici, nous devrions dire : l'interprétation donnée par Burchardi est un essai nouveau, mais peu heureux, et qui avait pour but de fixer l'idée de la possession civile combinée avec l'histoire du droit de possession. Mais une erreur théorique garde rarement des limites aussi innocentes ; c'est ainsi que Burchardi a mêlé à sa théorie une matière qui ne lui était en rien nécessaire et qui a remplacé dans une confusion complète un grand nombre de points qui paraissaient incontestablement fixés en matière de possession. Nous voulons parler d'un point dont nous avons déjà fait mention plus haut, et où l'auteur place sur la même ligne tous ceux qui ont un droit réel sur la chose lorsqu'ils en ont la possession. Il prétend, en effet, que, même sans *animus domini*, ils ont les interdits possessoires, et que précisément pour cela le propriétaire n'a, dans ces cas, aucun droit de les invoquer. Ce sont le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier et l'usager. Nous avons toujours soutenu, contre cette opinion, que cette décision ne pouvait être prise que dans les deux premiers cas, conformément à la nature toute particulière de ces institutions légales, et nullement d'après la nature générale des droits réels ; que dans les trois autres cas, les interdits garantissaient la possession pleine et entière de la chose quant au propriétaire, et qu'au contraire ils ne protégeaient aucune possession de la chose, mais seulement la *juris quasi possessio*, quant au détenteur d'un *jus in re*. (D'après l'auteur, cette *juris quasi possessio* n'a aucun rapport avec les interdits, mais seulement avec l'usucapion.) Laquelle de ces opinions est maintenant la vraie ? Nous intervertirons, dans la solution de cette question, l'ordre que nous avons observé, et nous commencerons par l'usufruit et

l'usage. La question pratique la plus importante, et qui est en effet très-importante, est ici de savoir si le propriétaire a ou non le droit de recourir aux interdits.

La condition générale sous laquelle les interdits sont accordés est le *possidere*.

L. 1, § 9, 23, D. de vi.

« De jicitur is qui possidet. — Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cum de jiceretur possidebat, etc. »

L. 3, § 8, D. uti possidetis.

« Creditores missos in possessionem... interdicto uti possidetis uti non posse : et merito, quia non possident. »

Maintenant, appliquons ce *possidere* en matière d'usufruit, et

1° Au propriétaire :

L. 52, pr. D. de adqu. poss.

« Neque impediri possessionem si alius fruatur. »

2° A l'usufruitier :

L. 6, § 2, D. de prec.

« Fructuarius et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen non possident. »

Fragm. Vaticana, § 90.

« ... Usufructu legato, ... non possidet legatum sed potius fruatur. Inde et interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur, et unde vi, quia non possidet. »

Le § 91 s'exprime de la même manière.

Si l'on compare ces passages, il en résultera cette nécessité que l'on ne peut méconnaître, que les interdits doivent appartenir au propriétaire, mais que l'usufruitier n'a pas le droit d'y recourir, à moins qu'ils ne lui soient accordés par extension des interdits originaires, à cause de sa *juris quasi possessio*, d'où il faut ensuite conclure que tous deux doivent avoir les interdits, aussi bien contre un tiers que l'un contre l'autre, chacun dans le but de protéger sa possession limitée par la propriété. — Mais ce que les textes que nous avons cités nous autorisent seulement à conclure, est directement établi par le passage suivant :

L. 4, D. uti possidetis.

« In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum : et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. »

Ce texte dit en termes très-clairs que, dans une contestation relative à la possession, entre le propriétaire (qui défend sa possession) et l'usufruitier, l'interdit est accordé : le propriétaire n'a donc nullement perdu le droit de recourir aux interdits, par l'érection de l'usufruit. Mais le passage cité des *Fragmenta Vaticana* nous apprend d'une manière plus précise ce qui en est à vrai dire de cet interdit de l'usufruitier ; il nous dit que cet interdit est *utile*, expression qui indique tantôt l'état anormal de la possession (de la *juris quasi possessio*) qui lui sert de base, tantôt l'interdit *direct* qui compète à une autre personne (le propriétaire). Enfin, l'auteur nie formellement que la *juris quasi possessio* soit ici la base des interdits ; le contraire est cependant expressément établi par le passage que voici :

L. 5, § 17, D. de vi.

« Qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. »

Cette manière d'envisager la chose est aussi la seule qui soit soutenable, sous le point de vue pratique ; un seul exemple nous suffira pour démontrer à quelles criantes conséquences la doctrine de Burchardi conduit. Lorsqu'à la mort de l'usufruitier le propriétaire redemande le fonds, et qu'il est repoussé de vive force par l'héritier de l'usufruitier, il obtient l'interdit *de vi*, d'après les principes reconnus dans les passages que nous avons cités. Mais, d'après la doctrine de l'auteur, il n'a aucun interdit, puisqu'en établissant l'usufruit, il a perdu toute possession propre aux interdits ; il ne lui reconnaît que la revendication ; sans doute il est possible qu'il ait aussi une action personnelle dérivant de la caution, mais cette action est entièrement accidentelle, puisqu'il dépend de la volonté du propriétaire d'exiger la caution ou de la libérer, et qu'il n'y a que le testateur auquel il soit défendu de lier d'avance son héritier (le nu-propriétaire) par une telle remise (L. 7, C. ut in poss.).

L'état de la possession de l'usage est absolument le même

que celui de l'usufruit ; cette similitude est expressément établie. (L. 4, D. uti poss.)

Quant à la superficie, le passage suivant reconnaît expressément la même chose :

L. 5, § 7, D. uti poss.

« Ceterum superficiarii proprio interdicto... utentur : dominus autem soli tum adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed Prætor superficiarium tuebatur secundum legem locationis. »

Ici, le jurisconsulte est allé bien plus loin : il a eu soin d'indiquer le nom particulier de l'interdit, afin qu'on ne pût se méprendre sur le véritable rapport qui est établi, tandis qu'en matière d'usufruit la dénomination générale (*de vi* ou *uti possidetis*) et l'omission, dans le Digeste, de l'expression *utile*, ont conduit Burchardi comme tant d'autres auteurs dans une grande erreur.

La manière dont possède le créancier gagiste est développée, dans nos sources, avec encore plus de détails, qu'en matière d'usufruit. (V. plus loin, § 24.) Le créancier a seul la vraie possession, à l'exclusion du débiteur ; par conséquent les interdits compètent aussi à lui seul, et le débiteur n'a pas le droit d'y recourir. Mais le créancier ne peut usucaper, et afin que l'usucapion ne soit pas interrompue au préjudice des deux parties, le créancier, par exception à la règle, est considéré, mais quant à l'usucapion seulement, comme s'il était réellement possesseur. Ainsi, le créancier se trouve exactement dans la position opposée à celle dans laquelle nous avons vu plus haut l'usufruitier. En considérant cette différence dans les expressions dont nos sources de droit se sont intentionnellement servies, on conçoit à peine comment l'auteur a pu tenter l'essai de mettre les deux cas sur la même ligne. Aussi cette distinction trouve-t-elle une explication pratique tout à fait satisfaisante. Le gage repose, d'après l'expression si bien trouvée de Thibaut, sur une méfiance du créancier, et voilà la raison pour laquelle les moyens propres à protéger la possession ont dû être exclusivement placés entre ses mains. Une

telle méfiance est au contraire entièrement étrangère à la nature de l'usufruit.

Enfin l'emphytéote a la vraie possession, et, par conséquent, le droit de recourir aux interdits; le propriétaire n'a pas l'un et l'autre. Nous avons cherché à déduire cette anomalie de causes historiques (v. § 9, 12a, 22a, 24). Mais il est impossible que ceux qui n'expliquent pas, comme nous, la possession de l'emphytéote de cette matière historique, et qui la déduisent au contraire des rapports pratiques de cette institution (*add.* au § 9), trouvent un motif de placer, comme l'essaye l'auteur, l'emphytéose et l'usufruit sur la même ligne. Car, en matière d'emphytéose, le propriétaire n'a, à proprement parler, aucun droit positif et actuel, toutes ses prétentions doivent se borner à exiger le canon et ce qu'on appelle le *laudemium*. Le moment où la réversion s'opère est toujours certain et proche en matière d'usufruit, mais il est toujours éloigné et fortuit en matière d'emphytéose, et même dans les cas où la réversion a lieu, le propriétaire peut toujours actionner dans l'usufruit, en se fondant sur le contrat qui lui sert toujours de base, sans être obligé de s'engager dans la preuve périlleuse de la propriété. En ceci l'emphytéose et l'usufruit diffèrent donc de beaucoup, et Burchardi procède d'une manière tout à fait arbitraire lorsqu'il cherche à leur attribuer des droits de possession de même espèce.

Dans une addition, l'auteur a cherché à déduire d'une manière toute neuve la prohibition de la donation entre époux et à appliquer cette nouvelle théorie à la possession civile (p. 36-40; p. 42). Il prétend que cette prohibition vient de la *in manum conventio* de l'ancien droit, où la femme n'avait pas de biens à elle et où elle ne pouvait avoir de possession civile, parce qu'elle était *alieni juris*. Mais alors la prohibition n'aurait pu se restreindre aux donations; elle aurait au contraire dû s'étendre à toutes les aliénations; et comment serait-on parvenu à cette idée absurde de transformer en prohibition, dans le mariage libre, ce qui, dans le mariage strict, s'opère comme une impossibilité complète, puisque sous tous les rapports les droits quant

aux biens se sont formés d'une manière tout à fait indépendante pour le mariage libre, et dans une opposition complète avec le mariage strict.

Plus d'un auteur nous blâmera sans doute d'être entré dans de si longs détails pour établir notre réfutation. Mais peut-on garder le silence, lorsque l'on voit que tous les points qui paraissent définitivement fixés sont remis en jeu pour servir l'ancienne confusion? Un essai de cette nature peut paraître fort juste, lorsqu'on l'envisage sous un seul point de vue de la matière, mais la chose principale lui manque: sa liaison intime avec le reste, pour former un tout complet. Nous sommes persuadé, que si l'auteur, dont la profondeur d'esprit s'est révélée par tant d'excellents travaux, ne s'était pas laissé entraîner par le plaisir de l'idée nouvelle de faire un essai, il n'aurait pu méconnaître lui-même qu'elle est insoutenable.

§ 11. *Possessio plurium in solidum.*

Les recherches sur l'idée de la possession paraissent maintenant tout à fait épuisées. Tout s'y résume dans ces deux questions: Quelle est la signification juridique de la possession en droit romain (§ 2-8)? Et quels sont les éléments constitutifs de la possession, c'est-à-dire quelles sont les conditions qui doivent être accomplies pour qu'elle existe (§ 9)?

Toute la théorie qui va suivre a cette idée pour base immédiate, puisque toute acquisition ou perte de la possession renferme une application ou une modification de cette idée. Mais parmi ces applications, dans lesquelles l'idée de la possession apparaît elle-même, il se trouve une règle d'une nature tellement générale, qu'elle exerce son influence sur toutes les parties de notre théorie et que nous ne pouvons la développer nulle part autre qu'ici.

Cette règle est ainsi formulée: *toute possession est exclusive (plures eadem rem in solidum possidere non possunt)*. Nous examinerons ici et son sens et sa vérité; cet examen nous donnera en même temps occasion de rendre, par l'application, nos résultats

terminologiques plus clairs, que nous n'avons pu le faire en présentant des idées générales.

Il s'agit donc de la possession d'une même chose (*in solidum*). Lorsque plusieurs personnes possèdent une chose *en commun* (*compossessio*, chez les jurisconsultes modernes), de manière que leur possession se restreint mutuellement, la même chose ne forme qu'en apparence l'objet de leur possession, car chacun d'eux possède exclusivement *une partie* de la chose, sans posséder *les autres parties*, et il importe peu en droit que ces parties ne soient pas séparées réellement, mais seulement en idée. Chacun possède donc une chose pour lui seul, et ils se trouvent entre eux presque dans le même rapport que les possesseurs de deux maisons attenantes. Voilà aussi pourquoi ni le terme *compossessio* ni l'idée qu'il représente ne se rencontrent chez les jurisconsultes romains, qui se bornent à déterminer jusqu'à quel point chacun peut posséder pour lui une partie idéale d'une chose; par là, ils parviennent à résoudre la question de savoir s'il est possible qu'un autre possède le reste des parties, et à établir que le rapport à ce copossesseur n'a rien de particulier.

L'examen de cette matière s'est compliqué parce que les jurisconsultes romains étaient eux-mêmes partagés d'opinion sur ce point. Quelques-uns niaient d'une manière absolue la possibilité d'une pareille possession; d'autres y mettaient des exceptions; par exemple, ils disaient que la juste possession de l'une des personnes ne pouvait être exclue par la possession injuste de l'autre, etc. Les différentes restrictions de cette seconde opinion ne nous intéressent pas encore ici; il suffit de la considérer comme opposée à la première, et nous pouvons maintenant poser la question en ces termes: Plusieurs personnes peuvent-elles avoir la possession d'une même chose? Si cette question est résolue affirmativement, nous aurons tout le temps de nous occuper des conditions de cette possibilité.

L'expression générale de la question que nous venons de poser nous montre elle-même qu'elle a pour objet la *possession* (*possessio*). Mais ce mot désigne la possession de deux manières; tantôt il désigne le rapport naturel de la détention, tantôt la

possession juridique, c'est-à-dire la condition de l'usucapion et des interdits (§ 7, n° 5) : quelle est la signification que nous devons adopter ici? La règle que nous avons établie plus haut sur ce point le décidera facilement. En effet, comme les jurisconsultes romains font de notre question l'objet de leurs recherches, il ne peut s'agir ici que de la possession juridique, puisque la détention naturelle ne peut ni renfermer d'élément juridique, ni rendre nécessaire, par un effet juridique, d'établir son existence légale.

Il s'agit donc ici de la simple possession juridique qui se rapporte à l'usucapion et aux interdits (§ 7, n° 5), et cette restriction préalable de la question réfute déjà une grande partie des réponses erronées que l'on y a faites jusqu'à présent. C'est ainsi que quelques-uns croient que *le même effet* de la possession ne peut profiter à la vérité qu'à une seule personne, mais qu'une possession de plusieurs personnes, qui produit des effets divers, serait concevable : mais il n'y a que deux effets de la possession, qui soient entre eux dans un rapport tel qu'une seule et même possession forme la condition de leur existence. — D'autres ont admis, d'un côté, la possession civile, et de l'autre, la possession naturelle, en n'excluant tout au plus que la possession de plusieurs *in solidum* : mais cette manière de voir est également impossible, car la possession naturelle qui, d'après eux, pourrait coexister à côté de la possession civile d'autrui, est elle-même ou une possession juridique, et dans ce cas elle ne diffère en rien de la possession civile ici où il s'agit de possession *en général*, ou elle n'est qu'une simple détention, et alors elle ne peut être l'objet de recherches juridiques.

Ainsi, si l'on veut admettre que plusieurs personnes peuvent avoir en même temps la même possession, il est évident que cela ne pourra être qu'en vertu d'une fiction de droit. L'idée originelle de la possession naturelle (§ 4) contenait en effet la possibilité physique d'exercer une influence sur la chose : telle est la possession d'une pièce de monnaie que l'on tient dans sa main; et il est évident, dans ce cas, qu'une possession de cette espèce ne peut se concevoir que dans une seule personne. Mais la

possession prend le caractère d'un droit et se suppose souvent par fiction, dans des cas où cette idée originaire ne serait plus applicable (§ 5) : c'est ainsi que la possession d'une maison continue, lors même que le possesseur en est sorti, sans la garder en aucune manière. La possession simultanée de plusieurs personnes devrait donc se fonder sur une pareille fiction, parce que l'idée originaire de la possession l'exclut, et la question à laquelle nous avons à répondre s'exprime ainsi : Y a-t-il une fiction juridique qui reconnaisse plusieurs personnes comme possesseurs simultanés d'une même chose ?

Sur ce point, les juriconsultes romains étaient divisés en deux partis. L'un (celui de Labéon et de Paul) niait de la manière la plus absolue la possibilité d'une pareille possession : son opinion est non-seulement approuvée en général par les compilateurs des Pandectes, mais elle peut encore être appliquée à tous les cas imaginables. Le second parti (celui de Trebatius, Sabinus et Julien) admettait cette possession, mais seulement de manière qu'une personne pouvait avoir la possession *juste*, l'autre la possession *injuste* : deux possessions *injustes* étaient inconciliables, d'après son opinion, de même que deux possessions *justes*, à l'exception d'un seul cas, qui se trouve cependant dans une étroite liaison avec un des cas de la possession injuste. Cette distinction se rapporte ici aux vices de la possession (§ 2-8) ; nous n'aurons donc à rechercher la différence qui existe entre les deux opinions, que dans les trois applications suivantes :

a) Lorsqu'on s'empare avec violence de la possession d'une chose, et, dans ce cas, la possession juste du précédent possesseur pouvait continuer à exister à côté de cette possession injuste.

b) Il en est de même lorsqu'on s'empare clandestinement d'une possession qu'un autre avait jusqu'alors.

c) Lorsqu'on a acquis la possession par un *precarium*.

Afin de bien pouvoir comprendre ce dernier cas, nous sommes obligé d'intercaler ici quelques propositions que nous ne pourrions développer, dans tous leurs détails et dans leur véritable liaison, que lorsque nous exposerons les interdits. Le *precarium*

est le fait par lequel on laisse à une autre personne l'exercice d'un droit, sans qu'aucun acte juridique intervienne. Le cas le plus ordinaire concerne l'exercice de la propriété, par conséquent aussi la possession (naturelle), parce que celle-ci est la condition de l'exercice de la propriété. Mais cette *possession précaire* se présente de deux manières différentes : tantôt c'est la simple détention, tantôt c'est la possession juridique que le propriétaire laisse à l'autre (1). Dans le premier cas, aucune possession n'est transmise, mais elle s'acquiert par la suite, lorsque la restitution de la chose est refusée : cette possession est, sans contredit, *injuste*, et donne droit à l'interdit *de precario* (en sa qualité d'interdit *recuperandæ possessionis*). Dans le second cas, la possession se transfère de suite ; mais cette possession *juste* devient *injuste* par le refus de restituer l'objet, et, dès ce moment, il n'y a plus de différence entre ce cas-ci et le premier. D'après cela, on peut avoir, par le *precarium*, tantôt une possession *injuste*, et alors s'élève la même question qu'à l'occasion de la possession violente et clandestine ; tantôt une possession *juste*, et c'est là le seul cas dans lequel plusieurs juriconsultes puissent admettre deux possessions justes l'une à côté de l'autre.

Examinons donc d'abord la règle en général, et passons ensuite aux trois cas de son application.

Le passage décisif que nous avons sur la règle elle-même, est de Paul (2).

«... Plures eandem rem in solidum possidere non possunt.
« *Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque
« id tenere videaris.* Sabinus tamen scribit, eum, qui precario de-
« derit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem
« Trebatius probabat, existimans, posse *alium juste, alium injuste*
« possidere : *duos injuste, vel duos juste* non posse (3) : quem Labeo

(1) « ... Precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset... » L. 10, § 1, D. de poss.

(2) L. 5, § 5, D. de poss. (Paul, liv. 54. Ad edictum.)

(3) A cette partie de notre texte appartient la L. 19, pr. de precario

« reprehendit : quoniam in summa possessionis non multum in-
 « terest, juste quis an injuste possideat, quod est verius : non
 « magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut
 « tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto : vel in quo ego sedeo,
 « tu sedere videaris. »

Tout ce passage doit être décomposé dans les diverses propositions suivantes :

1. L'opinion de Paul, que Justinien rend ici sienne, se trouve de suite au commencement et n'est que répétée à la fin du texte. Une pareille concurrence de plusieurs possesseurs, dit Paul, est absolument impossible, parce que toute possession repose ou sur une véritable détention (*tenere*), ou sur une fiction juridique qui la fait supposer (*tenere videri*) : or, toute fiction n'est possible que là où le fait que la fiction a pour but de représenter n'est pas impossible lui-même : mais il est impossible que plusieurs personnes aient réellement la détention de la même chose : aucune fiction de droit ne peut donc faire disparaître cette impossibilité (1).

(Julien, liv. XLIX, Dig.) : « Duo in solidum precario habere non magis
 « possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam, nam neque juste
 « neque injuste possessiones duæ concurrere possunt. » Il est évident que,
 d'après l'opinion de Julien, la possession *juste* de l'un est possible à côté de
 la possession *injuste* exercée par un autre, mais cette partie positive de son
 opinion a dû être omise par les compilateurs. — La question à laquelle
 Julien veut répondre ici, est celle-ci : Est-il possible de *donner* en même
 temps à plusieurs personnes une possession précaire ? Or, la possession pré-
 caire équivalant, dès qu'elle a été transmise, à la *juste* possession, il est
 fort naturel que Julien parle des possessions précaires auxquelles sa question
 se rapporte, comme de possessions *justes*, par opposition à la possession
violente et clandestine, comme possessions *injustes*, bien que dans d'autres
 cas la possession *précaire* puisse aussi passer comme *injuste*. Cuperus (*De
 nat. poss.* P. II, ch. 14) a nié cette liaison toute naturelle, sans la remplacer
 par aucune autre.

(1) Cuperus (*De nat. poss.* P. II, ch. 18) a le mieux développé cette
 interprétation qui est d'ailleurs très-ancienne. V. les citations qui se trou-
 vent chez Gomez, sur la L. *tauri* XLV, n° 99, p. m. 289. — Paul ne nie
 donc pas, ce qui, au reste, ne peut se nier, que les *droits résultant de*

2. Sabinus fait une exception à cette règle, pour le *preca-
 rium* : il prétend que les deux personnes peuvent avoir en même
 temps la possession juridique, et sans distinguer si la possession
 précaire est *juste* ou *injuste*.

3. Trebatius approuve cette opinion, mais il la modifie de
 manière à exiger une possession précaire injuste pour que la
 possession d'un autre ne soit pas exclue : il étend en même
 temps cette proposition à toute concurrence d'une posses-
 sion juste et injuste, et nie son application à tout autre
 cas.

4. Ces deux opinions sont déjà réfutées par la preuve que
 Paul administre en faveur de la sienne. Mais Labéon (qui est
 par conséquent d'accord avec Paul) donne encore contre Tre-
 batius ce motif particulier, que la différence qui existe entre la
 possession juste et injuste n'a aucune importance, quand il
 s'agit de l'existence de la possession en général. (V. plus haut,
 p. 89 et 90.)

Ulpien pose cette même règle en termes aussi généraux que le
 passage de Paul (1) :

« Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel
 « possessionem esse non posse. »

Ulpien ne cite ici l'opinion de Celsus, comme dans beaucoup
 d'autres passages, que parce que c'est également la sienne : la
 fin du passage nous le prouve encore plus clairement : Ulpien
 continue à développer l'opinion de Celsus par les conclusions
 qu'il en tire.

Passons maintenant aux applications de cette règle, dans les-
 quelles elle était même contestée :

A) Celui qui s'empare d'une chose avec violence, en a sans
 aucun doute la possession juridique : mais, d'après l'opinion de

la possession puissent être admis chez plusieurs personnes à la fois ; il pré-
 tend que cette supposition est une inconséquence, parce qu'elle est con-
 traire à la nature de la possession. C'est ainsi qu'il faut entendre cette *im-
 possibilité* dont il parle.

(1) L. 5, § 15, D. *commodati*. (Ulpien, liv. v, *Ad edictum*.)

Trebatius, le possesseur antérieur devrait également conserver sa qualité de possesseur.

Il paraît pourtant évident que cette continuation de la possession ne peut, même d'après cette opinion, être soutenue *sous tous les rapports*. Car, comme il y avait des interdits différents pour recouvrer la possession perdue (*recuperandæ possessionis*), et pour se maintenir dans la possession (*retinendæ possessionis*), il n'y avait ni nécessité ni possibilité d'établir cette continuation *quant aux interdits de la personne dépossédée*, et cette opinion n'est pas celle de quelques jurisconsultes, comme on pourrait le croire, mais elle est commune à tous et se trouve clairement établie dans l'Édit même. Ce que l'on veut récupérer, il faut l'avoir perdu, et ce qui est perdu, on ne peut pas l'avoir dans le même moment. — Il ne faut cependant pas passer ici sous silence un passage qui pourrait jeter quelque doute sur notre exposition (1) : « Non alii autem, quam ei *qui possidet* (2), interdictum unde vi competere, argumentum præbet, quod apud « Vivianum relatum est, si quis vi me dejecerit, meos non deje-

(1) L. 1, § 45, D. de vi.

(2) « *Qui non possidet.* » Telle est, outre la leçon du MS. de Rhediger, celle des éditions suivantes du *Digestum novum* : Rom. 1476. Norimb. 1485. Venet. 1485. Venet. 1494. Lugdun. 1509, 1515. Paris. 1514, 1556, et probablement celle de beaucoup d'autres. Accurse avait également adopté cette leçon : c'est ce qu'il nous prouve en citant la L. 1, § 4, D. *uti poss.* comme parallèle de notre passage. — Cras (*Spec. iur. Ciceronianæ*, p. 15), et Fleck (*De int. unde vi*, p. 29), qui copie littéralement le premier, s'expriment à cet égard de la manière suivante : *Accursius particulam non inseruit*, comme si Accurse avait écrit des notes critiques sur les Pandectes de Florence. Haloander adopte la leçon florentine, bien que Jauch (*De negat. Pand.* p. 82), Cras et Fleck (*l. c.*) disent le contraire. Markart avait déjà rectifié la remarque erronée de Jauch (*Interpr. L. II*, ch. 18). — La leçon *qui non possidet* est également adoptée dans un très-bon MS. de la bibliothèque de Metz, dans un autre de Leipzig, dans un qui nous appartient, dans deux de Vienne et seize de Paris; dans trois autres MSS. de Paris le mot *non* est écrit au-dessus de la ligne, et un seul (n° 4482) porte : *qui possidet*. — Il y a aussi un MS. à Königsberg qui lit : *non possidet*. Dirksen, *Abhandlungen*, I, 450.

« cerit, non posse me hoc interdicto experiri : quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt. » Si nous intervertissons l'ordre, ce qui n'exerce évidemment aucune influence sur la liaison logique, le passage cité aura ce sens : Vivien dit que celui qui est expulsé d'un fonds n'a cependant pas l'interdit *de vi*, lorsque ses gens qui exerçaient la possession en même temps avec lui, ne sont pas également expulsés : *car il continue lui-même sa possession antérieure par ses gens*. Cette décision confirme (*argumentum præbet*) la règle générale que *celui qui ne possède plus a seul le droit de recourir à l'interdit*. La nécessité avec laquelle l'ensemble du passage exige que l'on en saisisse ainsi la liaison donne si décidément la préférence à la leçon « *qui non possidet*, » que ni l'âge du MS. florentin, ni la concordance bien moins importante des Basiliques (1) ne peuvent être allégués contre son autorité. Mais de cette manière toute la difficulté de notre texte disparaît, sans qu'il soit nécessaire de changer le texte lui-même (2).

Ainsi, l'opinion de Trebatius ne pouvait avoir rapport aux interdits du possesseur précédent (*dejectus*); mais elle pouvait parfaitement bien être relative à ceux du nouveau possesseur (*dejectiens*) : en effet, lorsque celui-ci voulait faire usage de l'interdit *uti possidetis* contre le premier, une exception l'excluait sans aucun doute (3), et nous concevons ainsi que l'opinion de Trebatius, voulant expliquer ce principe pratique et incontesté,

(1) L. 60, t. 17 (dans Fabrot, partie VII, p. 407).

(2) Doneau (*Comm.* liv. xv, ch. 52, p. m. 801), explique fort bien ce passage, et son interprétation le conduit à tirer la conséquence que le mot *non* doit nécessairement se trouver dans le texte; mais la remarque qu'il ajoute n'est pas juste; il dit : « *mendose legitur in omnibus exemplaribus, etiam Florentinis*, » etc. — Quelques jurisconsultes lisent : *qui possedit*, c'est à dire, *qui ne possède plus maintenant*; cette variante est appuyée par un MS. parisien. Il est évident que cette explication est forcée. C'est Rutgers (*Var. lect.* VI, 20) qui la produit le premier, d'après une communication orale qui lui en avait été faite par Baudius; Grotius l'a approuvée. (*Flor. spars.* p. 185, ed. Amst. 1645, 12.)

(3) L. 1, pr. D. *uti possidetis*.

attribuait, *sous ce rapport*, au possesseur précédent la continuation de la possession. Dans cette supposition, qu'un passage d'Ulpien rendra bientôt plus claire et plus vraisemblable (1), toute la controverse n'aurait eu aucun but pratique, mais l'opinion de Paul n'en devrait pas moins avoir la préférence d'une plus large conséquence (2).

Outre les interdits, l'avis de Trebatius aurait pu se rapporter également à l'usucapion, et le sens serait alors celui-ci : Celui qui perd la possession par violence, ne cesse pas, pour cela, d'usucaper. Mais non-seulement la compilation de Justinien décide le contraire (3), la nature même de l'usucapion rend très-invraisemblable que jamais jurisconsulte l'ait voulu soutenir.

B) Ce que nous venons de dire de la possession acquise par violence s'applique presque en entier à l'occupation clandestine de la possession. Pour les fonds de terre, il nous faut néanmoins prendre ici en considération une règle que nous ne pourrions exposer que dans la troisième et dans la quatrième section. C'est aussi pour cette raison que nous ne sommes pas encore à même d'interpréter un passage d'Ulpien (4) qui a cependant occasionné, précisément dans notre matière, beaucoup de malentendus. Mais, dès à présent, nous pouvons prouver, que ni Ulpien ni Labéon n'applique l'opinion de Trebatius à ce cas : car, d'abord ni l'un ni l'autre n'a professé cette opinion (*v. plus haut, p. 157*) et, en second lieu, Ulpien dit à la fin : Celui qui

(1) L. 3, pr. D. *uti possidetis*.

(2) De la même manière on pourrait aussi expliquer la L. 17, pr. D. *de poss.* « Si quis vi de possessione dejectus sit, *perinde haberi debet, ac si possideret* : cum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem « habeat. » — Mais ce texte s'interprète mieux lorsqu'on ne le suppose dans aucun rapport avec notre question ; on peut l'entendre soit de la *hereditatis petitio*, dirigée contre le *dejectus*, comme possesseur (p. 94), soit des *cautions* dont il est également affranchi. L'inscription, comparée aux L. 11 et 12, D. *qui satisfacere cog.*, est un argument favorable à ce dernier point de vue.

(3) L. 5, D. *de usurp. et usuc.*

(4) L. 6, § 1, D. *de poss.*

centin et Azon de l'autre (1), sur la question de savoir si la possession civile et naturelle forment deux espèces différentes de la possession, ou s'il n'existe qu'une seule possession : Bassien dut soutenir la première proposition, Placentin et Azon la seconde, parce que Bassien seul faisait rouler toute la distinction sur des *droits de la possession* différents. — L'histoire ultérieure de l'opinion de Bassien est fort remarquable. D'abord, Bartole lui a fait subir un changement imperceptible, mais qui a ensuite occasionné une très-grande erreur (2). Il croyait sans doute qu'il serait inconvenant d'accorder au *prædo* tout à fait la même possession (naturelle) qu'au vassal et à d'autres honnêtes gens ; et voilà pourquoi il admit, outre la possession civile et naturelle, encore une autre vraie possession (distincte de la simple détention), à laquelle il donna le nom de *corporalis* et qu'il n'attribuait qu'au *prædo*. Ensuite, il assigna la possession civile à la propriété dont la *justa acquisitionis causa* devait la produire ; de la même manière, il attribua la possession naturelle aux *jura in re*, et distingua de l'une et de l'autre la possession corporelle, c'est-à-dire la possession dépourvue de tout titre légal. Mais cette division, tout en supposant, comme fondement de la possession, l'existence et la qualité d'un certain droit, s'égare beaucoup plus que toute autre opinion, du véritable point de vue d'où il faut considérer la possession.

(1) Glose, sur la L. 1, D. *de poss.* : «.... non duæ sunt (possessiones) sed una secundum Placentinum et Azonem. At Joannes et alii dicunt duas esse... quod est tutius. » — Azon, dans la lecture sur la L. 10, C. *de poss.* : « Et est hoc notandum, quod quidam dicunt, et dominus meus dixit quandoque, quod *diversæ sunt possessiones*, sc. civilis et naturalis, *sed contra est.* » — Odfred, sur la L. 1, D. *de poss.* (f. 52), et sur la L. 4, C. *de eod.* (f. 105, 106).

(2) Bartole, sur le *Digestum novum*, L. 1, pr. D. *de poss.* nos 7 - 15. — L'exposé détaillé qu'il donne, et, encore plus, la manière dont il la recommande à notre attention prouvent assez qu'il a l'intention de dire quelque chose de neuf. Voici comment il s'exprime : « Adverte ergo ad me. Mihi videtur, quod antiqui et moderni DD. multum deviarunt a mente juris in hac materia. »

— Cujas qui, dans ses écrits antérieurs, avait exposé, peut-être mieux que tous les auteurs, l'opinion de Bassien (v. plus haut pag. 128), adopta plus tard l'interprétation de Bartole, mais en y apportant une nouvelle addition qui mit l'erreur à son comble (1). En effet, il prétendit, ce que Bartole n'avait jamais avancé, que la possession corporelle n'était pas reconnue, en droit romain, comme un rapport juridique, comme condition de droits. Mais comme on ne peut nier que le *prædo* jouit aussi du droit d'invoquer les interdits, Cujas tâche d'expliquer cette circonstance, en disant qu'un tel possesseur illégitime *prætexte* ordinairement un titre légal pour justifier sa possession, que ce n'est pas la possession elle-même, mais bien ce titre mis en avant, qui forme la base des interdits, et que, sans un pareil prétexte, ils ne pourraient pas être accordés. Il est presque impossible de trouver une manière d'envisager la possession, plus contraire au droit romain que celle-ci.

Le *second* parti admet toute la distinction d'une manière bien plus simple que le premier.

A la possession *civile*, qu'il appelle aussi simplement *possession* et qui rend l'usucapion possible, il n'oppose que la possession *naturelle* (*esse in possessione, non possidere*), qui embrasse par conséquent tous les autres cas, sans distinguer s'ils supposent une véritable possession, c'est-à-dire le droit aux interdits, ou

(1) Cujas, *Observ.* Liv. xxvii, ch. 7 (1585). — Ses *Notæ posteriores* sur les *Inst.* § 4, *per quas personas* (1585). — « Est *civilis* possessio, est *naturalis*, est *corporalis*: *civilis*, *naturalis*, *justa* est: *corporalis injusta*: hanc pupillus sine tutore amittit, non *civilem*, non *naturalem*. — Ses *Recitat.* sur la L. 1, pr. D. *de poss.* (1588), dans ses *Opp.*, ed. Neap. 1722, t. VIII, p. 259: « *Civilis* est, quæ jure vel animo *domini* possidetur... *Naturalis* tantum ea est, quæ *alio jure* apprehensa est, *quam domini*, veluti jure *pignoris*, vel jure *usufructus*. Eam quæ *nullo jure* impudenter a *prædone nullum jus, nullum titulum adfingente* et *prætexente* sibi, possidetur, *jus non novit, non spectat*. Plerumque *prædo* omnis et *pervasor alienæ possessionis* sibi fingit *titulum* aliquem... At si quis sit, qui *nullum sibi titulum adfingat, ejus possessionem non spectant*. » — Ses *Scholia s. Comment.* sur les *Institutes*, § 4, *per quas pers.*, dans ses *Opp.* t. VIII, p. 960.

non. — Ce parti explique donc aussi bien clairement la possession civile, mais il commet une faute grossière en ne séparant pas la possession propre aux interdits de la simple détention, et c'est là le motif pour lequel ce système n'a aucune idée juste de la possession juridique (§ 7, n° 3). Les auteurs les plus remarquables qui ont suivi ce système, sont :

Ferretus, sur la L. 1, pr. D. *de poss.*, nos 11-13 (*Opp.* t. I, p. 519, 520), et sur la L. 12, D. *de poss.*, nos 31, 32 (*Ibid.* p. 611).

Brisson, *De verb. significatione*, v° *civilis*, n° 3; v° *possessio*, nos 3, 4; v° *justus*.

Muretus, *Epistolæ*, liv. III, ep. 81 (*Opp.* ed. Ruhnken, vol. I, p. 643).

Galvanus, *De usufructu*, ch. 33, § 10-12. — Cet auteur remplit, par des distinctions nouvellement inventées, la lacune qu'il suppose exister dans la terminologie romaine, par suite de son interprétation.

Vinnius, *Select., quæst.* liv. II, ch. 36. — Il vaut mieux que les autres auteurs, partisans de ce système.

Domat, *Lois civiles*, P. I, liv. 3, tit. 7, préambule.

Westphal, *Ueber die Arten der Sachen*; etc. (*Des espèces des choses*) P. II, ch. 2, § 52-64.

Hofacker, *Princ. jur. romani*, t. II, § 759, 760. — Il avoue lui-même qu'il a en grande partie suivi Galvanus.

Malblanc, *Princ. juris romani*, P. I, § 191.

Il ne nous reste plus qu'à examiner le *troisième* parti qui comprend par possession *civile*, toute possession juridique en général, qu'elle serve de base à l'usucapion ou seulement aux interdits, et qui n'oppose à cette possession juridique que la simple détention (*possessio naturalis; esse in possessione, non possidere*).

L'erreur caractéristique de cette opinion consiste dans la fausse définition de la possession *civile*, et, par une conséquence nécessaire, dans l'impossibilité de maintenir intacte la notion simple de la possession juridique en général, qui est toujours ce qu'il y a de plus important (v. plus haut p. 84) et qu'elle prend elle-même pour point de départ. Car, comme les

jurisconsultes romains ne s'expriment plus clairement sur aucun point que sur certains cas (principalement sur celui d'une donation entre époux), dans lesquels ils n'admettent jamais de possession *civile*, il faut que ces cas soient exclus de la possession juridique en général; et voilà ce qui rend, dans l'application, cette opinion plus fautive que toute autre. Il est encore évident qu'aucune de ces trois modifications de l'interprétation, d'après laquelle l'effet juridique détermine la possession civile, ne peut, aussi facilement que cette troisième, se confondre avec celle que nous avons présentée en premier lieu, et d'après laquelle la possession *civile* désigne une possession existante par une *fiction juridique* (p. 124, etc.). Car, pour opérer une pareille coïncidence, il suffit d'adopter cette simple proposition, mais qui est aussi fautive qu'importante pour la pratique: là où la possession civile est impossible, la fiction juridique de la possession l'est également. Voilà pourquoi les anciens auteurs confondent ordinairement les deux explications (p. 125); il en est même plusieurs que l'on peut à volonté ranger dans l'un ou dans l'autre des deux partis. Nous avons à citer ici les auteurs suivants:

Martinus Gosia, dont l'opinion se trouve dans une glose anonyme et inédite sur le titre du Code, *de possessione* (MS. Paris 4517): « Duplex ratio possessionis est secundum M., alia pro suo, quæ civilis est, alia pro non suo, quæ naturalis. Pro suo civilis juris est, quæ animo et corpore acquiritur, quandoque suo, quandoque alieno, ut in re peculiari et per quemlibet alium. Retinetur autem quandoque animo solo, quandoque animo et corpore suo aut alieno. Quæcunque corpore retinetur alieno, pro non suo est quantum ad eum qui detinet, quæ dicitur naturalis et est facti ut colonaria. »

Zasius, sur la L. 3, § 5, D. *de poss.* (Opp. ed. Francof. 1590, t. III, p. 411.)

Vaconius a Vacuna, *Declarat.*, L. 2, declar. 68-71 (fol. 63-68, ed. Rom. 1556, in-4°). Il compare la possession civile à l'imagination, la possession naturelle aux sens, et développe sa métaphore avec la plus grande patience.

Corasius, sur le tit. *de possessione* (Opp. ed. Forster, Viteb. 1603, in-fol. t. I, p. 921, 922).

Conte, *Disput.* liv. I, ch. 9.

Charondas, *Verisimil.* liv. I, ch. 6 (dans Otto, t. I, p. 699).

Friderus Mindanus, *De materia possessionis*, ch. 1, nos 16-20.

Turaminus, *De subst. poss.*, ch. 8 (Opp. p. 289-299).

Oroz, *De apicibus juris civilis*, liv. IV, ch. 2, § 8, 9.

Cuperus, *De natura possessionis*, P. I, ch. 3, 4 (p. 24-48).

Fleck, sur le titre des Pandectes, *de poss.*, p. 9-15.

Thibaut, *Ueber den Besitz (De la possession)*, § 11 (1).

Cet aperçu prouve par lui-même que l'opinion de Cuperus n'est rien moins que neuve, bien qu'il paraisse lui-même la croire telle: il a cependant le mérite de l'avoir défendue avec plus de fondement et de développements qu'elle-même ou toute autre opinion avait jamais été défendue avant lui, et il s'est déjà acquis un grand mérite en épuisant tous les arguments qui appuyaient une erreur possible: mais l'excellente explication qu'il donne de la L. 10, C. *de poss.*, et par laquelle il a fait justice de toutes les raisons apparentes invoquées en faveur d'une autre opinion (v. plus haut, p. 124 et suiv.), est bien plus importante encore. Non-seulement la profondeur, mais encore la faveur sans bornes avec laquelle on a partout accueilli son système, nous imposent le devoir d'ajouter quelques observations particulières à la réfutation générale qui résulte de la preuve de notre propre opinion.

Pour déterminer ce que l'on doit comprendre par possession *civile* et *naturelle*, Cuperus prend une voie décisive pour la suite de toutes ses recherches: il part de la notion de la possession *naturelle* (qui est une idée négative), il s'attache à démontrer qu'on doit entendre par là la possession *non-juridique*, et détermine ensuite la possession *civile* comme logiquement opposée à la possession *naturelle*, et, partant, comme une possession juri-

(1) Dans les additions qu'il a faites à son édition de Cuperus, il a renoncé à cette opinion. Mais dans ses *Civ. Abhandlungen (Dissertations sur le droit civil)*, il paraît pencher de nouveau vers sa première opinion.

dique en général. Il est donc fort naturel que le caractère propre de la possession civile, notamment son rapport avec le droit civil, lui ait échappé; mais ce qu'il y a d'étonnant, c'est que Cuperus, si profondément versé dans la législation romaine, ne se soit pas souvenu finalement de la signification particulière que le terme *jus civile* a en droit romain. Il va sans dire qu'il ne donne aucune preuve directe pour appuyer son interprétation de la possession civile: il ne fait que citer en passant, et comme pour rappeler une chose très-connue, deux autres applications (*cognatio civilis* et *bonorum appellatio civilis*), qui suffisent déjà à elles seules pour renverser son système. Après avoir ainsi jeté les fondements d'une interprétation toute fautive, il ne peut naturellement que heurter les principes du droit romain, dans les applications les plus importantes. Supposons, en effet, que la possession civile désigne réellement la possession juridique, cela ne peut signifier autre chose, si ce n'est que la possession civile a des effets juridiques que la possession naturelle ne produit pas. Mais quels sont, d'après Cuperus, ces effets? Non-seulement l'usucapion, mais encore entre autres, les interdits. Or, nous trouvons par hasard, dans les Pandectes, qu'un interdit s'applique aussi hors des limites de la possession civile (1), donc il n'y a que quelques interdits qui appartiennent uniquement à la possession juridique, et l'idée que nous en avons donnée doit être complétée de la manière suivante: la possession juridique (*civilis*) est celle qui produit l'usucapion ou qui donne tout au moins droit aux interdits *uti possidetis* et *ut rubi*; la possession non-juridique (*naturalis*) est celle qui n'entraîne pas ces effets, bien qu'elle en puisse produire d'autres, notamment donner lieu à l'interdit *unde vi*. L'erreur que l'on commet, en faisant cette distinction pratique entre les différents interdits, ne peut se montrer dans tout son jour que lorsque nous traiterons plus loin des interdits mêmes: mais comme il est impossible de concevoir pourquoi l'interdit *de vi* serait moins juri-

(1) L. I, § 9, D. de vi.

dique que les autres interdits, il paraît déjà évident, dès à présent, que ceux qui ont adopté cette interprétation ont attribué aux jurisconsultes romains une définition des interdits, arbitraire et opposée à la logique: il serait même fort difficile de concevoir comment Cuperus peut, en bonne conscience, terminer la première partie de son ouvrage par les grandes louanges qu'il y prodigue à la jurisprudence romaine, si de pareils hommages ne faisaient pas nécessairement partie des articles obligés de tout écrit élégant. Enfin, nous avons déjà fait observer plus haut (§ 7, n° 1), que ce système devait le mettre dans l'impossibilité d'interpréter convenablement les divers passages décisifs du droit romain, de sorte que Cuperus, dont on ne peut au reste méconnaître le talent pour l'interprétation, se voyait obligé de supposer que Paul se contredisait (1), quoique cette explication, basée sur des idées si simples qui n'ont jamais fait naître de controverse entre les diverses écoles, exclue toute pensée d'une pareille contradiction.

Aucune de toutes ces interprétations n'ayant eu le bonheur de trouver une approbation universelle, beaucoup d'auteurs ont cru que le moyen le plus sûr d'arriver à la vérité était d'adopter en même temps toutes les opinions (2). De cette manière, on peut avoir la certitude de n'être totalement rejeté par aucun lecteur, et afin de ne pas faire voir que les opinions

(1) Dans les L. 1, § 4, D. de poss., et L. 26, pr. D. de don. inter vir. et uxorem.

(2) C'est ce qu'ont fait entre autres et de différentes manières, les auteurs suivants: Fachineus, *Controv.*, liv. VIII, ch. 5. — Merenda, *Controv.* liv. XII, ch. 15 (t. II, ed. Bruxel. 1745). — Thomasius, *Note in Digest* (Halæ, 1715, in-4°), liv. XLI, tit. 2 (p. 511). — Oppenritter, *Summa possessionis*, P. I, ch. 2, § 8-24. — Glück, *Commentar ueber die Pandekten*, 2^e partie, § 180. — Spangenberg, *Vom Besitz*, § 115-118. — Plus que tout autre: Zachariae, *Besitz und Verjährung*, p. 6 et suiv. — Déjà parmi les glossateurs nous trouvons une trace de cette espèce d'interprétation, dans une glose inédite de Pillius, sur la L. 58, § 7, D. de verb. oblig. (MS., Paris, n° 4487): «... civiliter possidere dicitur multis modis: dicitur enim possidere quis civiliter, id est animo: dicitur possidere civiliter, id est juste: dicitur etiam possidere civiliter, id est de jure civili, et hoc ad personas refertur ut hic...»

placées pacifiquement les unes à côté des autres, sont diamétralement opposées, on leur a donné une liaison commune par toutes sortes de noms (1), et l'on a alors admis tout bonnement que c'était là aussi l'opinion des jurisconsultes romains.

Dans tout cet aperçu, nous n'avons pas nommé le seul auteur qui a évité les fautes ordinairement commises. En effet, Doneau ne tombe dans aucune de ces erreurs terminologiques et nous ne pouvons par là le compter parmi les partisans d'aucun de ces systèmes. Mais comme il n'a traité de la possession que dans son système de tout le droit romain, il n'était dans son plan ni d'appuyer sur des motifs la signification qu'il attribuait aux termes romains, ni d'entrer dans les détails d'une polémique, deux choses sans lesquelles il ne lui a pas été possible de montrer la terminologie dans toute sa clarté et de la mettre à l'abri de tout malentendu : et comme même ses idées sur la possession, qu'il a exprimées d'une manière si précise, ne sont nulle part mises à profit dans les diverses parties de son système, on s'étonnera d'autant moins de ce que l'on n'a fait, jusqu'aujourd'hui, aucun cas de sa terminologie.

—
 ADDITIONS A LA SIXIÈME ÉDITION.
 —

Depuis la publication de la cinquième édition de cet ouvrage, la dernière opinion que nous venons de réfuter (celle de Cuperus) a été de nouveau soutenue avec beaucoup d'ardeur, et voici ce qui en est arrivé. Déjà depuis nombre d'années le bruit s'était répandu que le professeur Erb, de Heidelberg, avait trouvé une nouvelle explication de la *civilis possessio*, et qui était une réfutation complète de la nôtre. Plusieurs écrits avaient donné des parties de cette découverte (2), mais on ne pouvait

(1) Par exemple, par signification *la plus large, large, restreinte et la plus restreinte, a forma et a modo, etc.*

(2) Gans, *Scholien zum Gajus*, p. 267. — Johannsen, *Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts*. Heidelberg, 1851.

encore y reconnaître le système entier. Thibaut l'avait plusieurs fois annoncée, mais, dans la 7^e édition de ses *Pandectes*, il professait encore notre opinion (1). Dans ses leçons il se rangea du côté de la nouvelle manière de voir, et lorsque ces leçons furent imprimées (2), le public fut mis à même d'apprécier le système dans tous ses développements. Dans la 8^e édition des *Pandectes*, elle remplaça entièrement l'opinion qui y était antérieurement professée (3), et finalement elle fut complètement présentée et défendue dans un traité spécial (4).

Mais à l'époque où la nouvelle découverte n'était encore connue que par parties, notre opinion trouva un défenseur dont l'écrit, par sa profondeur et par les soins que l'auteur y a apportés, mérita les louanges même de notre principal adversaire commun (5).

Voici maintenant en quoi consiste la nouvelle explication (6). Le terme *civilis possessio* est synonyme de *possessio* sans autre addition, ou de possession juridique; il désigne ce rapport à une chose qui nous donne le droit d'invoquer les interdits. Le motif de cette dénomination repose sur ce que les interdits sont des institutions civiles ou positives, et appartiennent, par conséquent, au droit civil. Il faut néanmoins se garder de croire que tous les interdits présupposent la possession civile; cela n'est vrai au contraire que de l'interdit *retinendæ possessionis*; car l'interdit *de vi* se donne aussi dans la simple possession naturelle. Il faut donc aider la définition, en disant : les possesseurs, dans le sens étroit, sont les détenteurs de la chose qui ont généralement tous les *remedia possessionis*; et par là on laisse les

(1) § 296 (1828); la note *r* renouvelle l'annonce de l'explication de Erb.

(2) Braun, *Erörterungen in Zusätzen zu Thibaut*. Stuttgart, 1851, p. 294.

(3) § 209 (1854).

(4) Thibaut, *Ueber possessio civilis*, dans *l'Archiv für civil-Praxis*, t. XVIII, p. 515-564 (1855).

(5) Thon, *Ueber civilis und naturalis possessio*; dans le *Rhein. Museum*, t. IV, 95-141 (1850). Cpr. Thibaut, p. 552.

(6) Thibaut, p. 551, 552, 557, 562.

possesseurs naturels de côté, dans le but d'établir pour eux une exception (p. 562).

Nous avons exposé (§ 7) notre opinion appuyée sur des motifs exégétiques; nous y avons déjà ajouté plusieurs observations dans les notes, et l'ouvrage détaillé de Thon contient les autres réfutations. Nous n'avons rien à ajouter ici en ce qui concerne l'explication de passages isolés, et nous abandonnons entièrement aux lecteurs la décision entre nous et nos adversaires. Nous nous bornerons seulement à faire suivre quelques remarques générales.

En premier lieu, nous ne comprenons pas bien comment cette explication ait pu passer pour une invention de Erb, puisqu'elle est tellement en harmonie avec celle de Cuperus, que presque tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe, il y a 55 ans, pour réfuter cette dernière, s'applique littéralement à l'explication qui nous occupe.

Ensuite, d'après Thibaut, la possession propre aux interdits ne s'appelle pas par hasard *civilis possessio*, mais bien par le motif que les interdits appartiennent au droit civil ou positif (p. 531). Mais en quoi l'interdit *de vi* est-il moins de droit positif ou civil, que l'int. *uti possidetis*? Et cependant le premier s'applique aussi sans possession civile! Il nous est impossible de discuter avec celui qui laisse passer cette criante incon séquence, et qui se déclare satisfait lorsqu'on lui fait observer que des règles peuvent avoir des exceptions.

Ce n'est pas la fausse définition de la terminologie, qui est ici, comme chez Cuperus, ce qu'il y a de plus important; mais c'est cette conséquence pratique qui y est inséparablement liée et qui consiste à donner au locataire ou au fermier l'interdit *de vi*. On indique (p. 561 et 562) un motif général, mais que précisément l'on pourrait, avec beaucoup plus de conviction, retourner de la manière suivante. L'interdit *uti possidetis* concerne uniquement les troubles qui attaquent surtout l'intérêt du fermier, mais sans mettre en danger celui du bailleur, qui ne s'en inquiétera pas : la déjection, au contraire, est si importante

et met la revendication future du bailleur si fortement en danger, qu'il ne manquera pas de se protéger, lui et le fermier, au moyen de l'interdit. Il faudrait donc accorder au fermier l'interdit *uti possidetis*; il n'a que faire de l'interdit *de vi*, parce que le bailleur ne manquera pas de l'invoquer. — Mais un tel raisonnement général ne peut suffire là où il s'agit de présenter un témoignage positif. Sous ce rapport, nous comparerons ici les passages suivants :

L. 9, D. *de rei vind.*... apud quem deposita erat, vel commodata, vel qui conduxerit... hi omnes non possident.

L. 5, § 8, D. *uti poss.* Creditores missos... interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident.

L. 6, § 2, D. *de prec.* Colonus et inquilinus sunt in prædio : et tamen non possident.

L. 1, § 9, D. *de vi.* Dejicitur is qui possidet.

L. 1, § 25, D. *de vi.* Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur, possidebat : nec alius dejici visus est, quam qui possidet.

Ces cinq passages sont d'un seul et même auteur, d'Ulpien. Or, conçoit-on aisément que le même auteur, qui refuse la *possessio* et, par là, en même temps l'interdit *uti possidetis*, au créancier envoyé en possession, au fermier et au locataire, etc., que le même auteur qui subordonne expressément à la condition du *possidere* l'interdit *de vi*, soit porté à accorder l'interdit *de vi* à ceux que nous venons de nommer, qui non possident? — Dans un autre passage, le même Ulpien compare les interdits *retinendæ possessionis* avec l'interdit *de vi*, et ne trouve entre eux d'autre différence, si ce n'est que les uns conservent la possession troublée, et que les autres rétablissent la possession perdue. (L. 1, § 4, D. *uti possidetis*.) Il n'est presque pas possible de lire ces passages sans prévention, et d'admettre qu'Ulpien a supposé par *possessio*, dans l'interdit *uti possidetis*, un état tout autre que dans l'interdit *unde vi*.

Thon (p. 140) a déjà fait connaître l'importance que mérite la L. 1, C. *si per vim*. Thibaut (p. 565) explique l'expression

colonus, en désignant par là un homme auquel le propriétaire a abandonné une maisonnette et un jardin, en le chargeant en même temps de surveiller le fonds de terre en entier. Nous abandonnons encore cette interprétation au jugement de nos lecteurs.

A l'époque où la nouvelle découverte que nous venons d'exposer parut çà et là sans être accompagnée de tous les éclaircissements désirables, la même idée fondamentale, bien que modifiée, fut exposée dans l'ouvrage suivant : Wiederhold, *Das INTERDICTUM UTI POSSIDETIS und die NOVI OPERIS NUNCIATIO*. Hanau, 1831. D'après lui, la *civilis possessio* est la possession accompagnée de l'*animus domini*, qui ne se conçoit qu'avec une juste cause (bien que sans bonne foi). *Naturalis possessio* est la possession accompagnée de l'*animus possidendi*, sans juste cause; par conséquent sans *animus domini*; à cette classe appartiennent le créancier gagiste et le *dejector*. De ces deux possessions diffère la simple détention au nom d'autrui, sans *animus possidendi*, tel est le locataire. La possession civile donne le droit d'invoquer tous les interdits, et c'est au demandeur de prouver sa juste cause. La possession naturelle donne droit à l'interdit *de vi*, mais non à l'interdit *uti possidetis*; enfin la détention n'est garantie par aucun interdit (p. 5-14). La possession civile existe en matière de précaire et de séquestre, mais, comme par une singularité, le créancier gagiste a la possession naturelle, et l'emphytéote n'en a aucune (p. 20-26). On donne comme motif de la différence qui existe dans les conditions des deux principaux interdits, que l'interdit *uti possidetis* doit uniquement servir à régler la position de deux personnes qui prétendent à la propriété, et nullement à empêcher de simples troubles (p. 85 et suiv.). — Il est impossible de calculer combien l'on peut être conduit loin de la vérité, lorsque l'on prend, sans une sévère critique, une fausse idée fondamentale pour base, et que l'on continue à en déduire des conséquences, sans même se laisser troubler dans la suite du travail par un examen critique de son résultat.

[Déjà une grande partie de cette 6^e édition était publiée, lorsque M. de Savigny reçut l'ouvrage dont nous allons parler; il a été obligé de l'exposer et de le réfuter dans son Introduction; mais comme c'est ici le lieu où il doit être traité, nous en placerons ici l'examen qu'en a fait l'auteur.]

Burchardi, *POSSESSIO CIVILIS ist weder gleichbedeutend mit POSSESSIO AD USUCAPIONEM, noch mit POSSESSIO AD INTERDICTA; OU POSSESSIO CIVILIS n'est synonyme ni avec POSSESSIO AD USUCAPIONEM, ni avec POSSESSIO AD INTERDICTA*. Dans l'*Archiv für die civilist. Praxis*, t. XX, p. 14 — 53. Heidelberg, 1837.

Le titre de cet écrit indique déjà d'une manière assez précise l'opinion adoptée par l'auteur. L'idée de la *possessio civilis* (dit-il), est prise dans un sens trop étroit par Savigny, puisque cette expression comprend également plus d'une possession qui ne conduit pas à l'usucapion; Thibaut (continue-t-il), l'a prise dans un sens trop large, puisqu'il y a des possessions propres aux interdits qui n'y appartiennent pas; l'opinion moyenne est donc la seule vraie.

Cette idée principale est ensuite développée de la manière suivante (p. 16, 17, 40). D'abord la théorie des jurisconsultes (*jus civile*) forma une notion déterminée de *possessio civilis* pour servir dans certains buts pratiques. Plus tard, on publia l'édit prétorien qui introduisit des interdits possessoires, mais qui s'écarta, dans les conditions sous lesquelles ces interdits étaient accordés, de plus d'une manière de l'ancienne notion de la *possessio civilis*, et qui forma ainsi une espèce de degré mitoyen. Dès ce moment la possession se présente sous trois rapports différents :

- 1^o La *possessio civile* (*possessio civilis*), avec les anciens effets qu'y attachait le droit civil ;
- 2^o La *possessio propre aux interdits* (*possessio ad interdicta*) ;
- 3^o La *possessio* dépourvue de tout effet juridique.

Les deux derniers cas étaient communément désignés par l'expression *possessio naturalis*, et ainsi opposés à la *possessio civilis*, de sorte que la possession *naturelle* tantôt avait les interdits pour conséquence, tantôt n'y donnait aucun droit.

L'auteur énumère ensuite les conditions sous lesquelles on peut admettre une possession civile (p. 18, 28, 31, 40) ; ce sont les suivantes : 1^o *animus domini* ; 2^o une chose qui soit dans le commerce, et qui, en même temps 3^o existe par elle-même, c'est-à-dire qu'elle ne fasse pas partie d'une autre chose ; 4^o le possesseur doit être *sui juris*. On ne peut exiger un plus grand nombre de conditions, de sorte que le possesseur de mauvaise foi (tel que le voleur, le brigand, le *dejector*) a aussi une possession civile (p. 42, 52). — La possession qui donne droit aux interdits ne requiert que quelques-unes de ces conditions.

La première condition est soumise à une exception : deux espèces de personnes ont droit aux interdits, bien qu'elles ne possèdent pas *animus domini* (p. 21-23) : a) quiconque a la détention de la chose par suite d'un droit réel ; par conséquent le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier, l'usager ; b) le préciste et le séquestre, mais seulement dans le cas d'un contrat spécial.

Quant aux nos 2 et 3, il n'y a pas de différence dans les conditions.

Mais au n^o 4 il y a une distinction à faire : c'est que le fils de famille a quelquefois le droit de recourir aux interdits ; conjointement avec le père pour l'*ancien* pécule, et seul, à l'exclusion du père, pour le pécule castrense, quasi-castrense et celui que l'on appelle *adventice* extraordinaire (*castrense, quasi-castrense et adventitium extraordinarium*).

Ainsi, avec ces conditions la possession propre aux interdits est plus étendue que la possession civile ; mais sous d'autres conditions elle est plus restreinte. Car, dans tous les cas dans lesquels les interdits sont accordés sans que l'*animus domini* existe (à l'exception du *precarium*), ils sont refusés à celui qui a l'*animus domini*, et, avec ce dernier, la vraie possession civile : voilà pourquoi, notamment dans le cas de la superficie, de l'usufruit, de l'usage, les interdits ne sont pas accordés au propriétaire (p. 25-28 ; p. 42).

L'auteur sent bien que, dans ces anciens temps, les jurisconsultes n'ont pas inventé l'idée de la possession civile comme une spéculation oiseuse, mais qu'ils y ont au contraire attaché cer-

taines conséquences pratiques, dont l'existence a précisément été fixée par cette expression, ouvrage des jurisconsultes. C'est ainsi qu'il indique les quatre effets suivants (p. 19, 20) :

A. Celui qui avait la possession civile d'une chose, la déclarait pour former le cens.

B. Il devait en payer l'impôt (sans doute le tribut servien).

C. Chacun pouvait intenter contre lui l'action en revendication, et il pouvait, de son côté, ester en justice, en qualité de défendeur.

D. Il pouvait usucaper ; mais ce droit ne lui compétait naturellement, dans la plupart des cas, que lorsque d'autres conditions (la bonne foi et le titre) venaient compléter sa possession.

Ainsi, en établissant l'idée de la possession civile, les jurisconsultes ont, à proprement parler, seulement voulu dire qu'un locataire, un usufruitier, un fils de famille, etc., ne pourrait jamais prétendre à aucun de ces quatre avantages.

Telles sont les bases fondamentales d'une nouvelle théorie dont toute la déduction historique nous paraît erronée. La formation de l'idée de la possession civile, les expressions techniques (*civilis et naturalis*) qui y sont jointes, portent en elles un caractère scientifique, technique, tel qu'une époque littéraire du droit peut bien le produire, mais auquel on ne doit nullement s'attendre à une époque qui est antérieure à la naissance de l'édit prétorien. — Mais, abstraction faite de ce point de vue contraire à l'histoire, nous désirons convaincre l'auteur que son système est beaucoup plus conforme au nôtre qu'il ne pense lui-même. Les effets ou significations pratiques qu'il admet de la possession civile sont au nombre de quatre : nous n'en reconnaissons qu'une seule ; supposons maintenant que nous puissions lui prouver que, parmi ces quatre effets, il y en a trois qui ne sont pas fondés, le quatrième seul, l'usucapion, subsistera encore, et alors nos deux manières de voir seront d'accord. Essayons d'établir cette preuve.

Le premier et le second effet qu'il attache à la possession civile sont identiques, car les biens déclarés par le censeur

servaient, sans aucun doute, de base à l'impôt servien, et réciproquement. Mais il est également certain que la propriété quiritaire était seule comprise dans ces biens, et la possession civile, telle que Burchardi l'entend (et qui comprenait également le rapport du voleur et du *dejector*), n'y avait pas le moindre rapport. Il serait, en effet, par trop aventureux d'admettre que le bien volé et la possession violente de bâtiments et de terres eussent pu servir devant le censeur, dans le but de placer la possession dans une classe plus élevée, peut-être même dans celle qui donnait le cens de chevalier : encore ne faut-il pas perdre de vue que c'était à une époque où il n'existait pas encore d'interdit, et où, par conséquent, la procédure assez longue relative à la propriété pouvait seule opérer le rétablissement de tous les droits lésés. — Quant au troisième effet, indiqué par l'auteur (la capacité de se présenter, comme défendeur, dans une revendication), il n'est pas plus soutenable que les deux premiers. Voici ce qui en était. D'après Gajus (IV, § 16), le demandeur revendiquait en prononçant ces mots : *Hunc ego hominem ex j. q. meum esse ajo*; le défendeur, de son côté, en faisait autant en employant la même formule. Il s'ensuit (dit notre auteur) qu'un locataire ou un usufruitier ne pouvait être défendeur, parce qu'il était incapable de se présenter avec cette formule, en qualité de propriétaire, et voilà ce qu'on a voulu exprimer par *animus domini*, comme première condition de la possession civile. Mais il est évident que l'auteur va ici beaucoup trop loin dans sa preuve. En effet, il n'y avait pas de raison pour laquelle le voleur et le *dejector* pussent prononcer cette formule dans la *contravindicatio*, plutôt que le locataire, et cependant notre auteur leur reconnaît la possession civile, et, partant, assurément la capacité de se présenter, dans l'instance, comme défendeur. En vain dira-t-on que le voleur et le *dejector* ont caché leur position et prétendu qu'ils étaient propriétaires; car on peut en dire autant du locataire qui a un revendiquant étranger pour adversaire; mais il est généralement interdit de faire de pareilles suppositions, là où il s'agit d'interpréter le sens d'une institution juridique. Voici ce qu'il y a vrai : toute l'ancienne

empêche le possesseur actuel de retourner dans son bien-fonds, a une possession *violente*. Or, comme cela serait impossible s'il avait eu jusque-là une possession clandestine (1), il n'a eu, d'après l'opinion d'Ulpien, aucune possession; ce jurisconsulte est donc bien loin de reconnaître ici la simultanéité de deux possessions.

C) Le passage suivant apprécie les deux cas à la fois, la possession *violente*, aussi bien que la possession *clandestine* (2) : « *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum : quod taliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam, et injustam : ego possideo ex justâ causâ, tu vi aut clam : si a me possides, superior sum interdicto : si vero non a me, neuter nostrum vinceretur* (3) : nam et tu possides et ego. » — Ulpien parle de l'interdit *uti possidetis*, appliqué à la possession que plusieurs personnes ont *in solidum*. « Comment une telle possession est-elle possible ? elle l'est dans la supposition seulement que l'un possède *juste*, l'autre *injuste*, par exemple, par violence ou clandestinement. » Il est évident qu'il s'agit ici de l'opinion de Trebatius, sans cependant l'approuver, ce que d'autres textes déjà ne permettraient pas de supposer. (V. plus haut, p. 157-158). Ulpien dit : *Si quis proponeret*; il suppose donc pour un instant que cette opinion soit vraie, pour montrer comment il faudrait apprécier, d'après elle, l'interdit *uti possidetis* (4). Mais il ne prend évidemment en considération que le cas où le possesseur *injuste* veut invoquer l'interdit, sans s'occuper du

(1) « Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est. » L. 6, pr. D. *de poss.* — Cuperus, *De nat. poss.*, P. II, ch. 20.

(2) L. 5, pr. D. *uti possidetis*.

(3) Telle est la leçon des MSS. de Rome, 1476; de Nuremberg, 1485 et de Venise, 1485. Celui de Florence et les autres portent *vincetur*. Tous les MSS. que nous connaissons s'accordent avec celui de Florence (à l'exception de ceux de Metz et de Leipzig qui ont *vincet* au lieu de *vincetur*) : l'interprétation que nous avons donnée peut également subsister avec l'une ou avec l'autre de ces variantes.

(4) Cujas, *Observ.*, liv. IX, ch. 52; liv. V, ch. 22.

possesseur *juste* ; car celui-ci ne jouirait pas, d'après les expressions mêmes de l'Édit et l'opinion de tous les jurisconsultes, de l'interdit *uti possidetis*, mais bien de l'interdit *de vi*. La question proposée se réduit donc à celle-ci : Lorsque le possesseur injuste recourt à l'interdit *uti possidetis* contre le possesseur juste précédent, quelle est l'issue du procès ? Ou bien, répond Ulpien, le défendeur a été dépossédé *par ce même demandeur*, et alors c'est ce dernier qui succombe, de sorte que la controverse qui nous occupe ne fait ici aucune distinction (*superior sum interdicto*, décision conforme à toutes les opinions : à celle de Trebatius, parce que le défendeur était encore possesseur et meilleur possesseur que l'autre; à celle de Paul, en vertu de l'exception que nous connaissons) : ou bien, il avait été dépossédé par un tiers que le demandeur actuel a dépossédé à son tour, et, dans ce cas, le procès ne pourrait recevoir aucune décision (1) (*neuter vinceretur*, d'après l'opinion de Trebatius que l'on suppose ici un instant fondée : il en serait autrement d'après l'opinion de Paul et d'Ulpien, qui devraient donner gain de cause au demandeur, puisque le défendeur ni ne possédait lui-même, ni n'avait une exception à opposer contre la personne du demandeur). C'est donc ici que se montre une différence pratique entre les deux opinions, et que la préférence donnée à celle que nous avons adoptée devient évidente : il est même vraisemblable que, dans tout ce passage, Ulpien n'avait d'autre intention que de faire sentir par cette conséquence, que l'opinion opposée était insoutenable.

(1) Il n'est pas difficile de prouver, malgré tous les doutes qui se sont élevés à cet égard, que c'est là le seul sens que l'on puisse donner aux mots *neuter vinceretur* ou *vincetur*, et qu'ainsi le juge ne peut empêcher aucun des deux partis de faire violence à l'autre. Car il n'y a lieu, d'un côté, à condamner le défendeur, comme chacun nous l'accordera, et on ne peut non plus, d'un autre côté, prononcer une absolution, parce que d'après la nature de cet interdit, qui est un *remedium duplex*, toute absolution implique en même temps une condamnation. Il faut encore observer que c'est précisément de cette absolution que parle le premier cas auquel on oppose le second.

D) Le *precarium* admet deux cas : ou bien il confère seulement la simple détention qui ne se change en possession injuste que par le refus de rendre l'objet détenu, ou bien il transmet de suite la possession juridique (p. 154-155) : pour le premier cas, il n'existe, outre l'opinion générale et désapprouvée de Sabinus, aucune application à faire ; mais il n'en est pas de même du second cas, dans lequel les compilateurs ont montré une si grande inconséquence qu'ils ont de nouveau admis l'opinion de Sabinus, qu'ils avaient déjà rejetée en général ainsi que dans toutes les autres applications. Ce texte est de Pomponius (1) et dit en termes exprès que, lorsque la possession elle-même a été cédée à une autre personne, celle-ci en a sans aucun doute reçu la possession, mais qu'en même temps l'autre l'a conservée, bien que ce dernier point ait été contesté. — Examinons encore ici la signification de cette possession continuée : 1° Elle ne peut se rapporter à l'interdit du premier (du *rogatus*), parce que celui-ci a, sans aucun doute, un interdit *recuperandæ possessionis* (*de precario*) ; 2° appliqué à l'interdit du second (du *rogans*), le principe n'aurait aucune importance pratique, parce que cet interdit est exclu par une simple exception, et même sans la possession du défendeur ; 3° mais quant à l'usucapion, la chose est très-importante, et c'est d'après cela que Pomponius prétend que ce *precarium* n'interrompt pas l'usucapion. Mais l'autre opinion nous fait atteindre le même but, de manière à rendre cette fiction aussi impossible que superflue : en effet, lors de la reddition de l'objet, la possession intermédiaire de l'autre est comptée au possesseur précédent (2),

(1) L. 15. § 4, D. *de precario* (Pomponius, liv. xxix, *Ad Sabinum*).

(2) « . . . Si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, « accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur. » L. 15, § 7, D. *de poss.* — Cuperus (P. II, ch. 22), trouve fort étrange que les compilateurs aient cru que ce passage se rapportait à l'usucapion, tandis qu'il concernait originairement l'interdit *utrubi*. Mais, de même qu'il n'y a qu'une seule *possessio*, il n'y a aussi qu'une *accessio possessionis*. Toute accession, quel que soit son but, ne suppose autre chose qu'un rapport de

et cette *accession de possession* a lieu lors même que la restitution n'a été que forcément opérée (1), et que la possession précaire est devenue injuste par la suite, par le refus de restituer la chose. Il est donc fort naturel que les jurisconsultes qui se déclarent en faveur de cette accession de possession, disent en général, sur la possession du *rogatus*, précisément le contraire de ce que Pomponius avait établi comme règle (2), et il y a ici moins de danger que dans aucun autre cas, à considérer l'un des textes des Pandectes comme abrogé par l'autre, parce que ce dernier porte soin à tout ce que le premier s'était proposé d'effectuer, quoique d'une manière différente.

Les résultats de nos recherches sur les opinions des jurisconsultes romains, sont les suivants :

1° La règle *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*, a été reconnue de tout temps comme règle.

2° Les exceptions à cette règle, qui seules ont été controversées, n'étaient pas très-importantes.

3° La compilation de Justinien elle-même reconnaît la règle, comme règle générale.

4° Cela seul suffit déjà pour prouver, qu'en droit romain moderne, il ne peut être question d'exceptions, mais abstraction

possession juridique entre le possesseur précédent et le possesseur actuel. Or, la succession n'a jamais lieu dans la possession considérée en elle-même (p. 58 et 59), mais seulement lorsqu'il faut quelque chose de plus que son existence; par exemple, sa continuation par un certain laps de temps, comme dans l'usucapion et dans l'interdit *utrubi*; mais cette accession est toujours la même appliquée à diverses institutions.

(1) L. 15, § 9, D. *de poss.* « Si jussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit. » — Cette règle s'applique généralement à tous les cas, dans lesquels il y a lieu à une succession juridique (par exemple, dans une vente), mais dans lesquels la restitution de la possession est forcée. Van Giffen, sur la L. citée (*Lect. Alorph.* p. 467.)

(2) « ... Si quis... eâ mente possessionem tradidit, ut postea ei restitueretur, desinit possidere. » L. 17, § 1, D. *de poss.* — Ce passage et la L. 15, D. *de poss.*, sont extraits du même ouvrage (Ulpian, *Ad Edictum*).

faite de cette conclusion, on ne peut soutenir aucune de ces exceptions.

Ces résultats nous conduisent à deux règles fort importantes et qui s'étendent à toute la théorie de la possession :

A) Lorsque, d'après la déclaration expresse de nos sources, la possession que l'on a eue jusqu'à présent continue, il faut conclure qu'aucune nouvelle possession n'a encore commencé.

B) Lorsque le droit romain reconnaît une nouvelle possession, la possession antérieure doit nécessairement avoir cessé.

Le sens pratique de ces deux propositions deviendra plus clair par les exemples suivants :

A) Exemple pour la première proposition :

Il est dit, en termes exprès, que la possession d'un fonds occupé clandestinement par un autre, continue jusqu'à ce que le possesseur précédent ait eu connaissance de l'occupation (sect. III). Si donc celui qui a clandestinement occupé le fonds est dépossédé avec violence par un tiers, ce dernier devrait, d'après la règle de l'acquisition en général (sect. II) être devenu immédiatement possesseur : mais, d'après notre principe, il n'a pas encore acquis la possession.

B) Exemple de la seconde proposition :

Nous avons fait remarquer plus haut (p. 402-403), qu'en ce qui concerne l'*ager vectigalis* et l'emphytéose, la possession devait être attribuée au fermier. Le droit romain ne dit rien du bailleur; mais, d'après notre règle, sa possession précédente doit avoir nécessairement cessé par le bail.

Ni l'une ni l'autre de ces deux propositions n'appartiennent, en elles-mêmes, aux modifications juridiques de la possession (p. 40), elles sont des conséquences de la notion primitive de cette dernière (p. 153, 154), mais elles peuvent être mises en rapport avec une autre fiction, et c'est ce qui avait lieu dans l'exemple proposé ici.

Les jurisconsultes modernes sont encore plus divisés d'opinion sur cet objet que les Romains, parce que ceux-là avaient en outre des idées complètement fausses de la possession en général et de ses divisions, ce qui devait mettre la confusion complète

dans la question (1). Quelques-uns d'entre eux ont cependant défendu la vraie opinion (2) : d'autres ont précisément soutenu le contraire (3) : le plus grand nombre ont cherché de réunir les deux extrêmes par des distinctions, et ont par conséquent tantôt admis, tantôt rejeté la *possessio plurium* (4). — Vaconius et Galvanus ont non-seulement prétendu que plusieurs personnes pouvaient en même temps posséder la même chose, ils ont encore soutenu la possibilité de plusieurs usucapions simultanées : ils pensaient que lorsque la première aurait cessé, la seconde continuerait toujours, et que celle-ci une fois achevée enlèverait la propriété que la première avait fait acquérir. La glose s'est déjà prononcée de bonne heure sur cette fautive opinion (5). — L'avis le plus remarquable est celui de

(1) Cela n'est cependant pas incontesté. Merillius (*Observ.* liv. II, ch. 51) ne voit dans toute cette controverse qu'une querelle de mots, et il prétend que les uns ont nommé *possessio civilis et naturalis* ce que d'autres ont exprimé par *possidere et in possessione esse*.

(2) Cujas, dans ses *Observ.* L. IX, ch. 52 et L. V, ch. 22. — Le même, sur la L. 5, § 5, D. de poss. (*Opp.* t. V, p. 708, et t. VIII, p. 257). — Obrecht, *De poss.* ch. VIII. — Turaminus, *De subst. poss.* ch. 1-5. (*Opp.* p. 255-259. — Merenda, dans ses *Controv.* L. XII, ch. 15, 25; le plus juste de tous. — Valentia, dans ses *Ill. jur. tract.* L. I, tr. 2, ch. 5. — Ramos, *De poss. prætermis.* ch. I. (Dans Meerman, t. VII, p. 84.) — Retes, *De poss.* P. I, ch. 2. (Ib. p. 465.)

(3) « Martinus cum suis Gosionis. » (Glose sur la L. 5, pr. D. uti poss.) Il faut encore ajouter à leur nombre ceux qui n'ont admis des distinctions qu'en apparence et afin de ne pas être en contradiction avec nos sources de droit. Par exemple, Zasius, sur la L. 5, § 5, D. de poss. (*Opp.* t. III, p. 111-116. Cf. p. 125, 152, 153, 155), et Oppenritter, *Summa poss.* P. II, ch. 5.

(4) Azon, *Lectura tit. uti poss., et Summa tit. de possessione*, n° 10-15. — La glose sur la L. 5, § 5, D. de poss. — Odred, sur la L. cit. (fol. 55, 56). — Alciat, sur la L. 1, pr. D. de poss. n° 64, 65. — Vaconius, *Declar.* 72, fol. 68. — Duarein, sur la L. 5, § 5, D. de poss. (*Opp.* p. 855.) — Van Giffen, sur la L. 5, § 5, D. de poss. (*Lect. Alt.* p. 418.) — Galvanus, *De usufructu*, ch. 54, à la fin. — Cuperus, *De nat. poss.* P. II, ch. 15-21. (Toute son exposition est très-fondée et fort bonne, mais il perd à la fin tous ses avantages, parce qu'il a une fautive idée de la *possessio*.) — Cette opinion paraît aussi avoir servi de base au c. 9, X. de probat.

(5) La glose, sur la L. 5, § 5, D. de poss. (On y réfute une autre opi-

Westphal (1) : après avoir tout à fait mal compris les juriscultes romains, il s'exprime sur la chose elle-même, en ces termes : « Il s'agit ici simplement de certains résultats théoriques, qu'ils croyaient avoir déduits des lois ou de la nature même de la chose, et qui n'ont par conséquent pas force de loi pour nous, lorsqu'ils sont des conséquences erronées. » Alors il propose aux Romains le cas suivant : Je dépouille quelqu'un par violence, Cajus en fait autant à mon égard, il est évident que Cajus et moi nous possédons en même temps ! « C'est là un cas que les anciens n'ont probablement pas mentionné. »

La première règle que l'on ait déduite de cette nature *exclusive* de la possession et appliquée à son acquisition et à sa perte (p. 164, 165), s'est ordinairement ainsi exprimée : La possession doit être vacante (*vacua*) pour pouvoir être acquise. Or, dans la tradition volontaire, de même que dans la déposition violente, la possession devient vacante au moment même de l'acquisition; dans tous les cas où il en est autrement, par exemple, dans l'occupation clandestine d'un fonds, notre principe s'oppose à l'acquisition de toute possession; son application est donc très-bien désignée par cette expression (2). Plusieurs auteurs ont fait entrer cette disposition dans la définition même de la possession (3) : mais quoique cette définition n'entraîne aucun inconvénient dans la pratique, elle conduit cependant à cette fautive idée, qu'une modification est apportée par là aux éléments constitutifs de la possession, tandis que la règle n'exprime que quelque chose de purement négatif. Les Romains eux-mêmes emploient, à la vérité, l'expression *vacua* dans un sens pareil, mais sous un rapport beaucoup plus restreint et pour exprimer, dans la tradition d'un fonds, qu'aucun tiers ne le

nion par la conséquence suivante) : « Ergo si omnes habeant bonam fidem... « omnes usucipiunt : quod est absurdum.

(1) *Ueber die Arten der Sachen, Besitz*, etc. P. II, ch. 2, § 65.

(2) Obrecht, *De possessione*, ch. VIII.

(3) Obrecht, *De possessione*, ch. 2, § 45 : « ... possessionem esse de- « tentionem rei *vacuæ* » ... Cf. § 89.

possède *animo*. Ainsi, ce mot appartient déjà à l'antique terminologie (1) : nos sources le mentionnent souvent (2), et il s'est maintenu, pendant tout le moyen âge, dans des actes de vente et de tradition (3). On le trouve le plus fréquemment dans la vente, et alors, d'après l'objet caractéristique de ce contrat, même dans une signification plus large : le vendeur, en effet, n'a pas opéré (dans le sens du contrat de vente) une possession vacante, lorsqu'un tiers, par exemple, n'a qu'une *missio in possessionem* (4), quoique celle-ci ne soit pas une véritable possession, et que la possession du vendeur, la tradition et la transmission de la propriété ne soient pas par là empêchées.

Cuperus est le premier qui ait indiqué expressément les règles (5), qu'avant lui on avait l'habitude ou de ne point établir du tout, ou d'exprimer par le terme *vacua possessio* : mais il n'en fait qu'un usage extrêmement restreint, comme en général des idées justes qu'il a sur toute la matière.

§ 12. Explication de la juris quasi possessio.

C'est seulement ici que nous sommes à même de rendre un compte précis du plan adopté dans ce *Traité*. La possession n'a que deux rapports juridiques : l'un avec l'*usucapion*, l'autre avec les *interdits* (§ 2) : mais, pour ce qui concerne l'*usucapion*, la possession seule ne la rend pas possible, l'accomplissement de plusieurs autres conditions juridiques est encore requis ; les interdits, au contraire, dépendent uniquement de l'existence de

(1) Cicéron, *Pro Tullio*, ch. 15 : « Neque tamen hanc centuriam Populianam *vacuam tradidit*. » — Auct. *Ad Herennium*, IV, 29 : « Necesses est... te aut *vacuam possidisse... vacuum*, cum ego adessem, *possidere non potuisti*. » — Cette expression est encore employée, pour faire allusion, par Cicéron, *De oratore*, III, 51, et par Quintilien, *Declamat.* III, 4.

(2) Brisson, v^o *Vacuus*.

(3) Marinus, *Papiri diplomatici*, p. 551, note 17.

(4) L. 2, § 1, D. *de act. emti*.

(5) *De nat. possessionis*, P. II, ch. 19.

la possession qui, étant lésée, produit les interdits (§ 7, n^o 5).

L'unique droit résultant de la possession seule consistant donc dans les *interdits*, c'est le *droit des interdits* qui doit être exposé ici. Nous ne parlerons donc plus de l'*usucapion* : mais tout ce que nous enseignerons ici est étroitement lié avec l'*usucapion*, parce que la même possession est une condition des interdits et de l'*usucapion*. Les autres conditions qui doivent en outre se réunir à la possession pour la rendre apte à l'*usucapion*, rentrent dans la théorie de la propriété. Mais c'est précisément à cause de cette liaison intime de la possession avec l'*usucapion*, que les sources de droit qui renferment des dispositions relatives à cette dernière, sont aussi d'un grand secours dans la théorie de la possession en général : nous avons déjà mis à profit cette observation, dans l'énumération que nous avons faite des sources.

C'est donc une partie du *droit des obligations* que nous devons traiter ici (§ 6), et il nous faut répondre à deux questions pour résoudre convenablement le problème que nous nous sommes proposé. Premièrement : quand y a-t-il *possession*, c'est-à-dire quand devons-nous admettre l'existence de ce rapport sans lequel cette obligation *ex delicto* ne peut exister ? En second lieu : qu'est-ce qui doit se joindre à ce rapport pour qu'il produise réellement cette obligation, c'est-à-dire comment la possession doit-elle être troublée, pour que cette violation produise l'obligation ? La première de ces deux questions se décompose elle-même en deux autres : comment la possession *s'acquiert-elle* (sect. II) ? comment la possession acquise *se perd-elle* (sect. III) ? — La seconde question trouvera sa solution dans l'exposition des différents interdits (sect. IV), puisque ceux-ci correspondent aux diverses formes de la violation elle-même.

Mais il est un autre rapport de la possession, dont nous n'avons pas encore fait mention et que nous devons nécessairement expliquer ici, où il s'agit de fixer les points de vue de toutes les parties de notre *Traité*. Jusqu'ici, en effet, nous avons tacitement supposé que toute possession doit avoir pour objet des *corps*. Aussi, le droit romain n'énonce-t-il ce principe que rare-

ment et en passant (1) : et cependant il est si évidemment contenu dans toute l'exposition des juriconsultes romains, que, pour le révoquer en doute, il faut avoir abordé la matière avec une idée fautive de la nature de la possession. Néanmoins, on prétend que la possession s'exerce aussi sur des *choses incorporelles* : nous examinerons donc ici quelle signification le droit romain lui-même et nos juriconsultes attachent à cette possession.

Le droit des interdits est basé sur un trouble apporté illégalement, par exemple, avec violence, à l'exercice de la propriété. Que si, relativement à un autre droit quelconque, un trouble violent de son *exercice* est concevable, il serait très-conséquent de protéger aussi une pareille violation par le droit des interdits. Tel est précisément le cas de tous les éléments constitutifs de la propriété, qui peuvent exister comme droits à eux et indépendants de la propriété. L'*usufruit* est un droit de cette espèce, et il est déjà évident au premier abord que l'on conçoit ici un trouble violent, aussi bien que dans la propriété elle-même : il en est de même de toutes les autres servitudes ainsi que de la superficie ; enfin généralement de tous les droits que l'on oppose, sous le nom de *jura* ou *jura in re*, comme parties détachées de la propriété, au *dominium*, comme totalité de tous les droits réels en général. Nous avons démontré plus haut (p. 101-102), qu'on ne peut concevoir, quant à ces droits, l'*animus domini* et par conséquent pas de vraie possession dans le chef de celui qui en a l'exercice. Mais comme cet exercice peut être troublé avec violence de la même manière que celui de la propriété, nous trouvons ici la possibilité d'un rapport entre la possession et d'autres droits, et ce rapport est réellement consacré par le droit romain. Ainsi, de même que la véritable possession consiste dans l'exercice de la propriété, de même cette possession analogue a pour but l'exercice d'un *jus in re* : et de même que, dans la véritable possession, on possède

(1) L. 5, pr. D. de poss. : « Possidere autem possunt quæ sunt corporalia. » — L. 4, § 27, D. de usurp. : « Quia nec possideri intelligitur jus incorporale. »

à la vérité la *chose* (*possessio corporis*), et non la *propriété*, de même aussi l'on ne devrait pas, à vrai dire, parler de la *possession de la servitude* (*possessio juris*). Mais comme nous n'avons pas d'autre terme auquel nous pourrions rattacher ici la possession comme elle l'est dans la propriété avec la *chose* elle-même, il ne nous reste que de nous servir de cette expression impropre : il s'agit seulement de ne pas oublier que cette expression est réellement impropre, et que nous ne voulons désigner, en l'employant, que l'exercice d'un *jus in re*, qui se trouve avec ce *jus in re* dans le même rapport que la véritable possession avec la propriété. Les idées des juriconsultes romains sur ces points sont fort claires, et de cette manière seule nous pouvons expliquer pourquoi leur terminologie paraît si incertaine. Dans plusieurs passages, en effet, on nie la possession d'une manière absolue (1), dans d'autres, on l'adopte (2), dans d'autres encore, ils expriment ce qu'il y a d'impropre dans cette terminologie, par *quasi possidere*, *quasi in possessione esse* (3).

(1) « Neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur. » L. 1, § 8, D. quod legat. Add. L. 4, § 27, D. de usurp. — L. 52, § 1, D. de serv. præd. urb.

(2) « Jus fundi possedissee. » L. 7, D. de itin. — « Jus possedit. » L. 2, D. comm. præd. — « Possessionem vel corporis vel juris. » L. 2, § 5, D. de precar. — « Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem : aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore. » L. 10, C. de poss. En effet, *consistere jure*, *corpore*, veut dire ici : avoir pour objet un *jus* ou un *corpus*. — Cuperus, P. I. ch. 4, a déduit cette interprétation avec beaucoup de fondement, et on peut la considérer comme la partie la plus sûre de son ouvrage.

(3) « Ususfructus nomine... quasi in possessione. » L. 5, § 17, D. de vi. — « Ususfructus quasi possessio. » L. 25, § 2, ex quibus causis majores. — « Longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus. » L. 10, pr. D. si servitus vind. — *Quasipossessio*, en un seul mot, ne se rencontre jamais ; mais *quasi* s'emploie ici toujours adverbialement de même que dans *obligatio quasi ex contractu* ; de sorte que dans tous les cas imaginables on peut le traduire par le mot allemand *gleichsam*. V. Weber, Von der natürl. Verbindlichkeit, § 25, note 1. (C'est ce qui nous a été permis d'écrire encore dans la 2^e édition de ce *Traité* ; Gajus, IV, § 159, justifie le terme *quasipossessio* comme une expression indépendante).

Dans cette possession (improprement ainsi appelée) de choses incorporelles, il faut avoir soin de ne pas faire une double confusion. D'abord, il peut être question, dans la même personne, d'une possession *corporis* et d'une possession *juris*, qu'il est de toute nécessité de bien distinguer, et c'est faute de l'avoir toujours fait, que l'on a porté beaucoup de confusion dans toutes les idées sur la nature de la possession. Ainsi, par exemple, l'usufruitier n'a aucune possession juridique sur la chose elle-même, c'est-à-dire quant à la propriété, de sorte que sa possession est simplement *naturelle* (1) et qu'il n'empêche pas plus que le fermier, l'existence de la possession juridique du propriétaire : mais il a la possession juridique de son *droit d'usufruit* (*jus usufructus*), et il peut sans aucun doute invoquer, à leur égard, les interdits possessoires. C'est par la liaison entièrement erronée de cette possession *naturelle* avec le droit aux interdits que Bassien a été induit dans une double erreur (p. 128), en désignant par *naturalis possessio* non-seulement la possession propre aux interdits, mais encore en reconnaissant à l'usufruitier la possession juridique que le créancier gagiste a bien certainement : ces deux erreurs ont dû nécessairement donner naissance à une troisième, celle d'adopter la possibilité de la coexistence de deux possessions, l'une *civile*, l'autre *naturelle* (p. 166). — La *seconde* confusion qu'il importe d'éviter ici, est celle-ci : il sera question plus loin d'une *possessio usufructus* et d'une *possessio hereditatis* (*bonorum*), c'est-à-dire de l'usufruit ou du droit de succession que l'Édit seul a introduits et qui sont inconnus au droit civil; de la même manière nous avons déjà parlé plus haut d'un *juris possessio* dans la *hereditatis petitio*, et d'une *libertatis* et *servitutis possessio*, dans le *liberale iudicium* (p. 94) : la *juris quasi possessio* que nous exposons ici n'a absolument rien de commun avec ces termes, puisque le mot *possessio* n'y désigne plus la possession, mais bien tantôt un droit purement prétorien, tantôt la qualité de défendeur que l'on a dans un procès.

(1) L. 12, pr. D. de poss.

Un grand nombre de nos jurisconsultes ont complètement méconnu cette partie de la théorie de la possession. Perdant de vue la signification bien déterminée du *jus* (*in re*) des Romains, on interprétait la *juris quasi possessio* par l'exercice d'un *droit en général* (1) : nous ne nions certes pas que tout droit admet un exercice, mais nous disons que *tout* droit ne peut être violemment troublé ou usucapé, et ce sont là cependant les seuls rapports sous lesquels l'exercice d'un droit est considéré comme rapport juridique. — C'est par cette vaine abstraction que Hommel (2) est parvenu à cette question dont il déclare lui-même la solution impossible : Pourquoi le médecin aux soins duquel on cesse d'avoir recours, nedoit-il pas être maintenu dans la possession de ce droit ? Spangenberg (3) alla jusqu'à désigner la propriété comme le premier objet possible de la *quasi possessio*. Mais la possession étant aussi considérée comme un droit, on ne voit pas pourquoi il n'y aurait pas de *possessionis quasi possessio* : cette possession à la seconde puissance, deviendrait naturellement à son tour l'objet d'une nouvelle possession, et ainsi de suite à l'infini. Sibeth se montre ici, comme partout, fort original : il nie toute *juris quasi possessio* (4), et traite fort mal les jurisconsultes qui l'adoptent : il va sans dire qu'ici, comme ailleurs, il ne sait pas même de quoi il s'agit.

Nous ne pouvons donc nous dispenser d'ajouter à la théorie de la possession elle-même (sect. II-IV), la théorie de l'application de ses principes aux *jura in re* (sect. V).

Mais alors même tout ne sera pas encore fait. L'idée et les droits de la possession ont subi, dans les temps modernes,

(1) On ne peut cependant nier que le droit canon ait contribué, chez la plupart, à faire naître cette opinion erronée : nous en parlerons plus loin.

(2) *Rhapsod.* 489.

(3) *Vom Besitz*, § 102.

(4) L'un de ses meilleurs arguments est ainsi conçu (*Vom Besitz*, p. 80) : « La liberté naturelle fait table rase de toute chose, car elle est fondée non-seulement sur la raison, mais aussi sur les lois. » Lorsque la liberté naturelle se conduit de cette manière, il faut lui mettre des menottes.

maints changements qui en font tout autre chose que ce qu'ils étaient chez les Romains. Si l'on veut donc qu'une théorie de la possession offre de l'utilité pratique, il faudra qu'elle joigne aux idées du droit romain les modifications avec lesquelles elles sont applicables chez nous. Mais ces recherches (sect. VI) ne sont pas sans mérite pour la connaissance approfondie du droit romain, puisque l'essentiel ne peut être d'aucune manière mieux distingué de ce qui est accidentel, que lorsqu'on conserve les principes et que l'on ne change que les conditions de l'application.

D'après cela la marche des recherches qui vont suivre est celle-ci : nous commencerons par exposer complètement le droit romain (sect. II-V), et nous y ajouterons les modifications que les droits modernes y ont apportées (sect. VI). Le droit romain concerne partie la possession elle-même (sect. II-IV), partie l'application de ses principes aux *jura in re* (sect. V) : le droit de la possession lui-même repose à son tour, tantôt sur l'existence de la possession (sect. II, III), tantôt sur certaines formes de sa violation (sect. IV).

§ 12 a. Histoire de la possession.

En dernier lieu, nous avons encore à répondre à la question historique, de savoir comment il s'est fait que l'on a songé à protéger, par les interdits, la possession qui est indépendante de tout droit à la chose. On serait, en effet, tenté de croire que le droit de propriété aurait dû suffire, et que l'on n'aurait guère pu sentir le besoin de créer un droit de la possession et de lui accorder une garantie dans les interdits, surtout chez un peuple tel que les Romains, qui, jusqu'à la corruption de son antique caractère par les guerres civiles, était de sa nature beaucoup plus enclin à l'ordre légal qu'à la violence. Comment s'est-il donc fait que les Romains aient institué, et peut-être de très-bonne heure, la possession comme base d'interdits uniquement établis dans le but de la garantir ?

Les interdits n'avaient-ils peut-être pas pour but de préparer

et d'introduire les contestations judiciaires relatives à la propriété, en distribuant les rôles de demandeur et de défendeur ? Non, car en matière de propriété ce but était complètement atteint par une procédure particulière, appelée la *manus conserata* (1). — Ou bien étaient-ils destinés à garantir l'usucapion commencée, mais non accomplie (2) ? Mais alors il eût été bien plus naturel de les faire dépendre, comme l'action publicienne, des mêmes conditions que l'on exige dans l'usucapion, tandis que la possession est protégée par les interdits, alors même qu'elle existe sans *bonne foi* et sans *juste cause*. D'un autre côté, si les interdits avaient été introduits à cause de l'usucapion, il aurait fallu leur donner la même extension qu'à cette dernière, c'est-à-dire les appliquer aux choses meubles aussi bien qu'aux immeubles. Or, précisément les plus importants, ceux qui tendent à récupérer la possession (*interdicta recuperandæ possessionis*), étaient restreints aux biens-fonds (3), et ne donnaient par conséquent à l'usucapion qu'une garantie très-imparfaite.

Cette origine de la possession a été expliquée de la manière la plus satisfaisante par Niebuhr (4).

Il y avait, dans la république romaine, deux espèces de terres : l'*ager publicus* et l'*ager privatus* qui pouvait seul devenir l'objet de la propriété privée. L'*ager publicus* se donnait cependant aussi, d'après l'ancienne constitution, à de simples citoyens romains, en possession et en jouissance, mais la république conservait toujours le droit de le reprendre à tout instant. Or, cette possession de l'*ager publicus* attribuée aux particuliers, l'une des institutions les plus importantes et les plus fréquentes dans

(1) Nous nous sommes déjà incidemment occupé, à la fin du § 2, du rapport qui existe entre les interdits et la revendication ; nous en parlerons encore, avec plus de détails, au § 56.

(2) Nous avons admis cette explication, dans la seconde édition, p. 68.

(3) C'est ce qu'on sait déjà pour l'interdit *unde vi* ; quant aux autres, il en sera question aux §§ 41 et 42.

(4) *Histoire romaine*, tom. II, p. 161 et suiv., 170 et suiv. de la seconde édition.

l'ancienne Rome, ne se trouve nulle part déterminée par une forme légale, quoiqu'en présence du penchant qu'avaient les Romains pour l'ordre légal, il ne soit pas permis de douter qu'une pareille forme n'ait existé et que l'on n'ait introduit un moyen judiciaire pour protéger le détenteur contre le trouble arbitraire apporté à sa jouissance. Si l'on pouvait donc admettre que la possession donnant droit aux interdits a précisément été la forme légale destinée à protéger l'*ager publicus*, nous serions parvenu à la solution de deux questions à la fois : nous aurions trouvé un but originaire, une première occasion de la possession, et, pour l'*ager publicus*, une forme légale.

Si nous ne produisions à l'appui de notre opinion que ce que nous venons de dire, elle ne resterait qu'une simple hypothèse qui ne recevrait quelque vraisemblance que par sa liaison intérieure et sa conformité à toute l'économie du droit romain. Mais notre allégation est appuyée par les preuves historiques les plus probantes.

1. Avant tout, il faut observer que les mots *possessio*, *possessor* et *possidere* étaient, à en croire le témoignage d'une foule de textes de tous temps, les véritables termes techniques pour désigner la possession et la jouissance de l'*ager publicus* (1).

(1) Niebuhr, tom. II, p. 559-560 (p. 161 de la 2^e éd.), a réuni un grand nombre de passages. Nous y en ajouterons quelques autres : Tite-Live, VII, 16. « Eodem anno C. Licinius Stolo... est damnatus, quod mille jugerum « agri cum filio *possideret*, emancipandoque filium fraudem legi fecisset. » Tous les autres auteurs s'expriment de la même manière en racontant ce fait. Columelle, I, 5. — Pline, *Hist. nat.* XVIII, 5. — Valère-Maxime, VIII, 6, 5. Ce dernier défigure cependant toute cette histoire, grâce à sa manière vague et incertaine de narrer : il transforme, en effet, l'émancipation du fils, évidemment régulière, en une émancipation de biens-fonds faite à l'avantage du fils, mais complètement impossible ici : « Dissimulandique « criminis gratia dimidiam partem filio emancipavit. » L'un des textes les plus décisifs et qui a été puisé, selon toute probabilité, dans une ancienne et bonne source, se trouve dans Orosius, v. 18 (ad. a. 661) : « Namque eodem « anno... *loca publica* quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus, « decemviris et flaminibus *in possessionem tradita erant*, cogente inopiâ « *vendita sunt*, « c'est-à-dire, on les a retirés et transformés en *ager privatus*.

Cette identité de la terminologie entre notre possession et l'*ager publicus* ne peut certainement s'expliquer d'une manière plus simple et plus satisfaisante, que par l'identité originaire des objets désignés mêmes, ainsi que nous venons de le soutenir ici.

De cette manière s'expliquent encore plusieurs autres significations du mot *possessio*, qui se trouvent maintenant pour nous dans une liaison très-simple, et même nécessaire. C'est ainsi que *possessio* signifie souvent le droit de succession, ou une servitude, dans les cas où ces droits n'ont pas de validité d'après la rigueur du droit civil, mais seulement dans le *jus gentium* que l'Édit du préteur a souvent confirmé. Cette observation nous conduit à quelques applications particulières :

a) Le préteur employait, dans le *damnum infectum*, et relativement à la seconde *missio in possessionem* qui pouvait s'y présenter : *possidere jubebo* (1). Et ce *possidere* désignait la possession bonitaire accompagnée de la *conditio usucapiendi* (2).

b) Lorsqu'un usufruit n'était pas valide conformément au droit civil, et qu'il ne pouvait exister que par suite d'une disposition du droit prétorien, on l'appelait *possessio ususfructus*, en opposition à *dominium ususfructus* ou à *ususfructus qui jure consistit* (3).

c) Il faut interpréter de la même manière l'expression *hereditatis* ou *bonorum possessio*, qui ne désigne en aucune manière, comme on pourrait le croire, la véritable possession des choses constituant une succession, mais bien la nature particulière du droit de succession prétorien (4). L'héritier prétorien n'a pas, en effet, la qualité de *heres*, ce n'est que par une fiction qu'il lui est assimilé (5), de sorte que la *bonorum possessio* est, avec la

(1) L. 7, pr. D. de *damno infecto*.

(2) L. 15, § 16, 17, D. de *damno inf.* — L. 18, § 15, *eod.* — L. 5, § 25, D. de *poss.*

(3) L. 5, D. *si usufr. petatur.* — Cpr. L. 1, pr.; L. 4; L. 29, § 2, D. *quib. modis usufr.* — L. 29, D. de *usu et usufr. leg.*

(4) L. 5, § 1, D. de *bon. poss.*

(5) Ulpien, XXVIII, 12.

hereditas, dans les mêmes rapports que la propriété bonitaire avec la propriété quiritaire.

Cette signification du mot *possessio* est provenue, de la manière la plus naturelle, de celle que nous avons d'abord indiquée et dans laquelle ce terme désignait le droit que l'on avait à l'*ager publicus*. Car tous les cas que nous venons de passer en revue avaient ceci de commun, qu'ils ne présentaient point, à la vérité, la propriété romaine dans le sens strict (*ex jure Quiritium*), mais bien quelque chose de semblable en pratique, c'est-à-dire le droit de l'un, à l'exclusion de tous les autres, à la jouissance et à l'usage de la chose : quelque différence qu'il y eût d'ailleurs entre ces droits, toujours est-il que cette similitude générale que nous venons d'indiquer pouvait très-bien donner lieu à sa dénomination commune. Ce fut sans doute en vertu de la même analogie que l'on nomma également *possessio* le droit que l'on pouvait avoir au sol provincial.

Cette même signification de *possessio* fut alors transférée du droit même à l'objet de ce droit. C'est ainsi que Javolenus dit dans un passage très-remarquable, qu'*ager* et *possessio* sont différents sous le rapport du droit; que le premier est un bien-fonds que l'on a en propriété quiritaire, et que le second est un bien-fonds que nous n'avons accidentellement qu'en propriété bonitaire (comme, par exemple, un *fundus italicus* dont on a seulement fait tradition), ou bien un bien-fonds qui, de sa nature, ne peut se trouver en propriété quiritaire (1). Nous ne doutons point qu'il réfère ces derniers mots aux biens-fonds provinciaux, mais ils s'adaptent également bien à l'ancien *ager publicus*.

(1) L. 115, D. de V. S. « Possessio ab agro juris proprietate distat : quid enim adprehendimus, cujus proprietates ad nos non pertinet, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietates loci est. » — Alciat a longuement expliqué ce passage (*De quinque pedum præscript.*, nos 76-119, et sur la L. 115, D. de V. S. *Opp.* t. III, p. 550; t. II, p. 987); mais il l'a mal compris de plus d'une manière : ses adversaires ont encore moins su se tirer d'embarras (*Opusc. de latinis. Ic.* ed. Duker, p. 64, 70, 85). — Brisson est le premier qui ait donné la vraie explication (*Select. antiq.*, IV, 1), et la plupart des auteurs l'ont suivi.

Ainsi, l'examen historique de l'origine de la possession, tel qu'il est présenté par Niebuhr, place dans la liaison la plus étroite plusieurs significations du mot *possessio* dont chacune porte un caractère tout particulier (1); cette conséquence est certainement un motif très-puissant pour croire à la réalité de cette hypothèse historique.

C'est encore par cette hypothèse que l'on s'explique, de la manière la plus simple, le motif pour lequel les interdits qui servent à recouvrer la possession (*interdicta recuperandæ possessionis*) ne pouvaient se diriger que sur des biens-fonds et ne s'accordaient point pour des choses mobilières. Cette restriction était un reste du but originaire de la *possessio*, d'après lequel elle appartenait uniquement à l'*ager publicus* (2).

3. De même le *precarium* qui, dans nos sources de droit, semble être une véritable énigme, reçoit maintenant une signification très-précise qui explique parfaitement bien son caractère étrange. Il désigne, en effet, le rapport juridique du client qui, en sa qualité de vassal, demeurait sur la *possessio* du patron. Celui-ci avait le droit de retirer cette jouissance au client quand bon lui semblait, et l'interdit *de precario* était destiné à le faire déguerpir lorsqu'il ne quittait pas le bien-fonds de bonne grâce (§ 42).

4. Notre hypothèse fournit également une explication historique à l'inconséquence dont nous avons parlé plus haut, et par suite de laquelle le fermier de l'*ager vectigalis* a la *possessio* de la chose (p. 405), bien qu'on ne puisse lui attribuer qu'un *jus in re*. En effet, l'*ager vectigalis* fut formé d'après l'analogie de

(1) On pourrait encore aller plus loin, et vouloir déduire de ce qui vient d'être dit, que la possession est la propriété en général (*v.* plus haut), si la déduction donnée ne paraissait pas si naturelle.

(2) [Add. à la 4^e édition.] Nous ne disons point par là que, sans cette hypothèse, il n'y aurait aucune explication à donner à cette circonstance. Car il faut prendre en considération qu'en matière de meubles l'on a, dans le plus grand nombre de cas, recours à d'autres actions qui ne se basent pas sur la possession (§ 40).

l'ancien *ager publicus*, et quelque nombreuses que fussent les différences qui existaient entre l'un et l'autre (1), rien ne paraît cependant plus naturel que de dire, sans aucun autre motif, que cette analogie a dû donner lieu à plus d'une règle pratique pour l'*ager vectigalis*. Or, la *possessio* ayant précisément pris naissance dans l'*ager publicus*, il était fort naturel qu'on le laissât subsister dans l'*ager vectigalis*, qui n'était qu'une forme nouvelle de l'*ager publicus*. Cette explication répond bien certainement au penchant que l'ancien droit romain révèle partout pour l'antiquité.

5. Voici maintenant quelle est la liaison complète qui existe entre l'ancienne *possessio* et nos sources de droit. Originellement, et dès les premiers temps, il y eut deux espèces de droits au sol : la propriété que l'on avait à l'*ager privatus* et qui était protégée par la revendication, et la *possessio* que l'on avait à l'*ager publicus* et auquel était accordée une protection pareille que nous trouvons dans les interdits prétoriens. — Plus tard, le préteur consacra cette dernière institution dans l'Édit, et c'est de cette manière que les interdits devinrent des moyens de droit prétorien, sans que probablement un changement notable ait été opéré dans les règles de droit elles-mêmes. — Plus tard encore, l'on trouve de même convenant d'appliquer aussi à l'*ager privatus*, par rapport auquel on en sentait moins le besoin et pour lequel on ne l'aurait certes pas créée, la *possessio* que l'on avait introduite et formée pour l'*ager privatus*. Cette extension est-elle antérieure ou postérieure à la réception des interdits dans l'Édit? Comment ce dernier la reçut-il et la traita-t-il? Ce sont là des questions auxquelles nous ne savons aucune réponse. La seule certitude historique que nous possédions à cet égard, c'est qu'au temps de Cicéron les interdits étaient déjà introduits. Néanmoins, nous trouvons, dans l'Édit même, quelques traces de la liaison qui existait originellement entre la *possessio* et l'*ager publicus*. Nous en rencontrons une dans la forme des inter-

aits, forme qui était la même pour la *possessio* que pour le *locus publicus*, le *flumen publicum*, etc., et qui avait pour conséquence, que ces objets se trouvent l'un près de l'autre dans l'Édit, aussi bien que maintenant encore dans les Pandectes. La formule de l'interdit *uti possidetis* nous en offre une seconde trace; les Pandectes la donnent en ces termes : « *ut eas ædes... possidetis... vim fieri veto.* » Mais auparavant elle était ainsi conçue : « *uti nunc possidetis eum fundum... vim fieri veto* (1). » Cette formule antérieure semble être encore un reste de l'ancienne liaison avec l'*ager vectigalis*, mais lorsque cette dernière tomba de plus en plus en oubli, il paraît que l'on a mis *ædes* parce qu'on pouvait en effet considérer, à Rome, les maisons comme l'exemple qui se présentait le plus fréquemment et le premier de tous.

(1) Festus, v^o *possessio*. Il cite tout au commencement Gallus Ælius auquel il peut très-bien avoir emprunté cette formule. — Huschke a essayé naguère de prouver, par des motifs qui semblaient fondés, que l'Édit contenait deux formules distinctes pour cet interdit, l'une pour le fonds (*fundus*), l'autre pour les bâtiments (*ædes*). (Comm. sur le passage de Varron, etc. p. 100 et suiv.)

(1) Niebuhr, t. II, p. 166 de la seconde édition.

SECTION DEUXIÈME.

ACQUISITION DE LA POSSESSION.

§ 13.

Nous avons déjà tracé les limites du contenu de cette section dans l'exposition de ce que nous devons matériellement comprendre par la possession (§ 10). Toute acquisition de la possession repose sur un acte corporel (*corpus, factum*), accompagné d'une volonté déterminée (*animus*) (1). Le fait doit être de nature à mettre celui qui doit acquérir la possession à même de traiter la chose d'après sa volonté et à l'exclusion de tout autre, c'est-à-dire d'exercer le droit de propriété. La volonté doit avoir pour but d'envisager réellement la chose comme sienne : ce n'est que dans le cas où la possession *dérive* de la possession d'autrui par un acte juridique, qu'il suffit que la volonté se dirige sur ce *transport*, de telle sorte que la possession peut être acquise ici tout en reconnaissant la propriété d'une autre personne.

Mais la possession est considérée comme droit, et l'on peut acquérir tous les droits non-seulement par ses propres actes, mais également par ceux de ses esclaves et de ses enfants (2) : outre ces deux cas, nous acquérons même la possession par

(1) « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut « per se corpore. » L. 5, § 1, D. *de poss.* — « Possessionem adquirimus et « animo et corpore... » Paul, v, 2, § 1. — L. 8, D. *de poss.* — L. 153, D. *de R. J.*

(2) Pr. J. *per quas personas.*

d'autres personnes (1). Mais toutes les fois que nous acquérons la possession par d'autres, il faut appliquer au mode d'acquérir la même règle que lorsqu'on acquiert par soi-même; il ne s'agit donc que de déterminer comment cette règle doit être appliquée.

Cette section aura, d'après cela, les recherches suivantes pour objet :

1° L'acte corporel, qui est la première condition de toute possession.

2° L'intention, qui doit se joindre à cet acte corporel tant dans la possession originaire que dans la possession dérivée.

3° L'application de toutes ces règles à l'acquisition par d'autres.

Ce n'est qu'à la fin de toute la section qu'il nous sera possible d'indiquer complètement les différences qui distinguent l'acquisition de la possession de l'acquisition de tous les autres droits.

§ 14. *De l'appréhension.*

Dans toute la théorie de la possession rien ne paraît pouvoir se déterminer avec plus de facilité et de sûreté que les qualités de l'*acte corporel* (l'appréhension), qui est nécessaire à l'acquisition de la possession : et cependant il n'y a pas de point en droit romain qui ait été plus généralement méconnu que celui-ci. Tous les auteurs ont entendu par ce fait un contact immédiat de l'objet, et n'en ont admis, par conséquent, que deux espèces, dont l'une consiste à saisir avec les mains les choses meubles, et l'autre à mettre le pied sur les immeubles. Mais comme le droit romain nous présente une infinité de cas dans lesquels on acquiert la possession également, à la vérité, par des actes corporels, mais cependant sans contact immédiat, on a regardé ces derniers comme actes symboliques, qui représentent, par

(1) § 5, *J. eod.*

une fiction de droit, la véritable prise de possession (*actus adscititi, apprehensio ficta*). Cette manière de voir étant généralement adoptée (1), on n'a jamais cru nécessaire d'en prouver la justesse, et tous les auteurs nous la présentent par conséquent presque de la même manière : il nous suffira donc, quant à son histoire, de faire remarquer ici, que les glossateurs l'ont déjà (2) et que Doneau lui-même n'en est point exempt (3).

Maintenant, nous avons prouvé plus haut (§ 5), que le droit romain admet souvent la possession dans des cas où la détention naturelle n'existe pas. Il ne peut donc pas y avoir de doutes sur la possibilité d'une possession fictive, et tout se réduit à résoudre la question suivante : Rencontre-t-on effectivement, dans l'acquisition de la possession, une fiction par suite de laquelle des actes symboliques peuvent remplacer la véritable appréhension (4)? Nous n'avons pas besoin de prouver qu'il importe à la théorie de trouver une réponse juste à cette question : mais aussi les conséquences pratiques qui en dépendent ne sont-elles pas en petit nombre, quoiqu'il ne s'agisse en premier lieu que de l'explication juridique des divers cas que nos sources de droit reconnaissent en termes exprès comme acqui-

(1) Nous disons généralement, parce que les exceptions sont non-seulement insignifiantes, mais qu'elles sont encore restées sans influence. C'est ainsi que quelques-uns se sont égarés, par suite de principes erronés de droit naturel, jusqu'à croire que tout ne dépend que de la *manifestation de la volonté*. Tels sont : S. P. Gasser, *Diss. de apprehensione possessionis*. Hal. 1751 (ch. 1, 2). — Beni. Pauw, *Diss. de apprehensione possessionis*. Trajecti, 1757 (ch. 1, 2). — Nous trouvons encore des traces de cette opinion plus anciennes, par exemple, chez Noodt (*Probab.*, II, 6), qui veut même qu'il y ait eu controverse, sur l'appréhension, entre les jurisconsultes romains.

(2) Azon, *Summa in Cod. tit. de poss.* n° 7, 8 (fol. 154).

(3) Doneau, *Comment.*, v, 9.

(4) Ainsi, la *possession fictive* est le genre qui comprend, comme espèce, la possession qui se base sur une *appréhension fictive*. Plusieurs auteurs ont cherché, avec grande peine et sans but, à réfuter ce rapport : Alciat, sur la L. 18, D. *de poss.*, n° 5, 4 (p. 1245). — Duarein, sur la L. 1, § 21, D. *de poss.* (p. 840).

sitions de possession. Car si ces cas se basent uniquement sur une fiction de droit, il n'est que d'une stricte conséquence de les restreindre de plus d'une façon, et nos jurisconsultes ne se sont point fait faute d'ajouter ces restrictions sur lesquelles nos sources elles-mêmes se taisent tout à fait. C'est ainsi que l'on exclut toute acquisition de cette espèce lorsque l'acte est illégal et qu'il ne mérite pas, par conséquent, les avantages d'une fiction de droit (1); il en est de même lorsque l'on acquiert la possession, non par ses propres actes, mais par d'autres personnes (2) : ce mode d'acquérir est même restreint simplement à la transmission par *tradition* d'une possession d'autrui (3), ou considéré comme conséquence de la propriété que l'on devrait donc toujours acquérir en même temps, si l'on voulait acquérir la possession de cette manière (4). Nous traiterons plus loin d'autres conséquences de cette opinion, qui rentrent plus dans les détails.

Toute cette opinion, considérée seulement sous un point de vue général, paraît très-invraisemblable, lorsqu'on réfléchit comment on rencontre les actes symboliques dans d'autres matières du droit romain. La mancipation, la manumission, la revendication et tous les actes de cette nature dans lesquels on trouve réellement des formes positives, sont tout à fait propres au droit romain, tandis qu'on n'employait de pareilles formes positives dans aucun des actes juridiques en usage aussi chez d'autres peuples, par exemple, la vente, le louage, etc. Or, la possession en elle-même est beaucoup moins juridique que les actes de cette seconde espèce : elle n'est même originairement

(1) Retes, *De poss.* P. I, ch. 2, § 18 (p. 465). — Gomez, *in Leges Tauri*, L. 45, nos 20-31, 45-90.

(2) Zasius, sur la L. 1, § 21, D. *de poss.* (p. 93) et sur la L. 18, *eod.* (p. 150). — Valentia, *Ill. jur. tract.* L. 1, tr. 2. ch. 14.

(3) Alciat, sur la L. 1, pr. D. *de poss.*, nos 56-61. — Doneau, *Comment.* v, 9. — Obrecht, *De possessione*, ch. 6. — Nous verrons, au § 18, ce qu'il y a de vrai dans cette opinion.

(4) Azon, *Summa tit. de poss.*, nos 7, 8 (fol. 154). — Zasius, *l. cit.* — Wenck, *Diss. de traditione*, etc., p. 6-8; p. 12; p. 45 seq.

rien de juridique. Il est bien vrai qu'on lui donne un double rapport avec le droit, entre autres avec l'*usucapion*, qui est aussi une institution toute particulière au droit romain : mais c'est précisément la durée de la possession qui doit suppléer ici à ce qui manque à cette dernière ; il n'y a donc dans ce rapport avec le droit civil aucun motif de se servir de formes romaines dans l'acquisition de la possession. On agirait donc contre toute analogie si l'on admettait que l'acquisition de la possession doit avoir lieu par actes symboliques. Mais ce motif reçoit encore une importance toute particulière par l'application étendue que l'on devrait faire de ces actes symboliques. Si l'opinion des adversaires avait pour effet d'admettre l'acquisition par actes symboliques seulement dans quelques cas rares, on pourrait encore concevoir, par suite de la rareté même de ces cas, qu'une inconséquence se serait glissée et maintenue inaperçue dans la manière de traiter le mode acquisitif de la possession. Mais il n'en est pas ainsi ; dans la plupart des cas on acquiert au contraire la possession de la manière que l'on fait ordinairement passer pour symbolique. En fait de biens-fonds, par exemple, l'acquisition symbolique devrait presque généralement avoir lieu, parce qu'il est impossible de marcher sur toutes les parties d'un fonds, et que chaque partie sur laquelle on n'a pas marché n'est pas censée être naturellement appréhendée : quant aux choses meubles, il arrive certes rarement que l'on saisisse justement toute la chose avec la main et qu'on l'y renferme. Ainsi, l'acquisition par acte symbolique, telle qu'on l'adopte, devant précisément avoir lieu dans la plupart des cas, l'inconséquence dont nous venons de parler n'aurait certainement pu échapper aux jurisconsultes romains ; une application journalière devait plutôt la leur faire remarquer.

Si donc l'on n'admet en droit romain aucune appréhension fictive, si l'on ramène plutôt toute acquisition de la possession à un même acte corporel, il nous faudra déterminer, d'une autre manière que tous les auteurs l'ont tacitement fait jusqu'ici, l'idée de cet acte corporel, parce que cette supposition tacite

seule les a forcés d'adopter une appréhension fictive. Pour parvenir à une idée juste nous ferons mieux de prendre l'erreur signalée pour point de départ.

Celui qui tient une pièce de monnaie dans sa main, en est sans aucun doute possesseur : et c'est de ce cas et d'autres cas pareils que l'on a déduit l'idée d'un *contact corporel en général* qui constituerait l'essence de toute acquisition de la possession. Mais ce cas renferme encore quelque autre chose qui ne se trouve qu'accidentellement jointe à ce contact corporel : c'est la possibilité physique d'exercer une influence immédiate sur la chose et d'exclure toute influence étrangère. Personne ne niera que notre cas ne renferme les deux choses, et ce qui nous prouve que leur coexistence n'est qu'accidentelle, c'est que cette possibilité peut exister sans le contact, et de même le contact sans cette possibilité. Nous disons d'abord que la possibilité peut exister sans le contact ; car celui qui peut, à tout instant, saisir une chose qui est devant lui, en est à coup sûr le maître absolu, tout aussi bien que s'il l'avait réellement saisie. En second lieu, nous disons que le contact peut exister sans la possibilité, car celui qui est lié avec des cordes se trouve avec ces dernières dans un contact immédiat, et cependant on pourrait prétendre plus facilement qu'elles le possèdent, que l'inverse.

C'est donc cette *possibilité physique* qui, comme fait, doit être contenue dans toute acquisition de la possession : c'est par elle que nous sommes à même d'expliquer d'une même manière toutes les dispositions particulières de nos sources de droit ; elle ne renferme pas le contact corporel, et il ne reste plus aucun cas dans lequel on doive admettre une appréhension fictive (1).

(1) Dans l'analyse que l'on a faite de notre livre, dans la *Allgemeine Literatur-Zeitung*, de 1804, n° 42, on rejette toute notre opinion, et l'on adopte, avec les jurisconsultes qui ont écrit jusqu'aujourd'hui, le contact corporel comme condition de la possession ; l'on prétend que cette règle a été ensuite étendue dans plusieurs cas spéciaux, mais l'on ne croit pas qu'on s'en soit jamais assez écarté pour pouvoir lui substituer la nôtre. Mais cette obligation

Nous pouvons administrer, pour soutenir notre opinion, une double preuve historique : l'une générale, l'autre par les applications spéciales que nous trouvons dans nos sources de droit. Alors seulement il sera possible de définir exactement l'idée de l'acte corporel que nous n'avons pu qu'indiquer ici. C'est un passage tiré de Paul qui prouve d'une manière générale ce que nous avançons : ce jurisconsulte n'y énonce pas un cas particulier, mais il y établit, sans restriction aucune, la règle générale que le contact corporel n'est pas précisément nécessaire à l'acquisition, que le seul aspect d'une chose présente suffit déjà (1). D'un autre côté, il n'existe pas un seul passage qui se déclare, d'une manière générale, pour la nécessité d'un contact corporel. On ne peut en effet interpréter en ce sens l'expression *adipiscimur possessionem corpore* (§ 45) ; l'erreur serait trop palpable, comme on peut s'en convaincre lorsque l'on réfléchit que la même expression se rencontre dans la perte de la possession (§ 50) qui certes n'exige pas le contact corporel. *Corpus* est l'événement extérieur, en opposition au fait intérieur (*animus*).

repose sur une pétition de principe, puisque ce n'est que des textes eux-mêmes et en inférant la règle par les applications, que nous déduisons la qualification originaire de la condition de la possession. La règle que nous établissons a régi la matière dès le principe, quoiqu'elle n'ait pas eu de suite toute sa pureté et sa conception générale, mais bien seulement une application très-restreinte à quelques cas : les jurisconsultes postérieurs n'ont fait que l'exprimer avec plus de netteté et la purger de ce que ses applications avaient d'accidentel, sans cependant l'étendre en aucune façon. Que l'on considère seulement la manière dont les jurisconsultes romains s'expriment par rapport à un véritable *jus singulare*, et l'on se convaincra qu'il ne s'agit point ici d'un *jus singulare*.

(1) L. 1, § 21, D. de poss. « Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. » Tous les MS. portent *actu*, mot qui convient également bien (Wieling, *Lect.* 1, 19). Mais le mot *tactu* que l'on peut à peine appeler une émendation, donne un sens bien plus précis et est également confirmé par les Basiliques. F. Faber, *Err. pragmat.*, 76, 2. — Noodt, *Probab.*, 11, 6. — Wenck, *De trad.*, p. 48.

§ 45. De l'appréhension de choses immeubles.

Passons maintenant à l'examen des diverses applications.

Première question. Que devons-nous faire pour acquérir la possession de choses immeubles (de biens-fonds) ?

Pour acquérir cette possession il est nécessaire et il suffit d'être présent dans le fonds, sans qu'il soit besoin de s'y livrer à aucun fait :

« Quædam mulier fundum (ita) non marito donavit per epis-
« tolam... Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur,
« fuisset cum epistola emitteretur : quæ res sufficiebat ad traditam
« possessionem »... (1).

Il est évident que la définition que nous avons donnée plus haut de l'acte corporel trouve ici sa parfaite application : celui qui est sur un fonds peut, à tout instant, non-seulement en agir comme bon lui semble, mais encore en exclure tout autre. Or, l'une et l'autre de ces choses peuvent être exécutées par lui, non-seulement quant à la partie du sol sur laquelle il se trouve, mais aussi quant au fonds entier, et ce n'est point l'action de marcher qui constitue pour nous la possession du fonds, mais bien la proximité immédiate qui nous met à même non-seulement de mettre à tout instant les pieds sur chaque partie du fonds, mais également de traiter ce dernier d'après notre volonté :

« Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos
« debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui
« fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet : sed sufficit
« quamlibet partem ejus fundi introire »... (2).

Le même motif nous prouve ensuite qu'il n'est pas même nécessaire d'entrer dans le fonds : car, celui qui se trouve tout à côté et dont la vue s'étend sur la totalité, n'a pas moins de pouvoir sur le fonds que celui qui y est effectivement entré :

(1) L. 77, D. de rei vind.

(2) L. 5, § 1, D. de poss.

« Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre
« demonstrat, vacuamque se tradere possessionem dicat: non
« minus possidere cepi, quam si pedem finibus intulissem » (1).

Tout cela se trouve dans la liaison la plus intime avec la définition que nous avons donnée de l'acte corporel : nos jurisconsultes ont toujours adopté ici une fiction de droit qui suppléerait à l'unique acquisition véritable, consistant dans le contact corporel. Cependant la glose, pour se tirer d'embarras, a pris un autre expédient fort remarquable (2) : d'après elle, il ne faut pas considérer comme fait exigé dans l'acquisition de la possession le *contact corporel*, mais bien la *conviction acquise par les sens* de la réalité de l'objet à posséder ; or, dit-elle, il y a cinq sens, chacun d'eux, par exemple, *la vue*, peut donc faire acquérir la possession : elle conclut de là qu'en regardant un objet on peut en acquérir la possession, lors même qu'il serait éloigné *per decem miliaria* (3).

Ainsi, c'est la *présence corporelle* qui nous met à même de traiter la chose à notre gré : mais qu'arrive-t-il si une autre personne est en même temps présente et qu'elle veuille également posséder la chose ? Il est évident qu'ici la présence de l'une met un empêchement à la possession de l'autre, et il n'y a que deux voies pour lever cet empêchement : la *volonté* de l'un d'eux, et la *violence*.

La *volonté* de l'un des deux rend ainsi la possession possible dans toute *tradition*. L'acheteur introduit dans le fonds par le vendeur se trouve dans les mêmes rapports physiques que ce dernier avec la chose à acquérir : aussi, le vendeur a-t-il, jusqu'à cet instant, la volonté de rester possesseur. Mais en déclarant que l'acheteur doit, à l'avenir, avoir la possession, tout obstacle

(1) L. 18, § 2, D. *eod.*

(2) La glose, sur la L. 18, § 2, D. *de poss.* — Plusieurs jurisconsultes modernes ont suivi cette opinion, du moins dans ses applications particulières ; par exemple, Duarein, sur la L. 5, pr. D. *de poss.* (p. 845.)

(3) La glose, sur la L. 1, § 1, D. *de poss.*

que sa présence produisait se trouve levé par sa propre volonté. C'est à cette circonstance que se rapportent, dans le passage que nous venons de citer en dernier lieu (p. 190), les mots :
« *vacuamque se possessionem tradere dicat.* »

Mais, outre la *volonté* de l'un des deux, la *violence* peut aussi faire disparaître l'obstacle de sa présence : car il est évident que le pouvoir du possesseur est tout aussi décidé lorsqu'il devient maître de la résistance d'autrui, que lorsqu'aucune résistance n'a lieu. Tel est le contenu du passage suivant (4) :

« *Species inducendi in possessionem alicujus rei est, prohibere ingredienti vim fieri : statim enim cedere adversarium, et vacuam relinquere possessionem jubet : quod multo plus est, quam restituere.* »

Les Basiliques, la glose et Cujas font rapporter ce passage au préteur qui exécute un jugement par l'introduction dans la possession (2) ; mais ni les termes ni le contenu ne nous autorisent à le restreindre ainsi, et on doit, par conséquent, l'entendre généralement de tout autre cas dans lequel résistance est faite et vaincue.

Ainsi, la présence personnelle constitue le véritable acte qui nous fait acquérir la possession d'une chose immeuble. Mais pour ne donner prise à aucun malentendu, nous appelons ici de suite l'attention sur une restriction que l'on doit mettre à cette règle, et que nous ne pourrions prouver que dans la troisième section. La possession d'une chose immeuble n'est perdue que lorsque le possesseur en a eu connaissance, et comme une chose ne peut avoir qu'un seul possesseur (§ 41), notre règle doit être appliquée de la manière suivante : ou bien la chose avait jusqu'alors un autre possesseur ou elle n'en avait point (*vacua possessio*). Dans le dernier cas notre règle ne souffre aucune restriction. Mais dans le premier cas, le fait seul ne donne pas encore la possession, il faut encore que le possesseur

(1) L. 52, § 2, D. *de poss.*

(2) Basil. L. 1 (chez Meermann, t. V, p. 49). — La glose, sur la L. 52, § 2, D. *de poss.* — Cujas, sur la L. 52, § 2, D. *de poss.* (*Opp.*, t. VIII, p. 515).

actuel en ait eu connaissance. Or, notre acquisition s'opère ou contre son gré (*dejectio*), ou avec sa volonté (*traditio*), et, dans cette dernière hypothèse, il peut être ou présent (*inducere in possessionem*) ou absent (*mittere in possessionem*).

§ 16. De l'appréhension de choses meubles.

Seconde question. Comment acquiert-on la possession d'une chose meuble?

Il n'y a aucun doute que la possession d'une chose meuble ne s'acquière lorsqu'on la saisit réellement : aussi nos sources de droit le supposent-elles tacitement. Nous n'entrerons par conséquent ici que dans l'examen des cas dans lesquels on acquiert la possession sans saisir réellement la chose.

Nous ferons d'abord remarquer, que par rapport aux choses meubles, comme relativement aux choses immeubles, la *présence immédiate* peut remplacer, sans aucune fiction de droit, la saisie réelle de la chose, et il est par conséquent fort indifférent que la chose soit réellement saisie ou qu'elle puisse l'être à tout instant.

Cette espèce d'appréhension est même la plus ordinaire, lorsque l'étendue ou le poids de la chose est si considérable, qu'on ne peut pas la faire *facilement* changer de place. — C'est ce que nous enseignent les passages suivants :

1. L. 79, D. de *solutionibus*.

« Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in *conspectu* meo ponere te jubeam : efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat : nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodam modo manu longa tradita existimanda est. » Ici, le possesseur actuel est encore le seul qui puisse m'empêcher de disposer de la chose à mon gré : mais c'est exactement de lui que le passage dit en termes exprès que ses actes ont reconnu ma possession.

2. L. 1, § 21, D. de *poss.*

« Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in

« *præsentia sit* : videri mihi traditam Priscus ait » [c'est-à-dire à moi-même, non-seulement à mon mandataire par lequel je pourrais, à la vérité, aussi acquérir la possession (1)] : « idemque esse si nummos debitorem jusserim alii dare : non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu (2) : et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt » [c'est-à-dire pas facilement, pas par un seul homme, car ces choses n'en sont pas moins *mobiles*], « ut columnas : nam pro traditis eas haberi, si in re præsentia consenserint : (et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint : » nous parlerons plus loin de ce dernier exemple). — Le sens de ce passage est celui-ci : de même que cet acte suffit par rapport aux choses qui n'en admettent pas facilement un autre, il doit également suffire quant à tous les autres objets meubles (*argumento esse eas res, etc.*).

3. L. 51, § 1, D. de *donat.*

« Species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ quæ præsens fuit donatas, et ab ea viro traditas videri respondit. »

4. L. 51, D. de *poss.* (Javolenus, lib. v, ex Posterioribus Labeonis).

« Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo : veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit : simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne hæc ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur : in eo puto hanc quæestionem consistere, an etiamsi corpore acervus aut amphoræ adprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur : nihil

(1) La glose interlin. (MS. Paris, nos 4458 et 4455), sur les mots *mihi traditam*. « Y. (Irnerius) quasi expressim, præter illam acquisitionem, quæ fit per Procuratorem. »

(2) V. plus haut, p. 188.

pour
arriver
à la tradition.

« video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis
 « custodiat : utrobique *animi* (1) *quodam genere possessio erit æsti-*
 « *manda.* » La liaison intérieure des diverses parties de ce
 passage de Javolenus est celle-ci : « Labéon dit que l'on acquiert
 d'une manière incorporelle la possession de certaines choses,
 par exemple, celle d'un tas de bois que l'on a acheté, par l'éta-
 blissement d'un gardien : qu'il en est de même du vin que l'on
 a acheté. Il ajoute qu'on pourrait cependant très-bien consi-
 dérer ce mode d'acquisition comme une tradition corporelle,
 parce qu'il n'importe nullement, selon lui, que l'acheteur
 exerce la surveillance par lui-même ou qu'il la confie à un autre.
 Quant à moi (dit alors Javolenus) (2), je suis d'avis qu'il ne
 faut pas du tout faire entrer dans la question qui nous occupe
 l'établissement d'un gardien : car il s'agit uniquement de savoir
 si, dans ce cas, la tradition est accomplie, bien que ni le bois
 ni les cruches de vin n'aient été corporellement saisis. Or, il
 est certain que la tradition est accomplie, mais on peut dire,
 pour ce motif, qu'en tout cas la possession s'acquiert ici
 d'une manière *en quelque sorte incorporelle* (3) (avec ou sans rem-
 plaçant). »

5. L. 14, § 1, D. *de periculo et comm. rei vend.*

(1) Cujas lit : *corporis*, au lieu de : *animi* (*Recit.*; sur la L. 51, D. *de poss.*
 dans ses *Opp.*, t. VIII, p. 514, également dans ses *Paratit. in Cod.*, liv. VII,
 tit. 52). Cette correction est aussi téméraire que peu utile.

(2) Telle est la division ordinaire et, suivant nous, la division du passage
 telle qu'elle doit être. Dans les deux premières éditions nous avons admis
 que l'opinion émise par Javolenus commençait avec les mots *sed videamus*.
 Wenck, *Diss. de trad.*, p. 56, réfute victorieusement cette manière de lire ;
 mais il comprend mal tout le passage, et l'interprète de manière à le faire
 concorder avec son opinion.

(3) « *Animi quodam genere*, » c'est-à-dire par l'intention (*animus*) seule,
 si l'on prend le terme *corpore* dans sa signification toute matérielle, pour
corpore ET TACTU; manière de voir contre laquelle la L. 1, § 21, D. *de poss.*,
 prévient. Mais si on le considère, comme on le doit, comme acte extérieur
 en général, on acquiert aussi *corpore* dans notre cas, de sorte que la décision
 de notre texte ne se trouve nullement en contradiction avec les règles géné-
 rales de la L. 5, § 1, D. *de poss.*, etc. (§ 15).

« *Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.* » —
 L'apposition de la marque ne constitue pas ici un élément de
 l'appréhension; il n'en est fait mention que parce que c'était un
 usage généralement reçu et qu'on en pouvait conclure à l'in-
 tention des parties. C'est ce qui nous explique pourquoi, dans
 un cas qui présente exactement le même acte corporel, on
 statue précisément le contraire (1).

6. L. 1, C. *de donat.* (Severus et Antoninus.)

« *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis,*
 « *et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam*
 « *intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem*
 « *exercere.* »

Voici comment nous nous expliquons ce texte. Lucius,
 auquel le rescrit est adressé, devait recevoir en donation quel-
 ques esclaves d'une personne qui avait acheté ces esclaves et
 qui possédait encore l'acte d'achat. Lucius vint trouver ce dona-
 teur qui déclara, en présence des esclaves, son intention de lui
 faire donation et lui remit en même temps l'acte d'achat. Mais
 les esclaves restèrent encore chez leur ancien maître qui ne
 tarda pas à se repentir de sa libéralité et refusa de les livrer,
 prétendant que l'on n'avait fait que se concerter sur le projet
 de donation qui n'avait point été exécutée. Si cette prétention
 était fondée, il est certain que Lucius n'avait pas d'*actio in*
rem, et même peut-être aucune action à cause de la *lex Cincia* et
 parce qu'il n'y avait pas eu de stipulation. Tout dépendait donc
 de l'intention des parties d'exécuter de suite une véritable
 donation : si cette intention était constatée, rien ne manquait
 plus à la tradition, parce que les esclaves avaient été présents.
 Lucius demanda un avis aux empereurs qui lui répondirent que
 la remise de l'acte d'achat prouvait l'intention d'exécuter
 immédiatement une véritable donation, et que la tradition et
 la transmission de la propriété s'étant ainsi réellement opérées,
 il avait une action en revendication contre le donateur. —

(1) L. 1, § 2, D. *de peric. et comm. rei vend.* — V. plus loin, p. 199.

Interprété de cette manière le passage renferme une application de notre règle, et démontre que, lorsque l'intention est hors de tout doute, la simple présence de la chose suffit pour opérer l'appréhension, et que l'on ne peut exiger en outre un autre acte corporel. Il est très-vrai que nous sommes forcés, dans notre explication, de supposer la présence des esclaves, circonstance dont le rescrit ne parle nulle part; mais ce rescrit est une décision pour un cas unique dont nous devons ainsi rechercher les conditions, et notre hypothèse est naturelle et loin d'être forcée (1); elle s'accorde surtout très-bien avec la *in rem actio* dont on fait mention à la fin du passage, et qui nous montre à l'évidence que le donateur est en possession des esclaves. Toute autre explication de notre passage nécessite également quelques hypothèses beaucoup plus arbitraires et plus hardies que la nôtre (2).

(1) Dans les deux premières éditions nous avons adopté, avec Fulgosius (cpr. Obrecht, *De possess.* § 280), un *constitutum possessorium*. Mais une telle convention repose sur une hypothèse qui ne trouve aucun appui dans le texte même, et les esclaves peuvent très-bien être restés par hasard dans la maison de leur ancien maître, c'est-à-dire ne pas être sortis avec leur nouveau maître Lucius. L'interprétation que nous donnons était dominante chez les glossateurs. La *Glose interlin. anon.* (MS. Paris. 4525, 4528) ajoute au mot *mancipiorum*: « *præsertim in traditione. sicut dicitur de « claribus traditis coram horreo.* » — La glose de Pillius (MS. Paris. 4536) dit: « *Sed numquid est hoc intelligendum quando mancipia absunt: res- « pondeo nequaquam, sed cum præsentialiter adsunt ut ff. de rei ven. « hæc si res Pi.* » — Accurse, *vo instrumentis.* « *Sc. præsentialibus servis « datis.* »

(2) Par exemple, Wenck, *De traditione*, p. 50, qui, d'après sa manière d'envisager une tradition, veut expliquer ce passage comme s'il n'y était question d'aucune tradition, et est obligé de faire les hypothèses les plus arbitraires; il y mêle encore d'autres mésentendus. — Hufeland, *Neue Darstellung*, p. 124, admet, pour parvenir à l'explication de notre passage, un droit spécial pour la tradition des esclaves, mais nous ne trouvons aucune trace d'un pareil droit spécial. — Au reste, il existe une similitude frappante entre notre passage et une disposition d'Antonin, d'après laquelle il ne faut pas se tenir à la rigueur de la loi, lorsqu'il s'agit de la forme des donations entre parents et enfants. L. 4, C. Th. *de don.* — *Fragm. Vat.*

La règle, que la seule présence, sans contact, peut faire acquérir la possession, présente encore les applications et les modifications suivantes :

En premier lieu : Lorsque je fais remettre à un tiers la chose dont un autre veut me faire la tradition, la possession juridique a été réellement transmise à moi, et de moi à ce tiers (1). Ce principe repose sur une simple application de notre règle; car, en me permettant de disposer de la chose (présente), l'autre fait que j'en deviens maître aussi absolu que si je l'avais réellement saisie; j'exerce même effectivement mon pouvoir sur elle, en chargeant cet autre de la remettre au tiers. La simplicité de l'acte extérieur qui a lieu dans ce cas peut facilement faire perdre de vue ce que l'acte juridique a de complexe (2).

En second lieu : La présence ne donne en général la possession, que lorsqu'il est possible de saisir la chose à tout instant. Ainsi, celui qui poursuit une bête sauvage, n'en a pas encore la possession quoiqu'il puisse en être très-proche; alors même qu'il l'aurait mortellement blessée, il peut encore arriver mille accidents qui l'empêchent de la prendre (*multa accidere possunt, ut eam non capiamus*), et c'est ainsi que, dans ce dernier cas, la possession n'est pas encore acquise, quoiqu'il y ait quelques jurisconsultes romains qui prétendent le contraire (3). D'après

§ 297, 514. De là, on pourrait admettre, avec quelque vraisemblance, qu'il s'agit aussi dans notre passage de ce cas spécial, et qu'il a été admis dans le Code de Justinien, en l'abrégeant d'une manière irréfléchie. (Add. à la 6^e édition.)

(1) « *Species extra dotem a matre filia nomine viro traditas, filia que « præsens fuit, donatas, et ab ea viro traditas, videre respondi.* » L. 51, § 1, *de donat.* — Cpr. L. 5, § 12, *D. de don. inter virum et uxorem.* — L. 1, § 21, *D. de poss.*

(2) « *Nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem « occultari.* » L. 5, § 12, *D. de don. inter vir. et uxorem.*

(3) L. 5, § 1, *D. de acq. rer. dom.* — § 15, *J. de rer. div.* La L. 55, *D. de adq. rer. dom.*, décide, d'après les mêmes principes, un cas semblable. La décision se trouve dans ces mots: « *ut, si in meam potestatem perve- « nit, meus factus sit.* »

cela, la bête sauvage doit réellement être prise ou tuée, pour qu'on puisse en acquérir la possession.

En troisième lieu : Lorsque la chose se trouve dans un bâtiment fermé, on en suppose la tradition parfaite et, par conséquent, la possession acquise, dès que la remise des *clefs* a eu lieu. Il est très-naturel que les clefs aient dû paraître, de tout temps, des clefs symboliques, et on n'avait pas besoin d'aller beaucoup plus loin, pour prétendre que toute autre chose pouvait être employée aussi bien que les clefs, et que celles-ci n'ont été nommées, en droit romain, que pour servir d'exemple (1). Il est, à la vérité, impossible de nier que l'on peut considérer les clefs aussi bien que toute autre chose comme simple symbole, et lorsqu'à l'occasion de l'entrée d'un roi dans une ville, les magistrats lui en remettent les clefs, on peut à peine concevoir un autre but. Mais les clefs servent encore à un autre usage presque plus fréquent encore que le premier : c'est celui d'ouvrir une chose qui est fermée, et nous allons prouver que c'est de cet usage seul qu'il s'agit ici. — Nous venons de prouver, en effet, que la présence seule suffit également, en fait de choses mobilières, pour que l'appréhension existe, et qu'il n'est pas nécessaire de saisir réellement l'objet à appréhender. Mais il faut aussi que l'*animus* se joigne à chaque fait pour opérer l'acquisition de la possession, et, dans la plupart des cas, cet *animus* ne peut être établi que par induction, parce qu'il s'exprime très-rarement en termes exprès. Or, lorsqu'on vend un bien-fonds, l'acheteur peut souvent y entrer avec le vendeur, sans que celui-ci ait l'intention de transmettre la possession, ni celui-là l'intention de l'acquérir. Il en est de même en fait de meubles : lorsque les parties sont d'accord sur la vente, même en présence de la chose, il se peut cependant que l'acheteur n'ait pas l'intention d'en acquérir la possession, si elle se trouve dans un bâtiment fermé dont il n'a pas la clef,

(1) Schmalz, *Handbuch des Römischen Privatrechts*, § 199. Königsberg, 1801.

parce qu'à tout instant il peut être empêché de se servir de la chose. Voilà pourquoi l'on ne considère la possession comme acquise, que lorsque la tradition des clefs s'est opérée.

1. L. 9, § 6, D. *de acquirendo rerum dominio*. (§ 45, J. *de rer. div.*)

« Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem. »

2. L. 1, § 21, D. *de poss.*

« ... et vina tradita videri, cum claves (1) cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. »

Lors même que l'acheteur appose son sceau sur la marchandise, la possession n'est point encore acquise sans la tradition des clefs, bien qu'un tel acte puisse très-bien constituer l'appréhension des choses qui ne sont pas enfermées.

1. L. 1, § 2, D. *de peric. et comm. rei vend.*

« Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri : Labeo contra. Quod et verum est : magis enim ne summutetur signari solere, quam ut traditum videatur. »

2. L. 14, § 1, *eod.*

« Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. » — Car, il est aussi ordinaire de conserver le bois de construction dans des espaces non fermés, qu'il est extraordinaire de conserver le vin dans un endroit non fermé. Ainsi, dans tous ces cas, on admet, d'après une présomption très-vraisemblable, que les parties n'ont voulu la tradition que lors de la remise des clefs : mais l'*animus possidendi* ne produisant naturellement pas d'effet

(1) La glose interlinéaire (MS. Paris. n° 4438 et 4435), ajoute au mot *claves* : « Y. (Irnerius) quasi adminiculum custodiæ ; » il s'ensuit qu'elle ne regarde pas la clef comme symbole, mais à cause du pouvoir naturel que l'on a alors sur la chose. — [Add. à la 4^e éd.] Quentzel, *De litteris recognitionis* (Leyde 1754), § 26, tout en donnant à la remise des clefs le nom de symbolique, fonde également leur effet sur ce qu'alors on peut ouvrir et parvenir aux objets, et refuse, pour ce motif, le même effet à la remise du connaissance. (Communiqué par M. le prof. Falck.)

sans l'appréhension, tous ces textes qui ne s'occupent que de la question de savoir si l'intention d'opérer la tradition doit être présumée ou non, reposent sur la supposition qu'il ne manque rien à l'appréhension, c'est-à-dire que la remise des clefs s'opère *en présence de la chose*. Aussi les compilateurs ont-ils eu soin de prévenir, par le passage suivant, tous les doutes qui pourraient naître à cet égard :

L. 74, D. *contr. emt.*

« *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint :* » (ce qui va suivre est on ne peut plus propre à éclaircir et à confirmer les principes que nous avons établis sur l'appréhension) « *quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.* » — Ce qui veut dire, que celui qui est séparé des choses par une porte fermée, les possède aussi peu que celui qui en est éloigné ; mais que, s'il a la clef, il peut, à tout instant, saisir les choses, et il importe fort peu qu'il le fasse réellement et même qu'il ouvre la porte, pour acquérir la possession de la chose (1).

§ 17. Continuation.

On peut donc acquérir la possession de choses meubles sans les saisir réellement, pourvu que la chose soit présente (§ 16). Mais la même acquisition s'opère encore d'une autre manière. Celui qui conserve en effet une chose *dans sa maison*, peut en avoir acquis la possession sans qu'aucun autre acte soit venu s'y joindre.

L. 48, § 2, D. *de poss.*

« *Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jus-*

(1) Wenck, *De traditione*, p. 50, explique ce passage à l'aide d'une supposition erronée, que l'on peut acquérir la possession par la propriété et à cause de la propriété, lors même qu'il n'existerait aucune des conditions dont l'accomplissement est d'ailleurs exigé pour l'existence de la possession.

« *serim : possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.* » — On ne suppose, dans ce passage, ni que la vente ait été conclue en présence de la chose, ni que l'acheteur se soit trouvé dans sa maison lorsque la chose y a été déposée : ainsi, le dépôt dans la maison de l'acheteur a été le fait par lequel la possession a été acquise. Aussi le jurisconsulte observe-t-il expressément qu'il n'est point nécessaire que les gens de l'acheteur aient reçu la chose en son nom (*quamquam id nemo dum attigerit*), circonstance dans laquelle on eût pu trouver la cause de la possession.

L. 9, § 3, D. *de jure dot.*

« *... quid enim interest, inferantur volente et in donum ejus, an ei tradantur ?* »

Le motif de cette règle est facile à découvrir. Chacun a sur sa maison un pouvoir plus assuré que sur tous les autres biens, et ce pouvoir lui donne la *custodia* de toutes les choses que la maison renferme. Il est certain que telle a été la manière de voir des jurisconsultes romains, et ce qui nous le prouve, c'est que, dans un autre cas semblable, la possession est niée précisément par défaut de *custodia* (1). — De là on déduit facilement les conditions de l'acquisition, que le passage cité n'exprime pas même.

Comme la seule chose qui importe consiste à *faire usage soi-même du bâtiment* dont il est question, nous pouvons dire :

1° Que cette acquisition ne dépend ni de la propriété ni de la possession juridique du bâtiment. Ainsi le locataire d'une maison ou d'un magasin peut acquérir de cette manière la possession, quoiqu'il n'ait ni la propriété ni la possession juridique du bâtiment : car, il n'y a pas de doute que, même sans jouir de ces droits, il n'ait la *custodia* de toutes les choses qui se trouvent dans le bâtiment.

2° Que cette acquisition est au contraire impossible pour celui qui ne fait pas lui-même usage du bâtiment, quoiqu'il en

(1) L. 5, § 3, D. *de poss.*

ait la propriété ou la possession. C'est ainsi que le propriétaire d'une maison louée ne peut, de cette manière, acquérir aucune possession, par le même motif pour lequel elle est acquise à celui qui habite la maison, bien qu'ici le propriétaire n'ait point abandonné la possession juridique de cette dernière (1). — Cette seconde proposition nous facilite l'interprétation du passage suivant, qui, sans cela, pourrait donner lieu à des doutes sur l'exacte vérité de notre règle (2) : « qui universas « *ædes possidet* (possédit), *singulas res, quæ in ædificio sunt*, « *non videtur possedisse* : » c'est-à-dire que la possession juridique de la maison n'entraîne pas nécessairement aussi celle des divers objets qui se trouvent dans ce bâtiment, de sorte que l'on ne peut pas conclure de celle-là à celle-ci : ce qui est fort naturel, parce que l'on peut devenir possesseur d'une maison, sans l'habiter soi-même; par exemple, lorsqu'après l'avoir achetée on la loue au vendeur (*constitutum possessorium*). Mais la contradiction apparente de ce texte avec notre règle peut encore disparaître d'une autre manière. Car celui qui acquiert la possession d'une maison, par exemple, par l'expulsion du possesseur actuel, peut très-bien ignorer l'existence des divers objets qui se trouvent dans le bâtiment, et, dans ce cas, il ne les possède pas, parce que l'intention de les posséder (*animus possidendi*) lui manque.

Les détails dans lesquels nous sommes entré pour éclaircir notre règle nous serviront pour la décision d'un autre cas qui offre beaucoup de ressemblance avec le nôtre : nous voulons

(1) Ces deux propositions sont confirmées par quelques passages analogues que voici : L. 5, § 2-5, D. *de injuriis*. — L. 22, § 2; L. 25, § 5, D. *ad Leg. Jul. de adult.* Cependant la ressemblance de ces textes avec notre cas n'est pas parfaite, parce qu'ils sont restreints aux *bâtimens d'habitation*, ce qui n'est pas ici le cas.

(2) L. 50, pr. D. *de poss.* La glose et la plupart des jurisconsultes modernes entendent par les mots *res quæ in ædificio sunt*, les poutres et les pierres qui entrent dans la construction de la maison. Le contenu du texte n'élèverait alors aucun doute, mais l'explication elle-même est forcée.

parler de la possession des *trésors*. Dans la théorie de la propriété, on entend par trésor toute chose de prix cachée et que la durée du temps depuis lequel elle se trouve dans cet état nous autorise à considérer comme *sans maître* (1) : cette restriction est ici fort naturelle, parce que, sans elle, il ne pourrait être question d'un mode particulier d'acquérir la propriété, de sorte que la découverte d'un trésor ne rentre que sous cette condition dans la théorie de la propriété. Il en est tout autrement de la possession pour laquelle la propriété d'autrui est tout à fait indifférente : tout argent enfoui y est considéré comme trésor, et il n'importe nullement que l'on parvienne ou non à en trouver encore le propriétaire : voilà aussi pourquoi les jurisconsultes romains rapportent le mot *thesaurus* à l'un et à l'autre cas, sans distinction; et cette terminologie est si naturelle, qu'ils ne croient pas même nécessaire de la mentionner en termes exprès. La glose et les jurisconsultes modernes en agissent tout autrement. Ils distinguent, dans les textes du droit romain qui concernent les trésors, un *thesaurus* dans le sens large et un autre dans le sens restreint; ce qui suffit déjà pour porter la confusion dans les règles si simples des jurisconsultes romains. — Enfin, il est encore évident qu'un trésor ne diffère en droit d'aucune autre chose meuble cachée dans un fonds, et qu'il ne s'agit par conséquent, dans nos sources de droit, de la possession des trésors, que parce qu'ils donnent lieu aux cas les plus importants et les plus fréquents de cette matière.

Ainsi, lorsqu'on enfouit un trésor ou toute autre chose meuble dans un fonds, le possesseur de ce fonds en acquiert par là seul possession; en d'autres termes : l'action d'enfouir constitue-t-elle le fait qui, joint à l'intention, produit réellement la possession? Ce cas offre avec celui que nous venons d'expliquer (p. 201) cette ressemblance, qu'une chose meuble est unie à une chose immeuble, sans cependant faire partie de cette der-

(1) « *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ cujus non exstat « memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus, qui invenit, quod non alterius sit.* » L. 51, § 1, D. *de adquir. rer. dom.*

nière : car, lorsque la chose est déposée dans l'habitation, cette union fait acquérir la possession ; il paraîtrait donc conséquent de conclure, dans ce cas-ci, au même effet, pourvu que nous possédions le fonds. Mais le motif pour lequel on acquérait la possession de la chose meuble dans le cas de la maison, consistait dans la *custodia* toute particulière qui n'est possible que dans ce cas, et c'est là aussi le motif pour lequel, dans notre cas, la possession du trésor n'est pas acquise au possesseur du fonds (1). Ainsi, pour acquérir cette possession, ce dernier doit, comme tout autre, *déterrer, lever* le trésor ; il en acquiert alors la possession de la manière tout ordinaire, en le saisissant, ou par sa présence immédiate (§ 16). — Tel est le contenu des passages suivants du droit romain :

1. L. 15, D. *ad exhibendum*.

« *Thesaurus meus* (2) in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere : cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum, eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait : quia neque possideris eum, neque dolo feceris, quo minus possideres. »

2. L. 44, pr. D. *de poss.*

« . . . cum, si alius in meo condidisset (pecuniam), non alias

(1) *Quid?* si le trésor a été enfoui dans *notre* maison ? Il faut distinguer : si nous savons où il est placé, nous en sommes possesseur sans le déterrer, *quia est sub custodia nostra* ; mais si nous ne connaissons pas ce lieu, et si nous savons seulement que ce trésor existe dans notre maison, nous n'en sommes pas encore possesseur, puisque l'acte de trouver dépend du pur effet du hasard. Il y a également une différence, en matière de trésor, entre la maison et le fonds de terre. C'est à tort que Pfeiffer, *Recht der Kriegseroberung* (Cassel, 1825), p. 17, nie cette différence ; c'est également par erreur qu'il prétend que nous pouvons acquérir la possession d'une chose que nous avons achetée, en la faisant déposer, non dans notre propre maison, mais sur le fonds d'autrui. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Il ne s'agit donc pas ici du *thesaurus* dont on parle lors de l'acquisition de la propriété (p. 202, 205). La même observation s'applique au texte suivant.

« *possiderem, quam si ipsius rei possessionem* (1) *supra terram*
« *adeptus fuisset* »...

3. L. 5, § 5, D. *de poss.* (2).

« *Neratius et Proculus, (et) solo animo non* (3) *posse nos*
« *adquirere possessionem, si non antecedit naturalis pos-*
« *sessio* (4).
Neratius et Proculus disent qu'on ne peut acquérir la possession par la volonté seule, que là où il existe déjà auparavant ce qu'il y a de physique dans toute possession, la détention.

« *Ideoque si thesaurum in fundo meo* (5) *positum sciam*
« *continuo me possidere, simulque possidendi affectum habuero : quia, quod desit natu-*
Ils en tirent la conclusion que le possesseur de biens-fonds peut acquérir, par la volonté seule, la possession d'un trésor enfoui dans ces der-

(1) Le mot *possessio* est pris ici dans le sens de possession naturelle (p. 86, 87), et le terme *possessionem adipisci* est employé ici comme condition du *possidere* (juridique), de la même manière qu'on se sert dans d'autres textes du terme *naturalis possessio* pour exprimer la même condition. L. 5, § 5, 15, D. *de poss.*

(2) De tout temps les interprètes se sont beaucoup occupés de ce passage. Ceux qui l'ont le mieux traité sont Engleb. De Man, *Diss. de thesauro ad L. 5, § 5, D. de poss.* (*Thes. Diss. Belg.* vol. I, t. 2, p. 505-506 ; quoique ces 81 pages renferment beaucoup de choses inutiles), et Cuperus, P. II, ch. 52, 55. — Nous présenterons notre interprétation dans une traduction libre que nous éclaircirons et justifierons par des notes.

(3) V. la note 1 de la page 206.

(4) Ainsi : *posse nos* *adquirere* (*solo animo*) *possessionem, si antecedit naturalis possessio*. C'est ce qu'exprime assez clairement la double négation, et il n'est par conséquent pas nécessaire d'admettre que cette partie positive du principe ait été omise par Paul ou par un copiste.

(5) La *propriété* du fonds n'est pour rien ici ; il ne s'agit que d'en avoir la *détention*, et le jurisconsulte le nomme *meus fundus* uniquement parce que, dans le principe et originairement, la détention est jointe à la propriété. Si le trésor se trouvait dans un fonds affermé, il serait question du droit du fermier, et nullement de celui du propriétaire.

« *rati possessioni, id animus* niens ; ils disent que la déten-
 « *implet* (1). *Ceterum quod* tion existe déjà, et que ce qui

(1) Voici quelle est la liaison de ce texte : En premier lieu, on cite une règle générale tirée des ouvrages des deux jurisconsultes, et sur laquelle il n'y avait aucun doute : on ajoute ensuite, des mêmes ouvrages, une application de cette règle aux trésors : l'on communique alors une opinion différente sur ce cas, et que l'on rejette : enfin, l'on rapporte, sur le même cas, une troisième opinion que l'on approuve. — Nos jurisconsultes se sont imaginé que la règle de Nératius se trouvait dans une contradiction (réelle ou au moins apparente) avec l'application qu'il en fait ; cette erreur provenait de deux causes. La première c'est que l'on voyait bien que le terme *naturalis possessio* désignait ici ce qu'il y a de physique dans la possession (le fait) ; mais comme l'on voyait dans ce fait le contact corporel, on ne pouvait concevoir qu'il fût possible de parler ici de la *naturalis possessio* du trésor : tout ceci est cependant très-concevable si l'on entend par le fait la possibilité d'exercer immédiatement son influence (la *custodia*), et c'est elle que Nératius présupposait par erreur. En second lieu, on traduisait les mots « *quod desit naturali possessioni* » par « ce qui manque encore à l'existence de la *naturalis possessio* » ; mais la *nat. possessio* existe dans sa plénitude d'après notre texte, seulement elle n'est pas accompagnée de la condition extérieure par laquelle elle devient possession juridique. — La glose dit pour cette raison à l'occasion des mots « si non antecedit *naturalis possessio* » : et supplé *vel aliud, quod pro ea habeatur*. » — Par la suite on fit rapporter la *naturalis possessio* aux fonds de terre : l'on disait qu'on pouvait avoir par ces derniers indirectement la possession du trésor, lors même qu'on n'en aurait pas la *naturalis possessio*. (Paul de Castro, sur le *Dig. nov.* P. 1, fol. 56, ed. Lugd. 1548, in-fol ; ensuite Zasius, Cujas, Chesius et beaucoup d'autres.) — D'autres sont tombés dans une faute plus grave, en biffant le premier mot (*solo animo non posse*). (N. a Saliis, *Sicilim. j. civ.* Hannov. 1614, in-8°, p. 554. — Noodt, *Probabil.* L. II, ch. 6, n° 4.) — C'est Jensius qui donne, le premier, une explication conforme à la vérité, mais très-courte. *Strictur.* p. 528, ed. 1759. — Man (*l. c.* p. 551-555) expose avec beaucoup de détails l'explication juste de *desit*. — Il explique aussi avec justesse la *naturalis possessio*. Toutefois il pense que ce terme doit être employé dans une signification impropre, parce que, selon lui, une fiction juridique est ici nécessaire, et ce scrupule le tourmente tellement, qu'après maints essais faits pour s'en débarrasser, il retourne finalement à l'opinion commune et rapporte la *naturalis possessio* au fonds de terre (*l. c.* p. 551, 559-579). — Cuperus (P. II, ch. 52) interprète parfaitement bien, mais si

« Brutus et Manilius putant, manque encore à la simple dé-
 « eum qui fundum longa pos- tion est l'*animus possidendi* qui
 « ssessione cepit, etiam the- s'y joint précisément. L'opi-
 « saurum cepisse, quamvis nion professée par Brutus et
 « nesciat in fundo esse, non Manilius, et d'après laquelle le
 « est verum : is enim qui nes- trésor ferait déjà partie du
 « cit, non possidet thesaurum, fonds et serait, par conséquent,
 « quamvis fundum possideat : usucapé avec ce dernier, alors
 « sed et si sciat, non capiet même que le possesseur ne sau-
 « longa possessione : quia scit rait rien du trésor, est sans au-
 « alienum esse (1). Quidam cun doute fausse, même d'après

brèvement, qu'on ne voit pas comment il se serait défendu contre les objections ordinaires pour ce qui concerne la *naturalis possessio*. Wenck, *De traditione*, p. 12, explique le passage de cette manière ; il dit : la première moitié (à partir de *Neratius* jusqu'à *implet*), se rapporte à un trésor sans maître ; la propriété y sert de supplément à la *possessio naturalis* qui manque, et cette opinion de *Neratius* est aussi approuvée par Paul. La seconde moitié (à partir de *Ceterum* jusqu'à *quibus consentio*) ne parle que d'un trésor appartenant à autrui. — Non-seulement cette première supposition (l'acquisition de la possession par la propriété) est fautive, mais encore toute la distinction de deux cas est arbitrairement portée dans le passage.

(1) Dans tout ce passage l'on entend par *thesaurus* tout argent généralement enfoui, sans distinguer s'il est sans maître ou non (p. 202, 205). Les mots *quia scit alienum esse* ne permettent pas de n'entendre ce terme que du trésor sans maître ; mais on a cru qu'il signifiait ici uniquement le trésor qui se trouve encore dans la propriété d'autrui, opinion que Cuperus appuie sur une raison tout erronée (v. plus loin, § 55), mais que la plupart des auteurs révoquent en doute par les deux motifs suivants : A) Parce qu'il s'agit de l'*usucapion* du trésor qui, selon eux, ne serait pas nécessaire pour acquérir la propriété d'une chose sans maître. Mais, avant Justinien, l'*usucapion* devait se joindre à toute occupation, pour changer la propriété bonitaire en *justum dominium* : le doute tout entier repose donc sur les erreurs ordinaires dans lesquelles on tombait relativement aux rapports des *res nec mancipi* avec la propriété romaine, erreurs qui n'ont été totalement détruites que par Hugo. B) A cause des mots : *quia scit alienam esse*. On a vainement cherché à se défendre contre cet argument, soit en émettant, soit en interprétant. (Bynkershoek, *Obs.* VII, 1. — Cuperus, P. II, ch. 55.—

« putant Sabini sententiam ve-
 « riorum esse, nec alias eum,
 « qui scit, possidere, nisi si
 « loco motus sit: quia non sit
 « sub custodia nostra, quibus
 « consentio (1). »

L'opinion que nous avons indiquée d'abord : car on ne peut dire sérieusement que le trésor fait partie du fonds; il s'ensuit qu'il n'est pas possédé en même temps que le fonds par le possesseur de ce dernier; celui-ci doit, au contraire, avoir connaissance de l'existence du trésor : mais lors même qu'il en a connaissance, il ne peut cependant l'usucaper, parce que, sachant l'existence du trésor, il sait aussi qu'il appartient à autrui et verse par conséquent dans la mauvaise foi. — Quelques-uns sont d'avis, d'après Sabinus, que le possesseur d'un fonds ne peut acquérir, par la volonté seule, la possession du trésor, mais qu'il doit le déterrer, parce que ce n'est que par là que le trésor passe sous sa garde. Voilà la vraie opinion.

Man, l. c. p. 345—345.) Voici quelle est notre opinion : le fragment suppose que le possesseur du bien-fonds n'a pas encore trouvé le trésor, mais qu'il en connaît l'existence. Comment cela est-il possible? C'est lorsqu'il a appris, d'une manière quelconque, que l'on a enfoui le trésor; mais alors il sait en même temps que le trésor se trouve dans la propriété d'autrui. (L. 51, § 1, D. de adq. rer. dominio. « depositio... cujus memoria non exstat. ») Il s'agit donc ici d'un trésor qui est dans la propriété d'autrui, non parce que le passage entier ne traitait que de cela, mais parce que la connaissance de l'existence du trésor ne peut autrement être supposée.

(1) La glose et presque tous les autres interprètes trouvent cette décision fort singulière, puisque dans d'autres cas la locomotion de la chose n'est pas exigée pour acquérir la possession, et qu'elle est même impossible par rap-

§ 48. Définition plus exacte de l'appréhension.

Nous venons de prouver par l'interprétation des textes ce que nous avons supposé plus haut, à savoir que c'est la possibilité d'exercer immédiatement son influence sur la chose, et non le contact corporel, qui constitue l'appréhension. Par là

port à beaucoup de choses, par exemple, aux fonds de terre. Voilà pourquoi le plus grand nombre des auteurs n'entendent ce passage que d'un trésor qui se trouve encore dans la propriété d'autrui (v. la note précédente); ils disent que c'est là la raison pour laquelle ici, comme dans les L. 15, D. ad exhibendum et L. 44, pr. D. de poss., la locomotion est particulièrement nécessaire pour opérer l'expulsion du possesseur actuel : cette interprétation part encore une fois de principes tout à fait erronés. Odfred (fol. 55) fait précisément la distinction contraire, en faisant rapporter le passage à un trésor proprement dit, c'est-à-dire sans maître, et en exigeant alors le contact pour l'acquisition de toutes les choses sans maître « quia possunt intervenire multi casus, quibus nostra non fiunt... : « præterea non est ibi aliquis, qui velit in me transferre possessionem. » Bynkershoek (Obs. VI, 1), lit loco notus, au lieu de loco motus, et ainsi, à l'aide d'une correction et d'une interprétation complètement forcée, il amène, comme résultat, un principe entièrement faux. — Mais ici, comme en général dans tous les cas, c'est la présence immédiate de la chose qui constitue l'appréhension : comme il ne semble guère concevable que quelqu'un aille entièrement déterrer un trésor sans l'extraire du sol et l'emporter, la locomotion pouvait être indiquée, sans scrupule, comme appréhension, d'autant plus qu'il s'agissait ici, dans notre texte, d'exprimer le contraste avec l'opinion de Neratius qui voulait faire acquérir la possession par la simple connaissance de l'existence du trésor. Cette explication juste des mots nisi si loco motus sit se trouve seulement chez les glossateurs les plus anciens. Glose interlin. (MS. Paris. 4458 a) : « G. (Guarnerius) vel pro moto « habeatur veluti si coram positum thesaurum oculis et affectione videatur « apprehendisse, sicut in aliis rebus ut I. e. l. 1. » — Glose interlin. (MS. Paris. 4455) « vel pro moto habeatur veluti si præsens thesaurum oculis et « affectu apprehendatur quod in possessione necessarium est. M. » (Martinus.) — Le résultat des trois textes cités (L. 15, D. ad exhibendum. — L. 44, pr. D. de poss. — L. 5, § 3, D. de poss.) est, d'après cela, absolument le même, et il est complètement indifférent que l'argent enfoui soit ou non sans maître et qu'il ait été ou qu'il n'ait pas été jusqu'ici dans la possession d'autrui.

disparaissent toutes les appréhensions fictives, parce que tous les cas dans lesquels on admettait une appréhension fictive, d'après des hypothèses arbitraires, sont compris, sans exception, dans l'appréhension naturelle telle que nous l'avons définie.

Mais c'est la notion même de l'appréhension, dont nous avons démontré la réalité, qui doit recevoir maintenant quelque éclaircissement. Nous atteindrons ce but le plus facilement par la comparaison de quelques passages déjà expliqués.

Celui qui a mortellement blessé une bête sauvage et la poursuit de très-près, n'en est pas encore le possesseur, tant qu'il ne l'a pas réellement prise ou tuée; car il est encore possible de maintes façons que cet animal lui échappe complètement, et alors il n'a été en aucun instant à même d'y exercer, à son gré, son influence, condition indispensable à l'acquisition de la possession. C'est de la même manière et par les mêmes motifs, que même le propriétaire d'un fonds de terre n'acquiert la possession d'un trésor qui y est enfoui que lorsqu'il l'a réellement déterré, parce qu'il est fort possible, dans ce cas aussi, que ce soit un autre qui trouve le trésor, et qu'alors celui-ci n'a été dans aucun instant au pouvoir de ce propriétaire.

Mais nous pouvons au contraire acquérir la possession d'une chose, uniquement parce qu'elle a été déposée dans notre maison, même en notre absence: et cependant il n'est pas impossible, dans ce cas, que d'autres occupent la maison immédiatement après par violence, et que nous n'ayons alors eu, dans aucun instant, la chose en notre pouvoir. Il est encore constant que l'on peut, du haut d'une tour voisine, transmettre la possession d'un fonds de terre, et il est cependant également possible que le nouveau possesseur n'aura jamais de pouvoir réel sur la chose, parce qu'au même instant où il voudra y entrer, un autre, qui prétend aussi à la possession, peut arriver et le repousser avec violence.

Quel est donc le motif pour lequel on acquiert la possession dans ces cas-ci, et qu'on ne l'acquiert pas dans ceux-là? La différence repose évidemment sur ce que la possibilité d'être entièrement exclu de la chose, même avant de l'avoir réelle-

ment eue en son pouvoir, est très-proche dans les premiers cas, et si éloignée dans les derniers qu'elle s'évanouit entièrement pour le possesseur. Tout le monde croira facilement qu'un animal blessé lui échappe, ou que ses recherches pour découvrir un trésor seront infructueuses jusqu'à ce qu'un autre le prévienne; mais il paraîtra peu vraisemblable qu'on viole de vive force le domicile, ou qu'un autre, qu'on ne pouvait voir précédemment, arrive pour s'emparer de la possession, pendant les quelques instants qu'on met à aller dans le fonds de terre situé à proximité: personne ne prendra cette possibilité en considération. Les uns de ces cas peuvent donc produire la *conscience du pouvoir physique*, tandis que les autres la repoussent; et la notion de l'acte par lequel on doit acquérir la possession, se trouve donc entièrement déterminée: la possibilité d'exercer à son gré son influence sur la chose, doit se montrer *immédiate, présente*, dans le chef de celui qui veut acquérir la possession.

Ce que nous venons de dire nous donne en même temps, pour l'idée matérielle de la possession (§ 9), une nouvelle expression qui nous présente de la manière la plus facile les idées attachées à l'acquisition et à la perte de la possession. Toute possession d'une chose repose, en effet, sur la conscience d'un pouvoir physique illimité (1). Pour que cette conscience

(1) Lorsqu'on explique ce principe, en disant: « celui qui croit avoir le « pouvoir physique sur la chose en a la possession, » rien de plus facile que de le réfuter, et c'est en ce sens que Zachariæ l'a réellement réfuté. (*De poss.*, p. 27.) Mais nous croyons avoir été tellement sur nos gardes pour éviter un pareil malentendu, que nous ne savons même rien ajouter à la précision de nos termes. Nous avons dit très-positivement que les faits qui peuvent produire cette conviction, doivent nécessairement exister, de sorte qu'il n'a été fait mention de cette conviction que relativement à ces faits; tant pour expliquer pourquoi ils sont importants, que pour en déterminer plus exactement l'idée. Mais pour ce qui concerne la continuation de la possession, nous avons dit, avec non moins de précision, qu'elle repose sur la possibilité d'une *reproduction* tout ce qui fait acquérir la possession, (1^{re} éd. § 29 et 32), possibilité qui ne disparaît pas par l'éloignement de la chose et par l'oubli de la possession, mais bien parce qu'on perd l'objet ou que l'on a l'*animus non possidendi*.

se produise, il faut que l'*animus* d'avoir la chose comme sienne existe (1) : il faut en même temps que les conditions physiques de la possibilité dont la conscience doit naître (*corpus*) se rencontrent. La possession *continue* par la continuation des mêmes conditions (*corpore et animo*) dont l'accomplissement l'a fait acquérir : mais il est très-naturel que la continuation de la possession n'exige pas ce pouvoir physique et immédiat dont on avait besoin pour faire naître la possession ; elle ne réclame que la *possibilité* continue de *reproduire* à son gré ce rapport immédiat. Voilà pourquoi nous ne perdons pas la possession que nous avons une fois acquise, par le seul fait de notre éloignement de la chose, bien que le rapport physique dans lequel nous nous trouvons alors avec l'objet ne suffirait point pour nous procurer la possession (2) : cette différence entre les conditions physiques de l'acquisition et de la continuation ne saurait être appliquée sans ce rapport à la *conscience* du possesseur (3).

Cette manière de voir servira peut-être à concilier les controverses qui se sont élevées sur la nature de l'appréhension. En effet, nous avons déjà fait observer plus haut (§ 14), que

(1) Il ne peut être question ici de la *possession dérivée* qui ne constitue qu'une modification de la *possession originaires* (§ 9).

(2) Cette différence entre la continuation et l'acquisition de la possession se voit même dans les expressions. C'est ainsi que, dans un même cas, un passage nie la *custodia* (L. 3, § 3, D. de poss.), tandis qu'un autre l'admet (L. 44, pr. D. de poss.) : c'est qu'il s'agit, dans le premier passage, de l'acquisition de la possession, et dans le second, de sa continuation.

(3) Zachariæ croit que sa définition de la possession offre un grand avantage sur toute autre, en ce qu'elle fait dépendre absolument des mêmes conditions, l'acquisition et la continuation de la possession. (*De poss.*, p. 27). Mais cette identité de conditions ne découle pas de la définition, mais bien du principe : *initio possessionis probato, tamdiu ejus retentio præsumitur, donec probetur contrarium, i. e. finis* (p. 16). Il ne parvient à cette règle que par des détours peu logiques, et elle découle si peu de sa définition, qu'elle lui est même contraire. Car, d'après sa définition, les *signa e quibus constat alicui inesse animum, etc.*, appartiennent à l'essence de la possession ; tandis que, dans cette règle, ils ne figurent que comme simple moyen de preuve qu'une présomption doit remplacer.

la plupart des auteurs considèrent comme fictive, comme artificielle, toute appréhension qui ne s'opère point par la saisie corporelle de la chose, de sorte que beaucoup d'entre eux ne l'admettent que dans les cas de la tradition ou seulement à cause de la propriété. D'autres ont, à la vérité, une idée juste de l'appréhension en général, mais ils sont néanmoins portés à admettre une différence, selon qu'il s'agit d'une possession dont on s'est emparé, ou selon qu'il s'agit de la tradition (1). Une telle distinction peut en effet être admise, pourvu qu'on ne l'adapte pas au principe lui-même, mais à son application. Car, lorsqu'on se demande sous quelles conditions la présence produit en même temps la conscience du pouvoir physique, la réponse dépendra principalement, et surtout à cause de l'intervention des tiers, d'une foule de circonstances individuelles. La conscience dont nous parlons naîtra le plus facilement par la tradition, parce que l'habitude de se voir dans la possession aura formé chez le possesseur antérieur un sentiment de sûreté d'un plus haut degré quant à son pouvoir sur la chose, et parce que le nouveau possesseur entre tout d'un coup dans cette sûreté successivement acquise. C'est ainsi qu'un même fait extérieur fera acquérir, dans la tradition, en beaucoup de cas, la possession, tandis qu'il n'en sera pas ainsi dans l'occupation. Si l'on a égard à ces réflexions, la dispute directement pratique disparaîtra en grande partie, puisque, dans le plus grand nombre des cas, la question de savoir si la possession est ou non acquise, recevra la même solution pour les deux opinions divergentes. Il ne restera donc plus que la contestation sur les idées théoriques, sur la base du système positif de la possession, et en même temps sur quelques conséquences pratiques qui en proviennent, parce que nos adversaires considèrent mainte acquisition par tradition, que nous croyons très-naturelle, comme fictive, et exigent, contrairement à la nature de la possession, l'accomplissement de conditions purement juri-

(1) Par exemple, Hufeland, *Neue Darstellung*, p. 83 et suiv.

diques pour que ces acquisitions puissent s'opérer (p. 185, 186). Ceux qui s'écartent le plus de la vraie opinion sont ceux qui ne veulent souvent voir dans la possession qu'une conséquence de la propriété (p. 186). Non-seulement ils renversent l'ordre et le rapport naturel des idées, mais ils ne peuvent pas même invoquer en leur faveur la lettre de la loi; car un grand nombre des textes sur lesquels nous avons établi plus haut (§§ 15, 16, 17) l'idée générale de l'appréhension ne parlent, à la vérité, que de la tradition, mais ils n'exigent nullement que celui qui fait tradition ait été propriétaire ou même seulement possesseur de bonne foi (*b. f. possessor*); ils ne s'adaptent donc ni mieux ni plus mal à des cas où il s'agit de la propriété transmise qu'aux cas dans lesquels aucun droit à la chose ne s'acquiert par la tradition.

C'est maintenant d'après le principe général de l'appréhension que nous avons tiré, par abstraction, des diverses décisions données par les jurisconsultes romains, qu'il faut apprécier tous les cas particuliers dont le droit romain ne renferme pas la solution expresse.

Supposons qu'il s'agisse de la possession d'un bien qui, dans une étendue très-considérable, comprend plusieurs fermes: suffirait-il, dans ce cas, d'y entrer seulement à l'un des bouts pour devenir possesseur de tout le fonds? Le droit romain ne fait pas mention de ce cas, car les *fundi* dont parlent les jurisconsultes romains, ne sont évidemment que des parcelles de terrain très-restreintes, que l'on peut embrasser d'un regard. D'après notre principe, cet acte n'a point fait acquérir la possession; celle-ci n'est possible que par ces actes qui peuvent produire et faire tomber sous les sens la conviction du pouvoir physique sur *chaque partie* du fonds; ainsi le bien que le droit considère comme un tout (*universitas*) est considéré dans cet acte qui n'a aucune forme juridique, comme une chose complexe. Il en est tout autrement lorsque, d'après l'opinion communément admise, on fait acquérir la possession d'un fonds par des actes symboliques; leur effet devrait s'étendre sur toute la chose, parce qu'elle est considérée comme une universalité

juridique: et, sous ce rapport, la position physique et l'étendue ne peuvent créer aucune différence.

§ 19. *De l'acquisition par appréhension antérieure.*

La notion de l'acte extérieur qui, joint à l'*animus*, nous donne la possession, est maintenant entièrement déterminée. Il ne nous reste plus qu'à examiner le cas où le pouvoir physique sur la chose existait déjà, avant qu'il fût question d'acquérir la possession.

Il est évident que, dans ce cas aussi, la seconde condition de toute acquisition, l'*animus*, doit s'accomplir: mais quant à l'appréhension dont nous nous occupons ici uniquement, il n'est plus rien exigé. C'est en ce sens que l'on peut acquérir la possession par l'intention seule (*solo animo*) (1), parce qu'au moment de l'acquisition, on n'a besoin de faire autre chose que de diriger sa volonté vers ce but.

Il est encore hors de doute que, dans ce cas, le rapport physique tel que celui qui nous conserve la possession déjà acquise, suffit pour faire acquérir la possession, pourvu qu'il ait été précédé d'une autre appréhension.

Le cas le plus important qui trouve ici sa place, est la tradition que l'on appelle *traditio brevi manu*. On comprend par ce terme deux choses très-distinctes: tantôt il désigne le transport de la propriété, puisque la possession était déjà transmise (2); ce cas ne nous intéresse pas ici puisqu'il n'apporte

(1) L. 5, § 5, D. de poss. « Neratius et Proculus, (et) solo animo non « posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. » — V. p. 205, note 4.

(2) L. 21, § 1, D. de adqu. rer. dom. « Si rem meam possideas, et eam « velim tuam esse: fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. » — Cpr. L. 46, D. de rei vind. — Il n'est point nécessaire, dans un pareil contrat, que la chose soit présente, car la L. 47, D. de rei vind., a évidemment rapport au *fictus possessor*, c'est-à-dire au défendeur qui n'est pas véritable possesseur (*cum possessionem ejus possessor nactus sit*); *res absens* est donc une chose qui n'est pas dans sa possession. — Enfin les

aucun changement dans la possession : tantôt il désigne le transport de la possession, puisque l'autre n'avait jusqu'alors que la simple détention, cas dans lequel la possession s'acquiert de la manière que nous venons d'indiquer, et auquel se rapportent les passages suivants :

1. L. 9, § 5, D. de adq. rer. dom. (§ 44, J. de rer. div.)¹

« Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam : veluti si rem , quam commodavi , aut locavi , tibi , aut apud te deposui (1) , vendidero tibi : licet enim ex ea causa tibi non tradiderim , eo tamen , quod patior eam ex causa emtionis apud te esse , tuam efficio. »

2. L. 62, pr. D. de evictionibus.

« Si rem , quæ apud te esset (2) , vendidissem tibi , quia pro tradita habetur , evictionis nomine me obligari placet. »

espèces des lois suivantes sont complètement étrangères à ce mode d'acquiescence : L. 11, pr. ; L. 15, D. de reb. cred. — L. 54, pr. D. mandati ; car celui qui doit de l'argent à un autre *ex mandato*, a actuellement la *propriété* et la *possession* des pièces d'argent : si l'on change donc l'*obligation* en *mutuum*, rien n'est changé ni dans la propriété ni dans la possession, et il s'ensuit que la question de savoir si ce changement est possible ne rentre point dans la théorie de la propriété. — Dans l'analyse que l'on a faite de notre ouvrage, dans les *Archives juridiques*, t. IV, p. 411, on allègue contre notre opinion, que le mandataire qui reçoit de l'argent, n'est nullement propriétaire et possesseur de cet argent, pourvu que naturellement les sommes reçues existent encore *in speciebus* chez le mandataire. Mais dans le cas que l'on invoque ici nous sommes fondé à admettre précisément le contraire : 1° parce qu'il ne s'agit ici que de rapports obligatoires appartenant au droit des obligations, et dans lesquels il est naturel et d'usage de ne point prendre en considération si le mandataire a conservé les mêmes espèces d'argent ; 2° parce que la L. 54, pr. citée, oppose précisément sous ce rapport le dépôt au mandat : « Nec huic simile esse , quod si pecuniam apud te depositam convenerit , ut creditam habeas , credita fiat : quia tunc nummi , qui mei erant , tui fiunt. » Ce qui est fort naturel : la conservation de la *species* qui est très-accidentelle chez le mandataire, constitue justement le devoir du dépositaire.

(1) Aucun de ces actes ne transmet la possession juridique. V. plus bas, le § 25.

(2) L. 63, D. de V. S. « Penes te amplius est , quam apud te : nam

3. L. 9, § 9, D. de rebus creditis.

« Deposui apud te decem , postea permisi tibi uti : Nerva , Proculus , etiam antequam moveantur (1) , condicere quasi mutua tibi hæc posse ajunt : et est verum , ut et Marcello videtur : animo enim cepit possidere... »

Dans ces passages, il s'agit d'abord de la transmission de la propriété, mais par un acte dont on dit : *per possessionem dominium quæritur*, de sorte qu'ils impliquent aussi une preuve pour la possession, c'est-à-dire que, dans ces cas, non-seulement la possession elle-même est transmise conjointement avec la propriété, mais que la possession peut aussi être transmise, de cette manière, sans la propriété ; par exemple, lorsque le vendeur lui-même n'est pas propriétaire, ou lorsque celui auquel on transmet la chose doit recevoir une véritable *possessio* par le nantissement, le *precarium* ou l'emphytéose.

La *tradition faite sous condition* appartient aussi à ce mode d'acquiescence la possession. Aucune possession immédiate n'est transmise, mais dès que la condition s'accomplit, on acquiert pour soi la possession qu'on n'exerçait jusqu'alors qu'au nom d'autrui :

L. 38, § 1. D. de poss.

« ... existimandum est , possessiones sub conditione tradi posse , sicut res sub conditione traduntur (2) , neque aliter accipientis fiunt , quam conditio extiterit. »

« apud te est , quod qualiter qualiter a te teneatur , penes te est , quod quodam modo possidetur. »

(1) Ainsi, sans nouvelle appréhension. — Dans le passage suivant (L. 10, D. de rebus cred.) le jurisconsulte décide, pour un autre cas, précisément le contraire, mais pour aucun autre motif que parce que l'emploi de l'argent formait la condition, sans laquelle il ne pouvait être question d'un *mutuum*, même d'après la volonté des parties.

(2) C'est-à-dire, que de même qu'il y a une tradition opérée sous condition pour la propriété (par conséquent aussi médiatement pour la possession), il en existe également une pour la possession seule, indépendamment de tout rapport à la propriété. Cpr. L. 2, § 5, D. de don. — L. 58, pr. D. de damno inf.

Il faut cependant observer que, dans tous les cas dans lesquels on acquiert la possession par ce mode, il faut faire une restriction que nous ne pourrions clairement expliquer que plus loin. En effet, celui qui fait exercer par d'autres personnes la possession de choses meubles, ne la perd pas par la volonté seule de ces personnes ; il faut qu'un véritable *furtum*, une *contrectatio* vienne s'y joindre (sect. III) : il s'ensuit que le représentant aussi ne peut acquérir cette possession que par *contrectatio*, parce qu'autrement il y aurait deux possesseurs de la même chose, et c'est là une véritable exception à notre règle.

§ 20. De l'*animus possidendi*.

Nous avons maintenant complètement déterminé la qualité que doit avoir l'acte corporel par lequel on acquiert la possession : mais à cet acte doit se joindre une intention déterminée (*animus*), pour que la possession puisse réellement naître, et c'est de ce point que nous allons nous occuper ici.

Cette volonté consiste originairement dans l'intention de traiter comme *sienne* la chose qui doit former l'objet de la possession (*animus domini*) ; cette idée est par elle-même suffisamment claire, et nous n'avons pas besoin de prévenir qu'il ne faut pas confondre cet *animus domini* avec la conviction que l'on est propriétaire (*opinio domini*). Mais le droit de possession peut, dans quelques cas, être *aliéné* indépendamment de la propriété, et la possession *dérivée* qui prend ainsi naissance, n'exige plus, pour parvenir à l'existence, que l'*animus domini* se joigne à l'appréhension ; il suffit que l'on ait l'*animus possidendi*, c'est-à-dire qu'il est seulement nécessaire d'avoir l'intention d'acquérir de cette manière. Cette idée aussi est trop simple pour nécessiter une explication ultérieure : mais, d'un autre côté, il est d'une haute importance de connaître les cas dans lesquels le droit romain reconnaît une possession dérivée, et fait, partant, une exception à la règle de l'*animus domini*. Cet examen trouve nécessairement ici sa place.

Mais il est d'autres cas dans lesquels cette distinction n'entre

aucunement en considération et qui néanmoins n'admettent pas de possession pour défaut d'*animus*. En effet, celui qui n'a pas en général de volonté, est aussi incapable d'acquérir la possession : et de même une chose dont nous ne pouvons nous imaginer l'existence à part, n'est pas susceptible d'être possédée.

Nous avons donc à répondre ici, quant à l'*animus possidendi*, à trois questions :

1. Quelles sont les personnes qui ne peuvent acquérir aucune possession, parce qu'en général elles n'ont aucune volonté (§ 21) ?
2. Quelles sont les choses dont on ne peut acquérir la possession, parce qu'il est impossible de diriger sur elle l'*animus possidendi* (§ 22) ?
3. Dans quels cas la possession dérivée est-elle possible, c'est-à-dire, dans quels cas peut-on acquérir la possession sans *animus domini* (§ 23-25) ?

§ 22. De l'*animus possidendi* de personnes incapables.

La première question à laquelle nous avons donc à répondre, est celle de savoir quelles sont les personnes qui ne peuvent acquérir aucune possession, parce qu'en général elles ne peuvent avoir de volonté (1).

Nous nommerons en premier lieu les *personnes juridiques*, c'est-à-dire celles qui ne sont considérées comme investies de droits qu'en vertu d'une fiction juridique. — C'est ainsi qu'une succession (*hereditas jacens*) peut avoir et même acquérir tous les autres droits, par exemple, la propriété, mais nullement la possession. L'appréhension serait encore en quelque sorte concevable, parce que l'objet pourrait être enfermé dans une maison appartenant à la succession : mais l'*animus possidendi* est

(1) Toutes ces personnes (les corporations, les furieux, les enfants) ne peuvent acquérir aucune possession par elles-mêmes : nous verrons plus loin (§ 26) jusqu'à quel point elles le peuvent par des tiers.

absolument impossible, et c'est pour ce motif qu'une succession ne peut point acquérir le droit de possession.

L. 1, § 15, D. *si is, qui testamento liber.*

« . . . possessionem hereditas non habet, quæ (i. e. quippe quæ) est facti et animi... »

L'incapacité des corporations existe de la même manière.

Mais cette incapacité qui affecte les personnes juridiques sans exception, peut aussi être produite, chez les personnes physiques, par la qualité particulière de certains individus. C'est ainsi que les personnes atteintes d'aliénation mentale ne peuvent pas acquérir de possession, parce que l'*animus possidendi* est impossible chez elles : il ne peut même être question ici d'une *auctoritas curatoris* qui mettrait l'aliéné lui-même en état d'acquérir la possession :

L. 1, § 3, D. *de poss.*

« *Furiosus*, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere : quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant : sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. »

L. 18, § 1, D. *de poss.*

De même que l'aliénation mentale, de même le jeune âge exclut l'acquisition de la possession : mais il faut ici déterminer le moment où cette incapacité cesse. — Or, il est hors de doute que la puberté fait disparaître ici, comme dans tous les cas pareils, toute incapacité ; il ne reste donc plus que deux cas à considérer : l'impuberté dans le sens strict, et l'enfance.

Quant à la capacité des *pupilles* qui ne sont plus enfants, il est de règle qu'ils jouissent toujours de la faculté d'acquérir la possession, lorsque le tuteur interpose son autorité, et que, sans cette autorité, ils n'acquièrent que lorsqu'ils sont assez formés pour concevoir et vouloir sérieusement cette acquisition.

L. 1, § 3, D. *de poss.*

« . . . pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere inci-

« pere posse pupillum ajunt : eam enim rem facti non juris esse : quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant. »

L. 16, C. *de donat.*

« Si quis in emancipatum minorem, prius quam fari possit, aut habere rei quæ sibi donatur adfectum, fundum crediderit conferendum... per... servum transigi placuit... (1). »

La question présente bien plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'enfants. Comme la capacité du pupille lui-même se trouve déjà restreinte, l'enfant ne peut, à plus forte raison, avoir le droit d'acquérir la possession par lui seul ; d'un autre côté, il est également certain que le tuteur a la faculté de faire l'acquisition au nom du pupille, mais ce point ne nous concerne pas encore ici. Mais est-il possible que l'action de l'enfant lui-même fasse acquérir la possession, lorsque le tuteur y joint son autorité ? Deux motifs semblent exiger une réponse négative à cette question : le premier, parce que, dans tous les autres cas, les lois ne reconnaissent l'autorité du tuteur que par rapport aux pupilles proprement dits (2) ; le second, c'est que l'acquisition de la possession ne constitue pas un acte juridique, et dépend par conséquent de la volonté du possesseur, sans que cette volonté puisse être suppléée par une fiction juridique. Mais comme le tuteur peut acquérir lui-même la possession au nom de l'enfant, quoiqu'il s'y agisse encore bien moins d'une volonté de l'enfant, nous ne pouvons pas, pour être conséquent, alléguer le second motif contre l'*auctoritas* : et comme, selon

(1) Ces passages très-précis doivent servir à en expliquer quelques autres qui font bien mention de la possibilité d'une telle acquisition, mais d'une manière vague et sans parler des conditions de cette possibilité. L. 1, § 11, D. *de poss.* — L. 52, § 2, D. *eod.* — L. 9, pr. D. *de auct. et const. tutor.* — Nous croyons surtout, en vertu de la L. 26, C. *de donat.*, que la capacité du pupille doit être tout individuellement déterminée, de sorte que le § 10, J. *de inutil. stipulationibus*, qui déclare chaque *infantia majorem* capable, ne doit être entendu que de la stipulation.

(2) § 10, J. *de inutil. stipul.* — L. 1, § 2, D. *de admin. tut.* — L. 5, D. *de R. J.*

l'analogie d'un autre cas qui a rapport à l'appréhension (1), toute l'action peut être considérée comme si le tuteur lui-même prenait possession au nom de l'enfant, le premier de nos deux motifs, qui est uniquement tiré de la nature juridique de l'*auctoritas*, doit également disparaître. — Les jurisconsultes romains eux-mêmes ont élevé les premiers des contestations sur cette question : plus tard, on adopta décidément que l'*auctoritas* peut être donnée valablement, et l'on invoque expressément, comme motif de cette validité, l'analogie de l'acquisition par le tuteur telle que nous venons d'en développer la signification.

L. 52, § 2, D. de poss.

« Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit :
« nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris : utili-
« tatis enim causa hoc receptum est : nam alioquin nullus consensus
« infantis est (2) accipienti (3) possessionem.

(1) L. 1, § 21, D. de poss. « Si jusserim venditorem procuratori rem
« tradere, cum ea in præsentia sit : videri mihi traditam Priscus ait. »

(2) C'est ainsi que portent: Cod. Rhed., deux MMS. de Paris (nos 4456 et 4485), un MS. de Munich (no 21), le MS. de Louvain, et l'édition de Venise, de l'an 1494, ainsi que deux éditions de Tortis (1499 et 1502). Cinq MMS. de Paris (nos 4479, 4480, 4486, 4486 a, un MS. du fonds de Notre-Dame), le MS. que nous possédons nous-même, et les éditions de Venise, de 1485 et 1491, celles de Lyon, de 1508 et 1509, portent : *consensus infanti est* (ou bien *est infanti*, ce qui ne fait aucune différence). — Flor. «... *sensuse sit infantis* : » La faute était déjà corrigée dans le MS. et remplacée par *sensus est*; Gebauer a néanmoins fait imprimer : *sensus sit*, leçon qui ne se trouve pas dans le MS. et qui ne donne non plus de sens. — Les éditions de Rome de 1476, Nor. 1485, Lugdun. 1515, Lugd. 1519, Haloand. Paris, 1514, 1536, portent : « *sensus infantis est*. » A cette occasion, Gebauer fait l'observation suivante : « Hal. trajecit « voces : *sensus infantis est*, ut nunc existimo, auctoritate alicujus codicis « suffultus : » c'est-à-dire que Godefroy n'avait pas, par hasard, noté de variantes d'anciennes éditions. Parmi les autres MMS. les uns lisent : *sensus infantis est*, les autres : *sensus infanti est*, les autres : *sensus est infanti*.

(3) *Accipienti* se trouve dans le Cod. Rhed., dans trois MMS. de Paris,

Il est évident que le tuteur *auctoritatem ponens* est mis en opposition avec le tuteur *accipiens possessionem*, et l'on veut prouver la validité de l'action du premier par la validité non contestée de l'action du second. D'après cela, le sens du passage entier est celui-ci : « on a admis la validité de l'*auctoritas*, par exception à la règle générale (*utilitatis causa*) ; car, si l'on voulait la rejeter, on devrait le faire par ce motif, que ce n'est pas le possesseur lui-même qui a l'*animus possidendi* : mais tel était aussi le cas où ce n'est pas l'enfant, *auctore tutore*, mais bien le tuteur lui-même qui acquiert la possession au nom de l'enfant, parce que, dans ce cas, l'enfant n'a non plus l'*animus possidendi* (1). Or, comme dans ce cas on se décide cependant en faveur de l'acquisition de la possession, il était conséquent d'adopter la même opinion dans le premier cas. » — Cette interprétation repose sur la leçon que nous avons admise dans le texte du passage. D'après la leçon ordinaire (« nam alioquin « nullus sensus infantis est accipiendi possessionem »), plusieurs interprètent ainsi (2) : « car, s'il en était autrement, c'est-à-dire « sans l'autorité du tuteur, l'enfant ne pourrait avoir aucun « *animus possidendi* (sensus s. intellectus accipiendi possessio-
« nem). » Cette explication est impossible, d'abord parce que l'enfant n'a non plus de *sensus* lorsque le tuteur interpose son autorité, et que le mot *alioquin* n'offrirait alors pas de sens,

(nos 4458, 4479, 4487), dans le MS. de Munich, no 21, et dans l'édition de Venise, de 1485. Toutefois, une main plus moderne a remplacé, dans le Code de Rhediger, le mot *accipienti* par celui *accipientis*. — Les autres éditions et MMS. portent, comme le MS. florentin : *accipiendi*, et le MS. de Louvain : *acquirendi*. — Il résulte de cet aperçu, que la leçon complète que nous regardons comme la bonne, ne se trouve que dans le MS. de Munich, no 21, mais que chacune de ses parties repose sur la foi de plusieurs anciens MMS. et éditions.

(1) *Nam alioquin* (pour *nam et alioquin*, « aussi dans un autre cas : » ce cas est immédiatement après déterminé par le mot *accipienti*) « nullus consensus infantis est accipienti (sc. tutori) possessionem. »

(2) La Glose, in h. l. — Cujas, in h. l. (Opp. t. VIII, p. 297). — Van Giphén, in h. l. (Lec. Attorph. p. 594).

ensuite parce que toute cette phrase n'a pas pour but de prouver la nécessité de l'*auctoritas*, mais bien d'expliquer pourquoi l'on peut acquérir la possession conformément à l'opinion dorénavant reçue. — Notre interprétation n'est d'ailleurs pas inconciliable avec la leçon ordinaire, mais celle-ci en rendrait le sens bien plus indéterminé et plus vague. — Il est facile de montrer comment les autres leçons se sont formées sur la nôtre. Comme on ne voit pas d'abord que le participe *accipienti* se rapporte au substantif *tutor*, les copistes ont cherché à le rapporter au mot *infans* : les uns, en écrivant *infanti* au lieu de *infantis* (1), les autres, en changeant *accipienti* en *accipientis* (2) ou en *accipiendi* (3), et ce dernier changement entraîna encore celui de *consensus* en *sensus*.

Enfin, nous avons encore à nous occuper ici d'un autre passage qui a surtout acquis une célébrité par la multiplicité des interprétations auxquelles il a donné lieu et par l'usage pratique qu'on en a fait (4). En l'expliquant, nous devons principalement considérer que l'empereur donne, à la fin du passage, un motif à sa décision, et y ajoute que ce motif se trouve déjà consigné dans un *responsum* de Papinien. Là où se trouve le motif de cette décision, nous devons aussi chercher la règle ; il est donc très-naturel de rechercher, avant tout, le passage tiré des *Responsa* de Papinien et que l'on cite ici. Or, ce passage n'est autre que la L. 32, D. *de poss.*, que nous venons d'expliquer. Dans le MS. florentin elle porte, à la vérité, l'inscription : *Paulus, lib. 15, ad Sabinum* (5), mais Alciat en rapporte une différente tirée d'autres MMS. à savoir : *Papinianus, lib. 11 Responso-*

(1) Éd. de Venise, de 1485, Ven. 1491, Lugd. 1508, 1509.

(2) Cod. Rhed.

(3) Cod. Flor. rel.

(4) L. 3, C. *de poss.*

(5) L'édition de Senneton (Lugd. 1550, in-fol.) donne : *Pauli li. 12*. L'édition *juntina* de 1594, in-4^o, porte également dans le texte : *Paulus lib. 12*, et ne fait qu'indiquer en marge la leçon florentine. Un MS. de Paris, (n^o 4487) a pour inscription : *Pomp.* ; les autres MMS. et éditions, que nous connaissons, concordent avec le MS. florentin.

rum (1), et, en supposant la vérité de ce témoignage (2), cette dernière leçon paraît plus vraisemblable que la première. Car la L. 50, D. *de poss.*, porte également pour inscription : *Paulus, lib. 15, ad Sabinum*, tandis que dans le livre 41 nous ne trouvons pas un seul fragment tiré des *Réponses* de Papinien. Il est donc impossible de s'expliquer comment un copiste eût pu mettre l'inscription d'Alciat à la place de celle de Florence : tandis que le contraire se conçoit très-facilement, les Pandectes nous offrant beaucoup d'exemples de passages uniquement interrompus par d'autres, et que le copiste pouvait aussi prendre les L. 50 et 52 pour un seul passage, dans lequel on a intercalé la L. 51 (5).

Il résulte de la combinaison de notre passage (L. 3, C. *de poss.*) avec la L. 52, D. *de poss.*, qu'il ne peut avoir d'autre sens que celui-ci : un enfant acquiert la possession d'une chose, lorsque le tuteur supplée, par son *auctoritas*, à l'*animus* dont l'enfant est dépourvu. Cette règle est appliquée, dans le passage, à une espèce décidée par un rescrit et qui paraît avoir été celle-ci : une donation avait été faite à un enfant, le donateur avait lui-

(1) Alciat, sur la L. 1, § 5, D. *de poss.* (*Opp.*, t. I, p. 1208) : « Sua detur et auctoritate Papiniani, quem adducit, qui infra expresse loquitur, « cum tutor intervenit : dict. L. *quamvis* (52) *in fin.* adscribitur enim « aliquibus in codicibus ea lex *Papiniano lib. Respons. 11.* » — Dans un autre endroit Alciat décrit son ancien manuscrit sans glose et avec des inscriptions. (*Dispunct.* lib. 1, *proem.*)

(2) Cujas déclare, en effet, que toutes les indications de pareille nature faites par Alciat sont fausses : (*Comm. in L. 153, de verb. obl. Opp.* t. I, p. 1249.) En mettant de côté ce qu'il y a d'exagéré dans cette accusation, il ne reste que ce fait, c'est qu'Alciat cite fautiveusement quelques leçons florentines, et Augustin (*Emend.* III. dans Otto, IV, p. 1504), explique ces erreurs d'une manière si satisfaisante, que rien ne nous autorise d'admettre de la part de ce jurisconsulte, dans aucun cas, comme par exemple dans celui qui nous occupe, une erreur préméditée.

(3) [Add. à la 4^e éd.] Nous ne pouvons cependant dissimuler que la découverte faite par Bluhme sur l'ordre observé dans le placement des fragments du Digeste, ne parle pas en faveur de la leçon que nous avons adoptée ici. (*Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* IV, 418.)

même transmis la possession à l'enfant, et le tuteur avait interposé son *auctoritas*. Cela fait, on conçut des doutes si la possession avait été réellement acquise de cette manière, parce que l'appréhension et l'*animus* ne se réunissaient pas dans la même personne : l'enfant, en effet, avait lui-même opéré l'action corporelle qui constitue l'appréhension, et l'*animus possidendi* était intervenu par le tuteur, pour l'enfant; on douta donc si cette dernière circonstance n'avait pas empêché l'acquisition de la possession. Cette question fut soumise à l'empereur, qui répondit par le rescrit contenu dans notre texte :

« Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore (1) quæritur. Quamvis enim sint auctorum sententiæ dissidentes (2) : tamen consultius videtur interim (3), licet animi plenus non fuisset affectus (4), possessionem per traditionem esse quæsi-

La possession des choses données peut s'acquérir par l'acte corporel de l'enfant. Plusieurs auteurs professent à la vérité l'opinion contraire, mais il paraît plus raisonnable de considérer provisoirement la possession comme acquise par cette tradition, quoique l'enfant qui opérerait l'appréhension

(1) Ce mot nous démontre à l'évidence qu'on n'a pas supposé, en statuant une exception à la règle, l'*animus* dans le chef de l'enfant, mais bien seulement la validité du fait matériel de son appréhension. Or, l'*animus* étant exigé dans toute possession, il faut qu'étant en dehors de l'enfant, il se trouve dans l'*auctoritas* du tuteur.

(2) L. 52, § 2, D. de poss. « Utilitatis enim causa hoc receptum est. » — Il paraît donc qu'avant la réception de cette maxime, les auteurs professaient le contraire.

(3) C'est-à-dire, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de la puberté; car, à partir de cette époque, la possession pouvait commencer de la manière ordinaire.

(4) La loi n'ordonne pas que cet *affectus minus plenus* remplace l'*affectus plenus*; mais, considéré sous le point de vue juridique, il ne constitue rien de plus que l'absence de l'*animus*, et cette circonstance ne doit pas, d'après le texte, empêcher l'acquisition.

« tam : alioquin, sicuti consulti viri Papiniani responso continetur (1), nec quidem per tutorem (2) possessio infanti poterit acquiri (3).

sion ne pût avoir en même temps l'*animus*. Nous décidons en ce sens, par le motif qu'allègue déjà Papinien dans l'une de ses réponses, que, si l'on voulait se déclarer pour l'avis contraire, on devrait également rejeter l'acquisition de la possession par le fait du tuteur lui-même.

Celles des interprétations de ce passage qui méritent d'être prises en considération, peuvent être rangées en trois classes.

Déjà les glossateurs les plus anciens paraissent avoir senti qu'il fallait supposer l'*auctoritas* du tuteur jointe au fait de l'enfant. Alciat donna un nouveau poids à cette opinion, par sa variante, dont il n'a su retirer presque aucun avantage et que d'autres, peut-être par ce dernier motif, n'ont guère mise à profit. Doneau, même sans recourir à cette combinaison, a développé cette explication uniquement à l'aide de l'économie intérieure du texte, et son interprétation est tellement claire et convaincante, qu'elle aurait dû mettre fin à cette controverse (4).

(1) L. 52, § 2, D. de poss.

(2) Les mots *per tutorem*, opposés à *auctore tutore*, se rapportent à l'acquisition de la possession par l'acte corporel du tuteur au nom de l'enfant. (L. 1, § 29, D. de poss.)

(3) Papinien exprime la conclusion qu'il fait de l'acquisition *per tutorem* à la validité de l'*auctoritas*, de cette manière : « nam alioquin nullus consensu infantis est accipienti possessionem. » (p. 285.)

(4) La glose interlin. L. 5, C. de poss. (MS. Paris. n° 4517), probablement d'Irnerius, au mot *corpore* : « Sed auctoritate tutoris » — sur *alioquin*. « Y. (Irnerius) utrumque enim fit magis favore benignitatis, quam stricta ratione juris, remoto itaque altero consequenter et alterum remoretur. » — La glose, sur la L. 5, C. de poss. : « Vel dic secundum Joannem quod hic fuit tradita cum auctoritate tutoris. Et quod dicit : alioquin, id

Une seconde opinion prétend trouver, dans notre texte, une disposition toute nouvelle, d'après laquelle l'enfant pourrait acquérir la possession à lui seul, sans le concours du tuteur (1). — Quelques-uns donnent à cette proposition une portée générale et l'appliquent à tous les cas de la tradition (2); d'autres la restreignent aux donations, parce que le texte ne parle que d'elles seules (3); d'autres encore ne l'entendent que des objets dont la possession intéresse particulièrement les enfants, par exemple, des jouets (4). — On ne peut assurément dire qu'il n'existe aucune liaison, d'après cette interprétation, entre les derniers mots du passage et la décision impériale (5), mais la conclusion que Papinien et, avec lui, l'empereur

est : *si diceres non acquiri cum auctoritate tutoris per infantem eadem ratione nec per ipsum tutorem.* » (Cpr. Azon, sur cette L. (*Lectura* p. 568.) — Odred, sur cette L., fol. 104. — Alciat, sur la L. 1, § 3, D. *de poss.* (*Opp.* t. I, p. 1208.) — Cujas, sur la L. 1, § 3, D. *de poss.* (*Opp.* t. V, p. 695; t. VIII, p. 241); et sur la L. 3, C. *de poss.* (*Opp.* t. IX, p. 1014.) — Obrecht, *De poss.* c. 10, § 565-574. — Doneau, *Comm. juris civ.* lib. 5. c. 11, (p. 191, ed. Hannov. 1612). — Van Giphén, sur la L. 26, C. *de donat.* (*Lectur. Altorph.* p. 196.)

(1) La glose, sur la L. 5, C. *de poss.* — Azon, sur cette L. (*Lectura*, p. 567.) — Duarein, sur la L. 1, § 3, D. *de poss.* (*Opp.* p. 827.) — Van Giphén, sur la L. 5, C. *de poss.* (*Explanat. Cod. P.* 2, p. 245. — Cpr. la note précédente. — Cuperus, *De poss.* P. 2, c. 24.

(2) Azon, *l. c.* — Cuperus, *l. c.*

(3) Duarein, *l. c.* — Van Giphén, *l. c.* — Duarein exige en outre que l'objet de la donation soit une chose meuble.

(4) Azon, *l. c.* « Alii distinguunt, aut dedit eis res, quarum voluit infans « retinere possessionem, ut denarios, castaneas, et similia ludicra : aut « quarum noluit retinere possessionem, ut castrum, vel talia. In primis « bene habet affectum, et acquirit possessionem : in aliis non. *Et in eis in-* « *telleverunt veteres* », c'est-à-dire, des glossateurs antérieurs. Il est donc faux de nommer Dinus (mort vers 1298), comme l'auteur de cette opinion.

(5) La glose, sur la L. 3, C. *de poss.* : « Id est, si non quaeritur infanti, « quia non habet affectum : nec tutor ei quaeret eadem ratione. Utroque « ergo modo ei quaeritur favore benignitatis magis, quam stricti juris ratione. « Insuper. — Sunt ergo hic duo, quorum altero remoto, et alterum « removetur. » Duarein et Cujas parlent dans le même sens.

en tireraient, serait si peu logique, que la première opinion acquiert déjà par là seul une prépondérance décisive (1).

Enfin, une troisième opinion tient le milieu entre les deux autres (2). Elle accorde à l'enfant la faculté d'acquérir la possession, mais seulement provisoirement (*interim*), c'est-à-dire jusqu'à ce que, par la suite, l'*auctoritas* du tuteur s'y joigne pour suppléer au défaut d'*animus*. Ainsi interprété, notre passage contient une disposition entièrement neuve, soit parce que, par une exception manifeste à la règle, la possession peut être provisoirement acquise (3), soit parce qu'il est insolite que l'*auctoritas* produise un effet lorsqu'elle n'est interposée que par la suite. — Du reste, la liaison qui s'établit, d'après cette manière de voir, entre la fin du texte et le passage entier, est aussi peu satisfaisante que dans la seconde opinion.

ADDITION A LA 6^e ÉDITION.

Les deux passages que nous avons interprétés, dans ce paragraphe, ont été expliqués, il n'y a pas longtemps, dans une dissertation très-étendue insérée, par Puchta, dans le *Rhein. Museum*, t. V, p. 53-64. L'auteur y prend de nouveau la défense d'anciennes opinions, mais avec bien plus de méthode et de finesse qu'on n'avait fait jusqu'alors. Dans la L. 52 l'auteur explique la leçon *sensus est accipiendi*, qu'il adopte comme la véritable, de la manière suivante : « car en outre (abstraction faite de l'*utilitas*) l'enfant est dépourvu de l'intention dirigée sur l'acquisition de la possession. » Quant au passage du Code, il l'entend de l'enfant qui agit sans tuteur et dans le chef duquel

(1) Doneau, *l. c.* (p. 228).

(2) Beyma, *Var. tit. jur.* p. 325, 414. — Retes, *De poss.* P. 1, c. 4. (*Meerm.* VII, p. 469.)

(3) Retes est cependant d'avis que cette possession n'est provisoirement qu'une *simple détention*. Mais alors la question paraît d'une telle simplicité que l'on ne conçoit pas la nécessité d'un rescrit impérial appuyé sur des motifs juridiques.

l'animus, qui est ici insuffisant, est réveillé et complété par la volonté déterminé du *tradens*, absolument de la même manière que cela arrive, dans les autres cas, par *l'auctoritas* du tuteur. — La manière excellente dont l'auteur a traité son sujet, a donné bien plus de sentence aux actes, en montrant au lecteur chaque explication sous la meilleure forme et en le mettant à même de choisir avec une conviction plus sûre.

§ 22. *De la possession des parties d'une chose.*

Pour que *l'animus possidendi* soit concevable, il faut aussi qu'on puisse attacher à son objet l'idée d'une chose indépendante. Quelles sont donc les conditions sous lesquelles il est possible d'acquérir la possession d'une *partie d'une chose entière* ?

On peut distinguer deux cas d'une pareille acquisition : ou l'on veut avoir la possession de la partie seule, ou bien l'on veut posséder la partie que dans la chose entière et par elle. Les trois premières règles suivantes se rapportent au premier cas, la quatrième au second cas.

Première règle. Lorsque la partie est de nature à pouvoir former également un tout à elle seule, c'est-à-dire lorsque l'idée attachée à la chose entière à laquelle cette partie se rapporte, a été admise arbitrairement, il n'y a aucun doute qu'on ne puisse acquérir la possession de cette partie seule. On suppose donc qu'un tout puisse se diviser en parties *réelles*, condition qui ne peut être remplie en ce qui concerne l'acquisition de la possession indépendante de la partie, que lorsqu'il s'agit de fonds de terre (1) : il est, en cette matière, complètement indifférent où l'on doit supposer les limites de la chose entière, il s'ensuit donc que chaque partie de terre d'une certaine étendue peut être susceptible de la possession, bien que le possesseur actuel

(1) L. 8, D. *de rei vind.* « ... quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet : numquam enim pro diviso possideri potest. »

l'ait considérée comme faisant partie d'un tout plus grand. Mais ce qui importe, c'est l'étendue déterminée de la partie qui doit être acquise, c'est-à-dire que l'on n'acquiert la possession d'une chose qu'aussi loin que le nouveau possesseur se propose distinctement d'en faire l'objet de sa possession.

Seconde règle. Lorsque la chose entière n'est pas partagée réellement, que sa division n'est qu'idéale, la possession d'une partie est également possible, sous la condition toutefois que l'étendue de cette partie soit complètement déterminée. La fixation des parties n'est, dans ce cas, qu'une opération de pure arithmétique; c'est donc le rapport de cette partie avec le tout qu'il s'agit de connaître pour pouvoir acquérir la possession de la partie, c'est-à-dire que le tout est considéré comme une unité, la partie comme une fraction, dont il faut connaître le numérateur et le dénominateur pour acquérir la possession. Par exemple, celui à qui le tiers d'une succession est échu, entre pour un tiers dans la propriété de toutes les choses qui composent le patrimoine du défunt. S'il vend et transmet un fonds de terre qui faisait partie de la succession, l'acheteur acquiert la possession d'un tiers de ce fonds, car c'est ce tiers dont il s'est proposé de faire l'objet de sa nouvelle possession. — La première et la seconde règles sont énoncées ensemble dans les textes suivants :

1. L. 26, D. *de poss.* (Pomponius lib. 26, ad Q. Mucium.)

« *Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest : et certa pars pro indiviso, quæ introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec (usu) capi potest (1) : veluti si ita tibi tradam, Quidquid mei juris in eo fundo est (2) : nam*

(1) C'est-à-dire que l'on ne peut en acquérir la possession.

(2) Cet exemple, ainsi que la règle elle-même, se rapporte aux deux cas que nous avons expliqués plus haut. Ainsi, la possession est impossible, peu importe qu'il s'agisse d'un *locus incertus ex fundo*, ou d'une *incerta pars pro indiviso*.

« qui ignorat (1), nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest. »

2. L. 52, § 2, D. de usurp. (Pomponius lib. 52, ad Sabinum.)

« Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat : neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit (2). »

3. L. 5, § 2, D. de poss.

« Incertam partem rei nemo possidere potest : veluti si hac mente sit, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. »

Troisième règle. Hormis ces deux cas, il est toujours impossible d'acquérir la possession d'une partie d'une chose indépen-

(1) Sc. quanta pars sit.

(2) En réalité, que désapprouve-t-on ici tacitement comme une pure subtilité ? Assurément ce n'est pas la règle, car Pomponius la pose comme vraie tant dans ce passage que dans le passage précédent ; elle découle aussi immédiatement de l'idée de l'*animus possidendi*. La critique ne porte donc que sur l'application de cette règle, et voici en quoi elle consiste : deux personnes, dont chacune fait des prétentions sur un fonds de terre vacant, l'occupent en même temps. Pour le moment, aucun d'eux ne veut disputer la possession à l'autre, parce que chacun veut se préserver des droits d'un tiers qu'il craint le plus ; ils se reconnaissent donc tacitement copossesseurs. Or, strictement parlant, il ne peut y avoir de partie idéale qu'au moyen d'un acte juridique (« *introducitur ex emtione* » etc. L. 26, D. de poss.), il s'ensuit qu'aucun d'eux n'est devenu possesseur, et que le tiers peut occuper la possession par force. Mais toute cette conséquence repose sur une pure subtilité, et il est évident qu'il est beaucoup plus naturel de considérer chacun comme possesseur pour la moitié, quoiqu'on ne puisse à cet égard rapporter aucun accord exprès. — Mais il est encore plus simple et plus naturel de supposer que le passage parle du cas suivant. Gajus, possesseur d'un fonds de terre, décède. Sejus et Titius savent qu'ils sont uniques héritiers, mais ils ignorent pour quelle partie ils sont institués, puisqu'ils n'ont pas encore vu le testament. Dans cette incertitude, ils prennent possession. Si l'on suit la subtilité que nous avons dénoncée, aucun d'eux ne sera possesseur : mais il est évident que tous deux doivent jouir d'autant de droit qu'un seul aurait au moyen de l'appréhension du tout : les interdits leur compétent donc en commun. (Add. à la 6^e éd.)

dante par elle. Ordinairement cette impossibilité sera d'un caractère physique, et n'aura par conséquent pas besoin d'être soumise à une fixation positive : ainsi, par exemple, il va sans dire que personne ne peut acquérir la possession d'une poutre dans un mur, ou de la roue d'une voiture, tant que la liaison de ces parties avec leur tout subsiste. Mais, abstraction faite de cette impossibilité physique, la possession est encore impossible par des motifs juridiques : c'est ainsi, par exemple, qu'un bâtiment ne peut être possédé sans le sol sur lequel il repose, et le motif en est, évidemment, qu'un bâtiment, considéré comme partie d'un tout, est inséparable du sol. Cette proposition, en effet, que le sol et le bâtiment appartiennent juridiquement l'un à l'autre, qu'ils ne sont que des parties d'un même tout, et nullement des choses indépendantes l'une de l'autre, est clairement énoncée dans une multitude de textes (1). Il résulte de cette proposition, par une conséquence toute simple, que la maison et le sol ne peuvent appartenir à des propriétaires différents, pas plus que les divers étages d'une même maison (2).

Il suit encore de là qu'un droit hypothécaire ne peut être constitué sur l'une de ces parties à l'exclusion de l'autre, qu'il pèse toujours sur le tout (3). Mais, par la même nécessité, cette impossibilité en résulte aussi pour la possession : ainsi, le sol et la maison, de même que les divers étages, ne peuvent avoir des possesseurs différents, de même qu'il est impossible que l'un possède la tête et les bras d'une statue, tandis qu'un autre en possède en même temps les autres parties. Aussi ne manquons-nous pas de témoignages positifs pour cette application à la possession (4).

(1) L. 49, pr. D. de rei vind. — L. 20, § 2, D. de S. P. U. — L. 98, § 8, D. de solut. — L. 21, D. de pign. act. — L. 25, pr. D. de usurp. — L. 44, § 1, D. de O. et A.

(2) L. 50, D. ad L. Aquil. — L. 2, D. de superfic. — L. 98, § 8, D. de solut. — L. 17, D. comm. prad.

(3) L. 21, D. de pign. act.

(4) L. 44, § 1, D. de O et A. « ... Sic et in tradendo si quis dixerit, se

Quatrième règle. Celui qui acquiert la possession d'une chose entière, ne possède que le tout, mais il n'a pas de possession particulière sur chacune des parties. — Les trois premières règles que nous avons posées concernaient la possession de la partie qui devait être acquise séparément de la chose entière : ici, il s'agit de la partie que l'on veut posséder dans la chose entière et par elle, mais néanmoins comme objet indépendant : c'est cette possession dont on nie la possibilité. Cette règle est, à la vérité, de la plus haute importance pour l'usucapion, mais elle peut aussi se présenter dans les interdits, du moins dans l'ancienne forme de l'interdit *utrubi*, dans lequel on doit l'appliquer de la même manière que dans l'usucapion (1).

La première application qu'on rencontre de cette règle, est celle-ci : celui qui prend possession d'une voiture, n'a pas encore acquis, par ce seul fait, la possession des roues considérées comme choses indépendantes, et il en est de même des autres choses composées (2). Lorsque, par exemple, la voiture

« solum sine superficie tradere, nihil proficit quo minus et superficies transeat, quæ naturæ solo cohæret. » (Mais la tradition se rapporte directement à la possession et indirectement à la propriété.) — L. 15, § 12, D. de *damno infecto*. : « Si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum : nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit. »... — L. 25, 26, D. de *usurp.* « Sine possessione usucapio contingere non potest. — Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest. » (Nous considérons, en effet, la seconde proposition comme une simple conséquence de la première. Cpr. cependant : *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft*, IV, 415.)

(1) Il y a encore bien des objections à faire aux exemples rapportés par Thibaut. (*Appendice à Cuperus*, p. 165, etc.) Car la qualité pertinente d'une chose meuble, unie à une chose immeuble, pourrait aussi exister en elle-même à côté de la possession de la chose meuble. Outre cela, la possession importe peu dans l'interdit *quod vi* ; dans l'interdit *de vi*, la *defectio* de la chose meuble est toujours jointe à la *defectio* hors du sol, et, dont l'interdit *uti possidetis*, le trouble dans la possession de la partie, alors même que celle-ci serait possédée à part, pourrait cependant toujours être considérée comme un trouble dans la possession de la chose entière.

(2) Le droit particulier aux *bâtimens* sera l'objet d'une remarque à part.

est volée, elle ne peut être usucapée, et si l'une des roues n'a point été volée, elle ne peut davantage être usucapée, parce que ce n'est pas la roue qui est possédée, mais bien la voiture. Réciproquement, l'on acquerra par usucapion, avec la voiture, une roue volée, pourvu que la voiture elle-même n'ait pas été l'objet d'un vol. — Mais lorsque la chose entière que je possède est décomposée, une nouvelle possession commence pour les parties, parce que je ne les ai pas possédées jusqu'ici : cette proposition sera aussi mieux éclaircie par l'usucapion. En effet, lorsque, dans un pareil cas, l'usucapion de la chose entière est accomplie, la propriété de chacune de ses parties est acquise et ne cesse naturellement pas par la séparation des parties (1) : mais lorsque la séparation s'opère avant que l'usucapion ne soit entièrement accomplie, il faut qu'une nouvelle usucapion ait commencé pour la partie séparée, mais la juste cause qui a présidé à l'usucapion commencée de la chose entière, s'étend aussi à cette partie (2), et il en est de même de l'appréhension de la chose entière, de telle sorte que la possession de la partie séparée est acquise par la simple séparation et sans que le possesseur doive se livrer à un acte nouveau (3). Ces deux propositions devraient déjà, abstraction faite des preuves historiques toutes spéciales sur lesquelles elles s'appuient, être adoptées comme vraies, par cela seul que toutes les restrictions que nous apportons à l'acquisition de la possession et qui font l'objet de ce paragraphe, concernent uniquement le défaut d'*animus*

(1) Unterholzner (*Verjährung*, p. 95), conteste cette proposition, sans laquelle l'usucapion ne peut cependant exister en pratique. En effet, lorsque j'ai usucapé une chose meuble, tout premier venu pourrait à sa volonté, en brisant ou en cassant la chose, m'en enlever la propriété acquise : on pourrait de même m'enlever la propriété des arbres qui se trouvent sur un fonds que j'ai usucapé, en les coupant.

(2) L. 11, § 6, D. de *public. in rem act.* — Il faut étendre à toute chose séparée ce que ce passage dit des bâtimens détruits.

(3) V. au paragraphe suivant l'application de ces principes à la perception des fruits.

possidendi, et n'affectent en rien ni l'appréhension ni la juste cause de possession.

Seconde application. Celui qui achète un fonds de terre, le possède en entier, mais il n'en possède pas les différentes parties, à elles seules et indépendamment du fonds entier (1). Ce cas se distingue cependant des autres en ce que l'idée de la chose entière est arbitrairement prise, et que, partant, une décomposition réelle de ses parties est impossible. D'après cela, l'application de notre règle se borne à la juste cause, et ce n'est que par rapport à cette dernière que nos sources de droit en font mention (2).

Troisième application. Celui qui acquiert, par usucapion, la propriété d'un fonds de terre, acquiert aussi, d'après l'opinion erronée de quelques jurisconsultes, en même temps le trésor qui y est enfoui (3). La fausseté de cette opinion ne consiste pas à prétendre que l'usucapion de la chose entière embrasse également les parties, mais bien à considérer le trésor comme une partie du fonds de terre. On a donc appliqué notre règle à un cas qui ne lui est pas soumis.

Quatrième application. Celui qui possède une maison n'a pas encore, par cela seul, la possession des diverses poutres et des pierres qui composent les murs. S'il avait cette possession, il acquerrait plus tôt la propriété des poutres et des pierres qui sont choses meubles que celle de la maison : et c'est ce qui est

(1) L. 2, § 6, D. *pro emptore* : « Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capiturum ; quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi : quoniam universitas ejus possideatur, non singulæ partes. »

(2) Ainsi, supposons que j'achète un fonds de terre dont une partie appartient à l'acheteur, et l'autre à un tiers : il est certain que je puis usucaper cette seconde partie, et *en ce sens* je la possède comme une chose à part. (Add. à la 6^e éd.)

(3) L. 3, § 5, D. *de poss.*

impossible d'après notre règle (1). Une autre conséquence qui découle de notre règle et qui est entièrement analogue aux autres cas, est celle-ci : lorsqu'on démolit une maison avant que l'usucapion ne soit achevée, les poutres et pierres, comme choses meubles, doivent être de nouveau usucapées (2). — Mais ce qui est tout particulier, c'est que même l'usucapion du bâtiment accomplie ne s'étend pas aux matériaux, considérés comme parties de ce tout, et ceux-ci, après avoir été détachés, doivent s'acquérir séparément par l'usucapion, bien que la maison eût été acquise depuis longtemps. Ceci ne s'applique cependant qu'au cas où la maison et les matériaux appartiennent à des propriétaires différents : car, lorsqu'ils se trouvent dans la propriété de la même personne, il faut s'en tenir à l'application de la règle ordinaire, de sorte que le propriétaire précédent, après avoir laissé l'usucapion s'achever, ne peut revendiquer ni la maison ni les poutres ou les pierres qui en proviennent (3).

(1) L. 25, pr. D. *de usurp.* « Eum, qui ædes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas ædes, possidere : nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas ædes non possidebit : separatis enim corporibus, ex quibus ædes constant, universitas ædium intelligi non poterit : accidit (accedit) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, (ut) dicat (in) possessione superficiæ temporibus de mobilibus statutis locum esse. solum se capturum esse ampliori (tempore) : quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur : ut puta eum ædes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet. » Telle est la leçon du *Codex* de Rhediger, des éditions de Rome, 1476 ; Nor. 1485 ; Ven. 1485 ; Ven. 1494 ; Lugdun. 1509, 1513 ; Hal. , Paris. 1514, 1536. Telle est encore la leçon de sept des meilleurs MMS. de Paris, de ceux de Metz, Leipzig et du mien. — La leçon de Florence est dépourvue de tout sens : (« possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet »). — Cpr. L. 8, D. *quod vi*.

(2) L. 25, § 2, D. *de usurp.* « Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendæ sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur : et non potest recte uti eo tempore, quo in ædificio fuerint » rel.

(3) L. 25, § 7, D. *de rei vind.* « Item si quis ex alienis cementis in solo suo ædificaverit, domum quidem vindicare poterit, cements autem reso-

Voici le motif de cette disposition exceptionnelle : lorsqu'on unit une chose, comme partie, à une autre chose, le propriétaire est en droit d'en demander la séparation au moyen de l'action *ad exhibendum*, et de la revendiquer, après la séparation, comme toute autre chose qu'on retient contre son droit. Il en est autrement des matériaux de construction : le propriétaire n'en peut pas exiger la séparation (1), et, par une conséquence naturelle, on ne devait pas admettre l'usucapion que le propriétaire n'avait pas le droit d'interrompre au moyen de l'usucapion.

Dans l'application de cette règle, il y a encore une différence entre l'acquisition et la perte de la possession. En effet, lorsqu'une fois nous avons commencé à posséder une chose, nous n'en perdons pas la possession par suite de son union à d'autres choses avec lesquelles elle forme maintenant un tout (2) ; nous croyons nécessaire de faire ici mention de cette proposition, parce qu'on a voulu trouver, dans le texte de loi qui l'établit (3), une contradiction manifeste avec notre règle (4). Mais ici, de

« luta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis disso-
lutum sit ædificium postquam bonæ fidei emptore possessum sit : nec
« enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium
« nostra fiat. » — Cpr. L. 59, in f. D. eod. — L. 7, § 11, D. de acquir. rer. dom.

(1) § 29, J. de rer. div. Dig. lib. 47, tit. 8. — Il résulte de la L. 25, § 6, 7, D. de rei vind. que tel est vraiment le motif de cette exception.

(2) Il va sans dire que l'union de la partie n'a point opéré de spécification : car l'existence de la chose première aurait évidemment cessé, et, partant, sa possession aussi. L. 50, § 4, D. de poss. : « ... desinimus possidere ... si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est. » — L. 50, § 1, D. de usurp. : « ... cum utrumque maneat integrum. »

(3) L. 50, § 1, D. de usurp. « Labeo libris epistolarum ait, si is, cui « ad tegulorum (tegularum) vel columnarum usucapionem decem dies « superessent, in ædificium eas, coniecisset, nihilominus eum usucap-
« turum, si ædificium possedisset. Quid ergo in his, quæ non quidem im-
« plicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma ? In
« quo verum est, et aurum et gemmam » (c'est-à-dire, l'un et l'autre
comme une chose à part) « possideri, et usucapi, cum utrumque maneat
« integrum. » (Il suit nécessairement du mot maneat, que les choses ont
d'abord été possédées séparément et ensuite réunies en un tout.)

(4) Westphal (*Arten der Sachen*, etc., § 46, 548) est, pensons-nous,

même que dans l'acquisition, il faut faire une exception lorsqu'il s'agit de matériaux de construction : il est bien vrai,

le premier qui ait attiré l'attention sur cette différence qui existe entre l'acquisition et la perte de la possession. Après lui vient Winkler, *Diss. de interrupt. usuc. ac præscr.* Lips. 1793, p. 57. Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 50, professe le contraire. — Cuperus (§ 29) prétend que les jurisconsultes romains sont tombés dans une contradiction dont on ne peut sortir. De même Fleck, *De adqu. poss.* p. 31, etc. — Le droit spécial qui régit les matériaux de construction a été bien expliqué par Man (sur la L. 5, § 3, D. de poss., § 15, p. 359) ; mais cet auteur confond cette exception avec la règle générale que nous avons développée ici. — Unterholzner (*Verjährung*, p. 97), nie généralement la continuation de la possession dans le cas de l'union de choses possédées séparément avec une autre chose nouvelle. Il cherche à éloigner la L. 50, § 1, D. de usurp., en changeant, dans la première moitié du passage, le mot *nihilominus* en *nihilomagis* ; mais ce changement est arbitraire et entièrement opposé aux mots *si ædificium possedisset* qui suivent, et qui servent évidemment à établir une condition restrictive à la proposition. (Plus tard, il a renoncé à cette opinion, il s'attache à la lettre des mots *decem dies* et les considère comme une singularité inexplicable. (*Verjährungslehre*, § 49.) Quant à la seconde moitié (p. 94), il prétend que la sertissure des pierres précieuses dans la bague n'est pas considérée comme une union, et qu'il faut la comparer à l'acte d'enfermer un objet dans un étui. (Plus tard il a abandonné cette assertion ; *Verjährungslehre*, § 50) ; cette opinion est complètement opposée aux L. 6, D. ad exhibendum, et L. 25, § 2, 5, D. de rei vind. — Si la L. 50, § 1, D. de usurp. existait seule, aucun doute ne pourrait s'élever, et nous devons convenir que la L. 7, § 1, D. ad exhibendum, donne lieu à beaucoup de difficultés. L'on peut, en effet, donner à ce passage ce sens, que c'est précisément l'union de la roue avec la voiture qui doit faire cesser la possession propre à l'usucapion de la roue, ou même en général toute possession de la roue. Alors nous devons admettre que les opinions des jurisconsultes romains étaient partagées sur cette proposition. Mais l'on peut aussi admettre que la roue était volée et, partant, non soumise à la possession civile. Enfin, le mot *quamvis* peut aussi être expliqué par ceux-ci : « alors même que la possession civile viendrait à manquer (par quelque motif non exprimé), » de la manière que Thibaut explique, dans un autre passage, le mot *licet*. La multiplicité des sens que l'on peut donner à ce passage paraît militer en faveur de la préférence que nous donnons à la L. 50, § 1, D. de poss., à l'égard de laquelle il est im-

qu'on peut alléguer un cas, dans cette espèce, dans lequel l'union à une autre chose n'interrompt pas la prescription ; mais le jurisconsulte ajoute, en termes exprès, qu'il n'aurait plus fallu que dix jours pour achever l'usucapion, c'est-à-dire un espace de temps si court qu'une interruption (*usurpatio*) par revendication aurait été à peine possible (1).

possible de se méprendre. — La L. 1, § 2, D. de *tigno juncto*, donne lieu à moins de difficultés ; car alors même que le possesseur de la maison eût la vraie possession des poutres, il ne pourrait cependant être forcé à la restitution de ces poutres, et il ne pourrait par conséquent être considéré comme possesseur quant à la revendication dont il est question ici.

(1) Ainsi, les *decem dies* ne désignent en général qu'un court espace de temps : de la même manière que les *decem dies* dont parle la L. 50, D. de *minor.*, et les *paucissimi dies* dont il est question dans la L. 16, D. de *fundo dotali*. — (Nous avons laissé intacte l'explication que nous avions présentée dans la 5^e édition. Depuis ce temps, M. le prof. Falck nous a communiqué, pour la première moitié de la L. 50, § 1, D. de *usurp.*, l'explication suivante à laquelle nous adhérons. Les *tegulae* et *columnae* ne figurent pas ici comme de vrais matériaux de construction, mais comme des pièces ajoutées extérieurement au bâtiment [dans le cas, bien entendu, où les colonnes ne sont ajoutées au bâtiment que comme ornement et sans le supporter] : une union aussi peu solide ne doit apporter aucun trouble à l'usucapion commencée, et les *decem dies* ne servent par conséquent pas à désigner un très-court espace de temps, mais en général le temps qui reste à courir à l'usucapion ; ce chiffre de dix jours semble donc avoir été pris à un cas qui s'est réellement présenté. Cette explication est corroborée par la L. 25, § 1, D. de *usurp.*, d'après laquelle les colonnes (*columnae*) [dans le cas déterminé plus haut], peuvent être revendiquées et donner lieu à un recours [autrement *tabulae* L. 56, de *evict.*]. — Il est vrai que la L. 1, de *tigno juncto*, statue le contraire quant aux *tegulae*, mais elle ajoute : *quidem ajunt*, et il est évident que ces applications isolées donnaient facilement lieu à des controverses. — Les règles que nous avons posées dans le texte subsistent, en présence de cette nouvelle explication, telles que nous les avons posées. — Thibaut s'est prononcé contre cette nouvelle explication que nous avons admise dans la 4^e édition de notre ouvrage : *V. Archiv für die civilistische Praxis*, t. VII, p. 79-86. Mais nous pensons que ses objections doivent être écartées en présence des éclaircissements que nous venons de donner à cette explication.)

§ 22a. Continuation.

Les règles que nous avons posées au paragraphe précédent peuvent seules servir à expliquer la perception des fruits opérée par le possesseur de bonne foi (*fructuum perceptio bonæ fidei possessoris*) ; cette perception des fruits doit être mentionnée ici à cause de ses nombreuses liaisons avec la possession, mais elle ne peut être rendue claire qu'en l'opposant aux autres cas dans lesquels on acquiert des fruits (1).

I. Le vrai propriétaire acquiert la propriété des fruits au moment de leur naissance, par *accession*, qui n'est rien autre qu'une application de la règle : *fructus rei frugiferæ pars rei est*, à la propriété. Ce n'est que par la séparation des fruits de la chose principale, qu'il en devient propriétaire comme d'une chose particulière, existante par elle-même ; mais cette circonstance est sans aucune importance pour la propriété, et c'est avec raison que, pour ce motif, nos sources de droit n'en font nulle part mention. En général, il en est de cette séparation des fruits absolument de même que de la division réelle de toute autre chose entière (par exemple, le dépècement d'un animal, ou la démolition d'une maison), division qui est également indifférente pour la propriété. D'après cela, la propriété des fruits sera aussi bonitaire ou quiritaire, selon que la propriété de la chose principale aura l'une ou l'autre de ces qualités, de sorte qu'on n'a jamais besoin, dans le premier cas, d'acquérir par usucapion les fruits séparés, tandis que cela est nécessaire dans le second cas.

II. Le fermier, l'usufruitier et en général tous ceux qui dérivent leur droit à la propriété des fruits du droit du propriétaire, ne les acquièrent que par la perception, c'est-à-dire par l'appréhension.

(1) Cet objet n'étant, pour nous, que d'un intérêt indirect, il va sans dire que nous ne pouvons le suivre ici dans tous ses détails. — Ce même motif nous force d'omettre ici les nombreux ouvrages qui, dans les derniers temps, ont été écrits sur cette matière. (Add. à la 6^e éd.)

sion de la possession (1). En effet, le bail et l'usufruit renferment, quant aux fruits, d'un côté, la *justa causa dominii quaerendi*, et, de l'autre, la permission de prendre même possession; par suite, l'appréhension forme une véritable tradition, en vertu de laquelle la propriété des fruits se transmet du propriétaire de la chose principale au fermier et à l'usufruitier. Que si le bailleur, etc., avait la propriété quiritaire de la chose principale, et partant des fruits, le fermier acquérait, par la perception, tantôt la propriété quiritaire, tantôt la propriété bonitaire des fruits: sa propriété était quiritaire, lorsque les fruits étaient *res nec Mancipi* (comme tous les fruits des champs); elle était bonitaire, lorsqu'ils étaient *res Mancipi* (par exemple, un cheval) (1).

III. Le possesseur de bonne foi (*bonæ fidei possessor*) jouit naturellement du même droit d'accession que le véritable propriétaire (n° I), parce que la règle qui sert de base à l'accession, est toute générale. Ainsi, celui qui possède de bonne foi un fonds de terre, en acquiert de la même manière les fruits au moment de leur naissance. Mais ce n'est pas de cette acquisition qu'il est jamais question: car, tant que les fruits sont unis à la chose principale, il ne peut jamais être question, pas plus dans le chef du possesseur de bonne foi que dans le chef du vrai propriétaire, du droit aux fruits, parce qu'ils sont compris dans la chose principale: mais la *séparation* donne naissance à un droit tout nouveau, et celui qui existait avant qu'elle ne fût opérée, cesse d'exister. Voici comment il faut expliquer ce droit nouveau: la base de la *bonæ fidei possessio* est la possession juridique. Mais lorsqu'un tout est décomposé en ses parties, une possession nouvelle commence pour ces dernières, parce que (comme corps indépendants) ils n'étaient encore l'objet d'aucune possession. A l'égard de ces parties (c'est-à-dire, dans

(1) L. 15, D. *quibus modis usufr.* — L. 25, § 1, D. *de usuris*.

(2) Ceci résulte déjà de ce qu'une *res nec Mancipi* pouvait être aliénée *ex jure quiritium*, par la simple tradition, tandis qu'il n'en était pas ainsi d'une *res Mancipi*. Ulpian, XIX, § 5, 7.

notre cas, à l'égard des fruits), une nouvelle possession de bonne foi doit également commencer, et comme les règles de la possession exigent que, lorsqu'on décompose un tout, l'appréhension et la *justa usucapionis causa* se transmettent du tout aux parties, il est évident que la nouvelle *bonæ fidei possessio* des fruits prend aussi naissance, dans notre cas, par le seul fait de leur *séparation*, sans exiger ni une appréhension nouvelle (véritable *fructuum perceptio*), ni une juste cause nouvelle (1).

D'après cela, le possesseur de bonne foi diffère de l'usufruitier et du fermier, en ce qu'il acquiert son nouveau droit par

(1) L. 48, pr. D. *de A. R. D.* — L. 25, § 1, D. *de usuris*. — L. 15, D. *quibus modis usufr.* Considérer cette proposition comme quelque chose de tout singulier, comme une récompense due à la bonne foi, sans autre liaison au système de droit, c'est l'envisager sous un point de vue entièrement opposé à l'esprit du droit romain classique. Les explications que nous avons données à son sujet reposent sur des motifs que nous avons déjà justifiés. Mais on ne peut nier, d'un autre côté, qu'un droit tout particulier devrait être attribué au possesseur de bonne foi sur les fruits, pour la culture et les soins qu'il leur donne (*pro cultura et cura*). § 35, J. *de rer. div.* Ce droit particulier ne s'applique nullement à l'acquisition de la *propriété* des fruits, mais aux rapports *obligatoires*. En effet, si le possesseur avait vendu ou consommé les fruits, et s'il s'était enrichi par là, il aurait dû, à proprement parler, restituer cette valeur: il pouvait y être forcé, non-seulement par la revendication de la chose principale, mais encore par une *condictio* particulière dirigée sur la valeur des fruits consommés. Or, la loi l'a affranchi de cette obligation; elle lui a permis de conserver ce gain, et voilà ce que veulent dire ces expressions: *ejus sunt fructus, fructus consumptos suos facit*, expressions que l'on a mal appliquées à l'acquisition de la *propriété*. La preuve que ces expressions n'ont ici rien de commun avec la propriété, résulte de la manière la plus claire de ce qu'elles sont employées précisément à propos des fruits *consommés*, la consommation anéantissant cependant toute propriété: cette preuve découle encore de ce que ce droit particulier est certes aussi applicable aux fruits que l'on appelle civils (par exemple, aux loyers), bien qu'il ne puisse ici s'agir d'acquérir de cette manière la *propriété*. Toute notre opinion peut du reste être justifiée, aussi rigoureusement qu'aucun point en droit romain; mais il faudrait, pour cela, ouvrir une discussion particulière et très-étendue.

la simple séparation, alors même qu'elle est le résultat du hasard ou d'un acte posé par une autre personne, tandis que l'usufruitier et le fermier n'acquièrent ce droit qu'au moyen de leur propre perception. Établissons, d'un autre côté, la différence qui existe entre le véritable possesseur et le possesseur de bonne foi : le premier jouit, avant et après la séparation, de la véritable propriété des fruits, et, dans les deux périodes, de la même propriété : le second a, avant et après la séparation, la *bonæ fidei possessio* des fruits, mais la possession est nouvelle à partir du moment de la séparation, bien qu'elle ne repose pas sur une cause nouvelle, puisque la cause de la possession précédente est transportée à la possession nouvelle. Cette particularité de la *b. f. possessio* qui, au premier abord, ne paraît qu'une vaine subtilité, entraîne les conséquences pratiques les plus importantes :

A. A cause de la liaison que la *b. f. possessio* a avec l'usucapion. La séparation, en effet, fait commencer, avec la *b. f. possessio* nouvelle, une usucapion nouvelle qui s'accomplit toujours par trois ans, parce que tout fruit constitue une chose meuble. Avant la séparation, l'usucapion des fruits ne s'opérait qu'avec et dans celle de la chose principale, et s'accomplissait, par conséquent, pour les fonds de terre, par dix ou vingt ans (1).

B. A cause des exceptions spéciales établies relativement à la *b. f. possessio* et à l'usucapion, surtout pour les *res furtivæ* et *vi possessæ*. Tant que les fruits font partie de la chose principale, ces exceptions s'étendent naturellement aussi à eux : mais elles ne s'étendent pas à la nouvelle *b. f. possessio* qui naît de la séparation. Il en est de même à l'égard de la *res furtiva* : si les fruits existaient déjà dans le chef du voleur, ils restaient toujours *res furtiva*, non pas parce que la chose principale avait cette

(1) Sous ce rapport, la propriété bonitaire de l'ancien droit ne différait en rien de la *b. f. possessio*. Ainsi, celui qui avait un fonds de terre *in bonis*, acquérait par usucapion au bout de deux ans : mais lorsqu'il coupait le bois, il usucapait ce bois par un an.

qualité, mais parce qu'ils étaient compris dans le *furtum*. Lorsqu'au contraire ils n'étaient produits que dans le chef du *b. f. possessor*, cette raison cessait, et il est hors de doute que, dans ce cas, l'usucapion des fruits pouvait avoir lieu (1). — Passons aux *res vi possessæ* qui rendront encore plus clair ce que nous voulons établir : car la prohibition de l'usucapion ne peut pas s'étendre ici aux fruits dont la séparation a été opérée, parce que cette prohibition, restreinte aux immeubles, exclut nécessairement les fruits qui sont tous meubles. — Cette application de notre règle est donc bien loin de la démentir (2) : elle conduit au contraire à la déterminer d'une manière plus exacte que nous n'avons pu le faire jusqu'à présent. En effet, l'acquisition des fruits par la séparation, que nous venons d'expliquer, a non-seulement lieu (comme nous l'avons provisoirement supposé) pour celui qui a réellement la chose principale en possession attributive de l'usucapion, mais encore pour tous ceux qui réunissent en eux les conditions positives d'une telle possession (*possessio, bona fides* (3), *justa causa*), peu importe que la chose principale soit ou non soustraite à l'usucapion (4).

IV. Le fermier d'un *ager vectigalis* et l'emphytéote acquièrent

(1) L. 48, § 5, D. de *furtis*. — L. 55, pr. D. de *usurp. etc.* — Les discussions des jurisconsultes romains sur le part des esclaves (*partus ancillæ*) reposent sur des motifs tout spéciaux.

(2) Zachariæ s'en sert dans ce but (*De poss.* p. 50). Une seconde objection du même auteur est encore moins soutenable : il prétend, en effet, que la perception des fruits serait un mode naturel d'acquisition (*acquisitio naturalis*), tandis que la *b. f. possessio* serait une institution du droit positif, introduite même postérieurement à l'usucapion.

(3) A quel moment la bonne foi est-elle nécessaire ? Est-ce au moment de l'appréhension de la chose principale, ou bien au moment de l'acquisition des fruits ? Les jurisconsultes romains ne sont pas d'accord sur cette question. V. L. 48, § 1, D. de *A. R. D.* — L. 25, § 1, *eod.* — L. 11, § 5, 4, D. de *publiciana*. — L. 25, § 2, D. de *usuris*. Cette question n'exerce aucune influence sur nos recherches.

(4) L. 48, pr. D. de *A. R. D.*, et le § 1, du même passage, qui s'exprime ainsi : « ... is qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. »

en général, par leur qualité de fermier, la véritable propriété des fruits par tradition (n° II); cette tradition ne repose cependant pas ici, comme chez tout autre fermier, dans une appréhension nouvelle, mais seulement dans la simple séparation, comme chez le *b. f. possessor*, puisqu'il a la possession juridique de la chose principale. En même temps cette tradition leur donnait toujours la propriété romaine, par la raison que tous les fruits des champs étaient des *res nec mancipi*. Il s'ensuit que leur droit aux fruits est encore plus avantageux que celui du possesseur de bonne foi. Mais le moment où leur acquisition commençait était le même (1), et a pour l'un et pour l'autre le même motif, c'est-à-dire les règles que nous avons développées plus haut sur la possession (§ 22).

Ce moment de l'acquisition ne pouvant être expliqué d'aucune autre manière que par les règles indiquées, nous trouvons aussi dans cette circonstance une preuve directe en faveur de la possession juridique de l'*ager vectigalis*.

Le créancier gagiste d'un immeuble, auquel le contrat à titre d'antichrèse abandonne les fruits, se trouve absolument dans le même cas. Il déduit, lui aussi, son droit aux fruits, d'une convention avenue avec le propriétaire, tout comme un fermier, mais il a en même temps, comme l'emphytéote (§ 24), la possession du sol, et la propriété des fruits doit lui être attribuée dès le moment de la séparation, bien que nous ne puissions pas invoquer de textes à l'appui de cette opinion.

§ 23. De la possession dérivée.

Il nous reste encore à examiner ce qu'est l'*animus possidendi* dans la possession dérivée.

Ce que cette possession a de particulier consiste en ce qu'un possesseur précédent transmet son *jus possessionis* sans la propriété:

(1) L. 25, § 1, D. de usuris.

l'appréhension qu'elle exige ne diffère donc d'aucune autre appréhension, une certaine volonté doit aussi s'y joindre, mais elle ne doit se diriger que sur l'acquisition du *jus possessionis*. Il n'est par conséquent pas même possible de vouloir traiter la chose comme sienne (*animus domini*), parce qu'on reconnaît expressément la propriété d'autrui.

Ce qui nous importe ici, c'est d'indiquer complètement les cas qui admettent la possession dérivée; en d'autres termes, nous avons en général à examiner tous les actes juridiques dans lesquels on transmet à autrui la détention sans la propriété, et nous déterminerons alors, pour chacun d'eux, si le *jus possessionis* se transmet ou non en même temps que la détention. D'après cela, ces actes juridiques forment en général trois classes: les uns ne donnent jamais lieu à la possession dérivée (§ 23); d'autres la produisent toujours (§ 24), d'autres enfin la créent quelquefois (§ 25). Pour tous sans exception, nous rappellerons l'observation que nous avons déjà présentée plus haut. Toute possession dérivée est une exception à la règle; il est donc de règle que les actes juridiques de cette nature ne produisent aucune possession juridique, et dans tous les cas où la possession est néanmoins transférée, l'existence de la possession juridique doit être prouvée et expliquée.

Première classe. Cas dans lesquels la possession juridique n'est jamais transmise avec la détention. — Tous ces cas ont ceci de commun, que le possesseur actuel ne perd pas, par la transmission, son *jus possessionis*, et que celui auquel la transmission est faite ne l'acquiert donc pas et ne fait qu'exercer, comme représentant, la possession d'autrui.

Le premier de ces cas qui peut être le moins l'objet d'un doute, a lieu lorsque nous transmettons la détention à un autre dans le but qu'il administre notre possession, soit que son mandat porte seulement sur la possession, soit qu'il embrasse l'administration de tous nos biens (*procurator*, dans le sens restreint) (1).

(1) « Quod servus vel procurator, vel colonus tenent, dominus creditur « possidere. » L. 1, § 22, D. de vi. — Cpr. L. 9, D. de poss.

En second lieu, nous avons le commodat. Celui qui accorde, sous cette forme, l'emploi de sa chose à un autre, ne prend par conséquent pas plus la possession que le commodataire ne l'acquiert (1).

En troisième lieu, il en est exactement de même du contrat de bail, parce qu'il n'y a aucun motif qui puisse faire supposer que, d'après sa nature, il entraîne l'aliénation de la possession (2). En ce qui concerne l'usucapion, ce contrat n'exerce sur elle aucune influence : le droit des interdits ne nous oblige non plus à adjuger au fermier la possession ; car son contrat le protège déjà suffisamment contre la violence exercée par le propriétaire, et si ce sont des tiers qui troublent la possession, les interdits qui compètent au propriétaire suffisent, parce que, dans ce cas aussi, le fermier peut exiger que le propriétaire le tienne indemne ou lui cède les interdits (3). — La règle, que le fermier ne possède qu'au nom du bailleur est à tort soumise aux exceptions suivantes :

A. Lorsque le fermier est en même temps propriétaire de la chose qui se trouvait jusqu'à présent dans la possession d'un autre, cette possession cesse effectivement (4). Mais le motif en est que, dans ce cas, il ne peut exister aucun bail ; cette prétendue exception ne renferme donc qu'une application pure et simple de notre règle.

(1) « Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus. » L. 8, D. commodati. — Cpr. L. 5, § 20. D. de poss.

(2) « ... et colonus et inquilinus sunt in prædio : et tamen non possident. » L. 6, § 2, D. de precario. — « Et per colonos, et inquilinos, aut servos « nostros possidemus. » — L. 25, § 1, D. de poss. — Quelques auteurs ont été induits en erreur par deux passages dans lesquels les interdits sont accordés au fermier (L. 12, 18, D. de vi). Mais on y suppose que le fermier ait expulsé de force le propriétaire ; c'est donc du moment de la *dejectio* et nullement à partir du bail que la possession du premier a commencé.

(3) Cpr. plus haut, § 9, add. à la 6^e éd.

(4) Cpr. sur cette proposition, aussi bien que sur son exception (*locatio possessionis*), le § 5, p. 41. — Une application de cette exception se trouve au § 24.

B. Lorsque la transmission de la possession est expressément stipulée. Mais une convention de cette espèce est tellement contraire à la nature du bail, que celui-ci est censé résolu, lorsque la possession est transmise par un autre acte (1). Plusieurs auteurs ont nié cette proposition, parce qu'ils ont mal compris la *possionis locatio* que nous avons expliquée plus haut (§ 5) : celle-ci ne désigne nullement, comme ils le croient, un bail translatif de la possession, mais bien un bail consenti par un bailleur qui n'a aucun autre droit que la possession. Ce n'est que cette dernière circonstance qui distingue ce cas des cas ordinaires dans lesquels le bailleur a la possession et la propriété en même temps : ce qu'il a de commun avec tous les autres cas, c'est que le fermier ne fait qu'administrer la possession que le bailleur a réellement (2).

Un quatrième cas dans lequel on transmet la détention sans la possession, a rapport à une forme de la procédure romaine, l'envoi en possession (*missio in possessionem*). Cette permission donnée par le préteur, de prendre possession, était accordée dans deux buts différents :

A. Dans le but de transmettre la propriété (savoir la propriété bonitaire avec la *conditio usucapiendi*) (3). Dans ce cas, l'on pouvait à la vérité aussi acquérir la possession ; mais cette possession n'était point dérivée ; elle était originaire, parce que le possesseur possédait *pro suo*, c'est-à-dire dans le but de traiter la chose comme sienne.

(1) L. 10, D. de poss. V. au § 25.

(2) L. 57, D. de pign. act. V. au § 24.

(3) Nous devons mentionner ici la *missio ex secundo decreto damni infecti causa*. (L. 7, pr. D. de damno infecto) ; le jurisconsulte fait aussi la remarque expresse que cet envoi donne naissance à la possession juridique, ce qui n'était jamais le cas dans le *primum decretum*. (L. 5, § 25, D. de poss. add. L. 15, § 16, 17 ; L. 18, § 15, D. de damno infecto.) — La *b. p.* était accordée de la même manière et avec le même effet sur le droit de choses individuelles, bien que le mot *missio* ne se rencontre peut-être jamais dans la *b. p. edictalis*.

B. Dans le but de prévenir une aliénation, d'assurer la jouissance de fruits, etc. Ce sont ces cas dans lesquels on n'acquiert que la simple détention sans possession. Le motif en est qu'on refuse l'usucapion à l'envoyé en possession (*missus in possessionem*), parce que c'est précisément par là que cette *missio* se distingue de celle de la première espèce : il n'est non plus nécessaire de lui attribuer la possession à cause des interdits, parce qu'il jouit d'un interdit particulier différent des interdits possessoires et même plus avantageux que ceux-ci (1). Il s'explique donc aisément pourquoi aucun envoi de cette espèce ne donne la possession au *missus*, qui n'a que la détention de la chose au nom du possesseur précédent (2).

Le cinquième et dernier cas de cette classe concerne la détention qui se fonde sur un *jus in re*. Ainsi, celui qui fait à un autre la tradition d'une chose, parce que celui-ci en a l'usufruit, ou le droit d'usage (*usus*), n'en perd pas la possession, et l'usufruitier et l'usager exercent cette possession de la propriété, de la même manière que le fermier. — Il n'est pas difficile d'en

(1) Dig. liv. 45, tit. 4.

(2) L. 5, § 25, et L. 10, § 1, D. de poss. — L. 5, § 8, D. uti poss. — Thibaut (*Ueber Besitz*, p. 15) prétend qu'il y a exception dans le cas de la *fraudulenta absentia* (L. 7, § 1, D. quibus ex causis in poss.) : mais les mots *bona possidere*, dont ce passage se sert ne se rapportent pas plus à la possession juridique que toute autre *missio* des créanciers (L. 5, § 8, D. uti poss.), et même l'expression *bona possidere* est employée dans d'autres cas de cette espèce, dans lesquels il n'existe certes aucune possession juridique. (L. 12, D. quibus ex causis in poss.) — La L. 50, § 2, D. de poss., paraît être en opposition avec la règle elle-même ; « Item cum prætor idcirco in possessionem rei (ire) jussit, quod damni infecti non promittetur : possessionem invitum dominum admittere Labeo ait. » Mais il est évident que ce passage est loin d'être en opposition avec les précédents : en effet, cette loi, ainsi que la L. 5, § 25, D. de poss., sont du même jurisconsulte (Paul) ; l'opinion de Labéon ne peut donc être rapportée ici autrement que dans la L. 5 citée ; celle de Q. Mucius, et les mots *ineptissimum est*, qui sont expressément ajoutés à la dernière, doivent être suppléés dans la première. Comme opinion émise par Paul, elle ne peut se rapporter qu'au *secundum decretum*.

donner le motif. L'usucapion ne nécessite aucun changement de possession, parce que le *jus in re* n'est pas destiné à opérer de changement dans la propriété. Les interdits n'exigent non plus un changement de possession ; car le *jus in re* est protégé, par des interdits particuliers (§ 12), contre les attaques des tiers, et cette protection ne perd rien de son efficacité par la circonstance que le propriétaire a également, à cause de sa possession, un interdit contre celui qui trouble sa possession : les collisions qui peuvent survenir entre l'usufruitier ou l'usager et le propriétaire ne nécessitent non plus de refuser la possession à ce dernier. Tous deux ont des interdits ; mais ils se trouvent entre eux dans le même rapport que la revendication (*rei vindicatio*) avec l'action confessoire (*confessoria actio*), c'est-à-dire dans le même rapport que la règle est avec son exception ; il s'ensuit que ce rapport ne peut faire naître aucune collision qui ne soit facile à décider (§ 9, add. à la 6^e éd.). Passons à la preuve de toutes ces propositions.

Quant à l'usufruit, il n'est pas difficile de démontrer que l'usufruitier n'a aucune possession :

L. 6, § 2, D. de precario (1).

« ... et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt
« in prædio : et tamen non possident. »

L. 12, pr. D. de poss.

(1) Cpr. L. 1, § 8, D. de poss. — L. 10, § 5, D. de adqu. rer. dom. (§ 4, J. per quas pers.) — L. 5, § 1, D. ad exhibendum. — Par contre Cicéron dit (*Pro Cæcina*, ch. 32, p. m. 508) : « Cæsenniam possedisse « propter usumfructum non negas. » Il n'est pas nécessaire d'admettre qu'à cette époque le droit ait changé ou que Cicéron, soit par ignorance, soit pour favoriser son parti, ait avancé comme une vérité, une proposition fautive. Car on ne peut nier que l'usufruitier a réellement une possession, à savoir la *juris quasi possessio*, ainsi que le droit d'invoquer les interdits : aussi, ne s'agissait-il, dans le cas de Cicéron, que de l'existence des interdits. Seulement l'usufruitier ne doit pas avoir une possession dans le sens propre, c'est-à-dire une possession de la chose elle-même (*possessio ipsius rei*) ; aussi Cicéron ne prétend-il pas l'accorder à l'usufruitier.

« Naturaliter videtur possidere (1) is qui usumfructum (2) habet. »

On explique également, et en termes exprès, dans un autre passage, le rapport de l'usufruit avec la propriété, de manière à distinguer, comme indépendants l'un de l'autre et comme pouvant coexister sans s'exclure l'un l'autre, l'exercice de la propriété (c'est-à-dire la possession), et l'exercice de l'usufruit :

L. 52, pr. D. de poss.

« Permisceri causas possessionis, et ususfructus non oportet : quemadmodum nec possessio, et proprietas misceri debent : neque (3) impediri possessionem, si alius fruatur : neque alterius fructum amputari (4), si alter possideat. »

Ce rapport très-simple dans lequel se trouve la possession avec l'usufruit n'a, de tout temps, été reconnu que par un petit nombre de jurisconsultes (5). La plupart d'entre eux accordent à l'usufruitier, à côté de la *juris quasi possessio*, encore la pos-

(1) I. e. jus possessionis habere non videtur. — Le sens de ce passage n'est précisé que par sa liaison avec les autres textes, parce que l'expression *naturalis possessio* a un double sens. — Glossa interlin. ad v. *naturaliter* (MS. Paris. 4458 a) : « Id est corporaliter tantum M. » (c'est-à-dire Martinus).

(2) L'éd. de Rome, 1476, porte *usum*.

(3) La leçon *neque* est adoptée par sept MMS. de Paris, un de Metz, celui de Leipzig, et le nôtre; ensuite le Code de Rhediger, les éditions de Rome, 1476; Nor. 1485, Venise, 1485; Venise, 1494; Lugd. 1509, 1515; de Halle, Paris, 1514, 1556. Les Basiliques confirment également cette leçon. (Meerman, VII, 49.) — Le MS. de Florence porte : *namque*.

(4) Les MMS. et les éditions cités à la note précédente portent *amputari*. On sait que l'usufruit se perd par le non-usage; ainsi, d'après notre passage, la simple possession d'autrui ne suffit pas pour faire perdre l'usufruit, puisque l'exercice de l'usufruit et celui de la propriété, sont indépendants l'un de l'autre. — Le MS. de Florence lit : *computari*.

(5) Placentin, *Summa in Cod.* L. 8, t. 4 (p. 575), et L. 8, t. 5, (p. 576). — Alciat, sur la L. 1, pr. D. de poss., n° 42, 43 (p. 1200). — Retes, *De poss.* P. 1, c. 4, § 11-15. (Meerman, t. VII, p. 472, 473).

session juridique de la chose même (1), soit parce qu'ils ont de fausses idées sur la possession naturelle, soit parce qu'on n'accorde pas, dans ce cas comme pour les autres servitudes, un interdit particulier, mais bien les interdits *de vi* et *uti possidetis*. Mais ils n'ont pas considéré que le droit de recourir à certains interdits nommés est évidemment chose très-différente du droit d'employer en général un interdit : il est, à la vérité, particulier que l'usufruitier ait les mêmes interdits que le véritable propriétaire, et c'est là une extension de ces interdits au delà de leur portée originaire (2) : mais cette circonstance est en même temps tout à fait accidentelle; c'est à tort que l'on regarde comme une exception à la règle, le droit de l'usufruitier aux interdits en général, et ni ce droit, ni l'application accidentelle des interdits compétants au véritable possesseur, ne renferment aucun motif d'attribuer à l'usufruitier la possession de la chose.

Ce que nous venons d'établir relativement à l'usufruit, doit d'autant plus s'appliquer au droit d'usage et aux autres servitudes qui donnent la détention de la chose, que, dans tous ces cas, la propriété reste plus complète, et qu'une partie de droits, moindre que dans l'usufruit, est détachée.

Voilà probablement aussi le motif pour lequel nos sources de droit ne parlent peut-être nulle part de la possession considérée dans ses rapports avec ces institutions juridiques.

Mais ce principe ne se restreint pas aux servitudes, il s'applique aussi à tout *jus in re*, et par conséquent aussi à la super-

(1) Jean Bastien. (V. plus haut, p. 128, 172.) La glose sur les L. 25, § 2, D. *quib. ex causis maj.* — L. 5, § 9; L. 9, D. *de vi.* — L. 4, D. *uti poss.* — L. 6, § 2, D. *de prec.* — Bartole, sur la L. 1, pr. D. *de poss.* n° 9, 12. — Cujas, dans ses *Obs.* IX, 55; XVIII, 24; not. prior. sur le § 4, J. *per quas pers.* — *Comm.* sur la L. 12, pr. D. *de poss.* (*Opp.* t. VIII, p. 271.) — *Comm.* sur le code, l. 7, t. 52. (*Opp.* t. 9, p. 1007.) — Galvanus, *De usufructu*, ch. 54. — Accurse et Cujas ont réuni toutes les opinions possibles; Galvanus a trouvé d'autres moyens d'embrouiller complètement la question.

(2) Doneau, *Comm. juris civilis*, XV, 52 (p. 801), 55 (p. 805).

ficie. Car celle-ci donne droit à un interdit qui lui est propre (1), et nullement à l'interdit *uti possidetis* qui est cependant accordé dans toute possession juridique. Nous nous appuyons en outre sur le passage suivant, qui prescrit en termes exprès, pour la superficie, le rapport de la propriété avec tout *jus in re*, comme une règle avec son exception :

L. 5, § 7, D. *uti possidetis*.

« Sed si supra ædes, quas possideo, cœnaculum sit, in quo
 « alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti
 « posse, Labeo ait, non eum, qui in cœnaculo moraretur : sem-
 « per enim superficiem solo cedere. Plane si cœnaculum ex pu-
 « blico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo ædes possideri
 « qui κρυπτας possideret, sed ab eo cujus ædes supra κρυπτας es-
 « sent : verum est in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum
 « superficiarii proprio interdicto et actionibus a Prætoribus uten-
 « tur : dominus autem soli, tam adversus alium, quam adver-
 « sus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis : sed prætor
 « superficiarium tuebitur secundum legem locationis et ita Pompo-
 « nius quoque probat. »

Ce passage a toujours été mal compris, parce qu'on a constamment supposé qu'il traite, d'un bout à l'autre, du même cas. Mais il n'en est pas ainsi ; ce passage se compose de deux parties indépendantes ; car à partir du mot *ceterum* le jurisconsulte se livre à une considération toute nouvelle. Dans la première moitié, le cas est celui-ci : j'habite une maison dont l'étage supérieur est occupé par un autre, non pas en qualité de locataire ou d'usufruitier, mais bien *quasi dominus* et au même titre que j'occupe la partie inférieure, de sorte que chacun de nous devrait à coup sûr être réputé seul possesseur, si l'autre ne devait pas entrer en considération à côté de lui. Or, comment décider, dans ce cas, lorsqu'il s'agit de la possession et des interdicts ? On pourrait croire que les interdicts doivent être conférés à chacun pour l'espace qu'il occupe : cette

(1) Dig. liv. 45, tit. 18.

opinion qui terminerait le différend de la manière la plus facile, n'est pas réfutée par le jurisconsulte, mais il en suppose tacitement l'impossibilité qui repose évidemment sur ce que les différents étages d'une maison ne peuvent se trouver dans la possession de différentes personnes. Il ne reste donc d'autre parti à prendre qu'à déclarer l'un de nous possesseur exclusif de toute la maison et à donner à lui seul les interdicts. Or, dit le jurisconsulte, c'est en général celui qui occupe la partie inférieure, qui a la possession de la maison entière, parce que sa demeure est unie au sol et que le bâtiment suit ce dernier. Cependant ceci n'est pas vrai dans toute sa généralité ; car, lorsque l'habitant de la partie supérieure occupe la demeure principale de la maison et qu'il a une entrée particulière qui conduit chez lui, tandis que l'autre n'occupe qu'un souterrain, une cave (κρυπτη), le premier est considéré comme véritable possesseur de la maison entière, et on lui accorde la protection des interdicts : l'autre devra céder. Ainsi, dans ce premier cas, le jurisconsulte supposait que chacun demeurerait *quasi dominus* : il passe ensuite au second cas. — Il en est tout autrement lorsque l'habitant supérieur ne demeure pas dans la maison *quasi dominus*, mais en vertu du droit de superficie. Il ne peut y avoir alors de semblable difficulté, tout se décide le plus aisément possible d'après le rapport dans lequel se trouve la *possessio* avec la *quasi possessio*. Le propriétaire est possesseur exclusif de la maison entière, et jouit de l'interdit *uti possidetis* contre tout autre, même contre le superficiaire : mais celui-ci, de même qu'il obtiendrait, comme demandeur, l'interdit *de superficiibus* contre tout autre, même contre le propriétaire, de même il en jouit, comme défendeur, sous forme d'exception, pour se protéger contre l'interdit *uti possidetis* du propriétaire. — Toute cette interprétation se base donc uniquement sur la division du passage dont les deux membres, assez clairement distingués par le mot *ceterum*, n'ont été méconnus que parce que le mot *superficius* se rencontre dans le premier : mais il est évident que ce terme n'a pas pour but, dans cet endroit, de désigner l'institution juridique du même nom, qu'il y est au

contraire employé dans le sens matériel pour désigner le bâtiment par opposition au sol.

En partant de la vérité de cette division et de cette interprétation, il devint évident, par l'opposition des deux cas, que le jurisconsulte a voulu attribuer la *corporis possessio* de la totalité et de toutes ses parties au propriétaire seul du fonds, tandis qu'il n'a voulu accorder au superficiaire que la *juris quasi possessio* des parties qui font l'objet du contrat (*secundum legem locationis*) (1).

Placentin (2) est peut-être le seul auteur qui ait reconnu que la possession reste toujours la même dans tout *jus in re*, c'est-à-dire, dans l'usufruit, le droit de superficie, etc. La plupart des jurisconsultes se sont contentés d'examiner si la superficie subit des modifications dans l'usufruit ou bien dans la superfi-

(1) Du Roi, *Spec. observ. de jure in re* (Heidelb. 1812, in-8°), p. 62 et suiv., prétend que la superficie n'est pas un *jus in re*, mais bien une espèce de propriété bonitaire ou *dominium utile*. Pour établir son assertion il se sert d'arguments semblables à ceux que nous avons mis en avant, dans la seconde édition, pour attribuer à l'emphytéote une propriété bonitaire, à savoir qu'il a, dans la pratique, presque tous les avantages du propriétaire. Or, il est clair qu'il va trop loin lorsqu'il conclut des L. 73, 75, D. de R. V. « Superficiario... prætor causa cognita in rem actionem pollicetur, » que la *rei vindicatio* compète au superficiaire, par le motif que ces passages sont placés sous le titre de R. V. Aussi est-il obligé (p. 65) d'admettre une équité (*æquitas*) non-seulement opposée au droit civil, mais encore au droit naturel, ce qui certes est contraire à l'idée même d'équité. Nous pensons qu'il est inutile de rechercher pour le superficiaire, comme pour l'emphytéote, d'autre forme légale que celle d'un *jus in re*, dont le rapport avec la propriété satisfait toutes les exigences. Il faut convenir que ces *jura in re* du droit nouveau ont été assimilés à la propriété beaucoup plus qu'on ne devait et pouvait le faire d'après les idées strictes de l'ancien droit de propriété. C'est d'après cette notion plus saine sur la propriété de l'ancien droit, qui n'aurait jamais admis un droit de gage dans le sens du droit nouveau, que s'est formée la théorie des servitudes, et c'est d'après elle qu'il faut expliquer les restrictions des servitudes permises que les jurisconsultes modernes considèrent ordinairement comme des subtilités oiseuses de l'ancien droit.

(2) *Summa in cod.* l. 4, t. 4, (p. 375) L. 8, t. 5 (p. 376).

cie, parce que le hasard a voulu que nos sources de droit ne la mentionnent que par rapport à ces deux espèces de droits réels (1).

§ 24. Continuation.

Seconde classe. Détention qui n'est jamais transmise sans la possession.

Cette classe comprend deux cas :

I. La possession de l'emphytéote. Comme cette possession est en général déterminée, mais en même temps sans *animus domini*, elle ne peut être considérée que comme une possession dérivée. Nous ne pouvons d'ailleurs prouver que par des raisons historiques, et nullement par la nature même ou le but de l'emphytéose, qu'il faut admettre pour ce cas une possession dérivée au lieu d'une simple *quasi juris possessio* (2).

II. La possession du créancier gagiste, c'est-à-dire la possession résultant du contrat de gage (*contractus pignoris*). Tout nantissement quelconque ne produit donc pas cette possession; elle est, au contraire, uniquement limitée au contrat de gage : et nommément le nantissement prétorien ne la donne pas (3),

(1) Il y a peu de temps, plusieurs auteurs ont de nouveau défendu, avec beaucoup de peine, l'opinion d'après laquelle le superficiaire aurait la *corporis possessio*, d'où il résulterait que le propriétaire ne pourrait l'avoir. Schræter, dans la *Zeitschrift* de Linde, t. 2, p. 244-255. — Buchholtz, *Versuche*, p. 85. (Add. à la 6^e éd.)

(2) V. plus haut, p. 105, § 12 a et § 22 a. — Schræter, *Zeitschrift* de Linde, t. II, p. 257-245, explique autrement la possession de l'emphytéote. (Add. à la 6^e éd.)

(3) Lorsqu'en matière de revendication le défendeur ne comparait pas, et que le demandeur obtient, par suite, une *missio*, il semble qu'il obtient la possession, d'après la L. 8 in fine, C. de præf. 50 v. 40 annor. Bulgarus ne la lui accordait qu'après une année révolue, Martinus la lui attribuait immédiatement, mais de manière qu'elle pût être redemandée pendant la première année. (Odfred, sur la L. 5, in fine, D. de poss. fol. 57.) Mais nous pensons que ce passage peut tout aussi bien s'entendre de la simple détention; cette interprétation est d'ailleurs rendue nécessaire par la nature même du nantissement prétorien.

parce que le nantissement prétorien résulte de toute *missio in possessionem* (1), et cependant, dans la plupart des cas, cet envoi n'a aucune possession pour conséquence; il en est de même du *pignus in causa judicati captum* qui suit l'analogie du nantissement prétorien (2); enfin, il en est encore ainsi d'un simple contrat qui n'est pas accompagné de la remise des choses promises pour sûreté de la créance (3).

La possession du créancier gagiste nous paraît devoir s'expliquer de la manière suivante. Pendant longtemps les Romains ne connurent que deux manières d'assurer l'exécution d'une obligation par la propriété du débiteur. On avait d'abord coutume de céder, dès le principe et par mancipation, la propriété d'une chose au créancier qui devait toutefois promettre, lors de la mancipation, de laisser racheter la chose (*pactum de remancipando, fiducia*). Mais cette forme non-seulement présentait beaucoup de difficultés, elle était encore restreinte à certaines espèces de choses (aux *res mancipi*) (4) : c'est par ce motif que l'on prit, en second lieu, l'habitude de faire seulement la tradition de la chose au créancier, sans conférer, par cet acte,

(1) L. 26, pr. D. de *pign. act.* — L. 12, D. *pro emtore*.

(2) Odfred, *l. c.*

(3) L. 55, § 5, D. de *usurp.* Il ne serait donc pas difficile de croire, pour ce cas, à une *juris quasi possessio*, dont il n'est cependant nulle part fait mention. Nous n'avons pas davantage de motif fondé pour admettre que le créancier auquel l'action hypothécaire donne la détention, obtient aussi la possession juridique. — On pourrait croire que la possession lui est nécessaire pour pouvoir vendre et faire tradition; mais il faut observer que c'est au nom d'autrui qu'il fait tradition, de la même manière qu'un mandataire qui n'a non plus besoin d'une possession propre pour pouvoir transmettre la propriété. (Add. à la 6^e éd.) — Le *pactum hypothecæ* ne doit pas être confondu avec un autre acte juridique qui, au premier abord, semble être le même, savoir le *pignus* combiné avec le *constitutum possessorium*. Nous en parlerons plus amplement ailleurs.

(4) [Add. à la 4^e éd.] Toutefois l'on pourrait atteindre le même but par une *in jure cessio* (Gajus, II, 59), applicable à toutes les espèces de choses.

aucun autre droit que celui du débiteur d'exiger plus tard la restitution (*actio pignoratitia*). Nous avons déjà vu plus haut que ce cas ne peut admettre aucun *animus domini*, et, par conséquent, aucune possession originaire; de sorte que, s'il y a possession, ce ne peut être qu'une possession dérivée, et c'est d'elle qu'il s'agit ici. Le créancier ne reçoit donc en premier lieu, par cette tradition, que la sûreté naturelle que lui donne la conservation de la chose destinée à couvrir sa créance en cas de non-paiement : la perte de la possession naturelle entraîne celle de toute sûreté. Nous devons, en second lieu, prendre en considération les interdits possessoires, et démontrer, par la nature de ce contrat, à laquelle des deux parties il fallait les accorder : ce n'est point au débiteur qu'il faut les donner, parce qu'il ne lui serait pas difficile de reprendre, d'une manière illégale, la possession naturelle de la chose (1); c'est donc au créancier qu'il faut les attribuer, car son contrat lui donnait la détention, et les interdits ont uniquement pour but de conserver ou de récupérer la détention (2). Plus tard, lorsqu'on donna au créancier une action réelle (*actio quasi Serviana*) dirigée sur la récupération de la possession perdue, on changea par là quelque peu la face de la question. Les interdits lui devinrent alors moins indispensables, mais il ne les en conserva pas moins, car on les accordait également au propriétaire quoiqu'il eût toujours eu la revendication : c'est donc une grande erreur que de faire rapporter la possession du créancier à cette action

(1) On pourrait objecter que ceci s'applique aussi au locataire, au comodatitaire, etc. Mais le contrat de gage, différent en cela d'autres contrats, a précisément pour but de donner au créancier une sûreté particulière contre le débiteur : il repose donc sur une méfiance contre le débiteur, ce qui ne serait plus ainsi, si l'on accordait les interdits à ce dernier. Thibaut, *Archiv*, t. 18, p. 324, explique ce point avec beaucoup de justesse et bien plus de lucidité que nous ne l'avons fait. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Il n'est pas nécessaire de considérer, comme le fait Unterholzner, *Verfahrung*, p. 160, cette possession du droit de gage comme un reste de l'ancienne *fiducia*.

réelle, comme à sa cause ou à son effet, et de ne la considérer que comme née par cette action ou à cause d'elle, tandis que celle-ci aurait très-bien pu la faire cesser. — Voici donc quels seraient les rapports respectifs des parties : le créancier aurait la possession juridique, c'est-à-dire le droit de recourir aux interdits, mais il ne jouirait pas du droit à l'usucapion (*civilis possessio*), parcequ'il n'y a ni juste cause ni bonne foi : le débiteur ne jouirait pas du droit d'invoquer les interdits, il n'aurait en général aucune possession juridique, et l'usucapion qu'il aurait eue jusqu'au moment de la tradition, cesserait même de courir à son égard. — Mais ce dernier point non-seulement n'est pas une conséquence du but qu'on s'est proposé par le contrat de nantissement, il serait même en opposition complète avec l'intérêt du créancier. Car, si la chose qui jusqu'alors faisait l'objet de l'usucapion du débiteur, était dans la propriété romaine d'autrui, la revendication ne pouvait être exclue que par l'usucapion accomplie : or l'interruption de l'usucapion ne pouvait faire perdre au propriétaire le droit de se servir de sa revendication tant contre le créancier que contre tout autre possesseur. — Cet intérêt opposé du créancier relativement aux interdits et à l'usucapion, a fait naître, dans le contrat de nantissement, une exception aux règles de la possession, exception qui ne se rencontre dans aucun autre acte juridique. Nous parvenons ainsi aux modifications suivantes : le créancier a la *possessio*, c'est-à-dire le droit d'invoquer les interdits; mais la *civilis possessio*, c'est-à-dire celle qui mène à l'usucapion, ne lui compétè pas : le débiteur n'a pas le droit de recourir aux interdits; il n'a même en général *aucune possessio*, mais il continue l'usucapion commencée tout comme s'il n'avait pas cessé d'avoir la possession. Il n'est pas aussi indifférent que cela paraît l'être au premier abord, d'exprimer ce dernier principe de la manière que nous l'avons fait, en nous appuyant sur un passage du droit romain (1), ou de dire que le débiteur possède réelle-

(1) L. 36, D. de poss.

ment, et que lui et le créancier se partagent la possession. Car d'abord, les termes dont nous nous sommes servi rapportent toute l'exception à la règle : *sine possessione usucapio contingere non potest*, et nullement à cette autre règle : *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*; par là, la généralité de cette dernière règle se trouve ainsi à l'abri de cette objection. Les expressions dans lesquelles nous avons formulé le principe ont ensuite l'avantage de montrer de quel côté se trouve uniquement l'exception : c'est le droit du débiteur qui s'écarte de la règle, celui du créancier est entièrement compris dans la règle de la possession dérivée, et voilà pourquoi la possession du créancier gagiste pouvait servir avec raison à déterminer les idées générales de la *civilis* et *naturalis possessio*, procédé qui, dans le cas contraire (c'est-à-dire, si le droit du créancier s'écartait de la règle) aurait complètement péché contre toute méthode.

Passons maintenant à la preuve de nos soutènements sur la possession du gage :

A. Le créancier a la possession juridique, mais le droit à l'usucapion ne lui compétè pas :

L. 16, D. de usurp. (1).

« . . . Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet : quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. »

B. La première proposition que nous venons d'énoncer a pour conséquence que le créancier, aussi bien que tout autre possesseur, peut louer la chose (2) : il peut même la louer au débiteur, bien que ce dernier soit en même temps propriétaire;

(1) Cpr. L. 40, pr. D. de poss. — L. 15, § 2, D. qui satisd. cog. — L. 55, § 1, D. de pign. act. — L. 5, § 15, D. ad exhibendum. — La L. 7, § 2. C. de præscr. 50 l. 40 ann., ne peut être opposée avec quelque fondement; car l'expression : *posséder au nom d'autrui*, peut avoir plus d'un sens; le débiteur est aussi en réalité traité comme s'il avait la *possessio* (*ad usucapionem*); enfin, si la proposition contraire pouvait être vraie, cette constitution aurait réellement dû apporter des changements à l'ancien droit, tandis que Justin, loin de régler le droit de la possession, ne s'occupe au contraire que de la prescription de l'action hypothécaire.

(2) L. 25, pr. D. de pignoriibus.

alors le louage forme une *possessionis locatio*, et le débiteur exerce la possession d'autrui sur sa propre chose.

L. 57, D. *de pign. act.* (1).

« Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem : quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio : cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi. »

C. Le débiteur n'a, à proprement parler, aucune possession, mais on crée en sa faveur une fiction juridique, on suppose dans son chef une *possessio ad usucapionem*, c'est-à-dire qu'on le considère, par rapport à l'usucapion, comme s'il avait la possession, quoiqu'il ne l'ait pas.

L. 36, D. *de poss.*

« Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. Sed etsi eundem precario rogaverit, æque per diutius nam possessionem capiet... cum plus juris in possidere habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet (2). »

L. 16, § 15, D. *de usurp.*

« Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet. . . »

L. 1, § 15, D. *de poss.*

« . . . ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri : ad usucapionem. . . »

D. Cette possession fictive du débiteur se base uniquement sur la nature juridique du contrat de nantissement : ainsi, lorsqu'il n'y a pas de nantissement reconnu valable en droit, cette possession n'a non plus lieu : tel est entre autres le cas

(1) Cpr. D. 57, L. *de poss.* — Il résulte à l'évidence des deux passages que la *possessionis locatio* (L. 28, D. *de poss.*) ne peut être une *locatio* de nature à faire acquérir au preneur la possession juridique. V. plus haut, les §§ 5 et 25.

(2) Ces mots, combinés avec le commencement du passage et avec les passages suivants, donnent le résultat suivant : debitor omnino non possidet, sed ad unam causam (usucapionis) intelligitur possidere.

où le créancier est propriétaire de la chose donnée en nantissement.

L. 29, D. *de pign. act.* (1).

« Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis... deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse... idcirco usucapio tua interpellabitur. »

On rencontre chez les jurisconsultes modernes les opinions les plus divergentes sur la possession des choses remises pour sûreté d'une dette : le plus grand nombre d'entre elles est étranger à notre sujet, parce qu'elles concernent les notions de la *civilis* et de la *naturalis possessio*. — Placentin (2) s'efforce beaucoup de refuser au débiteur toute possession. Si l'on a vu dans Doneau un défenseur de la même opinion, c'est qu'il faut en quelque sorte lui en attribuer la faute ; mais il ne nie l'existence de la possession du créancier que là où il expose la possession originaire accompagnée de l'*animus domini* (3). Plus loin, il parle du transport de la simple possession, et à cette occasion il fait, avec beaucoup de justesse, mention du créancier possesseur de la chose donnée en gage (4). Son défaut consiste donc plutôt à supposer tacitement la distinction de la possession originaire avec la possession dérivée, qu'à la développer en termes exprès et à l'appliquer à notre cas. — Duarein et surtout Valentia ont convenablement expliqué les rapports qui existent entre le créancier et le débiteur (5). — Westphal exprime son opinion littéralement en ces termes (6) : « le jurisconsulte commet une grave erreur en n'adoptant la possession

(1) Cpr. L. 55, § 5, D. *de usurp.* A cette loi se rapporte cette autre si difficile à interpréter : L. 16, D. *de O. et A.*, sur laquelle il faut comparer Chesius, *Jurisp. Rom. et Att.* t. II, p. 872.

(2) *Summa in Cod. tit. de poss.*, in fine (p. m. 555).

(3) *Comm. juris civilis*, l. 5, ch. 6 (p. m. 185).

(4) *Comm. juris civilis*, l. 5, ch. 15 (p. m. 197).

(5) Duarein, sur la L. 1, § 15, D. *de poss.* (*Opp.* p. m. 834, 855.) — Valentia, *Ill. jur. tract.*, l. 1, tr. 2, ch. 11.

(6) *Arten der Sachen*, § 151.

du débiteur qui a donné une chose en nantissement, que pour l'usucapion... On voit combien peu l'on doit souvent se fier aux assurances des anciens légistes (1). »

§ 25. Continuation.

Troisième classe. Détention qui se transmet tantôt avec la possession, tantôt sans elle. Cette classe comprend deux cas : le *depositum* et le *precarium*.

D'abord, pour ce qui concerne le *depositum*, la règle ne souffre aucun doute. En général la possession ne s'y aliène pas plus que dans le bail.

L. 3, § 20, D. *de poss.* (2).

« Sed si is, qui apud me *deposuit*, vel *commodavit*, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam *quidem*. »

L'exception à ce principe n'a lieu que dans un cas très-restreint.

Lorsque la propriété d'une chose est revendiquée, et que cette dernière est déposée chez un tiers (*sequester*), les parties peuvent, par convention expresse, conférer la possession à ce tiers, afin d'interrompre toute usucapion qui s'opérerait jusqu'à ce transport : c'est là le seul cas dans lequel le dépôt entraîne un changement de possession (3) :

L. 59, D. *de poss.*

« *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res : nam si omittendæ possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum : ad usucapionem possessio ejus partibus non*

(1) Schröter, *Zeitschrift de Linde*, t. II, p. 255-265, a essayé de donner une autre interprétation à la possession du créancier gagiste. Sintenis, *Ibid.*, t. VIII, p. 414-455, a essayé de réfuter cette explication. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Cpr. L. 83, § 4, D. *de usurp.* — L. 9, § 9, D. *de reb. cred.*

(3) Cette opinion n'est pas généralement partagée ; des auteurs en ont embrassé une autre : Schröter, *Zeitschrift de Linde*, t. II, p. 266 ; Bartels, *Ibid.*, t. VI, p. 205 ; Sintenis, *Ibid.*, t. VII, p. 249. (Add. à la 6^e éd.)

« *procederet : at si custodia causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere (4) constat.* »

L. 17, § 4, D. *depositi*.

« *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est (2) : nam tum demum sequester possidet : id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* »

Le *precarium* suit un principe tout contraire : à la vérité, il transporte aussi, tantôt la possession, tantôt la simple détention, mais la transmission de la première a lieu en règle générale, tandis que la seconde doit être expressément stipulée pour que son existence puisse être prétendue (5). — Le motif pour lequel la transmission de la possession s'opère ici en règle générale, c'est qu'elle ne porte aucun préjudice au propriétaire (*rogatus*) (4) : sa possession qui le conduit à l'usucapion est en effet continuée par *accessio possessionis* (5), et il a un interdit

(1) Puisque, dans ce cas, c'est-à-dire si le contraire n'a pas été expressément stipulé, le séquestre ne fait qu'administrer la possession d'autrui.

(2) « *Deposita (possessio) est* » et non : « *deposita (res) est* ». Le sens de cette phrase n'est donc pas : « le dépôt ne donne aucune possession, hors le cas d'une *sequestratio* », mais elle signifie : « le dépôt ne donne aucune possession, excepté lorsqu'il s'agit d'un séquestre, et de telle sorte que la possession lui est expressément transmise (*deposita possessio*). » Le séquestre, en effet, ne doit être possesseur que par exception : c'est ce que dit non-seulement le premier passage, mais encore le second passage, par les mots qui suivent immédiatement : « *nam tum demum sequester possidet.* » — Duarein, *De sacris eccles. minist.* III, 10 (*Opp.* p. m. 1567), est le premier qui ait donné cette explication ; toutefois il explique, sans nécessité, les mots *deposita est* par *omissa est*. — La glose, sur ces deux passages, prend la règle pour l'exception, et réciproquement.

(3) Duarein, sur la L. 10, D. *de poss.* (*Opp.* p. m. 869.) — Schröter et Bartels ont émis une opinion qui s'écarte sur ce point de la nôtre. V. *Zeitschrift de Linde*, t. II, p. 263 ; t. VI, p. 179. (Add. à la 6^e éd.)

(4) Ce point est encore bien moins sujet au doute d'après l'opinion rejetée et professée par d'anciens jurisconsultes, qui accordaient la possession tant au *rogatus* qu'au *rogans*.

(5) L. 15, § 7, D. *de poss.*

tout particulier pour récupérer la possession aliénée (*interdictum recuperandæ possessionis*).

A. Il est de règle que la possession elle-même se transmet par le *precarium* :

L. 4, § 1, D. de *prec.* (1).

« Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, »
« etiam possidere. »

B. On peut stipuler, par convention expresse, que la détention seule doit être transmise :

L. 10, pr., § 1, D. de *poss.* (2).

« Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur »
« decessisse a conductione. . . Idem Pomponius bellissime »
« temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem prædium, »
« precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione »
« esset? (3)... quod si factum est, utrumque procedit. »

Il est vrai que l'on perd aussi la possession dans ce dernier cas, lorsque le *rogans* est en même temps propriétaire de la chose : mais cette perte résulte ici, de même que dans le bail, uniquement de ce qu'il n'existe réellement plus de *precarium*. C'est aussi par ce motif que cette proposition souffre elle-même exception, lorsque le propriétaire, en conscience de cette qualité, convient du *precarium* avec le possesseur, dans l'intention d'acquérir la possession de ce dernier; il faut se garder de confondre ce *precarium solius possessionis* avec la transmission de la possession juridique par le *precarium*, puisqu'on peut transmettre par là, comme par tout autre *precarium*, aussi bien la possession que la simple détention.—Le contrat de nantissement nous présente une application bien importante. Lorsque le débiteur demande (*rogat*) *precario* le gage, cette *rogatio* est valable, parce qu'elle a évidemment lieu en considération de la possession juridique du créancier (4) : la possession attribu-

(1) Cpr. L. 22, pr. D. *eod.*

(2) Cpr. L. 6, § 2, D. de *prec.*

(3) Dans le premier cas, il s'agissait simplement de *precario rogare*.

(4) L. 6, § 4, D. de *prec.*

tive de l'usucapion du débiteur continue naturellement, parce que ce dernier reçoit, par la *rogatio*, plus qu'il n'avait précédemment (1) : la possession du créancier continue également, lorsque le *precarium* n'a pour objet que la simple détention, ce qui est même présumé dans ce cas-ci, conformément au but du contrat de nantissement (2).

§ 26. De l'acquisition de la possession par un tiers.

Il ne nous reste plus, pour terminer l'acquisition de la possession, qu'à examiner comment on peut acquérir la possession par des actes posés par d'autres personnes; et si nous nous conformons à une expression, que nous avons expliquée plus haut, de la notion de la possession, abstraction faite des exceptions, nous pourrions poser cette question dans les termes suivants :

« Comment est-il possible d'acquérir, par des actes posés par des tiers, la conscience du pouvoir physique sur une chose? »

Tous les cas de cette espèce d'acquisition, mais surtout celui du *constitutum possessorium*, sont ordinairement considérés comme une appréhension fictive, manière de voir qui entraîne ici, comme partout, les conséquences pratiques les plus importantes. On ne peut nier que cette acquisition présente quelque chose de tout particulier; mais l'on a oublié de rechercher en quoi consiste ce caractère particulier. Toute notre question se réduit à trois points : Que doit faire celui par lequel nous acquérons la possession (le *représentant*)? Que doit faire le *possesseur* (nouveau) lui-même? Enfin, quel est le rapport qui doit

(1) L. 36, D. de *poss.* — L. 29, D. de *pign. act.* — L. 55, § 6, D. de *usurp.* (Ces trois passages sont tirés des Digestes de Julien.) — Quant à la L. 16, D. de *O. et A.*, copiée hors du même ouvrage de Julien, nous en parlerons plus loin, en nous occupant de ce qu'on appelle *constitutum possessorium*.

(2) L. 55, § 6, D. de *usurp.*

exister entre le représentant et le nouveau possesseur? — Le premier et le second point ne contiennent rien qui diffère beaucoup de la règle de toute acquisition; mais il n'en est pas de même du troisième: ici nous rencontrons des dispositions juridiques complètement étrangères aux deux premiers points. Deux exemples éclairciront cette distinction. D'après l'opinion communément reçue (1), les actes illégaux, par exemple, la violence, rendent impossible l'acquisition par des tiers, parce qu'un acte illégal est indigne d'une fiction: mais l'appréhension ne renferme ici rien de juridique, pas plus que tout autre cas. Le rapport qui existe entre le représentant et le possesseur offre certainement un caractère juridique, et la nullité juridique de ce rapport peut donc empêcher l'acquisition de la possession. — L'erreur de nos jurisconsultes repose donc sur ce qu'ils ne mettent pas à profit la leçon donnée par Javolenus à Labéon (2), et confondent par conséquent, comme ce dernier, deux choses tout à fait différentes.

Ainsi, le premier point qui doit être déterminé ici, est l'acte du représentant. Or, il est évident, au premier abord, que ce représentant doit au moins faire autant que s'il voulait acquérir la possession pour lui-même, c'est-à-dire qu'il doit y avoir appréhension jointe à l'*animus possidendi*, et que, pour cette même raison, celui qui n'a pas de volonté, n'a pas non plus la capacité d'acquérir pour un autre (3). Mais l'*animus possidendi* a, dans notre cas, ceci de particulier, que le représentant doit vouloir acquérir la possession, non pour lui-même, mais bien pour l'autre, afin que celui-ci puisse réellement devenir possesseur: si le représentant veut devenir lui-même possesseur, ou acquérir la possession pour un tiers, son acte produira ce résultat, à moins que des obstacles particuliers (par exemple, la condition d'esclave) ne s'y opposent: dans ce cas, aucune

(1) Duarein, sur la L. 1, § 15, D. de poss. (Opp. p. m. 853.)

(2) L. 51, D. de poss.

(3) L. 1, § 9, 10, D. de poss.

possession n'est acquise (1). — Cette règle n'est sujette à aucun doute, mais elle souffre exception dans la *tradition*: car ici, c'est l'intention du *tradens* qui décide en faveur de qui l'acquisition a lieu, alors même que le représentant, violant son contrat, veut acquérir pour lui-même ou pour un tiers (2). Il va sans dire que la volonté du *tradens* ne produit ce résultat que comme conséquence immédiate de la *tradition*, et que le

(1) L. 1, § 19, 20, D. de poss.: «... cum autem suo nomine nacti fuerint « possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommo-
« darent nobis: non possumus adquirere. » Cette leçon, reçue par dix MMS. de Paris, par ceux de Metz et de Louvain, par les éditions de Rome, 1476; Nor. 1485; Ven. 1485; Lugd. 1509, 1515; Paris, 1514, vaut évidemment mieux que celle de Florence, qui porte: «... nobis non possunt adquirere»; puisque le représentant n'a pas encore la *volonté*, il ne peut être question de son *pouvoir*. Haloander lit: « nobis accommodarent: non possunt adquirirere », comme si le représentant ne devenait pas alors lui-même possesseur, ce qui est complètement faux.

(2) C'est ce qu'Ulpien dit expressément dans la L. 15, D. de donationibus, la plus claire de toutes les lois qui rentrent dans notre sujet. Mais les passages suivants semblent lui contredire:

a) Julien, L. 37, § 6, D. de adqu. rer. dom. Mais à côté des mots *nihil agetur*, il faut toujours sous-entendre ceux-ci: *ex mente procuratoris*, de même que la L. 15 citée porte: « nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. » (Wenck, De traditione, p. 64), de sorte que les mots *nihil agetur* peuvent se traduire par: *id non agetur*.

b) Ulpien lui-même, dans la L. 45, § 1, D. de furtis. Mais dans tout ce passage il s'agit d'un faux mandataire (*FALSUS PROCURATOR*), auquel on ne donne par la suite la simple dénomination de *procurator*, que dans le seul but d'abrégé; il n'y a donc point de représentation, et les mots: *non ejus nomine accepit*, signifient: il l'a reçu sans avoir eu de mandat.

c) L. 59, D. de adqu. rer. dom. — Const. 2, C. de his qui a non dom. Mais dans ce cas, le mandat lui-même avait pour but de faire acheter, par le mandataire, la chose en son propre nom, d'en acquérir par conséquent même la propriété, et de la transférer ensuite au mandant. — L'on a fait du reste plus d'un essai pour résoudre cette contradiction. Cpr. la glose, sur la L. 37, § 6, D. de adqu. rer. dom. — Duarein, sur la L. 1, § 20, D. de poss. (Opp. p. m. 858, 859). — Beyma, Var. Dig. tit. p. 550. — Valentia, Ill. jur. tract. l. 1, tr. 2, ch. 13 (p. m. 66), et Epistolar. exerc. 9 (ib., p. 159). — Retes, dans Meerman, t. VII, p. 475, 476 et p. 406.

représentant infidèle peut néanmoins acquérir la possession pour lui-même ; il faut alors appliquer les règles relatives à la perte de la possession par des tiers (§ 35).

En second lieu, il est nécessaire que le possesseur ait lui-même la volonté d'acquérir la possession ; l'acquisition ne peut donc s'opérer lorsque le possesseur l'ignore (*ignoranti possessio non acquiritur*). — Cette proposition pourrait facilement donner lieu à des malentendus, parce que cette expression peut être prise dans un double sens. Car, *ignorantis possessio* peut d'abord signifier la possession de celui qui n'a aucune connaissance de l'acte, et qui, par conséquent, ne peut pas vouloir l'acquisition : c'est elle qui forme l'objet de notre règle, cette *ignorantis possessio* est impossible ; cette impossibilité souffre toutefois trois exceptions, dans lesquelles cette ignorance n'empêche ni la possession en général, ni l'usucapion : ces trois exceptions concernent le pécule, l'acquisition par les tuteurs et les corporations (1). En second lieu, l'on peut comprendre par *ignorans* celui qui, voulant acquérir la possession de la chose, a donné, à cet effet, mandat à une autre personne, mais n'a pas encore été instruit de l'exécution du mandat, c'est-à-dire de la vraie appréhension : notre règle n'a rien de commun avec cette espèce d'ignorance ; celle-ci ne rend pas l'acquisition de la possession impossible, elle empêche seulement l'usucapion. Ainsi, celui qui a donné un tel mandat commence à posséder dès que le mandat est accompli, mais l'usucapion ne commence à courir que du moment où le possesseur a connaissance de cette exécution. — La preuve de ces différentes propositions ne pourra être subministrée qu'après que nous aurons expliqué le troisième point.

Enfin, il faut, en troisième lieu, qu'il existe un rapport juri-

(1) La règle est donnée par Paul, *Rec. sent.* V, 2, § 1 : « Possessionem « adquiremus et animo, et corpore : animo utique nostro : corpore vel nostro, vel alieno. Cpr. L. 5, § 12, D. de poss. Quant aux exceptions, nous les développerons dans la suite de ce paragraphe. — Paul combine lui-même très-bien l'exception des pécules avec notre règle. L. 1, § 5 ; L. 5, § 12, D. de poss.

dique entre le représentant et le possesseur, pour faire naître de cette manière la possession. On peut dire, en général, que l'ordre ou le mandat doit précéder l'acquisition de la possession, suivant qu'il s'agit entre les deux personnes d'un rapport de puissance juridique (tel que celui du père sur ses enfants, ou celui du maître sur ses esclaves), ou d'un rapport libre.

A. Pouvoir juridique exercé par le possesseur sur le représentant (1). — Il n'y a rien de particulier en ce que ceux qui sont en notre pouvoir acquièrent la possession pour nous, puisque tous les droits en général peuvent s'acquérir par les esclaves et les enfants qui se trouvent sous la puissance paternelle.

Le propriétaire d'un esclave, le possesseur de bonne foi et l'usufruitier acquièrent la possession par lui. — Pour pouvoir acquérir de cette manière, le propriétaire doit avoir en même temps la possession de l'esclave : si celui-ci se trouve lui-même dans la possession d'autrui, ou si personne n'en a la possession, le propriétaire, comme tel, ne peut acquérir aucune possession par l'esclave, de sorte qu'il ne se fait alors très-souvent aucune acquisition ni de la propriété ni même de la possession (2). Il s'ensuit, par une conséquence toute simple, que nous ne pouvons acquérir aucune possession par l'esclave que

(1) Cuperus, *De nat. poss.* p. 52 ; p. 100-106, s'occupe longuement de ce cas et entre dans de grands détails.

(2) L. 21, pr. ; L. 54, § 4, D. de adq. rer. dom. — L. 1, § 6, D. de poss. Quant à l'esclave fugitif, nous ne cessons pas de l'avoir dans notre possession et nous acquérons par lui, tant qu'il ne se trouve pas dans la possession d'autrui, ou qu'il se croit lui-même libre. L. 1, § 14 ; L. 50, § 1, D. de poss. Les mots « quem non possidet » dont se sert la L. 54, § 4, D. de adq. rer. dom., se rapportent à deux exceptions : et la *possessio* dont parle la L. 15, D. de public. in rem act., est évidemment la détention naturelle. — La *libertatis possessio* exclut naturellement la *servi possessio*, mais le *liberale iudicium* ne l'exclut pas : car alors la *acquisitio per servum* est en suspens, de même que la *servi possessio* elle-même. L. 5, § 10, D. de poss. — L. 25, § 2, D. de lib. causa.

nous avons donné en gage (1). — Le possesseur de bonne foi n'acquiert, en cette qualité, la possession, comme toute autre chose, par l'esclave, que pour autant que cette acquisition se fonde sur le travail de ce dernier ou sur ses propres biens (2) : mais on n'appelle possesseur de bonne foi que celui qui se croit lui-même propriétaire; par conséquent, le créancier gagiste ne peut rien acquérir par l'esclave donné en gage (3), bien qu'il ait l'esclave en sa possession, qu'il le possède d'une manière légale, et que, par conséquent, on ne peut lui refuser la *bona fides*, ce terme pris dans un autre sens. — L'usufruitier acquiert par l'esclave, sous les mêmes restrictions que le possesseur de bonne foi (4). Ici nous retrouvons donc le rapport ordinaire de la propriété avec tout *jus in re* : car, en règle générale, c'est le propriétaire qui acquiert par cet esclave, parce qu'il en a en même temps la possession juridique; mais dans les deux cas exceptés ce n'est plus pour lui, c'est pour l'usufruitier que l'esclave acquiert la possession.

De même que le maître acquiert par son esclave, de même le père acquiert par ses enfants généralement tous les droits, et, par conséquent, la possession aussi. Mais son acquisition se base uniquement sur le droit de la puissance paternelle; elle ne repose pas, comme celle qui s'opère par l'esclave, sur la possession que le père a de l'enfant lui-même, parce qu'une telle possession ne se conçoit pas : il ne peut être question non plus, dans ce cas, ni d'usufruit, ni d'un rapport semblable à la possession de bonne foi. Ainsi, celui qui croit, par erreur, avoir

(1) L. 1, § 15, D. de poss.

(2) Gajus, II, § 94. — L. 1, § 6, D. de poss. — L. 21, pr. D. de adquir. rer. dom.

(3) L. 1, § 15, D. de poss.

(4) L. 1, § 8; L. 49, pr. D. de poss. — [Add. à la 4^e éd.] Toutefois cette manière d'acquérir était contestée, parce que l'esclave lui-même n'est pas possédé par l'usufruitier. Gajus, II, § 94, ne s'explique cependant pas sur la question. Les passages des Pandectes que nous avons cités ont évidemment égard à cette controverse.

un fils dans sa puissance, ne peut en aucune manière acquérir par lui (1).

Ces deux cas du pouvoir juridique sont soumis à une règle toute particulière, lorsque l'acquisition de la possession se base sur un pécule. La possession s'acquiert alors, bien que le maître ou le père ne connaisse point l'acquisition (2), et même l'usucapion peut commencer en même temps que cette possession (3). Comme l'on ne considère donc ici en rien la volonté de celui pour lequel l'acquisition s'opère, pourvu qu'il existe réellement un pécule, les personnes qui n'ont en général pas de volonté peuvent aussi acquérir de cette manière la possession (4) : cette acquisition est même possible au nom d'un prisonnier (5), bien que, dans ce cas, il y ait non-seulement absence d'*animus possidendi*, mais même de qualité de personne dans le chef du possesseur.

Outre le pouvoir juridique du maître et du père, l'ancien droit reconnaissait encore deux autres espèces de pouvoir, la *manus* et le *mancipium*. Mais on se disputait sur la question de savoir si l'on pouvait aussi acquérir la possession par eux, parce que ces espèces de pouvoir ne donnaient pas la possession de la personne dépendante (6). Il paraît étrange que ce

(1) L. 50, pr. D. de poss.

(2) L. 1, § 5, D. de poss. — L. 4, D. de poss. — L. 44, § 1; L. 24; L. 3, § 12, D. de poss.

(3) L. 1, § 5, D. de poss. — L. 51, § 3, § 47, D. de usurp.

(4) Par exemple, des enfants, des aliénés, des successions. — L. 1, § 5, D. de poss. — L. 29, D. de captivis. — L. 16, D. de O. et A.

(5) La question était controversée parmi les anciens juriconsultes romains; dans les Pandectes elle est admise comme s'il n'y avait à son égard aucun doute, sans distinguer si la possession a commencé avant ou pendant la captivité : la règle concerne donc l'acquisition comme la perte. — Ou bien le prisonnier meurt en captivité, ou bien il devient libre : dans le premier cas, il faut appliquer la *Lex Cornelia*, dans le second, le *postliminium*. — L. 29; L. 22, § 5, D. de captivis. — L. 25, § 5, D. ex quib. causis maj. — L. 44, § 7, D. de usurp. — L. 12, § 2, D. de capt. — L. 15, pr. D. de usurp.

(6) Gajus, II, § 90. [C'est dans la 4^e éd. que nous avons fait, pour la première fois, mention de ces rapports.]

doute ne se soit élevé qu'à l'occasion de ces deux espèces de pouvoir et de l'esclave dont on a l'usufruit, quoique la puissance paternelle qui ne donne non plus au père la possession sur le fils, ait également dû le faire naître.

B. En second lieu, le rapport qui existe entre le possesseur et le représentant, peut être libre. — Il est à la vérité de règle, qu'outre les deux rapports de pouvoir juridique dont nous avons parlé, on ne peut acquérir aucun droit par les actes d'un tiers, mais cette règle ne concerne (au moins du temps des jurisconsultes classiques) que les acquisitions de droit civil, elle ne s'applique pas à celles de droit naturel au nombre desquelles appartient la possession. Ainsi, nous pouvons acquérir la possession par un représentant sur lequel nous n'avons aucun pouvoir juridique, et il en est de même de la propriété lorsque son acquisition se fait par suite de la possession, c'est-à-dire par tradition ou par occupation (1).

Mais ce rapport libre, en quoi doit-il consister? Dans le *mandat* d'acquérir la possession : on ne peut exprimer cette règle avec plus de précision. Car ce mandat n'est point soumis aux dispositions qui forment une condition pour la validité des actes juridiques en droit civil : ainsi, par exemple, un esclave peut valablement s'en charger, pourvu toutefois que personne ne le possède (2), parce qu'alors il n'est maître d'aucun de ses actes, et qu'il ne peut donc donner, par ces actes, à un autre le pou-

(1) Const. 1, C. *per quas pers.* — § 5, J. *eod.* — Paul V, 2, § 2. — L. 55, D. *de adqu. rer. dom.* — L. 20, § 2, D. *eod.* — Const. 8, C. *de poss.*

(2) L. 51, § 2, D. *de usurp.* — L. 54, § 2, D. *de poss.* — Il est hors de doute que de cette manière le propriétaire lui-même dont l'esclave est en possession de la liberté, peut acquérir par ce dernier : par une conséquence nécessaire, il faut aussi faire acquérir, par l'esclave, la possession au *b. f. possessor*, si cette acquisition n'a pas lieu *ex operis serv* ou *e re possessoris*, puisque la possibilité de cette acquisition ne serait soumise à aucun doute, si l'esclave était sans possession : enfin, il paraît que c'est par des exceptions toutes spéciales que le possesseur de mauvaise foi et le créancier gagiste ne peuvent pas acquérir par l'esclave qu'ils possèdent. — L. 1, §§ 6 et 15, D. *de poss.*

voir sur une chose : le pupille a aussi la capacité de représenter quelqu'un dans l'acquisition de la possession (1), bien qu'il ne puisse valablement faire aucun acte juridique. Mais les actes juridiques sont souvent nuls ou inopérants par des motifs qui excluent la *volonté* du représentant même ; par exemple, à cause d'erreur sur un point essentiel ; ces motifs rendent également l'acquisition de la possession impossible (2). — Mais, d'un autre côté, l'existence d'un rapport juridique qui ne contient pas de mandat en termes exprès, ne suffit pas pour faire acquérir de cette manière la possession ; ainsi, par exemple, le bailleur a la possession juridique de la chose louée ; s'il décède, son droit d'obligation résultant du bail passe à ses héritiers par l'adition de la succession, mais il n'en est pas de même de la possession : pour pouvoir l'acquérir, il faut un acte par lequel le fermier devienne également, dans la possession, le représentant du nouveau bailleur (3).

La règle qui consacre le principe, que les hommes libres peuvent aussi acquérir la possession en notre nom, s'est probablement introduite de très-bonne heure par la pratique des tribunaux.

1. L. 51, D. *de poss.*

« ... ait Labeo, ... si acervum lignorum emero, et eum venditor me tollere jusserit : simul atque custodiam possissem, traditus mihi videtur » ... (4).

(1) L. 52, pr. D. *de poss.* — Ce que nous avons dit ici de la continuation de la possession, par opposition à une obligation, doit nécessairement aussi s'appliquer au commencement de la possession.

(2) Par exemple, lorsque le fermier ou le créancier gagiste est en même temps propriétaire de la chose.

(3) L. 50, § 5, D. *de poss.* « Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere. » Merenda, *Jur. contr.* II, 52. — Cicéron semble dire le contraire (*Pro Cæcina*, ch. 52) : mais l'adition qu'il trouve nécessaire de faire par les mots : « deinde ipse Cæcina » nous démontre qu'il ne se fie pas trop à la certitude de cette assertion.

(4) Nous avons déjà expliqué ce passage ; ici nous n'avons qu'à exa-

2. L. 44, D. de usurp. (Neratius, lib. 7 membr.)

« ... quamvis per procuratorem possessionem apisci nos, jam fere conveniat... »

3. L. 15, pr. D. de adqu. rer. dom. (Neratius, lib. 6 reg.)

« Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine : dominium mihi, id est proprietas adquiritur, etiam ignoranti. »

4. Const. 1, C. de poss. (Impp. Severus et Antoninus.)

« Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris pridem (1) receptum est. »

Ces textes prouvent à l'évidence, qu'à l'époque du rescrit cité, la règle était déjà reçue depuis longtemps (*pridem*), qu'elle était déjà appliquée du temps de Neratius et même de Labéon : ce qui n'a pas empêché plusieurs jurisconsultes de prétendre qu'elle avait été introduite par le passage cité du Code, erreur que probablement Ulpien et les Institutes ont occasionnée (2) :

qu'à examiner le résultat de l'opinion de Labéon. On pourrait appliquer au reste le mot *custodia* à un esclave ; mais Javolenus qui, dans la partie suivante du passage, s'occupe spécialement de ce cas, se sert expressément du mot *mandato*.

(1) La glose, sur cette loi, porte tantôt *pridem*, tantôt *prudencia*. La première de ces deux leçons est bien plus probable, car à *ratione utilitatis* on oppose avec beaucoup plus de sens *ratione juris* que *juris prudentia* ; la *ratio juris*, en effet, se trouve dans la L. 53, D. de adqu. rer. dom. (« quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio » rel.) — En outre, on conçoit plus facilement qu'une abréviation ait donné lieu au mot *jurisprudencia* que tout copiste devait parfaitement connaître, plutôt que de supposer que *pridem* est la leçon fautive qui se serait introduite dans le texte. *pridem* est aussi la leçon du MS. de Göttingue ; il semble, à la vérité, que l'on ait fait une correction à ce MS., mais elle est faite de manière à ne plus laisser aucune trace de la leçon qu'il portait auparavant. Enfin, *pridem* se trouve dans sept MMS. du Code à Paris ; un MS. que nous possédons nous-même ; un très-vieux de Fulda ; un de Munich (n° 22), un de Vienne (n° 16), ainsi que l'ancien MS. de la bibliothèque de Bamberg (D. 1, 2).

(2) L. 11, § 6, D. de pign. act. : «... constitutum est ab imperatore

mais il est très-naturel qu'Ulpien cite un rescrit de l'empereur régnant, bien que la disposition qui y est consacrée ait déjà été précédemment appliquée, sans précepte exprès de la loi, et le passage des Institutes qui a peut-être sa source dans le texte de ce jurisconsulte, ne dit non plus que l'empereur Sévère a introduit la règle, mais il se borne à remarquer qu'elle est énoncée dans une des constitutions de cet empereur (1).

Ce n'est que maintenant que nous sommes à même de déduire de notre règle différentes conséquences que nous n'avons pu qu'indiquer jusqu'ici. — Lorsque le rapport de la représentation dont nous avons parlé, existe réellement, la possession s'acquiert immédiatement par l'appréhension opérée par le représentant, alors même que le possesseur n'a encore reçu aucune nouvelle de l'exécution du mandat qu'il a donné, et en ce sens on peut dire : *ignoranti adquiritur possessio*. Mais l'usucapion ne commence à courir que du moment où le mandant a eu connaissance de l'acquisition de la possession (2). Quelques auteurs ont prétendu que cette dernière disposition au moins renferme une innovation ajoutée par Sévère à l'ancienne règle, mais cette opinion est presque encore moins soutenable que celle qui attribue la règle même à cet empereur. — Mais ce n'est que dans le sens que nous venons d'indiquer que l'on peut prendre la *ignorantis possessio*, pour qu'elle soit possible : celui au profit duquel le mandataire acquiert la possession, doit donc savoir et vouloir que l'acquisition s'opère pour lui, il est même im-

« *nostro*, posse per liberam personam possessionem adquiri. » — § 5, J. *per quas pers.* : «... per liberam personam, veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem. »

(1) [Add. à la 4^e éd.] Si le § 95 se trouvait en entier au livre II de Gajus, il est probable que tout doute disparaîtrait : tel qu'il se trouve maintenant, le passage ne peut être d'aucune utilité.

(2) Const. 1, C. de poss. — § 5, J. *per quas pers.* — L. 49, § 2, D. de poss. — L. 47, D. de usurp. — L'exception de la L. 41, de usurp., concerne bien moins cette règle, que celle de la *Lex Atinia*. (L. 4, § 6, D. de usurp.)

possible, dans la plupart des cas, que la représentation se conçoive sans l'accomplissement de ces conditions. Il s'ensuit qu'un *negotiorum gestor* peut aussi nous procurer la possession, mais elle ne commence qu'à partir du moment de la ratification (*ratihabitio*) (1) : il faut en dire autant du *procurator universorum bonorum*, parce que son mandat ne s'étend non plus à cette acquisition particulière :

1. Paul, *Receptæ Sententiæ*, l. 5, tit. 2, § 2.

« Per liberarum personas, quæ in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis *possessionem* posse, utilitatis causa receptum est (2).
« Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quæritur (3). »

2. L. 42, § 1, D. *de poss.*

« Procurator, si quidem *mandante domino rememerit* (4), *protinus illi acquirat possessionem* : quod si *sua sponte emerit*, non : nisi ratam habuerit dominus emptionem. »

Malgré la clarté de ces passages, plusieurs jurisconsultes se sont déclarés pour la *ignorantis possessio* acquise par un tel fondé de pouvoir : et parce qu'on voulait absolument que Sévère ait introduit quelque chose de nouveau, on a interprété

(1) L. 24, D. *de neg. gestis*. La rétroactivité qui a lieu, en matière de gestion d'affaires, pour tous les actes réellement juridiques, ne s'opère pas lorsqu'il s'agit de possession.

(2) C'est-à-dire : « mais l'on a fait une exception à cette règle pour la possession. »

(3) L'expression *procurator* était susceptible d'une double signification ; voilà pourquoi le jurisconsulte Paul rappelle, en termes exprès, qu'il n'est question que d'un représentant quant à cette possession déterminée, et nullement d'un *procurator bonorum* auquel on a donné procuration pour tout le temps de l'absence, et qui voudrait acquérir une possession pour le mandant, pendant ce temps d'absence.

(4) C'est-à-dire : « s'il avait mandat pour acquérir *cette possession* » (car ordinairement un pareil mandat s'étend en même temps au contrat et à l'acquisition de la possession et de la propriété). — L'antithèse est donc la même que dans le cas précédent.

sa constitution dans le sens de cette opinion et comme ayant fait une addition à l'ancien droit, bien que ni celui-ci ni le droit postérieur n'aient jamais renfermé une telle disposition.

Toutefois, la règle d'après laquelle la volonté du possesseur est nécessaire pour lui faire acquérir la possession, souffre exception même dans deux cas de l'acquisition de la possession par personnes libres.

1^o Les personnes juridiques, quoiqu'incapables d'avoir aucune connaissance et intention immédiate, peuvent cependant acquérir la possession par des personnes libres qui leur servent d'intermédiaire. Ce principe se trouve consacré en termes exprès pour les *mancipia* (1), et comme une autre loi met l'acquisition des autres corporations sur la même ligne que celle des villes (2), il nous semble que le principe doit régir toutes les personnes morales.

2^o Les personnes qui ont un tuteur et qui n'ont pas de volonté, peuvent acquérir la possession par les actes de leurs tuteurs et curateurs ; par conséquent aussi par l'intermédiaire de personnes libres (3).

L'acquisition faite par le tuteur au nom du pupille, nous a déjà servi plus haut à expliquer deux passages dans lesquels on admet l'autorisation du tuteur (*auctoritas tutoris*) comme suffisante pour acquérir la possession. Plusieurs auteurs se sont tellement mépris sur ces passages, qu'ils sont allés jusqu'à nier même l'acquisition *per tutorem* (4), que nous ne pouvons cependant nier ni d'après ces textes ni d'après aucun autre texte (5).

(1) L. 1, § 22 ; L. 2, D. *de poss.*

(2) L. 7, § 5, D. *ad exhibendum*.

(3) L. 15, § 1, D. *de acqu. rer. dom.* — L. 1, § 20, D. *de poss.* — L. 11, § 6, D. *de pign. act.* — Il est évident que la Const. 26, C. *de don.*, n'est qu'un supplément à cette règle : en effet, il est dit dans le cas prévu par cette loi que le pupille dont le tuteur est empêché doit provisoirement pouvoir acquérir la possession par un esclave. (L. 2, C. Th. *de don.*)

4) Principalement les expressions finales de la Const. 5, C. *de poss.*

(5) V. la note 5.

Du reste, il va sans dire que la faculté de se faire représenter peut passer, avec toutes ses conséquences, d'une personne à une autre. Aussi, lorsque Titius donne à Cajus mandat d'acquérir la possession en son nom, il importe peu que Cajus exécute lui-même ce mandat ou qu'il le fasse exécuter par Sempronius : dans les deux cas Titius devient possesseur. (Add. à la 6^e éd.)

§ 27. *Du constitutum possessorium.*

La règle d'après laquelle un simple mandat, sans l'existence d'un pouvoir juridique, suffit pour servir de base à l'acquisition de la possession par les actes d'autrui, reçoit encore une application qu'il nous reste à développer et qui a causé à nos jurisconsultes plus d'embarras que la règle elle-même. Celui qui est en général à même de nous acquérir la possession par ses actes, ne perd pas cette capacité lorsqu'il s'agit d'une chose qu'il a lui-même dans sa possession juridique. Il nous semble en même temps évident que nous devons, dans ce cas, sans changer la règle elle-même, la modifier cependant un peu dans son application. Car, l'appréhension ayant déjà eu précédemment lieu, elle ne doit pas être répétée, et tout l'acte doit être considéré comme le cas inverse d'une *brevimanu traditio* : en effet, de même que dans cette espèce de tradition celui qui avait jusqu'alors la détention sans la possession, peut acquérir celle-ci uniquement par l'*animus possidendi* sans poser aucun nouvel acte, de même ici la simple volonté transforme la possession en détention, et le droit de possession lui-même est immédiatement transmis à une autre personne. — Cette manière de transporter la possession est appelée, par nos jurisconsultes, *constitutum possessorium*. Ce terme ne se rencontre pas chez les Romains, mais nous trouvons chez eux la chose qu'il exprime et qui n'en serait pas moins certaine, alors même qu'elle ne serait pas nommée en droit romain.

La proposition que nous venons de poser se trouve consacrée par le passage suivant, dans toute la généralité que nous lui

avons donnée et comme simple application de principes bien connus :

L. 48, pr. D. *de poss.*

« Quod meo nomine possides, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio : nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium. »

Cette acquisition de la possession peut donc s'opérer par suite d'une convention, et sans acte corporel exercé sur la chose elle-même : un passage très-connu oppose cependant la convention seule à la tradition, en déclarant que celle-ci transporte la propriété, sans attacher le même effet à la convention (1). — Cette circonstance nous conduit à déterminer le *constitutum* même avec plus d'exactitude. Le contrat qui produit la transmission de la propriété, par exemple, la vente, diffère beaucoup du *constitutum* : celui-ci exige que le possesseur actuel devienne le représentant de son successeur à la possession, disposition que la vente à elle seule ne contient pas et qu'on ne pourrait lui attribuer, à moins qu'elle ne soit expressément stipulée ou implicitement comprise dans d'autres clauses. Lorsqu'il est expressément convenu que le possesseur actuel ne fera plus qu'administrer la possession d'autrui, aucun doute ne peut s'élever ; mais ce cas n'arrive que fort rarement. Mais hormis ce cas, et celui dans lequel il est une conséquence nécessaire d'autres actes, le *constitutum* ne peut jamais être supposé (2).

(1) Const. 20, C. *de pactis* : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* »

(2) Mais lorsque les conditions auxquelles l'existence d'un *constitutum* est subordonnée existent, il est fort indifférent que le possesseur actuel ait lui-même la détention, ou qu'un tiers l'administre en son nom. Ainsi, lorsque le possesseur d'une maison la donne en location, il peut m'en transporter la possession par le moyen d'un *constitutum*, tout aussi bien que s'il l'habitait lui-même, puisque la représentation peut passer par plusieurs personnes (§ 26). Cpr. plus loin, le § 33. (Add. à la 6^e éd.)

En premier lieu : le *constitutum possessorium* ne forme que l'exception à la règle. — Nous avons déjà rencontré plus haut une application de cette proposition : celui qui achète des tonneaux contenant du vin et y appose son cachet, n'est pas devenu, par là, possesseur et propriétaire des tonneaux (1). Or, il est évident qu'il n'a pas même la détention naturelle de ces choses, tant qu'elles se trouvent dans une cave du vendeur ; mais il est également certain que le vendeur pourrait lui en transférer la possession au moyen d'un simple *constitutum*, et c'est parce que celui-ci ne se présume pas en général, que nous avons nié, dans ce cas, et sans aucune distinction, le transport de la possession. — Le passage suivant contient une seconde application de la même proposition :

L. 48, D. de poss.

« Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem, litteris declaravit : si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui domum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est : per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum constabit. »
— Le donateur avait écrit dans une lettre « que son intention était de faire, par les présentes, la tradition du fonds et des esclaves. » Comment faut-il interpréter cette disposition ? Faut-il l'entendre en ce sens que le donateur doit être considéré, à partir du moment de cette déclaration, comme *procurator alienæ possessionis* ? non, car le *constitutum* ne se présume pas : il est donc seulement permis au donateur de prendre à tout instant lui-même possession (*missio in possessionem*), cet acte est préalablement fait par le consentement que le donateur a donné à la tradition, mais ce n'est qu'avec cet acte que la nouvelle possession prend naissance.

En second lieu : le *constitutum possessorium* doit être admis, alors que son existence est la conséquence nécessaire d'un autre acte. — Les applications suivantes donneront à cette proposition de la clarté et de la certitude.

(1) L. 1, § 2, D. de peric. et comm. rei vend.

A. Celui qui, en faisant donation d'une chose, la prend en même temps à bail, ne dispose pas expressément de la possession : mais son intention est qu'il existe un bail entre lui et l'autre personne, et ce contrat suppose nécessairement que l'autre ait la possession de la chose, tandis qu'il en conserve l'administration ; le *constitutum* a donc réellement transmis ici la possession (1).

B. Il en est de même de l'usufruit : ainsi, celui qui fait une donation d'une chose ou qui la vend, en se réservant l'usufruit, a réellement transporté, par le *constitutum*, la possession et la propriété, et administre dès ce moment, comme tout usufruitier, la possession d'autrui (2).

C. Lorsqu'une chose forme l'objet d'un contrat de nantissement, et qu'en même temps l'usage en est laissé *precario* au débiteur, le créancier en acquiert également la possession par un simple *constitutum* (3). L'ensemble de cet acte juridique a beaucoup d'analogie avec un simple *pactum hypothecæ* : la question de savoir s'il s'agit de l'un ou de l'autre ne peut être déterminée que pour chaque cas en particulier ; toutefois, lorsqu'il est hors de doute qu'on n'a pas voulu faire de pacte d'hypothèque, mais bien un contrat de nantissement accompagné de *precarium*, la transmission de la possession par *constitutum* en est une conséquence immédiate et n'a besoin d'aucune autre preuve.

D. En matière de société universelle (*societas universorum bonorum*), la tradition des diverses choses qui la composent est censée opérée, dès que le contrat est conclu (4), ce qui ne peut

(1) L. 77, D. de rei vind.

(2) L. 28 ; L. 55, § 5, C. de donat. (Cette proposition, qu'aucun jurisconsulte romain n'a jamais révoquée en doute, a subi une exception introduite par Théodose, pour les donations qui présentent en général beaucoup de dispositions particulières ; mais cette exception fut plus tard révoquée. L. 8, 9, C. Th. de donat.)

(3) L. 15, § 2, D. qui satisdare coguntur : « Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam. »

(4) L. 1, § 1 ; L. 2, D. pro socio.

encore une fois se faire sans *constitutum*. Le motif en est, probablement, que la multiplicité des objets rendant la tradition réelle très-difficile, et, partant, très-rare, il s'ensuit que l'acte contraire, qui seul peut remplacer une véritable tradition, a ordinairement lieu et doit se présumer : or cet acte est précisément le *constitutum*.

Nos jurisconsultes ont de tout temps été fort loin d'adopter cette manière de voir si simple du droit romain qui ne croyait pas même qu'il fût nécessaire de donner un nom particulier à cette institution juridique. Le *constitutum* leur a toujours paru quelque chose de fort étrange, une des fictions les plus singulières que l'on rencontre dans l'acquisition de la possession, et beaucoup d'entre eux se sont accordés pour déclarer que l'application générale du *constitutum* était une invention des praticiens ; ils ne le considèrent donc, dans la théorie, que comme une exception, et n'en admettent l'application que dans les cas dans lesquels les jurisconsultes romains s'en sont par hasard servis pour expliquer l'usage pratique de leur règle (1).

§ 28. *Des résultats de la présente section.*

Nous avons maintenant complètement exposé l'acquisition de la possession, et nous avons eu occasion de remarquer qu'elle

(1) Déjà Azon dit (*Summa in Cod. tit. de poss.*, nos 7, 8), en parlant du *constitutum* par usufruit : « et est hoc unum mirabile mundi. » — L'ouvrage le plus profond sur cette matière est de G. Mascoy (*De const. poss.* Hardeyov. 1755 ; et *Opusc.* éd. Putmann, p. 101) ; mais l'opinion généralement admise lui sert aussi de base, et les caractères particuliers de la donation le méconduisent à intervertir les choses, à prendre la règle pour l'exception, et réciproquement. — Quelques-uns ont été jusqu'à nier tout *constitutum*, mais ils ont reconnu la chose elle-même dans les cas particuliers dont il a été question, en cherchant toutefois à donner une autre explication. — Van Giphén, sur la L. 10, D. de donat. (*Lect. Atorph.* p. 120, 121.) — Schorch. *De const. poss. in LL. Rom. non fundato.* Erf. 1752. — Un ouvrage qui n'est d'aucune utilité est celui de Tiraquellus, *De jure const. poss.* (*Opp.* t. IV, p. 155, éd. Erf. 1574.)

suit des règles qui la distinguent de l'acquisition de tout autre droit. En effet, toutes les causes purement juridiques qui servent ailleurs de base à l'acquisition d'un droit, ou qui la rendent impossible, ne produisent pas cet effet dans la possession.

1^o Il suit de là que des actes purement juridiques qui ne constituent pas en même temps une appréhension, ne donnent pas la possession. — Considérons l'acquisition d'une succession : tous les droits sans exception, en tant qu'ils font partie des biens du défunt et ne sont pas purement personnels, passent par là même directement à l'héritier, à l'exception de la possession, parce que l'adition de l'hérédité ne renferme en aucune manière l'appréhension des choses individuelles qui composent la succession (1). Il n'existe pas même en faveur du *suus heres* d'exception à cette règle (2). Plusieurs législations modernes ont commis une grande inconséquence en établissant pour les héritiers le principe contraire (3), probablement par suite de l'interprétation erronée d'un texte du droit romain (4). — Il en est de la mancipation comme de l'acquisition de la succession : sans doute on pouvait y procéder de manière à en faire résulter en même temps l'acquisition de la possession, ce qui était même nécessaire lorsqu'il s'agissait de choses mobilières ;

(1) L. 25, pr. D. de poss. « Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia « quidem jura ad nos transeunt : possessio tamen nisi naturaliter comprehensa « ad nos non pertinet. » — L. 1, § 15, D. si is, qui test. liber. : « ... ne heredis « est possessio, antequam possideat : quia hereditas in eum id tantum « transfundit, quod est hereditatis ; non autem fuit possessio hereditatis. »

(2) Van Giphén, *Lect. Alt.* p. 480. Ceci est du reste très-contesté.

(3) Tel est le sens de la règle du droit français : *le mort saisit le vif.* (Tiraquellus, dans son traité : *Le mort, etc. Opp.* t. X.) Il en est de même des majorats en Espagne. *Leges Tauri*, n^o 45. (Gomes, sur les *LL. Tauri*, p. 352, ed. Lugd. 1744, in-folio.) — Cpr. C. A. Braun, *De poss. ipso jure in heredem transeunte.* Erlangen, 1744.

(4) L. 50, pr. D. ex quib. causis maj. : « ... possessio defuncti quasi « juncta, descendit ad heredem. » Cujas, sur la L. 25, pr. D. de poss. (*Opp.* t. VIII, p. 287.) — Ces passages ne se rapportent qu'à la fiction en matière d'usucapion.

mais il n'en était pas ainsi des immeubles (1); leur propriété se transmettait sans la possession, car l'appréhension n'existait pas, et le *constitutum*, qui aurait pu la remplacer, ne se présume pas.

2° Il suit encore que lorsque les conditions de l'acquisition existent, la possession n'est pas exclue par des causes juridiques de nullité. — En général, on a toujours reconnu la vérité de cette proposition, mais on l'a restreinte par des exceptions qui devraient avoir lieu dans tous les cas de l'appréhension fictive : ces exceptions ne reposent sur aucun fondement, parce qu'il n'existe pas d'appréhension fictive.

D'après notre règle, un acte illégal, et notamment la violence corporelle, peut donc aussi faire acquérir la possession, et ce principe sert de base à tant d'applications connues, que le texte suivant ne saurait même le rendre douteux (2) :

« Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam « retinere non possit. »

D'après les termes dont le jurisconsulte s'est servi, les mots *non videtur* ne doivent être vrais que sous un rapport particulier; car il est certain qu'il faut avoir, au moins pour le moment, ce qu'on *ne peut conserver*. Aussi ce rapport n'est-il pas difficile à découvrir (3) : la propriété d'une chose volée ou possédée par violence (*res furtiva, vi possessa*) ne peut s'acquérir par usucapion, et cette impossibilité ne vient à cesser que lorsque le propriétaire a récupéré la possession. Mais cette pos-

(1) Ulpien, *Fragm.* tit. 19, § 6 : « Res mobiles non nisi presentes mancipari possunt... immobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt. »

(2) L. 22, D. de poss. (Javolenus, lib. 15 ex Cassio.) — Cuperus, P. 2, ch. 25) force le passage et le fait rapporter à l'interdit *quod legatorum*, parce que Javolenus parle deux fois des interdits dans le même livre. (L. 5, D. de tab. exhib. — L. 193, D. de R. J.) ; mais dans deux autres passages assez rapprochés (lib. 15 ex Cassio), il est aussi question du vol. (L. 71, 75, D. de furtis.)

(3) Il a été en effet découvert par la glose, sur ce passage.

session doit encore avoir été de nature à *pouvoir durer*, c'est-à-dire que le mode de son acquisition doit être de nature à ne pouvoir être attaqué (1). Car, lorsque le propriétaire s'empare lui-même, avec violence, de son fonds maintenant possédé par force, ou lorsque le propriétaire fait rentrer dans sa possession, par un *precarium* valable, cette chose volée, l'impossibilité de l'usucapion ne cesse pas, parce que dans les deux cas la possession du propriétaire peut être attaquée au moyen des interdits.

Ce que nous avons dit de l'acquisition opérée par violence doit d'autant plus être appliqué aux actes valables d'après leur forme, mais invalides par des motifs juridiques. — C'est ainsi que la donation entre époux ne transmet aucun droit : la possession seule est transférée. — De même la tradition faite par un furieux ou par un pupille, ne fait point acquérir la propriété, mais donne la possession (2). — Ce n'est jamais que la *succession* qui est exclue par ces motifs juridiques : mais la succession n'a généralement aucun rapport avec l'existence de la possession; celle-ci ne peut donc être considérée comme devant cesser, à cause de l'impossibilité de la succession.

(1) L. 4, § 12, 26, D. de usurp. — L. 15, § 2, D. de V. S.

(2) Les motifs qui pourraient faire douter de cette proposition, appartiennent à la section suivante, car ils concernent la question de savoir, si, dans ce cas, le furieux ou le pupille *perd* la possession. Il est certain que, dans cette hypothèse, l'autre *acquiert* la possession.

SECTION TROISIÈME.

PERTE DE LA POSSESSION.

§ 29. Règle pour la perte de la possession.

Dans la seconde section nous avons traité du commencement de la possession : nous déterminerons ici de quelle manière elle prend fin. Cette question coïncide évidemment en tout point avec celle de la *durée* de la possession, puisque toute possession continue jusqu'à ce que nous la perdions. Si nos juriconsultes avaient mis à profit cette observation si simple qui a déjà été faite par un des plus anciens glossateurs (1), ils auraient épargné à leurs théories non-seulement tout un chapitre, mais encore beaucoup de contradictions, parce qu'ils disent, en parlant de la perte de la possession, très-souvent le contraire de ce qu'ils avaient prétendu en traitant de sa *continuation*.

Ainsi, nous avons à rechercher la règle qui doit régir la continuation de la possession et, avec elle, sa cessation. Nous essayerons de déduire d'abord cette règle de la notion même de

(1) Azon, *Summa Cod. tit. de poss.* « Cum enim intitulatur de amit-
« tenda possessione, ergo de retinenda, vel quousque retineatur : tamdiu
« enim retinetur, quamdiu non amittitur. » — La glose, sur la rubr. du
Digeste, titre *de poss. not.*, « quod hic dicit *amittenda*, sed Cod. eod. dicit
« *retinenda*, quod in idem recidit, quia contrariorum eadem est disciplina. »
A cette occasion les glossateurs postérieurs à Accurse, même sans en excep-
ter Alciat, paraissent examiner, si la règle « *Contrariorum eadem est dis-
ciplina* » est aussi réellement vraie partout ; par exemple, si elle est vraie en
droit canon, en droit féodal, etc.

la possession que nous avons déjà déterminée sous tous les rapports dans nos recherches sur l'acquisition de la possession ; nous avons aussi déjà indiqué ses rapports avec la continuation et la perte de la possession.

La possession ne formant qu'un pouvoir physique mis en rapport avec notre conscience, deux choses étaient nécessaires à son acquisition : un rapport corporel et l'*animus*. Ces mêmes éléments doivent aussi se retrouver dans la continuation de la possession : elle repose aussi, comme l'acquisition, sur leur liaison, et devient impossible dès que celle-ci est détruite, c'est-à-dire, dès que l'acte corporel, ou l'*animus*, ou bien l'un et l'autre viennent à cesser. En effet, toute la différence que nous pouvons admettre entre les conditions de l'acquisition et celles de la continuation ne peut conserver l'essence, mais seulement le degré de ces conditions, c'est-à-dire qu'il doit y avoir une limite au delà de laquelle elles coïncident en tout point. Cette limite serait, par exemple, lorsqu'il s'agit du rapport corporel, l'impossibilité absolue d'exercer une influence sur la chose, et lorsqu'il s'agit de l'*animus*, la résolution prise de n'être pas possesseur : il est évident que dans aucun de ces deux cas la possession ne peut ni commencer ni continuer, et que les conditions de l'acquisition et de la continuation sont alors absolument les mêmes.

Ce que nous venons de dire se résume dans les propositions suivantes :

1. La continuation de la possession exige l'existence d'un rapport corporel et de l'*animus*.
2. La cessation de l'un ou de l'autre ou de tous deux entraîne la perte de la possession.
3. Cette règle est une conséquence immédiate du principe que suit l'acquisition de la possession.

Examinons maintenant les preuves historiques sur lesquelles s'appuie cette règle : le point de vue d'où nous sommes parti nous servira peut-être à trouver ces preuves.

§ 50. *Continuation.*

La règle que nous avons établie au paragraphe précédent, est confirmée par tant d'applications (1) et par quelques exceptions, que la preuve historique de sa vérité serait déjà complètement administrée par là. Nous la trouvons en outre explicitement énoncée dans un passage auquel on ne fait en général aucune attention.

L. 44, § 2, D. de poss.

« . . . ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore... »

Et cependant ce passage ne s'occupe qu'accidentellement de notre sujet : il existe un autre passage dont le but est évidemment d'établir une règle générale pour le cas qui nous occupe, et cette règle paraît être en contradiction avec la nôtre, en ce qu'elle déclare que ni l'acte corporel seul, ni l'*animus* seul ne suffisent pour faire perdre la possession.

L. 155, D. de R. J. (2).

« Fere, quibuscunque modis obligamur, hisdem (iisdem) in contrarium actis liberamur : cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur (3) nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (4). »

La nature du sujet ne permet pas de supposer qu'il y ait eu une controverse entre les anciens jurisconsultes ; il est encore une autre circonstance qui exclut cette idée : c'est que ce pas-

(1) Nous ne faisons ici qu'indiquer une des principales applications. L. 5, § 15 ; L. 29, D. de poss. (Perte de la possession par le fait seul.) — L. 5, § 6 ; L. 17, § 1, D. de poss. (Perte de la possession par l'*animus* seul.)

(2) Nous disons que ce passage est le seul, parce que la L. 8, D. de poss., n'en est évidemment qu'un fragment : nous indiquerons un peu plus loin ceux qui s'en écartent tant soit peu.

(3) La L. 8, D. de poss., qui ne commence qu'à ce mot, porte *quemadmodum*, au lieu de *ut igitur*.

(4) L. 8, D. de poss. : « actum est. »

sage est tiré de Paul dont les ouvrages renferment les applications les plus décisives de la véritable règle (1).

La plupart des interprètes cherchent à lever la difficulté en supposant que tout ce passage n'a rapport qu'à un cas particulier et exceptionnel. Les biens-fonds, en effet, ne cessent pas d'être possédés malgré leur occupation par un tiers, jusqu'à ce que le possesseur en ait acquis connaissance. Il font alors cette distinction : ou bien la possession se perd *solo animo*, et alors aucune difficulté ne peut s'élever, et la règle établie par Paul est fautive ; ou bien la possession se perd *solo corpore*, et alors la règle est vraie mais restreinte aux biens-fonds (2). — Mais il est tellement évident que le jurisconsulte se propose d'établir une règle générale, que cette explication ne peut trouver aucune excuse dans les divers motifs sur lesquels il s'efforce de l'appuyer (3).

Toute la difficulté git évidemment dans le mot *utrumque* : c'est la nécessité de la cessation *simultanée* des deux conditions exigées pour l'acquisition (*corpus et animus*), qui paraît en contradiction

(1) L. 5, § 6, 15, D. de poss.

(2) Balgus et Placentin, sur les tit. Dig. de R. J. comm. Colon. 1587, 8, p. 115. — Azon, *Summa Cod. tit. de poss.*, n° 15. — La glose, sur la L. 5, § 6 et la L. 8, D. de poss. — Odfred, sur la L. 5 citée (fol. 56). — Cujas, dans les notes sur le § 5, J. de *interdictis*, et dans ses *Paratit.* sur le code, titre de poss. (Egalement dans ses *Opp.* t. 4, p. 625 ; t. 5, p. 710 ; t. 8, p. 258, 269, 877 ; t. 9, p. 1015) — Van Giphén, dans ses *Lect. Altorph.* p. 420, 421, 422. — Merenda, *Controv.* L. 12, C. 24. — Cuperus, *De poss.* P. 2, C. 56. Il ne faut pas se laisser induire en erreur de ce que Cuperus et d'autres commentent par réfuter cette explication, car ils finissent toujours par la donner seulement avec quelques modifications. — Romuleus (p. 18), qui a aussi adopté cette opinion, ajoute une correction remarquable faite par d'autres jurisconsultes qu'il ne nomme pas et qui lisent à la L. 8, D. de poss. : *non quemadmodum*, au lieu de *quemadmodum*.

(3) Cujas attache beaucoup d'importance au mot *fere* : il l'interprète par *le plus souvent*, ou *presque le plus souvent*. (*Opp.* t. IV, p. 625.) Mais ce mot n'est pas employé dans la matière de la possession et ne pourrait, en tout cas, occasionner une grande différence. Van Giphén et Cuperus s'attachent surtout à l'inscription.

avec toutes les autres applications. Il nous faut donc, avant tout, fixer la signification du mot *uterque* (1).

Uterque s'emploie en général lorsqu'on veut attribuer une même qualité à plusieurs sujets, ou bien plusieurs qualités à un même sujet; ce qui peut arriver de trois manières :

1) Il désigne un rapport *conjonctif* (*conjunctivus*), et exprime que ce qu'on dit, dans tout cas donné, de l'un des sujets, trouve également son application à l'autre. C'est là la signification ordinaire de *uterque*.

2) Il exprime un rapport *disjonctif* (*disjunctivus*), et indique que ce qu'on énonce peut être attribué indifféremment à l'un ou à l'autre des sujets, mais jamais à tous deux à la fois. Il prend alors la signification ordinaire de *alteruter*.

3) Sa signification sort fréquemment de ces limites, et il désigne alors que ce qu'on affirme ou nie concerne les sujets, sans décider si l'on veut attribuer quelque chose à tous deux à la fois, ou bien seulement à l'un d'eux, c'est-à-dire si l'on veut indiquer un rapport conjonctif ou un rapport disjonctif, soit qu'on ne sache pas lequel des deux existe, soit qu'on ne le prenne pas en considération. Dans cette signification, on

(1) Nous ne connaissons qu'une seule explication qui entre dans une voie à peu près pareille, en modifiant le texte et en lisant *utrumcunque*. (Friesen, *De genuina poss. indole*, Jenæ, 1725, § 14) : même cette correction est beaucoup moins forcée que l'explication que l'on donne ordinairement. — La correction la plus raisonnable serait *utcumque*, ce qui donnerait à la phrase le sens suivant : « aucune possession n'est perdue lorsqu'on n'a pas d'une manière quelconque agi in contrarium, c'est-à-dire contrairement aux conditions de l'acquisition qui ont été désignées immédiatement avant. Alors toute difficulté s'évanouirait (§ 29). Cette correction se trouve aussi dans Suse, *Animadv. ad auct. veteres*, de Gurlitt, spec. 5, p. 18 (1806). L'on a objecté à cette manière de voir, que l'on ne pouvait se servir des mots *actum est* dans cette signification, sans un sujet exprimé : mais Paul, L. 5, D. de her. vel act. vend., les emploie précisément dans ce sens. — Toute correction a en outre cette objection contre elle, que le passage se trouve deux fois dans les Pandectes, avec la même leçon uniforme rapportée par tous les MMS.

emploie souvent indifféremment *uterque* et *alteruter* dans le même sens; il est même des cas dans lesquels on est erronément conduit à croire que *uterque* désigne précisément le rapport disjonctif en opposition avec le rapport conjonctif, et que *alteruter* indique le rapport conjonctif opposé au rapport disjonctif.

C'est ainsi que *uterque* se présente avec le même sens que *alteruter*, dans les passages suivants (1) :

Varron, *De re rust.* I, 2, § 14.

« Quocirca principes, qui *utrique* rei præponuntur, vocalibus quoque sunt diversi, quod unus vocatur vilicus, alter magister pecoris. »

Cicéron, *De officiis*, III, 15.

« *Uterque*, si ad eloquendum venerit, non plus quam semel eloquetur. »

Paul, dans la L. 10, § 15, D. de gradibus :

« Frater quoque per *utrumque* parentem accipitur, id est, aut per matrem tantum, aut per patrem, aut per *utrumque*. » (*Utrumque* se trouve ici en premier lieu dans le sens indéterminé, en second lieu comme expression du rapport conjonctif.)

Celsus, dans la L. 16, D. de leg. 2.

« Si Titio aut Sejo, *utrique* heres vellet, legatum relictum est : heres alteri dando, ab utroque liberatur : si neutri

(1) Cette signification de *uterque* se trouve déjà consignée dans la glose (sur la const. 8, § 5, C. de bon. quæ liber.); ensuite, dans les additions à Brisson (p. 1572, éd. Heineccius); mais un des passages qui y sont indiqués (L. 2, pr. D. de eo, quod certo loco) ne prouve absolument rien, et la L. 16, D. de leg. 2, manque totalement. — Azon, *Brocardica* (Basil. 1567, in-8°), p. 199 : « *Utrumque* id est *alterum*. C. de bon. quæ lib. 1, ult. § ipse, ff. de contr. emt. l. sed Celsus § si fundum, ff. de pact. l. rescriptum § si pactum, ff. de pignor. l. si grege § 2. » — Azon, glose sur la const. 8, § 5, C. de bon. quæ lib. (MS. Paris. n° 4519, d'accord avec le MS. du code, à Fulda) sur le mot *utraque* : « disjunctive id est ex hac vel ex illa, non conjunctim : sic ff. de pactis rescriptum § si pacto ff. de lib. et posth. Si ita, et ita ponitur unicusque disjunctive S. comm. divid. penult. A. »

« dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam ut stipulando duo rei constitui possunt (1), ita et testamento potest id fieri. »

Justinien, dans la const. 8, § 5, C. de bon. quæ liberis (2).

« Ipsum autem filium... alere patri necesse est... et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur. »

Une constitution d'Alexandre Sévère se sert du mot *unusquisque* dans la même signification : Const. 5, C. de comm. div.

« . . . cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli : æstimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur... »

Enfin, *alteruter* se rencontre aussi dans la même signification, entre autres dans un passage d'Ulpien : L. 1, § 5, D. uti possidetis :

« . . . aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est... Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat » etc. (Ce qui veut dire : s'il s'élève entre eux une contestation relativement à la possession, il faut bien que chacun (*uterque*) prétende *se magis possidere*.)

Or, voici quelle est la liaison des idées renfermées dans ce

(1) Il résulte clairement de cette comparaison avec les obligés solidaires ordinaires, que l'action intentée par l'un exclut le droit de l'autre, et qu'il est indifférent lequel des deux poursuit, qu'ainsi tous deux ne peuvent actionner en même temps.

(2) Dans ce passage la chose est si claire que Haloander a mis dans le texte *alterutra*. Mais il ne suit pas de là qu'il ait trouvé cette leçon dans un MS.; la glose cherche à justifier, avec beaucoup de détails, la signification particulière que *utraque* reçoit ici, sans faire mention d'aucune variante, et il est évident que les éditeurs postérieurs n'ont admis le mot *alterutra* dans ce texte que d'après Haloander, ou qu'ils l'ont remarqué comme une variante. Russard, par exemple, dit expressément que tous ses MMS. portent *utraque*. Les neuf MMS. de Paris, que nous avons consultés sur ce texte, disent aussi *utraque* (quelques-uns avec la glose interlinéaire *i. e. ex altera*, ce qui confirme et fortifie notre leçon); il en est de même de deux MMS. de Vienne de deux qui nous appartiennent, et de celui de Fulda.

passage. Il est de règle que les obligations s'éteignent de la même manière qu'elles se sont formées, de sorte que leur extinction repose sur les mêmes actes que leur naissance, et qu'elle ne peut avoir lieu ni sans aucun acte, ni par un acte d'une autre espèce; par exemple, par un pacte au lieu d'une acceptilation. Il en est de même en matière de possession. De même qu'elle s'acquiert par un acte déterminé (c'est-à-dire par un acte double, physique et moral), de même elle ne se perd que par suite de l'événement contraire; ce qui est vrai des deux éléments acquisitifs, c'est-à-dire de l'événement corporel aussi bien que de l'acte moral. — Il est donc évident que l'accent ne repose pas ici sur *utrumque*, mais sur *contrarium actum est*; on a voulu dire que la perte de la possession ne peut avoir lieu ni sans un fait nouveau, ni par un fait d'une autre espèce, mais seulement par le même fait qui l'a fait acquérir, et que cette homogénéité nécessaire concerne aussi bien l'acte moral que l'acte physique. — Il est bien vrai que l'on aurait encore pu demander ultérieurement si ce rapport doit être conjonctif ou disjonctif; mais il ne s'est point agi, dans le texte, de cette circonstance; le mot *uterque* y est donc employé dans la troisième des significations employées plus haut, de sorte que le passage laisse cette question indécise (1).

On pourrait cependant contester la justesse de cette interprétation à l'aide de l'économie intérieure de notre passage. Il est

(1) Nous pensons donc que nous nous sommes trompé dans les deux premières éditions, dans lesquelles nous avons admis que le mot *uterque* se trouvait dans ce passage pour *alteruter*, et que l'un des deux suffisait pour faire perdre la possession. Si ce mot pouvait avoir cette signification déterminée, le jurisconsulte Paul n'en aurait pas moins été coupable d'une négligence inconcevable, si, pour exprimer le rapport disjonctif, il avait choisi le terme qui, dans la plupart des cas, sert précisément à désigner le conjonctif en opposition avec le disjonctif. — Notre explication actuelle se trouve d'ailleurs déjà consignée par Thibaut, dans les *A. L. Z. Ergänzungsblätter*, 1806, t. II, p. 554, ainsi que par Hugo, *Gött. Anz.* 1804, p. 295; 1807, p. 1909.

évident que l'on compare la perte de la possession avec son acquisition (1); or, celle-ci exige la réunion de l'acte physique avec l'*animus*, il paraît donc que l'un et l'autre sont nécessaires pour la perte. Mais, abstraction faite de ce que Paul ne veut nullement résoudre cette question, ce résultat de la comparaison n'existe qu'en apparence : « l'acquisition nécessite à la fois le *corpus* et l'*animus* » ne signifie autre chose si ce n'est « que la coexistence du *corpus* et de l'*animus* est la condition de l'acquisition » ; on ne peut donc, d'après cela, mettre en parallèle l'acquisition et la perte, que lorsque celle-ci est la conséquence de la cessation de cette coexistence. Or, cette coexistence ne cesse pas lorsque tous deux, le *corpus* et l'*animus*, n'existent plus ; elle cesse également dès que l'un ou l'autre de ces deux éléments a disparu.

Nous sommes donc également parvenu à prouver, par l'interprétation, que la continuation de la possession, de même que son acquisition, doit reposer en même temps sur le *corpus* et l'*animus*, ou (ce qui revient au même), que la possession se perd et par l'*animus* seul et par le *corpus* seul. — Nous allons éclaircir et préciser cette règle par ses applications.

Mais la continuation de la possession peut aussi, comme son acquisition, s'opérer par les actes d'autres personnes ; le détail de nos recherches devra donc se diriger sur les points suivants :

A. Sur le rapport physique, comme condition première de la continuation de la possession (§ 51).

B. Sur l'*animus*, comme seconde condition (§ 52).

C. Sur les modifications que subissent ces règles lorsque la possession est continuée par des représentants (§ 53).

§ 51. De la perte de la possession par suite d'un événement extérieur, ou par le fait.

La première condition de la continuation de la possession

(1) « ... quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri... potest : ita nulla amittitur... »

consiste dans un rapport physique avec la chose possédée, par lequel il nous est possible d'exercer sur elle notre influence. Il n'est cependant pas exigé que cette possibilité soit immédiate, actuelle, comme lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la possession ; il suffit que ce rapport de puissance puisse se produire à volonté (1), et de cette manière la possession n'est perdue que lorsque l'influence de notre volonté est devenue entièrement impossible. — Nous appliquerons cette règle tant aux choses meubles qu'aux choses immeubles ; nous ne passerons sous silence que les cas dont la simplicité ne nécessite aucun éclaircissement, tels que la perte de la possession par le décès du possesseur, par l'esclavage dans lequel il est réduit (2), celle qui a lieu lorsque la chose vient à périr physiquement ou juridiquement (3). Il est au contraire d'autres applications que nous examinerons et déterminerons avec plus de soin.

La possession d'une chose se perd, en premier lieu, lorsqu'un autre s'en empare soit de vive force, soit clandestinement (4) ; dans ce cas, l'exclusion du pouvoir que nous avons sur la chose ne souffre pas le moindre doute. Il est fort indifférent que l'autre ait déjà réellement acquis la possession ; lorsque, par exemple, l'esclave d'autrui soustrait la chose sans l'ordre de

(1) L. 5, § 15, D. de poss. « Nervus filius, res mobiles, excepto homine « quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri : idem quatenus, si « velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. » La circonstance que Nerva ne veut admettre la règle que pour les choses meubles, et encore seulement à l'exception des esclaves, n'empêche point qu'elle doit en réalité être considérée comme une règle générale. Car l'on reconnaît expressément que les esclaves et les fonds de terre forment des exceptions en droit romain : les esclaves, en ce que l'on possède l'esclave fugitif ; les fonds de terre, en ce que l'on ne perd leur possession que pour autant que le possesseur a connaissance de la perte.

(2) L. 50, § 5, D. de poss.

(3) Lorsque la chose cesse d'être dans le commerce, ou lorsqu'il s'opère une spécification. L. 51, § 5 et § 4, D. de poss.

(4) L. 15, D. de poss. « Rem quæ nobis subrepta est, perinde intelligimur « desinere possidere, atque eam, quæ vi nobis erepta est... »

son maître, ni l'esclave ni le maître n'en acquièrent la possession (1), ce qui n'empêche pas que nous la perdions, puisque la possibilité physique de disposer de la chose ne nous en est pas moins enlevée, lorsque personne n'a le droit de possession. Il en est sans doute autrement lorsque c'est l'esclave du possesseur même qui vole la chose (2); mais dans ce cas la continuation de la possession se base sur ce que le voleur lui-même, et, par lui, la chose volée, se trouvent dans notre possession. — La possibilité de l'exercice de notre pouvoir peut encore être exclue sans le fait d'un autre, alors que l'endroit dans lequel la chose se trouve, nous est ou inaccessible (3) ou inconnu (4). Ce dernier point exige toutefois une observation particulière : celui qui conserve une chose dans sa maison, ou qui enfouit un trésor dans un champ, ne perd pas la possession parce qu'il ne retrouve pas immédiatement la chose (5); car la mesure spéciale qui a été prise pour la conservation (*custodia*) (6),

(1) Car autrement le motif de la possession devrait se trouver soit dans la volonté du maître, soit dans la cause particulière; mais l'un et l'autre manque. (Cpr. L. 24. D. de poss.)

(2) L. 15, D. de poss. — V. au § 35.

(3) L. 15, pr. D. de poss. : « ... cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti... dominium me retinere puto, possessionem non puto. » Il va sans dire qu'un obstacle passager, tel que l'inondation d'un champ que l'on possède, la destruction d'un pont, n'enlève pas la possession.

(4) L. 25, pr. D. de poss. « Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit : desinimus possidere. » Cpr. L. 5, § 15, D. de poss.

(5) L. 5, § 15, D. de poss. « ... Desinere a nobis possideri... Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec invenitur : quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. » — L. 44, pr. D. de poss. « Peregre profecturus, pecuniam in terra custodiae causa condiderat : cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret... Dixi quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum : nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit. »

(6) Telle est, en effet, la signification générale de *custodia*, et la différence que l'on remarque en elle, selon qu'elle a rapport à l'acquisition ou à la perte, ne concerne que le degré de sa rigueur.

donne au possesseur la certitude de la retrouver plus tard. Il faut donc ou que le possesseur connaisse exactement l'endroit où se trouve la chose, ou qu'il la conserve tout spécialement : la *custodia* n'est pas une condition généralement requise pour la continuation de la possession (1), et celui qui, par exemple, oublie une chose dans une forêt et se le rappelle plus tard distinctement, n'en a point perdu la possession. C'est ce qu'expliquera le texte suivant :

L. 5, § 15, D. de poss.

« Nerva filius (2), res mobiles... quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri : Idem (3) quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus. » — Ce qui veut dire : « Nerva dit que la continuation de la possession peut s'opérer par la *custodia* : le même (Nerva) dit qu'elle a également lieu, lorsque le possesseur est à même d'acquiescer à la détention naturelle aussitôt qu'il le veut. » — Celui qui conserve la chose dans sa maison, sans pouvoir la trouver à l'instant, n'est pas dans une position telle que si velit, naturalem possessionem nancisci potest, et celui qui se rappelle l'endroit où elle doit se trouver dans la forêt, ne peut prétendre que l'on dise : SUB CUSTODIA ejus est. Ces deux phrases n'ont donc point pour but de servir d'éclaircissement l'une à l'autre (motif qui doit faire rejeter la leçon florentine *id est*) ; elles indiquent

(1) On ne peut opposer à ce que nous venons de dire la L. 47, D. de poss. : « ... rerum mobilium neglecta atque ommissa custodia, quamvis eas nullus alius invaserit, veteris possessionis damnum inferre consuevit : atque idque Nerva filius retulit. » Le mot *consuevit* ne désigne point une règle juridique; il indique seulement ce qui résulte ordinairement de l'omission de la *custodia*, résultat qu'on ne peut nier. Papinien cite d'ailleurs Nerva le jeune dont nous examinerons tout-à-l'heure l'opinion.

(2) Scilicet ait.

(3) Sc. ait, hactenus possideri. *Idem* est la leçon que portent trois MMS. de Paris (nos 4451, 4458, 4458 a), et l'édition de Rome, de 1476; le MS. de Florence porte : *id est*; mais la plupart des MMS. et des éditions, l'abréviation (*é*). En lisant : *item*, on donnerait encore un sens juste au passage.

au contraire deux modes différents de continuation de la possession : aussi les exemples qui suivent dans notre texte, montrent-ils à l'évidence que la possession n'est censée perdue dans aucun des cas que nous avons présentés.

Voici l'application de ces règles à la possession des animaux.

A. On possède les animaux *domestiques*, comme toutes autres choses meubles, c'est-à-dire que la possession cesse à leur égard dès qu'on ne peut plus les retrouver (1).

B. Les animaux *sauvages* ne sont en notre possession qu'aussi longtemps qu'il existe une mesure particulière (*custodia*) qui nous met à même de les saisir à tout instant (2). Ainsi, toute *custodia* ne suffit pas; celui, par exemple, qui garde des animaux sauvages dans un parc, ou des poissons dans un lac, pose à la vérité un acte pour les conserver, mais il ne dépend pas de sa volonté de s'en emparer à tout instant, beaucoup d'obstacles peuvent s'y opposer; la possession n'est donc point conservée : il en est tout autrement lorsque des poissons sont renfermés dans un réservoir ou des animaux dans une cage, parce qu'on peut les saisir à tout moment (3).

(1) L. 5, § 15, D. *de poss.* : « ... pecus simul atque aberraverit... desinere a nobis possideri. » — Des principes tout analogues régissaient la possession des esclaves; il n'y avait de différence que quant à l'*animus revertendi* (L. 47, D. *de poss.*), on avait créé, pour l'esclave fugitif, une possession fictive (L. 15, § 1, D. *de usurp.*; L. 15, pr.; L. 15, D. *de poss.*), et le *liberale iudicium* ne faisait que suspendre la possession.

(2) L. 5, § 2; L. 5, pr. D. *de adqu. rer. dom.* (§ 12, J. *de rer. div.*). « Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur, cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit: nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. — Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio. » — C'est là le seul cas dans lequel la perte de la possession entraîne en même temps celle de la propriété, de sorte que l'une peut être mise pour l'autre.

(3) L. 5, §§ 14, 15, D. *de poss.* « Item feras bestias, quas vivariis includimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed

C. Les animaux, *sauvages de leur nature, mais apprivoisés par l'art*, sont assimilés aux animaux domestiques tant qu'ils ont l'habitude de revenir au lieu où le possesseur les garde (donc *animus i. e. consuetudinem revertendi habent*) (1).

Relativement aux *immeubles*, la perte de la possession est soumise aux mêmes règles. Nous en perdons donc aussi la possession, aussitôt que nous nous trouvons dans l'impossibilité d'exercer notre pouvoir sur la chose; nous continuons à posséder aussi longtemps que cette possibilité subsiste; toutefois cette possibilité n'est point exigée au même degré que pour l'acquisition de la possession.

Ainsi, l'on perd la possession d'un fonds de terre par tout acte qui enlève au possesseur la possibilité d'exercer son influence sur la chose. Un tel fait peut consister, *en premier lieu*, à traiter le possesseur, dans le fonds de terre, comme esclave ou à l'y enfermer (2) : *en second lieu*, à rendre impossible

« eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quæ in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri... Aves autem possidemus, quas includas habemus » etc. — Il paraît évident que c'est l'étendue plus ou moins grande qui décide ici de l'existence de la possession, et déjà la glose a entendu le passage de cette manière. Une *silva circumsepta* peut être très-étendue, et il est possible que l'on y chasse sans pouvoir prendre tel animal désigné qui y est renfermé; on n'a donc pas la possession de cet animal, bien qu'il se trouve dans l'enclos. Il n'est donc nullement nécessaire de lire, avec Hottmann (*Obs.* VIII, 7) : *silvis non circumseptis*; ou de dire, avec Fleck (*De poss.* p. 82), que le texte s'applique à une haie qui n'empêche pas l'animal de prendre la fuite; ou bien encore de dire avec Sammet (*Opusc.*, p. 162) : « sylvæ circumsepta est, quæ fines habet arcifinios. » Il est inconcevable que beaucoup d'auteurs s'arrêtent à la leçon « *evagantur* », parce que tout le changement qu'elle pourrait apporter se trouve exclu par ces mots « *in silvis* ». Nettelblatt, *Diss. de vero sensu L. 5, § 14, de poss.* (Hal. 1774), traite de ce texte et de ses interprètes avec beaucoup de détails, mais ses explications ne sont pas heureuses.

(1) L. 4; L. 5, §§ 4, 5, D. *de adqu. rer. dom.* (§§ 14, 15, J. *de rer. div.*) — E. 5, §§ 15, 16, D. *de poss.*

(2) L. 1, § 47, D. *de vi* : « Quid dicturi essemus, tractat, si aliquo possidente ego quoque ingressus sum in possessionem, et non dejiciam posses-

la présence du possesseur dans le fonds de terre, cas qui se présente le plus fréquemment (1). Il importe peu, dans ce cas, que celui qui met obstacle à la présence du possesseur, veuille posséder lui-même, ou bien se borner à faire cesser la possession qui a lieu jusqu'à son fait, par exemple, dans le but d'interrompre l'usucapion commencée (2). La question présente plus de difficulté, lorsqu'il s'agit de savoir si la possession est perdue quand le possesseur quitte le fonds de terre par crainte, sans en être expulsé. Quelques passages déclarent, et termes exprès, que la possession est perdue dans ce cas :

L. 33, § 2, D. de usurp.

« Si dominus fundi homines armatos venientes extimuerit (3), atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur. »

L. 9, pr. D. quod metus.

« . . . non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi. Aliter atque si posteaquam ingressi sunt, tunc discessi. »

Cicéron, pro Cœcina, ch. 16.

« . . . usitatum, cum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos, quamvis procul, conspexissent, .. optime sponionem facere possent, ni adversus edictum prætoris vis facta esset. »

L. 3, § 6, D. de vi.

« sorem, sed vincitum opus facere cogam? quatenus res, inquit, esset? Ego verius puto, cum quoque dejectum videri, qui illic vincitus est. » — Paul, V, 6, § 6: « Vi dejectus videtur et qui in prædio vi retinetur... »

(1) L'expression technique de ce cas est *dejectio*. (V. plus loin, le § 40.)

(2) L. 4, § 22, D. de usurp.

(3) *Extimuerit* est une conjecture de Cujas (sur la L. 9, pr. D. quod metus, et sur la L. 33, § 2, D. de usurp. — *Opp.* t. I, p. 962, 1153); elle gagne une grande probabilité par la variante de Russard: *extimaverit*, parce qu'il n'y a qu'à retrancher l'*a*. La leçon ordinaire *existimaverit* produit non-seulement un sens faux, mais également une construction vicieuse (*venientes existimaverit*, au lieu de: *venire existimaverit*).

« Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant... profugerit, non videtur dejectus... »

D'autres textes paraissent au contraire se prononcer pour la continuation de la possession :

L. 9, pr. D. quod metus.

« Denique tractat (Pomponius), si fundum meum dereliquero audito quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit? et refert, Labeonem existimare, Edicto locum non esse, et unde vi interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi... »

L. 1, § 29, D. de vi.

« Idem Labeo ait, eum qui metu turbæ perterritus fugerit, (vi) videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ergo (1) etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum. »

L. 3, § 7, D. de vi.

Paul, V, 6, § 4.

Plusieurs auteurs ont cherché à faire disparaître cette contradiction, en entendant les passages de la première classe, du danger présent, et ceux de la seconde, du danger futur (2). Mais quelque juste que soit cette distinction en elle-même, on ne peut cependant, sans erreur, la rapporter à la continuation de la possession, puisqu'elle n'est vraie que pour la *dejectio*: en effet, les textes de la dernière classe ne parlent point de la con-

(1) La particule *ergo* se trouve dans trois MMS. de Paris (4458 a, 4486, 4486 a), ensuite dans le code de Rhediger, les éd. de Rome, 1476; Nor. 1485; Ven. 1485; Ven. 1494; Lugd. 1509, 1515; Par. 1514, 1556. — Le MS. de Florence et beaucoup d'autres manuscrits portent *ego*. — La glose dit: al. *ergo*, al. *ego*. — En lisant *ego*, on fait d'Ulpian le médiateur entre Labéon et Pomponius; mais il n'y avait pas de controverse entre ces deux jurisconsultes, comme le prouve le passage précédent, et Pomponius ne veut que rectifier une expression trop peu déterminée employée par Labéon.

(2) Cujas, sur la L. 9, pr. D. quod metus, et sur la L. 23, § 2, D. de usurp. (*Opp.* t. I, p. 962, 1153.) — Cras, *Spec. jpr. C.* p. 25-25. — Dans la seconde édition de cet ouvrage, nous avons professé la même opinion.

tinuation réelle de la possession, ils ne font que nier la *dejectio* et refusent en conséquence l'interdit *de vi* (ainsi que l'action *quod metus causa*); tel est le seul contenu de ces passages; mais dans tous les cas la possession est perdue, si non *corpore*, du moins *animo* (1). — Mais dans tous ces cas il est fort indifférent de quelle manière la présence dans le fonds de terre est rendue impossible; c'est-à-dire qu'il importe peu que le possesseur ait été réellement forcé d'en sortir ou qu'il ait été empêché d'y entrer (2).

D'un autre côté, nous conservons la possession d'un fonds de terre, tant que la possibilité de l'exercice volontaire de notre influence subsiste; le possesseur n'a nullement besoin d'être toujours physiquement présent, ce qui, dans le plus grand nombre des cas, est même impossible (3). Il est très-important de considérer cette proposition sous le point de vue d'où nous sommes parti pour l'établir, c'est-à-dire comme simple conséquence de la règle générale de la continuation de la possession, et en aucune manière comme extension à cette règle. Ce n'est que par cette manière de voir qu'on peut bien concevoir une

(1) Hufeland, *Neue Darstellung*, p. 157 et suiv.

(2) L. 1, § 24, D. *de vi*: «... Si quis de agro suo, vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens, prohibitus sit ingredi vel ipsum prædium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit» (c'est-à-dire que le *detinere* doit précisément avoir atteint ce but) «vi dejectus videtur.» Cpr. L. 5, § 8, D. *de vi*. — Paul V, 6, § 6.

(3) L. 5, § 11, D. *de poss.* «Saltus hibernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.» — L. 1, § 25, D. *de vi*. «Quod vulgo dicitur æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere: id exempli causa didici Proculum dicere, nam ex omnibus prædiis, ex quibus non hac mente recedemus (recedimus), ut omisise (amittere) possessionem vellemus, idem est.» — Les *saltus hiberni æstivique* sont de grands champs dans lesquels on envoie paître les bestiaux, tantôt en hiver seulement (comme dans les Maremmes), tantôt en été seulement (comme sur le haut des Apennins), et qui restent par conséquent, d'après leur destination, abandonnés pendant la moitié de l'année. (L. 67, D. *de legatis* 5. — Varron, *De re rust.* l. 2, ch. 1 (t. I, p. 220, *Script. rei rusticæ*, éd. Schneider.)

extension qu'on a donnée à cette proposition et qui statue réellement une exception à la règle que nous avons consacrée précédemment quant à la perte de la possession des immeubles.

Nous avons considéré la proposition, que l'éloignement de la chose possédée dans lequel se trouve le possesseur, ne fait point cesser la possession, comme conséquence d'un principe général, parce que, bien que l'absence change la possibilité physique de traiter la chose d'après sa volonté en une possibilité moins immédiate, elle ne la laisse cependant pas moins subsister. Lorsqu'à cette absence il se joint donc encore autre chose qui fasse réellement cesser cette possibilité, il faudrait, pour appliquer la règle dans toute sa généralité, prononcer sans distinction la perte de la possession. Mais c'est dans les cas de cette nature qu'on restreint la règle par une exception remarquable. En effet, lorsqu'un autre occupe, pendant notre absence, le fonds de terre que nous possédons, et qu'il est à même d'empêcher, par la violence, notre retour, il est certain que la possibilité physique d'exercer notre influence sur la chose nous est enlevée aussi bien que si un voleur avait enlevé de notre maison une chose meuble; la loi veut cependant que la possession continue, dans ce cas, jusqu'à ce que le possesseur absent ait eu connaissance de l'occupation.

Avant de passer à la preuve de la proposition que nous venons d'énoncer, nous appellerons l'attention sur quelques autres points dont la vérité est également hors de tout doute, si la proposition est vraie elle-même :

A. Celui qui occupe le fonds de terre en l'absence du possesseur, n'en acquiert pas encore, par ce seul fait, la possession juridique (4).

(1) On peut donc dire, que l'ancien terme technique «*possessionem vacuum tradere*» a quelque relation avec cette proposition. Il est toutefois possible qu'on se soit déjà servi de cette expression technique avant d'avoir introduit, dans la théorie de la possession, la modification positive dont il s'agit ici, dans le but d'exclure la possession apparente qui pouvait s'opérer pendant l'absence du possesseur, bien qu'il n'existât rien qui eût empêché ce dernier d'exercer arbitrairement son pouvoir sur la chose.

B. Pour que la possession de biens-fonds se perde par suite des *actes* d'autrui (1), il faut absolument que l'*animus* intervienne (2); nous ne voulons pas dire par là, que le possesseur doive volontairement céder le droit de la possession; on n'exige, pour opérer la perte réelle de la possession, qu'un changement de son intention, changement que la *règle* générale sur la perte de la possession ne nécessite pas et qui n'est point requis pour les choses meubles, auxquelles la *règle* s'applique dans toute sa pureté, sans modifications. Nous ferons usage de cette observation au paragraphe suivant.

C. Il ne peut être question de la possession *clandestine* d'un fonds de terre, lorsque l'adversaire (celui dont on veut acquérir clandestinement la possession) le possède lui-même. On entend alors par *clandestina possessio* celle qu'on commence en cachant à dessein l'appréhension à celui qu'on veut déposséder (3). Lors donc qu'un fonds de terre est occupé de cette manière, la proposition dont nous considérons maintenant les conséquences, donne lieu à plusieurs éventualités :

L'occupation elle-même ne fait acquérir aucune possession, ni par conséquent de possession clandestine. Lorsque le possesseur a connaissance de l'occupation, trois cas peuvent se présenter : ou bien il exerce sa possession en repoussant l'occupant, alors il n'a jamais perdu sa possession, et l'occupant n'a jamais été véritable possesseur (4); ou bien il a dû céder à

(1) Car aucun changement de volonté n'est nécessaire lorsque des événements de la nature, par exemple, l'irruption d'une rivière qui a pris un autre cours, enlèvent l'objet de la possession.

(2) Pour toute possession quelle qu'elle soit, à l'exception de la continuation exercée par des représentants, cas particulier dont nous parlerons au § 55.

(3) *V.* plus loin, au § 41.

(4) De la même manière que dans le cas de la L. 17, D. *de vi*: « Qui sessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, *in pristinam* causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est... »; en réalité, la possession n'a donc été perdue en aucun instant.

la violence de l'occupant, et alors celui-ci a la possession dès ce moment; mais cette possession n'est pas clandestine, elle est violente; ou bien enfin, ni l'un ni l'autre cas n'a lieu, c'est-à-dire que celui sur la possession duquel on empiète ne fait aucun acte pour la conserver, quoique la peur ne l'en empêche pas; dans ce cas la possession n'est en rien viciée (*non est vitiosa possessio*), puisque le nouveau possesseur commence à posséder par la volonté de celui-là même dont la possession a été violée; mais cette volonté, n'ayant rapport qu'à la possession, comporte très-bien l'intention de récupérer d'une autre manière les choses perdues, par exemple, par la revendication; dans ce cas la possession n'est donc pas perdue *corpore* mais bien *animo*.

Nous n'avons fait jusqu'à présent que développer les conséquences de cette proposition exceptionnelle que nous avons énoncée plus haut : il s'agit maintenant de prouver cette proposition elle-même, sans laquelle ces conséquences n'auraient aucune réalité. Nous ne nous bornerons pas à démontrer que les jurisconsultes romains l'ont reconnue, mais nous déterminerons encore, le plus exactement possible, l'époque à laquelle elle fut introduite.

I. Papinien, Paul et Ulpian traitent cette proposition comme une règle hors de toute contestation :

L. 46, D. *de poss.* (Papin. lib. 23 qu.)

« Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, *quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.* »

L. 3, § 7, 8, D. *de poss.* (Paul lib. 54 ad ed.)

« . . . si animo solo possideas, *licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. »

L. 6, § 1, D. *de poss.* (Ulpian. lib. 70 ad ed.)

L. 71, D. *de poss.* (Paul. lib. 54 ad ed.)

II. Celsus, Neratius et Pomponius font également mention de cette proposition, mais de manière à faire entrevoir qu'elle n'a ni été considérée, de leur temps, dans toute son extension,

ni regardée par tous les jurisconsultes comme une règle généralement reconnue (1).

L. 18, § 5, 4, D. *de poss.* (Celsus, lib. 23 Dig.)

« Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit: non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul atque sciero. Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem, quam intraverit obtinet (2). »

L. 25, § 2, D. *de poss.* (Pomp. lib. 23 ad Q. Mucium.)

« Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes non (3) aliquis repellat: aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? et (id) videtur utilis esse. »

III. Labéon ayant mis en avant précisément le contraire de

(1) Nous n'avons autre chose de Neratius qu'une citation très-vague de Paul (L. 7, D. *de poss.*); ce que nous avons dit ne se rapporte donc qu'aux deux autres jurisconsultes.

(2) Ainsi, la fiction de notre proposition exceptionnelle ne nous conserve la possession que lorsqu'il est probable, que nous repousserions celui qui empiète sur notre possession, restriction dont Papinien, Paul et Ulpien ne disent plus mot; dans tout autre cas, si la fiction ne nous conserve pas la possession, il y a toutefois au moins ceci de particulier, que la nouvelle possession ne s'étend qu'à cette partie du bien-fonds, sur laquelle on a réellement mis les pieds. La circonstance de la présence de celui dont la possession est occupée, n'a évidemment aucun autre but que celui de faire mieux ressortir la possibilité d'expulser l'agresseur.

(3) *Donec non*: « tant qu'on ne (nous) a pas repoussé »; *donec nos*: « jusqu'à ce qu'on nous ait repoussé. » La première leçon est celle du MS. de Florence que Haloander a aussi adoptée; beaucoup de MMS. cités par Gebauer présentent la seconde leçon, ainsi que l'éd. de Rome, 1476, et d'autres. L'une et l'autre présentent absolument le même sens à cause des deux significations possibles du mot *donec*, et la transposition proposée par Brenkmann est tout à fait inutile.

notre proposition, Ulpien le modifie complètement d'après notre règle :

L. 6, § 1, D. *de poss.* (Ulp. lib. 70 ad ed.)

L. 7, D. *de poss.* (Paul. lib. 54 ad ed.) (1).

« Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit (2). Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit (3). Unde (4) si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegitur (5) possidere, non clam (6). — Et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur,

(1) Il faut combiner ces deux passages, parce que ce n'est qu'alors que le résultat indiqué plus haut devient tout à fait évident.

(2) C'est cette opinion de Labéon qui est en contradiction avec notre proposition.

(3) C'est ici qu'Ulpien commence la rectification: la particule *ergo* ne s'oppose pas à cette liaison, car l'opinion de Labéon n'est point rejetée comme erronée, on la déclare seulement modifiée par une règle postérieure. Il était, par conséquent, bien permis de dire: « ce résultat nouveau s'appliquera maintenant à tous les cas dans lesquels on avait auparavant adopté la *clandestina possessio* »; le mot *ergo* semble donc bien choisi.

(4) *Unde* est la leçon adoptée par les éd. Ven. 148, 1491, 1494; Lugd. 1508, 1509, 1515, 1519; Paris, 1514, 1556. — Le manuscrit de Florence porte *verum*, ainsi que tous les MMS. de Paris; mais il est évident que la phrase renferme plutôt une conséquence de ce qui précède, qu'une antithèse.

(5) *Intellegitur* est porté par cinq MMS. de Paris (nos 4477a, 4476b, 4480, 4482, et celui de la bibliothèque St-Victor), ainsi que par les édit. Rom. 1476; Nor. 1485; Ven. 1485; Ven. 1491; Ven. 1494; Lugd. 1508, 1509, 1515, 1519; Paris, 1514, 1556. — Celui de Florence porte *intellegi*. Cette leçon détruit tout le sens: la dernière phrase appartient alors encore à l'opinion de Labéon, la phrase *retinet ergo*, etc., devient une simple parenthèse d'Ulpien, et le mot *verum* (au lieu de *unde*), qui est incompatible avec l'autre leçon, devient alors nécessaire. Mais alors il est aussi impossible d'imaginer la moindre liaison entre l'opinion de Labéon et la rectification ajoutée par Ulpien, surtout lorsqu'on combine l'une et l'autre avec la règle très-naturelle qu'on trouve même dans le *principium* de ce passage: non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est.

(6) C'est-à-dire que l'autre n'avait aucune possession jusqu'à ce moment-là, et que dorénavant, sa possession est plutôt violente que clandestine.

« *amisisse possessionem videbitur* (1) : et ita Neratius quoque « scribit. »

Il sera maintenant facile de donner brièvement un aperçu du contenu de ce paragraphe et de faire voir la liaison de ses différentes parties. Pour que la possession continue, il faut l'existence incessante de la *possibilité de reproduire* le rapport immédiat que nous avons présenté comme condition de l'acquisition, et, par ce rapport, la conscience du pouvoir physique sur la chose possédée : la cessation de cette possibilité entraîne en même temps la perte de la possession. Mais cette dernière proposition souffre exception en matière d'immeubles : car alors, la possession n'est enlevée par l'impossibilité physique, que dès que l'occupation est parvenue à la connaissance de celui sur la possession duquel elle a lieu.

§ 52. De la perte de la possession par la volonté.

La seconde condition requise pour la continuation de la possession, est la *volonté* du possesseur (*animus*), qui se règle à peu près sur les mêmes principes que le rapport physique qui constitue la première condition, et dont nous avons déjà parlé.

Afin que la possession continue, il faut donc, pour l'*animus*, comme sous le rapport corporel, seulement que la *possibilité de reproduire*, à tout instant, l'intention originaire subsiste : il n'est ni nécessaire ni même possible d'avoir, dans chacun des moments qui suivent l'acquisition, la conscience que la possession continue réellement. Il s'ensuit que la possession n'est pas perdue, lorsque le possesseur ne pense pas, pendant quelque temps, à la chose, ni par conséquent, à la possession ; il faut même étendre cette conséquence aux cas dans lesquels le possesseur n'est pas à même de vouloir ; ce qui arrive, par exemple, lorsqu'il est atteint d'aliénation mentale. Car l'impossibilité de vouloir la possession d'une chose, individuellement déterminée,

(1) Ce n'est là qu'un principe ultérieur déduit de la règle d'Ulpien.

n'étant, dans ce cas, que subjective et accidentelle, il n'importe nullement, pour les rapports qui existent avec chaque chose possédée, que la possession ait seulement été oubliée ou que le possesseur soit atteint d'aliénation mentale. Ceci n'est, du reste, qu'une autre expression de la règle que nous avons déjà développée, et d'après laquelle il faut, pour opérer la perte de la possession par l'*animus* seul, une nouvelle intention opposée à celle exigée pour l'acquisition (*animus in contrarium actus*).

La possession se perd donc par l'*animus* seul, dès que dans un moment quelconque, le possesseur *veut renoncer* à sa possession (1) : car, en ce moment, la direction opposée, donnée à notre volonté, entraîne l'impossibilité absolue de reproduire la volonté originaire, et c'est cette impossibilité morale qui a, aussi bien que l'impossibilité physique, la perte de la possession pour conséquence. D'après cela, lorsque le possesseur qui perd ainsi sa possession, se décide ensuite à posséder de nouveau, ce changement de volonté donne tout au plus lieu à une nouvelle appréhension, car la possession précédente a irrévocablement cessé.

La perte de la possession ne se basant donc point, dans ce cas, sur l'absence de l'intention de posséder, mais sur une nouvelle volonté opposée à l'*animus possidendi*, il est évident que celui qui ne peut avoir de volonté ne peut non plus perdre la possession de cette manière, de même qu'il ne peut l'acquérir (2). Il s'ensuit qu'un furieux ne peut pas, de cette manière, perdre la possession (3) ; il en est de même d'un pupille,

(1) L. 3, § 6, D. de poss. « ... si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere : *protinus amittes possessionem*. » — L. 17, § 1, D. de poss. « ... *sessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere*. » Cpr. L. 50, § 11 ; L. 547, pr. D. de poss.

(2) Les modifications que cette proposition subit dans le cas de la représentation appartiennent au paragraphe suivant.

(3) Glose, sur la L. 1, § 3, D. de poss. : « *licet enim desinat habere animum possidendi non tamen habet animum non possidendi*. » — L. 27, D. de poss.

sans aucune exception, de sorte que la restriction particulière que nous avons dû établir pour l'acquisition, ne trouve point ici son application (1). Nous prétendons même que cette incapacité existe également dans un autre cas de la perte de la possession, identique à celui qui nous occupe, mais qu'il ne faut pas confondre avec lui. Nous ne perdons la possession des fonds de terre par l'occupation d'autrui, que du moment où elle est parvenue à notre connaissance. Celle-ci diffère encore beaucoup de la décision que nous prendrions de ne plus posséder, parce

(1) L. 29, D. de poss. « Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate « amittere posse constat; non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: « quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest. » Ce texte exprime avec la même clarté, d'un côté, que la possession du pupille peut se perdre par un fait extérieur, et de l'autre côté, que la perte par l'*animus* est impossible: la première disposition est, en outre, parfaitement conforme aux principes généraux, et le seul doute qui s'élevé à cet égard, se fonde sur la L. 11, D. de acqu. rer. dom. « Pupillus ... alienare ... nullam rem potest, et ne quidem possessionem quæ est naturalis. » Mais ALIENARE possessionem désigne cette perte de la possession qui donne au nouvel acquéreur la succession juridique, et celle-ci est impossible, parce qu'elle dépend de l'*animus* du possesseur précédent. Supposons donc qu'un pupille vende une chose et en opère la tradition, l'acheteur en acquerra, à la vérité, la possession, mais il ne recevra pas en même temps ce qui doit exister, outre la possession, pour que la succession ait lieu; il n'acquiert donc pas l'*accessio possessionis*, ni pour la *civilis possessio* (ad usucapionem), ni pour la *naturalis possessio* (par rapport à l'ancien interdit *ultrubi* auquel se rapportent les mots de notre texte: « ne quidem « eam possessionem, quæ est naturalis »). Une distinction pareille de l'OMISSIO et de l'ALIENATIO possessionis se rencontre dans la L. 4, § 1, 2, D. de alien. jud. mut. causa, et nous avons déjà vu une application pareille dans ce principe qu'il ne peut y avoir donation de possession entre mari et femme: « inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. » — La glose interlinéaire dit aux mots: quæ est naturalis (MS. de Paris, n° 4485): « amittere tamen eam poterit (civillem vero ne amittere quidem potest) « nec sunt contraria hæc cum sit aliud possessionem alienare et aliud amittere. » Muret (Epp. III, 81; Opp. I, p. 647) entend aussi l'*alienatio* d'une perte qui résulte de l'*animus*. Cuperus (P. II, c. 58) suppose une contradiction inexplicable entre la L. 11, D. de acqu. rer. dom., et la L. 21, D. de poss.

qu'elle admet toujours encore la possibilité de trois cas: celle de la conservation de la possession, celle de la perte qui s'opère *corpore*, et celle qui a réellement lieu *animo*, c'est-à-dire par la volonté. Mais la connaissance du fait et l'intention de ne plus posséder ont ceci de commun, qu'ils sont également impossibles dans tous les cas qui excluent la conscience de nos actes, de sorte que ni les pupilles ni les aliénés ne peuvent perdre la possession d'un fonds de terre par le fait d'autrui (1): il est possible que cette ressemblance pratique a porté les jurisconsultes romains à désigner les deux cas, malgré leur différence, par le même nom (2).

Nous venons de prouver et d'éclaircir le principe que nous perdons la possession par la seule volonté: il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots sur son application. — Il est évident que son applicabilité ne souffre aucun doute, lorsque le possesseur fait une déclaration expresse de son intention, mais une pareille déclaration ne peut que très-rarement décider la question, parce que, dans le petit nombre de cas où nous nous

(1) L. 29, D. de poss. — L. 27, D. de poss. « Si is qui animo possessionem « saltus retineret, furere cœpisset, non potest, dum fureret, ejus saltus « possessionem amittere; quia furiosus non potest desinere animo possidere. » — Cuperus (P. I. ch. 6, p. 66) prétend faire une exception à cette règle pour le cas où le pupille ou l'aliéné vend une chose à un acheteur de bonne foi (L. 2, § 15, 16, D. pro emptore): mais le texte qu'il invoque ordonne seulement que l'*usucapion* commence, dans un tel cas, contre la règle, bien entendu lorsqu'il y a possession: or, il est de règle que la possession se transmet par l'acte dont Cuperus fait mention, et ce principe ne souffre exception que par rapport aux fonds de terre: les L. 27 et 29, D. de poss., sont relatives à cette exception, et la L. 2, § 15, 16, D. pro emptore, ne dit point que cette exception ne s'applique pas à la vente dont il s'agit, parce qu'elle ne renferme aucune disposition sur l'existence de la possession, mais détermine bien la possibilité de l'*usucapion*, dans la supposition que la possession existe. — Alors même qu'on opère la défection pendant la présence corporelle du possesseur atteint d'aliénation mentale, ce dernier ne perd pas sa possession, parce que son état d'aliénation le fait assimiler à un absent.

(2) « Animo desinere possidere. »

exprimons d'une manière aussi explicite, par exemple, dans la tradition, la perte a déjà ordinairement lieu par suite d'une autre cause, c'est-à-dire *corpore* (§ 31). Il s'agit donc ici (lorsque l'intention n'est pas expressément déclarée), comme dans beaucoup d'autres cas, surtout de l'interprétation d'autres actes posés par le possesseur, et dont on puisse induire sa volonté : les écrits des jurisconsultes romains nous ont conservé plusieurs preuves d'une telle interprétation qui répandent beaucoup de lumière sur toute la matière.

Une interprétation de cette espèce sert de base à ce qu'on appelle *constitutum possessorium*. Celui qui vend une chose et la prend en même temps en location, ne change en rien le rapport physique dans lequel il se trouve avec cette chose, et comme il cesse néanmoins de posséder, nous devons chercher le motif de cette perte dans une détermination de sa volonté. Nous avons déjà examiné plus haut (§ 27) la question de savoir quand on peut, en général, tenir pour constante l'existence du *constitutum* : il est vrai que nous le considérons alors comme une cause de l'acquisition, et qu'ici il occasionne la perte de la possession ; mais les conditions en sont, dans les deux cas, absolument les mêmes.

Un second cas dans lequel nous rencontrons cette interprétation, concerne la *rei vindicatio*. Il est de règle bien connue que cette action doit être intentée contre le possesseur. Or, si c'est le possesseur lui-même qui revendique la chose, il paraît par là renoncer à la possession, de sorte qu'on devrait lui refuser l'interdit *uti possidetis*, s'il voulait plus tard le réclamer. Cependant le droit consacre en termes exprès le contraire (1), et le motif de sa disposition repose uniquement sur l'interprétation dont s'agit. En effet, celui qui revendique une chose, exprime par là qu'il veut l'avoir, et l'on ne peut mettre

(1) L. 12, § 1, D. *de poss.* « ... non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cepit rem vindicare : non enim videtur possessioni renuntiasse « qui rem vindicavit. » Nous ne citons pas la loi en entier, parce que les mots omis ne peuvent être expliqués que dans la section suivante.

en doute qu'il désirerait également déjà avoir la possession que le procès est destiné à lui assurer pour toujours, si cette possession était compatible avec la qualité du demandeur dans la procédure en revendication. Cette réunion dans un même chef est, à la vérité, impossible, mais cette circonstance ne nous force pas encore d'admettre une renonciation volontaire à la possession, parce qu'il est très-possible que le possesseur ignore ou sa possession (1), ou le principe de droit sur lequel se base cette incompatibilité (2). Or, comme ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas qui peuvent se présenter, le possesseur n'a certainement pas eu l'intention de renoncer à la possession, aucun fait duquel nous puissions inférer avec certitude une pareille intention n'a été posé ; par conséquent, la possession n'est point perdue, et le droit à l'interdit *uti possidetis* continue à subsister.

En troisième lieu, l'intention de renoncer à la possession peut aussi résulter d'une simple omission. En matière de fonds de terre, la jouissance n'a ordinairement lieu que pendant certaines époques de l'année ; que si, par exemple, le possesseur laisse son champ pendant une série d'années, sans le cultiver et en retirer du profit, on peut admettre qu'il a voulu renoncer à la possession. En effet, il n'est pas probable qu'il ait oublié sa possession, et il est totalement indifférent qu'il ne la veuille plus, ou qu'il y ait renoncé soit par simple négligence, soit par un fait qui le met dans l'impossibilité d'exercer sa possession, tel qu'un voyage, puisque, dans toutes ces hypothèses, les motifs de sa

(1) C'est à ce cas que la glose applique notre texte. Glose, sur la L. citée, et sur le C. 5, X. *de causa poss.* — Merenda, *Controv.* XII, 16, a développé cette opinion avec beaucoup de profondeur ; mais, sans être fautive, elle est cependant beaucoup trop restreinte.

(2) L'erreur de droit (*error juris*) ne nuit point ici ; car, en premier lieu, elle ne fait qu'empêcher l'acquisition (L. 7, D. *de jur. et facti ign.*), tandis qu'il ne s'agit ici que de la perte ; et, en second lieu, le principe de droit qui concerne cette erreur n'excuse pas, lorsqu'on ne s'est pas conformé à un précepte légal, tandis qu'ici nous n'avons qu'à interpréter un acte, qu'à prouver un fait.

décision ont seuls cessé, tandis que la décision elle-même subsiste : car, comme dans tous ces cas sa décision est libre et dirigée en pleine conscience vers un but qui rend l'exercice de sa possession impossible, elle renferme aussi nécessairement la renonciation à cette possession (1). Ainsi, supposons que le possesseur ait abandonné pendant quelque temps la jouissance de son champ, non par suite d'une décision librement prise, mais par l'effet de la peur, nous ne pourrions conclure de là qu'il n'existe aucune décision de renoncer à la possession, et que celle-ci aurait été réellement conservée (2). Il y a encore moins de doute à l'égard de la continuation de la possession, lorsque la jouissance qu'on a de la chose ne s'opère que dans des intervalles déterminés : celui qui, pendant la période où la jouissance est suspendue, ne se rend pas près de l'objet de la possession, n'a nullement entendu déclarer par là renoncer à sa possession.

(1) L. 57, § 1, D. de usurp. (Cpr. § 7, J. de usuc.) « Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem; quæ vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. » Il est évident que la chose doit avoir été, par la négligence ou par l'absence du possesseur, non-seulement sans surveillance et sans détention, mais réellement sans possesseur; c'est ce qui résulte non-seulement de l'expression *vacans possessio*, mais encore de cette circonstance, que si ces conditions n'existaient pas, la nouvelle occupation ne pourrait pas même faire commencer la nouvelle possession. — Nos jurisconsultes (par exemple, Cuperus, p. 65, 66) ont généralement considéré la disposition de cette loi comme un précepte positif, quoiqu'elle ne le soit pas; quelques-uns ont même voulu fixer le temps à l'expiration duquel la possession serait réputée perdue.

(2) Const. 4, C. de poss. « Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo prædiorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti: præjudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest; » la perte de la possession n'est donc pas encourue. Il va, du reste, sans dire, qu'une *dejectio* ne doit pas avoir eu lieu, car alors la possession serait perdue par le fait seul. Il faut donc se représenter un fonds de terre très-éloigné que la guerre aurait empêché le possesseur de cultiver.

Voilà ce qui nous explique pourquoi les jurisconsultes romains choisissent presque toujours pour exemples les *saltus hiberni* et *æstivi*, lorsqu'ils déterminent le droit particulier des fonds de terre quant à la conservation de la possession (1).

§ 33. De la conservation de la possession par un tiers.

Le seul point que nous ayons encore à examiner par rapport à la continuation de la possession, concerne le rapport de la représentation par laquelle nous pouvons aussi bien conserver la possession que l'acquérir.

Il nous faudra soulever, relativement à ce mode de continuation, les trois mêmes questions que nous avons posées en parlant de l'acquisition; seulement nous serons obligé d'en intervertir un peu l'ordre.

Première question. Quelles sont les conditions requises dans la personne du possesseur pour que la possession puisse se conserver par le représentant, et comment la possession peut-elle se perdre par son fait sans le concours du représentant?— D'abord, le changement du rapport physique dans lequel il se trouve avec la chose, ne peut, à lui seul, en faire perdre la possession. Ainsi, le bailleur d'un fonds de terre n'en perd pas la possession, quoiqu'un tiers l'en expulse, puisque son pouvoir sur la chose se trouve suffisamment assuré par le fermier (2).— Il en est tout autrement de l'*animus possidendi*: conséquemment, celui qui exerce la possession par un autre, peut la perdre par la seule force de la volonté (*animus non possidendi*).

Seconde question. Le rapport qui existe entre le possesseur et son représentant peut reposer ici, comme lorsqu'il s'agit de

(1) L. 1, § 25, D. de vi. « Quod vulgo dicitur, æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere: id exempli causa didici Proculum dicere »

(2) L. 1, § 45, D. de vi: « si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem quæ dejecti non sunt. »

l'acquisition, sur un pouvoir juridique (1) tout aussi bien que sur un acte de libre volonté (2), et, dans ce second cas, nous n'avons pas à déterminer le *mandat* dans lequel ce rapport consiste, comme une forme juridique particulière. Il n'y a non plus rien de particulier en ce que la représentation peut passer par plusieurs personnes; mais ceci se rencontre plus souvent dans la continuation que dans l'acquisition de la possession. C'est ainsi que le fermier peut sous-louer la chose, le dépositaire la placer en dépôt chez un autre, sans que la possession subisse par là le moindre changement (3). C'est encore ainsi que, réciproquement, le bailleur peut vendre sa chose à un tiers, et la prendre en même temps en bail, de sorte que la possession exercée par des représentants peut, comme toute autre possession, être transmise par un simple constitut (4). — La cessation seule du rapport de la représentation ne fait pas discontinuer la possession (5).

(1) Il est ici de règle spéciale que, lorsqu'il s'agit d'esclaves, ils continuent la possession à leur maître, même contre leur volonté; par exemple, lorsqu'ils veulent lui voler la chose. L. 15, D. *de poss.* — Ea L. 55, § 6, D. *de usurp.*, contient une application remarquable à la possession du gage. — L. 40, pr. D. *de poss.*

(2) L. 9, D. *de poss.* « Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in « possessionem (possessione), veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. »

(3) L. 50, § 6, D. *de poss.* Il va sans dire que l'on suppose que le bailleur n'a pas eu l'intention de s'attribuer la possession dans le nouveau bail: car alors la perte de la possession serait possible; mais ceci rentre dans le troisième point. Lorsque cette intention n'existe pas, il n'y a aucun doute que la possession ne continue, bien que le nouveau bail puisse être un acte illégal; par exemple, une violation du contrat, ou un vol d'usage (*furtum usus*): c'est à ce dernier point que se rapporte la L. 54, § 1, D. *de poss.*, qui n'est, par conséquent, en rien opposée à la continuation de la possession.

(4) Cette proposition est toutefois contestée par beaucoup d'auteurs; par exemple, par Merenda (*Contr.* III, 21), ce qui s'explique facilement par une manière erronée dont on explique ordinairement le *constitutum*.

(5) L. 60, § 1, D. *locati*.

Troisième question. Ce point est bien plus important que les deux précédents: que faut-il dans la personne du représentant pour que la possession continue par lui, c'est-à-dire, comment pouvons-nous perdre la personne par lui seul? — Cette perte de possession peut s'opérer de deux manières différentes: dans l'une, le représentant veut acquérir lui-même la possession que, jusqu'alors, il ne faisait qu'exercer (perte *en faveur* du représentant); dans l'autre, c'est à un tiers que la possession est transmise, ou bien aussi elle ne passe à personne (perte *par* le représentant). — Nous démontrerons, dans nos explications, pourquoi nous avons dû ainsi distinguer les deux cas.

La perte de la possession qui a lieu *en faveur* du représentant offre le moins de difficulté. Le représentant n'a pas, comme tel, l'*animus possidendi*, mais il se trouve avec la chose dans le même rapport de domination physique qu'un possesseur. Il ne peut donc pas faire cesser la possession antérieure *sans* donner une nouvelle direction à sa volonté, tandis que *par* une telle direction, il devrait pouvoir le faire sans un nouvel acte, de la même manière que nous avons dû le prétendre dans la *traditio brevi manu*. — La première de ces deux propositions ne souffre aucun doute. Ainsi, tant que le représentant ne veut pas être possesseur, il ne peut être question de cette espèce de perte, alors même qu'on refuserait la restitution de la chose par d'autres motifs:

L. 20, pr. D. *de poss.*

« Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit, emptorique tradi jusserit, nec ille tradiderit: alias videbitur possessionem domini (1) intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem cum repositenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia

(1) Telle est la leçon adoptée par plusieurs MMS. de Paris, par beaucoup d'autres cités par Gebauer, et par les éd. de Rome, 1476; Nor. 1485, etc. — Le Digeste de Florence porte: *possessione dominum*.

« quæpiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi (1) ?
« non utique ejus rei possessionem intervertit (2). »

Il faudrait, en second lieu, si l'on ne devait appliquer que la règle générale de l'acquisition, que l'*animus possidendi* fût à lui seul suffisant pour donner la possession au représentant. Mais, en aucun cas, cette règle ne peut trouver ici une application pure et simple. — D'abord, elle ne régit pas les fonds de terre, parce que leur possession, comme celle de toute autre chose, n'est perdue que du moment où le possesseur acquiert la connaissance que son pouvoir physique sur la chose a cessé. A ce premier motif il faut en ajouter un second : c'est que la règle *nemo sibi causam possessionis mutare potest* serait évidemment violée; elle est, en outre, repoussée par un texte précis (3). — Ensuite, elle ne s'applique pas aux choses mobilières, à l'égard desquelles la règle *nemo sibi causam* etc., lui est aussi d'abord opposée; il est en outre un principe que le droit romain a consacré pour un motif qui ne prouva être expliqué que dans la section suivante, et en vertu duquel le représentant n'est considéré comme possesseur que lorsqu'il a en même temps commis un *furtum*, délit dont l'existence exige, pour pouvoir donner lieu à la possession, une *contractatio*, c'est-à-dire qu'il faut physiquement toucher la chose et dans le but de la voler (4). Il serait, à la vérité, concevable que le repré-

(1) Cpr. L. 12 in f. D. *de vi*. — Une pareille juste cause serait, par exemple, le droit de rétention à cause de l'action *commodati contraria*.

(2) Nor. 1485. — Hal. — De même l'éd. de Venise, 1485, avec une transcription complètement insignifiante (*poss. ejus rei*). — Le Digeste de Florence et les autres portent : *non utique ut possessionem ejus rei interverteret*.

(3) L. 12, D. *de vi*. : « ... quem dejecisse tunc videretur, eum emtori « possessionem non tradidit. »

(4) L. 1, § 2, D. *de furtis* : « Sic is, qui depositum abnegat, non statim « etiam furti tenetur : sed ita, si intercepti causa *occultaverit*. » — L. 67, pr. D. *eod.* : « Infitiando depositum, nemo facit furtum; nec enim furtum « est ipsa infitatio, licet prope furtum est. Sed si *possessionem ejus apisca-* « *tur intervertendi causa*, facit furtum. Nec refert, in digito habeat annu-

sentant n'eût pas encore commencé à posséder par ce motif, quoique la possession de son mandant fût perdue, parce que la simple résolution du représentant a enlevé au possesseur la possibilité physique de disposer de la chose : dans ce cas, la chose se trouverait momentanément sans possesseur (1). Cette dernière circonstance fait très-bien comprendre pourquoi l'on a ajouté, à l'exception que nous venons d'expliquer, une autre exception par suite de laquelle la possession du mandant ne cesse que lorsque toutes les conditions dont le concours constitue le vol sont accomplies (2).

« lum, an dactylitheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo desti-
« naverit. » De ce passage il résulte : 1° que la *infittatio* seule est insuffisante pour constituer le vol; 2° que le *furtum* et l'acquisition de la possession sont inséparables, et que, par conséquent (ce qui nous importe surtout ici), la possession n'est pas encore acquise par la *infittatio*; 3° qu'il donne deux exemples dans lesquels il n'existe ni vol ni possession. Si cela est évident pour la *dactylitheca*, cela est également incontestable quant à l'*annulus in digito*; l'on touche, en effet, corporellement l'objet, mais non dans le but de le soustraire, but qui est désigné dans la L. 1, § 2, D. *de furtis*, par le mot *occultaverit*. Averanius (*Interpr.* I, 28, § 12) a mal compris ces exemples, en pensant que le vol et la possession y sont admis. La glose est tombée, avant lui, dans la même erreur; elle porte en note la leçon : *datus hypothecæ*.

(1) C'est à cette manière de voir que se rapporte la L. 47, D. *de poss.*, dont voici, en quelques mots, le contenu : « La possession d'une telle chose est perdue dès que le dépositaire a l'intention de posséder lui-même la chose : mais par là il n'acquiert pas la possession (et ceci n'est pas contraire à la première proposition, parce que, dans d'autres cas, la possession d'une chose meuble est également souvent perdue, sans qu'un autre acquière la possession). Cette proposition ne souffre exception que lorsqu'il s'agit d'esclaves, à cause de l'*animus revertendi*, qui est toujours possible : ainsi, la possession du déposant continue jusqu'à ce que le dépositaire commence à posséder (et ce au moyen d'un véritable *furtum*). » (Ce commencement de possession doit nécessairement faire cesser la possession antérieure; c'est ce qui résulte du principe : *plures eandem rem*, etc.)

(2) L. 5, § 18, D. *de poss.* : « Si rem apud te depositam furti faciendi « causa contractaveris, desino possidere : sed si eam loco non moveris, et « (al. *etiamsi*) infittandi animum habeas, plerique veterum, et Sabinus et

Il faut se garder d'étendre cette modification au delà du cas pour lequel elle est créée, c'est-à-dire qu'elle ne doit s'appliquer qu'au cas d'une représentation de la possession que l'infidélité du représentant fait cesser (1).

Ainsi, l'infidélité du représentant ne nous fait perdre la possession, lorsqu'il s'agit d'immeubles, que du moment où cette infidélité est venue à notre connaissance; et, lorsqu'il s'agit de meubles, lorsqu'elle constitue en même temps un *furtum*.

Jusqu'ici nous avons parlé de la perte de la possession opérée par le représentant et *en sa faveur*; examinons maintenant la

« Cassius recte responderunt possessorem me manere : quia furtum sine contractatione fieri non potest, nec animo (*solo*) furtum admittatur (al. *com-mittitur*). » Rien ne manque à la clarté de ce passage; mais comment concilier avec lui la L. 47, D. *de poss.*? Cette conciliation ne peut se faire que de la manière suivante. Papinien dit seulement (L. 47) qu'il existait aussi des *responsa* pour cette autre opinion (« *responsum est* »), ce que l'on peut déjà déduire avec probabilité de notre passage (« *plerique... responderunt* »): en même temps il cherche à développer les motifs de cette autre opinion (« *cujus rei forsitan illa ratio est* »), sans que pour cela il l'adopte lui-même. — Voici comment on concilie ordinairement ces passages : Papinien dit : « *si... tibi possidere... constitueris : confestim amisisse me possessio-nem*, » dans la supposition, bien entendu, qu'une *contractatio* ait précédé. A ne considérer que le commencement du passage, on pourrait bien admettre cette explication, mais la suite n'aurait plus aucun sens. (V. la note précédente.) Du reste, elle est déjà rapportée dans la glose, et les auteurs suivants l'ont adoptée : Duarein, sur la L. 3, § 18, D. *de poss.* (*Opp.* p. 861); — Merenda, *Contr.* L. 2, c. 21. — Averanius, *Interpr.* L. 1, c. 28, §§ 19, 20 (t. I. p. 525). — Au surplus, cette controverse des anciens juriconsultes appartient à l'histoire des deux sectes ou écoles : la première opinion (L. 47, D. *de poss.*) est celle des Proculéiens; celle admise dans la compilation (L. 3, § 18, D. *de poss.*) fut adoptée par les Sabinéens. Hugo, *Civilist. Magazin*, t. V, p. 125.

(1) Cette exception a été étrangement expliquée par Cuperus (P. II, c. 55). Voici comment il saisit la règle : « Là où l'on ne peut concevoir qu'un *furtum*, les conditions de ce dernier sont en même temps celles de la perte de la possession », et de cette règle fautive il tire cette conséquence, juste du reste, que la L. 3, § 5, D. *de poss.*, ne s'applique pas uniquement et exclusivement à un trésor qui se trouve dans la propriété d'autrui.

perte de la possession qui s'opère *par lui* (mais en faveur d'un tiers), c'est-à-dire cette espèce de perte qui détruit le rapport de pouvoir physique dans lequel le représentant se trouve avec la chose et qui assure, par ce dernier, notre possession. Les cas que nous aurons à examiner ici ont presque tous été déjà tellement controversés parmi les juriconsultes romains, qu'il sera très-avantageux, pour la certitude des résultats, de restreindre autant que possible, le cercle des objets controversés. — Or, il peut y avoir des cas dans lesquels la possession aurait été perdue, lors même qu'elle n'aurait pas été exercée par un représentant : dans cette hypothèse, la perte de la possession ne souffre aucun doute, et aucune controverse ne peut s'élever à son égard. Ainsi, lorsque le fermier d'un fonds de terre le vend, que l'acheteur l'occupe, et que le bailleur n'ose pas troubler cet acheteur, il n'y a aucun doute que, dès ce moment, la possession ne soit perdue. Il en est absolument de même lorsque le représentant perd une chose meuble et que ni lui ni le possesseur ne puisse la retrouver, ou lorsqu'il confie la chose à un tiers, attendu que celui-ci exclut, de même que le voleur, la possession précédente, sans tenir aucun compte de la possession de ce possesseur antérieur. — Il y a encore beaucoup de cas de cette espèce dans lesquels le représentant est déjà devenu lui-même possesseur, et il peut alors indubitablement aliéner sa possession. La question que nous avons à examiner peut donc être posée de la manière suivante : Peut-on perdre la possession *par le représentant*, lorsque, abstraction faite de la représentation, elle devrait être censée continuer (1)?

Or, le rapport de possession naturelle dans lequel le représentant se trouve avec la chose possédée, peut cesser de deux manières : *sans sa volonté*, ou *de son gré*.

Quant au premier cas, aucune controverse ne s'élève. En

(1) Cette question se présentera donc bien moins souvent en matière de meubles qu'en matière d'immeubles.

effet, lorsque c'est la violence d'autrui qui chasse le représentant, il n'y a aucun doute que la possession ne soit perdue; et peu importe que le possesseur antérieur ait ou n'ait pas eu connaissance de la perte (1). D'un autre côté, il est certain que la possession ne cesse pas, lorsque, par des causes qui n'ont rien de commun avec la violence, le représentant devient incapable d'exercer notre possession; par exemple, par la mort, par la démente (2); et ceci s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

Il ne nous reste plus qu'à examiner le dernier cas, lorsque la volonté du représentant lui-même fait cesser le rapport dans lequel il se trouve avec la chose; ce cas est à son tour de deux espèces :

A. Il peut être tel qu'il ne donne à personne la possession naturelle. — Quelques jurisconsultes ont peut-être été d'avis que la possession était alors perdue; mais on ne peut prouver l'existence de cet avis, quoiqu'on l'adopte généralement; beaucoup de textes se prononcent même pour l'opinion contraire, sans qu'ils fassent la moindre mention d'une controverse qui aurait existé (3). Toute la décision dépend des textes suivants (4) :

(1) L. 1, § 22, D. de vi: « Quod servus vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere: et ideo his dejectis ipse deici de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat. » Car, dès ce moment, l'interdit est fondé et le fonds de terre ne peut plus être usucapé, parce que la possession est violente (*vi possessus est fundus*).

(2) L. 60, § 1, D. locati. — L. 25, § 1, D. de poss. — L. 40, § 1, D. de poss. — Il n'y a que les exceptions contenues dans le dernier passage: « Cum dominus possessionem adipisci neglexerit » et: « si nemo extraneus » etc., qui puissent soulever quelque doute; mais la première de ces exceptions peut se ramener à des analogies, et la seconde se rattache à la dispute dont il va être question.

(3) L. 5, § 8; L. 44, § 2, D. de poss. — L. 7, pr. D. pro emptore. — L. 51, D. de dolo.

(4) L'argument *a contrario*, au moyen duquel un autre passage (L. 51, D. de poss. « ... si non deserendæ ») serait destiné à prouver la controverse, est passablement insignifiant, puisque toute liaison du texte nous manque.

L. 40, § 1, D. de poss.

« Si... colonus... decessisset... non statim dicendum, eam (sc. possessionem) interpellari... *Idem* (1) *existimandum* ait, « si colonus sponte possessione discesserit. Sed hæc ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. » Si c'est *aliud* qu'il faut lire, la controverse est prouvée; si c'est au contraire *idem*, il n'y a aucun motif de controverse. L'économie intérieure de tout le texte est favorable à la seconde leçon, puisque ces mots « *sed hæc ita esse vera* » embrassent à la fois les deux phrases précédentes; tandis que, dans l'hypothèse de la première leçon, on ne peut les rapporter que d'une manière forcée à la phrase la plus éloignée. Il n'y a que les derniers mots « *sed semper in hereditate, etc.* » qui soient favorables à la première leçon; mais on peut très-bien aussi les expliquer dans le sens de la seconde leçon.

B. Ou bien il est de nature à conférer la possession naturelle à un tiers. La *tradition* n'est qu'un cas de cette espèce, et les jurisconsultes n'attachent, comme de juste, aucune importance au point de savoir si la possession naturelle est transmise au tiers directement (par *tradition*), ou indirectement par l'abandon de la chose fait par le représentant, et sans égard au nouveau possesseur qui s'en empare ensuite. — Dans ce cas, la plupart des jurisconsultes se prononçaient pour la perte de la possession (2); mais le passage suivant enseigne positivement le contraire (3) :

(1) La glose porte: « *alias aliud... alias idem.* » (Van Giphén, *Lect. alt.*, p. 555.) — Le manuscrit de Florence a *aliud*, ainsi que les éditions imprimées. La plupart des manuscrits de Paris portent *aliud*, mais six d'entre eux ont *idem*, de même que le manuscrit de Metz, celui de Leipzig et le mien. — Gebauer n'indique ici, comme bien souvent, aucune trace de variante.

(2) L. 40, § 1; L. 44, § 2, D. de poss. — L. 55, § 4, D. de usurp.

(3) La L. 52, § 1, D. de poss., ne peut se rapporter ici, puisqu'elle se borne à dire que le représentant ne peut transmettre la possession *quasi ex constituto*. — Cuperus, P. II, c. 40. — On ne peut opposer à cette proposi-

L. 5, § 6, 7, 8, 9, D. de poss.

« In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Igitur etc. etc.— Sed et si animo solo possideat, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possidet. — Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere : amisisse eam possessionem placet. Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo (1) retinebo possessionem (2). Et si alii tradiderim (3), amitto possessionem. Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus (4). — Paul détermine la perte de la possession des immeubles (il ne s'occupe des choses meubles qu'au § 15). « Dans cette possession, dit-il, c'est l'*animus* (5) du possesseur qui est décisif ; » et il développe ensuite cette règle par une série d'applications : a) la possession se perd par le seul effet de l'*animus non possidendi* ; b) elle ne se perd pas par l'occupation ; c) mais si le possesseur a eu connaissance de l'occupation, et s'il n'ose se maintenir par la violence dans sa possession, il la perd ; d) lorsque l'esclave ou le fermier, par lequel nous exerçons notre possession, meurt ou

tion si importante, qui a également l'analogie en sa faveur, la L. 21, § 5, D. de poss. (« qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit : possessio ad dominum revertitur »), car en général le *rogans* est lui-même possesseur, il n'administre donc pas la possession d'autrui.

(1) Cod. Rhed., Edd. Rom. 1476 ; Ven. 1435 ; Ven. 1484 ; Lugd. 1509, 1515 ; Paris. 1556 : « possidebam, decesserit vel animo. » — Nor. 1485 ; Hal. « possidebam, discesserit (Hal. discesserint) vel animo. » — Les manuscrits portent : decesserit, ou decesserint, ou discesserit, ou discesserint ; ils ne donnent jamais la leçon florentine que nous avons reproduite.

(2) Sans distinguer si le *discessus* a été suivi ou non d'une *occupatio* étrangère.

(3) Edd. Rom. 1476, Nor. 1485, Ven. 1485, Ven. 1494, Lugd. 1509, 1515, Hal. Paris. 1514, 1556. « Sed si alii tradiderit (Hal. tradiderint). »

(4) Hal. « discesserint... fuerint. » Le résultat est le même, mais le passage n'a plus la même liaison.

(5) *Animus* désigne ici, comme d'ordinaire, deux idées distinctes.

abandonne volontairement la chose, notre possession ne cesse pas ; e) la possession vient à cesser lorsque le possesseur opère lui-même la tradition de la chose (1). — Enfin, l'on embrasse toutes ces applications dans la règle générale que voici : « Nous ne perdons la possession (d'une chose immeuble) d'aucune autre manière, que volontairement ou par une *dejectio*. » Cette conclusion démontre, de la manière la plus complète, la nécessité de la leçon florentine, et, par elle, la justesse de notre interprétation.

Ainsi, il a été question de deux cas : dans le premier, le représentant avait seulement abandonné la possession naturelle ; dans le second, un tiers avait en outre occupé la possession : il est possible que les opinions des anciens jurisconsultes aient été partagées sur le premier cas ; mais il est certain qu'elles l'ont été sur le second. — Comme Justinien a statué, dans une constitution spéciale et par égard à une controverse des anciens jurisconsultes (2), « que l'infidélité du représentant ne nuit pas au possesseur (5), et que par conséquent elle ne fait pas cesser sa possession ; » il s'élève la question de savoir si cette disposition ne se rapporte qu'au premier cas, ou si elle les embrasse tous deux (4) ?

(1) Plusieurs ont douté, pour ce motif, de l'exactitude de la leçon « tradiderim », parce qu'alors la proposition aurait été trop connue pour que Paul se soit donné la peine de l'établir en termes exprès. Mais ici il s'agissait d'abord de démontrer la liaison de plusieurs propositions (presque toutes très-connues) avec une règle générale, et en second lieu il y avait, dans la tradition, des cas où il n'était nullement superflu de prétendre et de prouver la perte de la possession : cpr. L. 17, § 1, D. de poss.

(2) Const. 12, C. de poss.

(3) Quelques-uns ont entendu ceci d'un droit de répétition ; mais il est à remarquer que les principes généraux n'accordent nullement un pareil droit, et il n'est pas question d'introduire ici un nouveau moyen de droit ; en second lieu, on ne pourrait alors nier qu'il y eût un *prajudicium*.

(4) Il ne peut y avoir de controverse quant à la question de savoir si elle concerne le premier cas : en outre, le premier est entièrement compris dans le second.

Nous sommes d'avis qu'elle régit les deux cas à la fois, et nous fondons notre opinion sur les motifs suivants :

A. Il n'est nullement prouvé qu'il ait existé, sur le premier cas, une controverse parmi les anciens juriconsultes, et cependant Justinien veut décider une contestation.

B. Au contraire, l'existence de la controverse est complètement prouvée pour ce qui concerne le second cas, et il serait d'autant plus incompréhensible de l'avoir laissé indécis, qu'il est dans une liaison intime avec le premier.

C. Les mots : « ... definimus, ut sive servus, sive procurator... « corporaliter nactam possessionem dereliquerit, vel alii prodi- « derit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatuŕ alii eandem « possessionem detinere : nihil penitus domino præjudicii gene- « retur etc. etc. » désignent évidemment chacun de ces deux cas en particulier ; il faut les interpréter d'une manière très-forcée, il faut les considérer comme insignifiants et superflus, si cette antithèse ne s'y trouve pas ; cette considération puise encore de la force dans la circonstance que les anciens juriconsultes ne font pas de distinction entre la tradition et la déréliction, suivie de la tradition par un tiers.

D. Enfin, la répétition générale : « Hoc enim tantum sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab « his quos transmiserit... »

D'après l'autre explication, ce serait précisément l'acte du représentant qui amènerait la perte de la possession, puisque l'occupation d'un fonds de terre, sans que le possesseur en ait connaissance, ne peut, à elle seule, enlever la possession.

L'interprétation de ce texte était déjà très-controversée parmi les anciens glossateurs (1). Ils se divisent, ainsi que les juricon-

(1) La glose, sur la Const. 12, C. de poss. — Azoŕ, sur la Const. 12, C. de poss. (Lectura, p. 370.) — Azoŕ, Summa, tit. de poss., n° 15 (fol. 155). — Placentin, Summa, tit. de poss. (p. 352). — Rogerius, De antinomicis sententiis, p. 198 (derrière Placentin, De var. act. ed. Mog. 1550, in-8°). — Rofred, Tract. jud. ord. p. 428, 429. — Odfred, sur les L. 3 et 40, D. de

sultes modernes, en deux partis principaux : le premier parti, dont nous avons ici défendu l'opinion, admet la continuation de la possession, sans distinguer si le représentant abandonne simplement la chose, ou s'il la transmet à un tiers (1) ; l'autre parti n'adopte la continuation de la possession que dans le premier des deux cas (2). On trouve encore, tant chez les glossateurs que chez les juriconsultes qui les ont suivis, une multiplicité de modifications de ces opinions, produites, pour la plupart, par une connaissance incomplète des sources.

Au surplus, ce texte se rapporte aussi bien aux choses meubles qu'aux immeubles (possessionem cujuscunque rei) : mais les premières réuniront rarement les conditions nécessaires pour qu'il puisse recevoir une application.

poss. (fol. 56, 65), et sur la L. fin. C. eod. (fol. 108). — Menoch, De recup. poss., remed. 14, nos 17-25.

(1) Van Giphén, sur la L. 12, D. de poss. (Lect. alt. p. 556; quelques pages auparavant il partageait l'avis contraire, p. 425, 424.) — Merillius, dans ses 50 Decis. (Opp. P. II, p. 150.) — Vinnius, sur le § 5, J. de interdictis. — Mylius, dans ses Diss. ad L. f. C. de poss. Lips. 1690. — Oppenritter, Decis. Imp. Synt., cont. 50 imp. Justin. Decis. Viennæ, 1755, in-4° (p. 792-7).

(2) Cujas, sur la L. 3, § 8, 9, D. de poss. (Opp. VIII, 258; cf. V, 711; IX, 1018.) — A. Faber, De err. pragm. IV, 2. — Ramos, De poss. P. II, c. 1, § 12. (Meerm. Thes. t. VII, p. 97.) — Cuperus, De poss. P. II, c. 59. — Fleck, De poss. p. 112, 115; De interd. unde vi, p. 77-80. — Thibaut, Ueber Besitz, § 25.

SECTION QUATRIÈME.

DES INTERDITS.

Les sources particulières auxquelles nous renvoyons pour la matière des interdits, sont les titres *De interdictis* des Institutes, des Pandectes et du Code. A ces sources, nous ajouterons maintenant Gajus, liv. IV, § 158 et suiv. de ses *Institutes* ou *Commentaires*.

Auteurs :

Rofrède, *Tractatus judicarii ordinis*. Colon. 1591, in-fol. — Les parties de cet ouvrage qui appartiennent à la matière des interdits sont : la deuxième *De interdictis* (p. 62-109), et la huitième *De constitutionibus quibus violentiæ puniuntur* (p. 397-455). — Ce Livre n'a pas l'importance des autres ouvrages de cette période : il renferme moins des recherches théoriques que des règles pratiques et des formulaires pour l'introduction des actions possessoires.

Mench, *De acquirenda, retinenda et recuperanda possessione*. Les deux premières sections de ce livre ont paru à Cologne, en 1557; l'ouvrage entier, *Ibid.*, 1577, et plus tard très-souvent ; par exemple, en 1624, in-fol., à Cologne. Nous ignorons la date de l'année où l'édition originale parut à Venise. — Cet ouvrage est destiné aux praticiens et a pour objet tout ce que les auteurs bons ou mauvais avaient écrit sur la matière. C'est en vain que l'on y cherche quelque chose qui soit propre à l'auteur ; mais l'ensemble est assez supportable, pour qu'on puisse considérer le livre comme un recueil de matériaux qui n'est pas sans utilité.

Doneau, XV, 52-58, et sur le Code, VIII, 4, 5, 6, 7. — V. notre *Introduction*.

Friderus Mindanus, *De interdictis*. — V. l'*Introduction*.
Retes, *De interdictis*. — V. aussi l'*Introduction*.
Haubold, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw.* III, p. 558 et suiv.
Aujourd'hui, l'ouvrage le plus important sur la matière est :
Hollweg, *Handbuch des Civilprocesses*, t. I, § 37. Bonn, 1834.

§ 34. Notion des interdits.

Toute possession trouve sa garantie et sa protection dans des interdits : nous devons donc commencer par déterminer la notion des interdits en général.

L'essence de l'*actio* consistait en ce que le préteur annonçait dans son Édit, pour les cas qui y donnaient lieu, non pas qu'il agirait lui-même, mais qu'il constituerait et instituerait un *juré* (*judex*) pour décider la contestation (*judicium dabo*). Toutefois le magistrat ne nommait ce juré que si les faits étaient contestés ; au contraire, s'il s'agissait de débattre un point de droit, ou si quelqu'un commettait envers un autre une injustice évidente, sans pouvoir s'appuyer sur une apparence de droit, ou si les faits étaient constants par l'aveu du défenseur devant le préteur (*confessio*), il n'y avait jamais lieu à nommer un juré, et le préteur décidait lui-même définitivement la contestation (1).

Sous ce rapport, la procédure dans les interdits différait de celle des actions ordinaires. Quant à eux, il n'était jamais question, dans l'Édit, d'un juré (*judex*) ; le préteur rendait directement une ordonnance ou une défense, ce que prouvent les

(1) Les L. 5, § 1, 2 ; L. 5, § 10, D. *de op. nov. nunc.*, se rapportent à des cas d'injustice notoire qui n'admettent point de contestation, et dans lesquels l'exécution immédiate était ordonnée. Cpr. Tacite, *Annales*, XI, 6 : « Suilius et Cossutianus et ceteri qui non *judicium*, quippe ut in manifestos, sed *pœnam* statui videbant » etc. — L'aveu (*confessio*) est traité au Digeste, XLII, 2, au Code, VII, 59, et par Paul, II, 1, § 5.

expressions usitées dans ces interdits : *veto*, *exhibeas*, *restituas* (1). Lorsqu'il se présentait un cas de cette espèce prévu par l'Édit, le préteur donnait immédiatement, sur la réclamation du demandeur, l'ordonnance promise pour ce cas, sans que la preuve du fait ait dû être préalablement administrée, mais toutefois en présence des deux parties (2); de sorte que cette procédure offrait la plus grande ressemblance avec celle que l'on connaît en Allemagne, sous le nom de *Mandatsprocess* (3). Or, deux cas pouvaient se présenter : ou bien le défendeur acquiesçait à la prétention du demandeur, et toute contestation était terminée (4) : ou bien le défendeur niait ou opposait des exceptions; alors on donnait un *juré* ou *juge* (*judex*, *arbitrator*) (5), et l'ordonnance que le préteur avait d'abord rendue, revêtait d'elle-même la forme de l'instruction du juré (*formula*) (6).

Le résultat final pouvait donc être dans les interdits absolument le même que dans les actions, et la différence qui existait alors entre les uns et les autres consistait plutôt dans la forme

(1) *Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw.* III, 506, 567. — C'est aussi ce que Gajus a en vue lorsqu'il dit, § 159 : « prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit. » Cpr. *Zeitsch.*, III, 505, 566.

(2) Hollweg, p. 584. (Changement de la 6^e éd.)

(3) On s'éloigne davantage de la vérité en la comparant au *summarissimum*. Huber, *Prælect.* liv. 45, epilog.

(4) L. 6, § 2, D. *de confessis*. — Nous ne voulons cependant pas dire que l'exécution s'ensuivait immédiatement; nous croyons, au contraire, qu'il n'y avait que des moyens de contrainte indirects dans le *periculum iudicii*, à cause des *sponsiones* dans le *iusjurandum in litem*, etc. Hollweg, p. 589 et suiv. (Add. à la 6^e éd.)

(5) Gajus, IV, § 141 : « Nec tamen cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve citur et ibi editis formulis quaeritur an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit. » Cpr. Théophile, sur le pr. J. *de interdictis*.

(6) C'est alors que les *editæ formulæ* s'appliquaient. (V. la note préc.) — Cpr. Aggenus dans Gælius, p. 68 : « Interdicti formula litigatur; » et Théophile, *l. c.*

et dans l'expression que dans la chose elle-même; mais cette différence dans les formes reposait sans doute sur ce motif purement de fait, qu'une simple ordonnance termine bien plus souvent la contestation dans les cas des interdits, que dans les cas des actions (1). Cette similitude intérieure des interdits et des actions nous explique pourquoi les premiers sont aussi toujours considérés comme des *ORDINARIA judicia* (2), et qu'on les oppose à tout ce qui se fait *extra ordinem*, soit qu'il consiste en ce qu'on se livre devant le préteur, sans juré, à l'examen d'un fait (3), soit qu'il consiste, en cas d'un droit notoire, dans l'exécution immédiate (4) : exactement comme nous venons de l'observer quant aux actions.

Ce que nous venons de dire nous fait aussi comprendre, pourquoi les véritables interdits disparurent en même temps que l'ancien *ordo iudiciorum*. Il paraît, à la vérité, qu'une ordonnance de faire ou de ne pas faire émanée de l'autorité eût dû être applicable à toute procédure, quelle qu'elle soit; mais on ne se formait pas une idée aussi générale des anciens interdits. On les considérait plutôt comme des ordonnances *formelles*, destinées à servir d'introduction à la procédure que nous avons tra-

(1) [Add. à la 4^e éd.] Cette manière de voir est, dans ses points essentiels, la même que celle établie par Hugo, dans les *Gött. Anzeig.* 1804, p. 296, et que nous avons désapprouvée dans les deux premières éditions; par une trop grande assimilation des interdits avec les actions. Gajus, §§ 159 et 141, la confirme parfaitement.

(2) Frontinus, dans Gælius, p. 41 : « Ad interdictum. hoc est iure ordinario, litigatur. » — L. 1, § 2, D. *si ventris nom.* : « Si eum per interdictum ad jus ordinarium remisit. » La formule mentionnée à la note précédente nous indique la même chose; elle est toujours un signe de l'*ordinarium iudicium*. Cpr. Ulpian, XXV, 12.

(3) L. 5, § 5, D. *de lib. exhib.* « Cæterum cessat interdictum, et succedere poterit notio prætoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit. »

(4) L. 1, § 1, D. *de tab. exhib.* — L. 1, § 2, D. *de migrando*. — L. 5, pr. D. *ne vis fiat ei*. — L. 5, § 27, D. *ut in poss. legat.* — L. 1, § 2, D. *si ventris nom.* — L. 1, § 1, D. *de inspic. ventre*.

cée plus haut, et d'instruction au juré; ces ordonnances ne pouvaient donc plus avoir de sens, depuis que cette procédure et ce juré avaient cessé d'exister. Voilà pourquoi les interdits se transformèrent alors en moyens de droit ou en actions ordinaires, auxquelles il ne resta de leurs anciennes qualités distinctives que le nom (1). Nous les trouvons déjà, sous cette forme, dans les collections de droit de Justinien, et c'est ainsi qu'ils nous ont été transmis, de sorte que, sous cette nouvelle forme, on pourrait également les appeler *actiones* (2).

Si, outre la position dans laquelle se trouvaient les parties dans les interdits, nous examinons la forme de procédure dans tous ses détails, nous apprenons par Gajus, qu'elle était souvent très-compliquée, puisqu'elle pouvait donner lieu à des sponsions, de restipulations, et lorsqu'il s'agissait de fruits, à une vente aux enchères très-remarquable, de sorte qu'il arrivait assez souvent que le défendeur était condamné à cinq prestations différentes (3). Ainsi, lorsque la plupart des jurisconsultes modernes enseignent, du moins tacitement, que la procédure relative aux interdits a été tout à fait sommaire, leur opinion est non-seulement dénuée de fondement, mais encore directement réfutée par ces faits. Tout ce qu'on peut leur accorder,

(1) Const. 5, C. de *interdictis* : « ... Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. » — Rubr. Dig. XLIII, 1 : « De interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt. » — Cpr. le § 8, J. de *interd.* — Const. 17, C. de *act. emti*. D'après ces textes, le changement remonte au moins au temps de Dioclétien, et il n'y a aucun motif pour croire, avec Van Giphén, *Explan. Cod. P. II*, p. 262, 270, que ces passages ont été interpolés et que Justinien est l'auteur de cette innovation. — Toutefois, il faut admettre que les interdits ont encore continué à exister comme simple forme pendant quelque temps après la mesure qui a réformé la procédure. Hollweg, p. 595. (Add. à la 6^e éd.)

(2) C'est à tort que Sigonius, *De jud.* I, 16; Cujas, *Paratitl. Cod.* VIII, 1; Vinnius, sur le pr. J. de *interdictis*, attribuent l'examen et la décision au préteur lui-même.

(3) Gajus, IV, § 167.

c'est que les interdits donnaient lieu à une procédure tout à fait sommaire, lorsque le défendeur se conformait immédiatement à l'ordonnance, et qu'on n'en venait pas au procès : mais lorsque ce dernier avait lieu, il n'était pas plus sommaire que la procédure des actions (1). Aussi possédons-nous, dans le plaidoyer que fit Cicéron pour son client Cæcina, une pièce faisant partie d'un pareil procès, et qui ne paraît pas plus sommaire que les autres discours judiciaires du même orateur (2).

§ 35. Des interdits possessoires.

Nous n'avons fait ici mention des interdits en général que parce que la possession est aussi protégée par des actions de cette espèce. Les actions possessoires sont donc des interdits, sans avoir pour cela rien de commun avec les autres interdits que l'identité de la procédure, circonstance qui n'est pour nous d'aucune importance. Nous allons déterminer la notion des actions possessoires ou des interdits possessoires, parce que toutes les actions possessoires sont en même temps des interdits.

En général, cette définition ne donne pas lieu à de grandes difficultés. On appelle *rei vindicatio* l'action que le demandeur base sur son droit de propriété; *actio emti*, celle qu'il fonde sur une vente (*emtio*); de même, l'on appelle actions possessoires, celles qui se basent sur la *possession* du demandeur, c'est-à-dire celles qui peuvent être intentées sous la condition que le demandeur a réellement acquis un droit de possession (*jus possessionis*). L'application de cette notion aux interdits qui tendent à conserver et à recouvrer la possession (*interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis*), ne rencontre aucune difficulté; mais

(1) Cette observation finale a été ajoutée, pour la première fois, dans la 4^e édition; le renvoi à Cicéron est une addition à la 5^e.

(2) Cpr. sur cette question : Savigny, dans la *Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw.* II, p. 229-272. Il faut surtout remarquer l'opinion émise par Hollweg, p. 590 et suiv.

lorsqu'il s'agit d'interdits qui ont pour but l'acquisition de la possession (*interdicta adipiscendæ possessionis*), le demandeur ne prétend ni posséder actuellement, ni avoir jamais eu la possession. Toutefois, on pourrait imaginer deux manières de réduire ces interdits aux mêmes idées fondamentales que les autres actions possessoires :

A. En supposant l'existence d'une *fiction*, en vertu de laquelle on considérerait la possession que nous avons le droit d'acquérir, comme déjà effectivement acquise (1). Mais on ne peut arbitrairement adopter une telle fiction, et il faudrait, avant tout, en apporter la preuve : elle heurte même contre toute analogie ; car, pour les interdits qui tendent à conserver et à recouvrer la possession, le fondement de l'action consiste, outre la possession, dans une forme déterminée de trouble (telle que la violence, etc.), qui n'est certes pas nécessaire en matière d'interdits dont le but est d'acquérir la possession ; de sorte qu'une possession fictive conférerait plus de droits qu'une possession réellement acquise.

B. En regardant, comme leur base, la possession d'une autre personne dont le demandeur serait le *successor*. L'on ne pourrait, dans cette hypothèse, faire valoir l'interdit *quorum bonorum* que dans le cas où le défunt aurait eu la possession juridique de la chose ; et ce n'est que par suite de ce rapport avec la possession, que cet interdit deviendrait une action possessoire. Mais c'est précisément ce rapport qu'on suppose avec la possession, qui est faux ; la possession du défunt ne constitue nullement une condition de l'application de cet interdit (2), et il n'y

(1) Cette idée vient de Doneau, *Comm. jur. civilis*, XV, 57 (p. 814).

(2) Le seul texte qui pourrait faire douter un instant de ce que nous avançons, est le suivant (Paul, III, 5, 18) : « In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam jure ordinarium experiatur, improbe mitti desiderat. » Mais cette *missio* de l'héritier testamentaire, à laquelle se rapporte aussi l'Édit d'Adrien, diffère beaucoup de l'interdit ; on lui oppose même ce dernier (« jure ordinario »), de sorte que nous pouvons, au contraire, invoquer ce texte en faveur de notre opinion.

a pour nous aucun motif de restreindre le droit de l'héritier, d'intenter cette action. Nous devons donc conclure de tout ce que nous venons de dire, que les interdits qui ont pour but d'acquérir la possession (*interd. adipiscendæ possessionis*) ne reposent pas sur les mêmes idées fondamentales que les autres actions possessoires.

On ne peut cependant nier que les Romains eux-mêmes ne placent sur la même ligne les interdits qui ont pour but d'acquérir la possession, ceux qui servent à la recouvrer et ceux qui tendent à la retenir (1) ; c'est de cette assimilation que tous nos jurisconsultes ont formé leur idée générale des interdits possessoires, qui ne leur semblaient être alors que des interdits *qui ont la possession pour but*. — Donner une pareille définition, c'est n'en donner aucune, puisque la possession peut se rencontrer et ne pas se rencontrer, *comme but*, dans la plupart des actions, circonstance évidemment tout accidentelle. C'est ainsi, par exemple, que la restitution de la possession est le véritable but de l'*actio pignoratitia* ; les actions *empti*, *locati* et un grand nombre d'autres peuvent avoir le même but, et, certes, il n'y aurait aucune raison pour exclure toutes ces actions de la définition vague des actions possessoires. Aussi le seul texte qui parle, dans ce sens indéterminé, de *moyens possessoires*, embrasse-t-il en termes exprès les interdits, les actions et les exceptions (2) : au contraire, ces trois classes ne portent point la dénomination commune de *possessoria interdicta*, mais bien celle d'*interdicta rei familiaris* (3) ; on en fait encore mention, comme s'ils renfermaient tous les interdits (4) ; on donne même, comme fonda-

(1) L. 2, § 5, D. de interd. — § 2, J. eod. — Gajus, IV, § 145.

(2) L. 1, § 4, D. uti poss. : « ... omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur : aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. Restitutæ (restituendæ) possessionis ordo aut interdicto expeditur, aut per actionem. Retinendæ itaque possessionis duplex via est, aut exceptio, aut interdictum. »

(3) L. 2, § 5, D. de int.

(4) § 2, J. de interdictis. — Gajus, IV, § 145.

mentale (1), une division des interdits qui ne nous permet pas d'attribuer aux trois espèces une même nature et de les ranger ensemble. Enfin, le motif qui nous paraît le plus décisif contre la définition ordinaire est celui-ci : les véritables interdits possessoires ont des *délits* pour fondement : or, si le préteur, au lieu d'accorder un interdit pour le cas de *dejectio*, avait donné une action, il n'y a aucun doute que cette *actio de vi* aurait été assimilée à l'*actio vi bonorum raptorum* et d'autres semblables; mais alors aussi personne n'aurait pu avoir l'idée de la comprendre dans la même classe d'actions que l'interdit *quorum bonorum*; il s'ensuit que l'on ne peut non plus maintenant se permettre une pareille classification, puisque l'introduction d'un interdit, à la place d'une action, est pour nous sans aucune importance, et même tout à fait accidentelle, d'après la manière de voir des Romains, c'est-à-dire qu'elle n'était point exigée par la nature du droit qu'on voulait ainsi poursuivre.

Les interdits qui servent à conserver et à recouvrer la possession (*interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis*) sont donc les seules actions possessoires; et les interdits qui ont pour but d'acquérir la possession (*interdicta adipiscendæ possessionis*) n'ont rien de commun avec elles. Il y a plus encore, ces derniers n'ont même rien de commun entre eux, ce qui est facile à prouver par leur énumération, et résulte de leur dispersion dans les endroits les plus différents de nos sources. L'interdit *quorum bonorum* ne diffère point, en droit de Justinien, de la pétition d'hérédité possessoire (*hereditatis petitio possessoria*); l'interdit *quod legatorum* repose, comme la possession tout entière et tant d'autres matières, sur un principe de droit tout particulier que l'Édit avait d'abord établi : l'interdit *de glande legenda* ne forme, dans son essence, qu'une action *ad exhibendum* appliquée à un cas spécial; l'interdit Salvien n'est qu'une autre forme de procédure pour l'action Servienne (2), de

(1) § 1, J. *de int.* — Gajus, IV, § 142.

(2) Doneau (*Comm.* XV, 57) en énumère encore deux autres : l'interdit *de tabulis exhibendis* et celui du *missus in possessionem*. Mais ces deux

même que l'interdit *fraudatorium* pour l'action Paulienne (1).

Le principe posé que les interdits possessoires reposent toujours sur la possession juridique du demandeur, décide aussi de la preuve qu'il faut subministrer : il incombe donc au demandeur de prouver l'existence de la possession dans son chef. La question suivante s'élève cependant à cette occasion (2). L'allégation du demandeur se rapporte nécessairement à l'existence de la possession, à une époque déterminée; par exemple, lorsqu'on réclame l'interdit *uti possidetis*, elle se rapporte à la possession existante au moment où l'action est intentée; lorsqu'on recourt à l'interdit *de vi*, c'est le moment de la déjection qu'il faut considérer. Or, est-il nécessaire de prouver l'existence de la possession *dans ces moments*, ou suffit-il de prouver que le demandeur ou son auteur a *acquis* la possession à une époque quelconque, de sorte qu'il serait réputé l'avoir toujours conservée depuis ce temps, jusqu'à ce que le défendeur ait fourni la preuve que cette possession a été perdue par la suite? On sait que la même question se présente en matière de revendication, et qu'elle y est affirmativement résolue (5). L'analogie paraît exiger que cette règle trouve aussi son application aux actions possessoires : mais nous ne pouvons adopter cette opinion. Il y a, sous ce rapport, entre la propriété et la possession cette différence essentielle, que la continuation de la possession ne

interdits n'ont pas la possession pour but, et ne nous concernent donc pas. — Aussi les deux interdits dont nous ne connaissons l'existence que par Gajus, §§ 145 et 146, les interdits *possessorium* et *sectorium* n'ont un peu de ressemblance qu'avec l'interdit *quorum bonorum*.

(1) L. 67, §§ 1, 2, D. *ad Sc. Trebell.* — L. 96, pr. D. *de solut.* — L. 10, pr. D. *quæ in fraud. cred.*

(2) Ces recherches sur la preuve ont été ajoutées pour la première fois à la 4^e édition.

(3) Const. 16, C. *de probationibus*. — Voet, *Ad Pandectas*, VI, 1, § 24. — Krazer, *Ueber den Beweis des Eigenthums*. Vienne, 1810, in-8°. — Ce principe se trouve déjà énoncé, dans l'exception *rei venditæ et traditæ*, tel que la législation de Justinien nous le présente, quoiqu'il ne se trouve pas dans la forme originaire de cette exception.

reposant pas sur des faits continus, échappe à l'observation, et que la preuve en est non-seulement difficile, mais même impossible, tandis que la possession, résultant d'un rapport physique incessant dans lequel on se trouve avec la chose, se découvre facilement et est susceptible d'une preuve. Tout ce que l'on peut accorder à l'opinion opposée, c'est que le rapport physique, sur lequel nous venons de nous appuyer, est d'une nature tant soit peu indéterminée. Voilà pourquoi il faudra laisser au juge une grande latitude, quant à l'appréciation de la preuve de ce rapport, et prendre en considération la possession antérieurement acquise, en tant que la présomption de continuation actuelle peut en être déduite; cette présomption aura d'autant plus de poids, que le temps qui s'est écoulé depuis l'acquisition sera plus court. Mais si l'on voulait admettre qu'en matière de possession la preuve de l'acquisition est seule requise, comme en matière de propriété, il est certain qu'on ne pourrait pas l'admettre d'une manière absolue; on devrait toujours reconnaître cette différence, que l'acquisition, en matière de propriété, peut aussi s'opérer dans le chef de la personne dont nous sommes héritier; tandis qu'en matière de possession, le demandeur doit prouver avoir acquis lui-même la possession, puisque la propriété se transmet à l'héritier, et nullement la possession. — La question à l'examen de laquelle nous nous sommes livré ici, se présente en matière d'usucapion, de la même manière que dans les interdits; de telle sorte que la preuve du commencement de la possession n'est nullement suffisante, lorsqu'il s'agit de l'usucapion. — Cette question a d'ailleurs beaucoup occupé les anciens jurisconsultes, bien qu'il n'en soit presque plus question chez les modernes. Placentin et Hugolin adoptaient la présomption de la possession antérieure, et l'appliquaient à la possession présente; Johannes la rejetait par le motif que la possession se perd plus facilement que la propriété (1). Les jurisconsultes des temps postérieurs se déclaraient

(1) Glose, sur la const. 16, C. de probat.

rèrent, pour la plupart, en faveur de la présomption, mais en y apportant tant de restrictions et d'exceptions, qu'en dernière analyse ils arrivaient presque au même résultat auquel nous avons tâché de parvenir (1). Plusieurs d'entre eux admirent, par exemple, que la présomption cesse, lorsque plus de dix ans se sont écoulés depuis que la preuve a été subministrée; d'autres disaient, avec plus de justesse, qu'une ancienne possession présente plus de probabilité qu'une nouvelle, et qu'on devait, à cet égard, tout abandonner à l'appréciation du juge (2). On était déjà beaucoup plus d'avis que la possession, dont l'existence a été prouvée à deux époques différentes, est présumée avoir continué pendant tout l'intervalle, et le Code français a consacré cette règle (3).

§ 36. Continuation.

Nous avons maintenant déterminé ce que nous devons comprendre par interdits possessoires; mais il nous faudra encore réfuter une objection qui est de la plus haute importance pour toute notre exposition. La plupart des praticiens modernes ont, en effet, considéré, plus ou moins explicitement, les interdits comme des *revendications provisoires* (4), et c'est cette manière de voir que nous examinerons ici.

(1) Alciat, *De presumptionibus*, reg. 2, præ. 21. — Mascard, *De probat.*, vol. 1, concl. 170; vol. 3, concl. 1202, en parlent en termes exprès.

(2) Mascard, *l. c.* concl. 170, nos 22, 23. — Telle est aussi en réalité l'opinion qui sert de base. C. 9, X, *de probat.* — V. plus loin, au § 51.

(3) Code civil, art. 2254. — Malleville, t. IV, p. 356, 367, rejette la règle *olim possessor, hodie possessor*, mais il rapporte que l'opinion commune fait durer la possession pendant dix ans, par la seule intention, ce qui veut dire, en d'autres termes, que la présomption dont s'agit est éteinte après dix ans.

(4) V. pages 29 et 47, et quant à l'origine de cette opinion : Bartole et Cujas, p. 129-150. C'est ainsi qu'on comprend ordinairement le *pétitoire* par opposition au *possessoire*. — Un texte d'Isidore qui qualifie les interdits sans distinction, de décisions provisoires, a peut-être contribué à faire prendre racine à l'opinion dont il s'agit (*Orig. V, 25*, dans Godefroy, p. 952). Le

Les moyens judiciaires provisoires sont ceux qui ne décident la cause que provisoirement, et laissent subsister la possibilité d'un nouvel examen et d'une nouvelle décision *de la même question de droit*. Ainsi, par exemple, dans la *missio heredis scripti* basée sur un testament en apparence valable, c'est le droit de succession du demandeur dont on recherche l'existence et duquel on décide; mais le même point peut devenir de nouveau l'objet de l'examen du juge dans la pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*). Les deux examens se trouvent donc entre eux dans les mêmes rapports que ceux qui ont lieu en première et en seconde instance.

Si les actions possessoires n'étaient donc que de pareils moyens judiciaires provisoires et relatifs à la propriété, leur théorie se résumerait en ces principes : celui qui possède est considéré provisoirement, en vertu d'une présomption générale, comme propriétaire; mais cette décision, qui intervient dans la revendication provisoire (au *possessoire*), peut aussi bien être réformée que confirmée par suite d'un examen ultérieur (au *pétitoire*). — Combien cette manière de voir est erronée, parce que le droit des interdits repose sur des causes tout indépendantes de la propriété, c'est ce que nous avons avancé au commencement de ce traité (§ 2), et prouvé par la suite à la dernière évidence, en démontrant que les Romains regardaient le droit des interdits comme l'unique droit résultant de la possession à elle seule (p. 80-82), et que l'acquisition de la possession a lieu, de manière à ne pouvoir admettre que la possession ait des liaisons avec la propriété ou un autre droit quelconque. (V. la sect. II, et principalement le § 28.) — Il est nécessaire ici d'écarter les causes qui ont donné lieu à cette erreur, et qui, étant particulières aux interdits, ne pouvaient pas jusqu'à présent trouver leur explication.

voici : « Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur : salva propositione actionis ejus. » Il en est de même de l'*Interpr. gothica* sur Paul, V, 6, § 1, de laquelle le texte d'Isidore pourrait très bien être tiré.

On présente les interdits *retinendæ possessionis* comme des préparatifs nécessaires à la revendication, et l'on va jusqu'à prétendre qu'ils n'ont été introduits que dans ce but (1) : un autre texte conseille à tout propriétaire de se servir, s'il est possible, d'un interdit par préférence à la revendication (2). — Mais cette mesure préparatoire se distingue évidemment beaucoup de celle d'une voie judiciaire provisoire, parce que l'essence de cette dernière (l'examen de la même question de droit) est extrêmement indifférente dans la première, de sorte que même une procédure civile peut servir de mesure à une procédure criminelle. Ensuite, beaucoup d'autres actions, par exemple, celles résultant d'un contrat, sont dans un rapport tout identique avec la revendication, et il n'y a pas de doute que tout jurisconsulte conseillera au propriétaire auquel compète, outre la revendication, une action résultant d'un contrat, d'avoir recours à cette dernière, quoiqu'elle ne soit rien moins qu'une revendication provisoire. Enfin, et ceci est notre principal argument, c'est par l'effet du hasard que ce rapport préparatoire se rencontre dans les interdits; car, le droit des interdits n'étant basé que sur la possession, on peut les invoquer, lors même qu'aucune des parties en cause ne prétend à la propriété.

D'après ce que nous venons de dire, l'usage qu'on fait des interdits, pour préparer la revendication, peut être extrêmement fréquent (3); mais cette circonstance n'est qu'accidentelle,

(1) L. 1, §§ 2, 5, D. *uti possidetis*. (§ 4, D. *de interd.*) — L. 35, D. *de possess.*

(2) L. 24, D. *de rei vindic.* — Cpr. Festus, v° *Possessio* (dans Godefroy, p. 572), et Simplicius (dans Goësius, p. 79).

(3) Ulpian allègue même (L. 1, §§ 2, 5, D. *uti possidetis*) cet usage comme motif de l'introduction de l'interdit *uti possidetis*, parce que, sans cet interdit, on n'aurait pu décider, dans l'instance sur la propriété, à laquelle des parties il faudrait attribuer la possession. Il est nécessaire, à la vérité, dans tout procès où il s'agit de la propriété, d'examiner, avant tout, comment on doit distribuer les rôles de demandeur (*petitor*) et de défendeur (*possessor*); mais il existait, pour atteindre ce but, dès les temps les plus anciens, une procédure toute particulière, les *manus consertæ*, qui se poursuivait devant

et ne peut être prise en considération, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique de ces actions (1). Cette dernière observation trouve sa confirmation surtout dans un texte tiré d'Ulpien, et que nous avons déjà plus d'une fois mis à profit dans le cours de ce traité (2). Il s'agissait de rechercher si le possesseur perdait, par suite de l'usage de la revendication, la possession, et, par une conséquence ultérieure, l'interdit *uti possidetis*, et nous répondons ici négativement à cette question. Or, si l'interdit *uti possidetis* n'avait pas été accidentel et dans la plupart des cas introductif à la revendication, mais bien, d'après son essence même, une mesure préparatoire, un commencement de la procédure revendicatoire, on aurait dû trouver, dans cette circonstance, le motif le plus décisif pour considérer

le prêteur lui-même, et qu'on employait encore du temps d'Aulu-Gelle, longtemps après l'introduction des interdits. (*Noctes Atticæ*, XX, 10: « Verba... « quæ... dici nunc quoque apud Prætores, solent. ») — Il y avait des cas, nous ne le nions pas, dans lesquels on intentait l'action *in rem*, sans revendication romaine, alors surtout qu'un *peregrinus* était en cause, lorsque la contestation avait pour objet un bien-fonds provincial, et dans l'action publicienne; mais les deux premiers cas ne rentraient point dans l'interdit du *prætor urbanus*, et quant à l'action publicienne, il faudrait d'abord prouver qu'elle est plus ancienne que l'interdit. Nous croyons d'ailleurs remarquer, dans les formules et dans les principes de droit des interdits possessoires, une liaison tellement étroite entre eux, qu'à ne considérer que cette circonstance seule, nous ne nous croirions déjà pas fondés à supposer une origine et des buts si différents. Ce n'est qu'au paragraphe suivant que nous pourrions développer le motif le plus décisif que nous invoquerons contre Ulpien et qui est basé sur la lettre même de l'Édit. (Albert, sur l'interdit *uti possidetis*, § 127, rejette cette explication du texte d'Ulpien; il considère les §§ 2 et 5 comme ne tenant point ensemble, tandis que les termes mêmes dans lesquels ils sont conçus nous paraissent indiquer que le dernier (le § 5) n'est que la suite et le développement du premier (du § 2).

(1) Nous pouvons encore moins accorder que l'interdit prend une toute autre nature, lorsqu'il n'est qu'introductif de la revendication, que lorsqu'on s'en sert pour atteindre d'autres buts. D'après cette manière de voir que propose Albert, *l. c.*, § 131, il y aurait au fond deux interdits *uti possidetis*.

(2) L. 12, § 1, D. de *possess.* — V. p. 46, et surtout p. 514 et 515.

le recours à la revendication comme une renonciation à l'interdit : voilà pourquoi Ulpien fait précéder sa décision de la question par l'observation que les contestations sur la possession et sur la propriété sont, de leur nature, indépendantes les unes des autres; voilà pourquoi il est en droit d'en tirer la conséquence, que la revendication n'implique pas la renonciation aux interdits (1) :

« *Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.* »

Les interdits possessoires sont donc ces actions qui n'exigent l'accomplissement d'aucune autre condition, que celle de l'existence de la possession (p. 535); et nous avons justifié cette définition, en fournissant la preuve qu'ils ne se trouvent pas dans une liaison nécessaire avec la revendication. Ce n'est pourtant pas indistinctement tout trouble apporté à la possession, mais bien la violation qui se présente sous certaines formes, qui fait accorder au possesseur le droit aux interdits; et ce sont ces formes qui servent aussi de base à la classification des interdits. Tous les interdits se fondent, sans exception, ou sur l'emploi de la violence, ou sur l'exercice clandestin de la possession, ou bien encore sur l'abus d'un *precarium*; la violence peut ou enlever entièrement la possession, ou seulement la troubler, et le simple trouble donne lieu à des interdits différents, selon qu'il s'exerce sur la possession de choses meubles ou sur celle de biens-fonds; nous aurons donc à traiter des interdits suivants :

I. Des interdits *retinendæ possessionis*.

A. Généralités (§ 37).

B. *Uti possidetis* (§ 38).

C. *Utrubi* (§ 39).

(1) Il y avait encore une autre raison qu'Ulpien ne mentionne pas ici expressément, et de laquelle on aurait pu déduire cette renonciation.

II. Des interdits *de violenta possessione* (§ 40).

III. Des interdits *de clandestina possessione* (§ 41).

IV. Des interdits *de precaria possessione* (§ 42).

V. Des constitutions des empereurs relatives aux interdits possessoires (§ 43).

§ 57. Des interdits *retinendæ possessionis*. — A. Généralités.

A. Verginii de Boccatiis a Cingulo, Jc. Romani, *Tract. de interd. uti possidetis s. de manuten. in possess.* — Colon. 1584, in-8°. Se trouve aussi dans les *Tractat.* t. 3, p. 2 (Ven. 1584, in-fol., et plus tard encore souvent.

Cet auteur place tous les interdits *retinendæ possessionis*, sur la même ligne; son traité est très-mauvais, et l'on s'en passe très-facilement.

Les interdits *retinendæ possessionis* ont pour but de protéger le possesseur actuel contre des empiétements exercés avec violence sur sa possession.

Nous aurons besoin, pour préciser cette proposition, de mentionner les différents cas dans lesquels ces interdits peuvent réellement se rencontrer. Les voici :

1. Lorsque le possesseur a souffert, par suite du trouble, un dommage dont il demande actuellement la réparation.

2. Lorsqu'une violation de la possession est à craindre, et que le possesseur actuel réclame d'avance, contre elle, la protection des interdits.

3. Lorsqu'on veut régler l'instance sur la propriété, par une enquête préalable sur la possession, quoiqu'aucun trouble violent de la possession n'ait eu lieu, ni ne soit à craindre.

Nos interdits trouvent incontestablement leur application dans tous ces cas; il n'est pas moins certain que le même interdit sert dans tous ces cas différents, et que le même texte de l'Édit en a établi l'usage. De là, la question de savoir d'où provient l'application du même interdit à ces cas différents?

L'Édit a expressément prévu le premier cas (1), et la prescription de l'interdit en particulier n'a aucun sens, si on la réfère aux autres cas. Aussi n'y a-t-il aucun doute que ce cas repose sur une *obligatio ex maleficio*.

Le second cas se trouve aussi dans l'Édit (2), et on peut également le réduire à une *obligatio ex maleficio*, pourvu qu'on ne considère pas le *maleficium* comme déjà perpétré, mais comme non encore commis. En effet, il est évident que le *maleficium* à prévenir est, dans ce cas, l'unique motif pour lequel on accorde l'interdit, qu'il n'y a aucun autre droit qui autorise son emploi. Ce cas ne se trouve donc non plus en contradiction avec la classification établie au § 6. Le premier et le second cas ont ceci de commun, qu'ils sont destinés à protéger le possesseur actuel contre des troubles; de sorte que la question de savoir si le demandeur est réellement possesseur y constitue toujours le point principal; leur différence considérée sous le point de vue juridique n'est pas, d'un autre côté, essentielle; de sorte qu'on ne pourra, en aucune manière, reprocher à l'Édit de les avoir rangés ensemble.

Le second cas se présentera en particulier très-souvent dans les contestations sur la propriété, lorsqu'il s'agit d'empêcher, pendant l'instance, toute espèce de voie de fait. Mais il faut se garder de le confondre avec le troisième cas; car il se peut très-bien que la question sur la possession actuelle soit complètement décidée, et qu'il y ait néanmoins encore à craindre des troubles de la part d'un adversaire porté à exercer du trouble: on avait bien, dans un tel cas, besoin de l'interdit à l'occasion de la revendication, mais *uniquement* pour prévenir la violence (n° 2), et *nullement* pour distribuer les rôles dans l'instance sur la propriété (n° 3). Il est encore possible qu'il y ait, en même temps, contestation sur la possession, et il faut alors, d'après la règle posée plus haut, décider également ce différend.

(1) Neque plaris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

(2) Uti possidetis... quo minus ita possideatis vim fieri veto.

Il sera maintenant facile d'expliquer aussi le troisième cas. Dans toute instance sur la propriété, il faut, avant tout, décider de la possession, lorsqu'elle est contestée. C'est dans ce but qu'on avait introduit, dans l'ancien droit, la solennité des *manus consortæ*; mais cette institution causait tant de difficultés, elle exigeait que le prêteur jugeât lui-même, sans *judex*, puisque l'enquête, sur ce différend, pouvait être déjà très-compliquée; en outre, beaucoup d'actions réelles n'admettaient même pas cette forme. L'expédient s'offrait de lui-même: en effet, si, dans un pareil cas, il y avait eu à craindre, en même temps, des voies de fait, on se serait servi de l'interdit, et on aurait dû décider alors, à cause de ce dernier, la même question dont la solution était exigée pour l'instance sur le pétitoire; de cette manière, on aurait eu l'avantage, non-seulement d'avoir un *judex*, mais encore de ne pas être restreint à la *vindicatio ex jure Quiritium*. On n'avait donc qu'à considérer tout cas de possession contestée, comme s'il s'y agissait d'empêcher des voies de fait; et c'est à l'aide de cette fiction que l'interdit *retinendæ possessionis* devenait la forme juridique qui remplissait toutes les exigences. On ne pouvait hésiter à adopter cette fiction, parce que, ne modifiant en aucun point essentiel le résultat de l'enquête préliminaire, elle ne préjudiciait ni à l'une ni à l'autre des deux parties. Nous avons donc trouvé l'application de l'interdit *retinendæ possessionis* au troisième des cas que nous avons cités. La lettre de l'Édit ne le renfermait pas, car les mots *vim feri veto* ne le concernaient nullement (1); mais on

(1) Ce cas ne résultant, par conséquent, pas même des termes de l'Édit, peut encore moins avoir donné naissance à cet interdit, et c'est ce qui ôte tout poids à l'observation historique faite par Ulpien (p. 545). Il paraît téméraire, nous le savons, d'être, dans de pareilles matières, d'un autre avis que les jurisconsultes romains, mais on doit attribuer à l'Édit même plus d'autorité qu'à Ulpien, c'est-à-dire que nous préférons supposer que ce jurisconsulte a commis une inexactitude dans une explication historique, à faire l'hypothèse que l'Édit veuille dire toute autre chose qu'il ne dit réellement; car il ne faut pas perdre de vue que ce troisième cas, qui semble avoir une in-

l'a subsumé à la règle de l'Édit, par une fiction qui n'était pas contraire aux principes. Cette fiction identifie, en ce qui concerne la théorie, le troisième cas avec le second, et ne pourra donc, pas plus que ce dernier, servir à réfuter notre classification des interdits (§ 6).

Passons maintenant aux conditions de l'application des interdits *retinendæ possessionis*.

La première condition est ici, comme dans tous les interdits possessoires, l'existence réelle de la *possession*, non de la *possession civile*, mais bien de la *possession juridique*, par opposition au rapport de fait de la détention (1).

La seconde condition exige un trouble exercé avec violence (2), et voici ce qu'on comprend par là: l'expression *vis* s'emploie en général pour tout acte auquel on se livre contre la volonté d'autrui. Il fallait, en outre, pour que l'interdit *quod vi aut clam* fût accordé, que cette volonté fût expressément déclarée à l'auteur du trouble ou qu'il empêchât lui-même cette déclaration (3). Mais ici cette contradiction de volonté contre le trouble repose déjà dans la possession elle-même, tant que le trouble n'est pas spécialement autorisé (4). Il s'ensuit que dans le sens de ces interdits le trouble existe dès que la libre disposition de notre chose est restreinte, bien que ce soit la chose

fluence si mineure sur le système et sous le rapport historique, est précisément le plus fréquent et le plus important en pratique, et qu'Ulpien a vécu plusieurs siècles après l'introduction des interdits. Nous ne savons pas, en outre, si les compilateurs nous ont donné le texte d'Ulpien sans y avoir ajouté ou en avoir retranché, et on se rappellera d'ailleurs plus d'un cas dans lequel les explications des anciens jurisconsultes sont insuffisantes.

(1) Consultez: Klepe, *Diss. de nat. et ind. poss. ad interdicta uti possidetis et utrubi necessariæ*. Lips. 1794 (Introd. n° 52). — Les objections qu'on oppose à ce principe ne peuvent trouver leur réfutation que lorsque nous traiterons de chacun de ces interdits en particulier.

(2) « *Vim feri veto*. » L. 1, pr. D. *uti possidetis*. — L. 1, pr. D. *utrubi*.

(3) L. 1, §§ 5-7; L. 20, pr. § 1, D. *quod vi*. — L. 73, § 2, D. *de regulis juris*.

(4) L. 5, D. *de serv. præd. urb.*

du voisin qui en est la cause, tel qu'un mur qui penche sur notre propriété (1) : en effet, quoiqu'il soit possible que lui-même n'a pas occasionné ce trouble, qu'il l'ignore peut-être même, il est cependant certain qu'il possède son bâtiment d'une manière onéreuse à notre égard, ce qui suffit pour constituer la violence. Ces interdits doivent donc, quant à cela, être placés sur la même ligne que l'action négatoire, parallèle qui est formellement reconnu par les textes (2). Nous avons déjà exposé de quelle manière on doit considérer ce trouble violent, tantôt comme déjà commis, tantôt comme devant encore arriver, tantôt comme existant uniquement par une fiction.

Le trouble violent ne doit pas, en troisième lieu, avoir fait cesser la possession, condition qui résulte déjà du nom de cette classe d'interdits possessoires (*RETINENDÆ possessionis*) (3). Nous avons déjà traité, dans la 3^e section de cet ouvrage, des réquisits ultérieurs de cette condition purement négative, puisque nous y avons déterminé tous les cas dans lesquels il faut considérer la possession comme perdue. Il va sans dire que cette condition n'a de sens que lorsqu'il s'agit d'un trouble déjà exercé, et le possesseur acquiert dans ce cas le droit à ces interdits, tant quand on l'empêche seulement d'exécuter en quelque point la volonté qu'il a de faire certaine chose par rapport à l'objet de sa possession (4), que quand un autre se permet de faire des actes compétants

(1) L. 14, § 1; L. 17, pr. D. *si serv.*

(2) L. 8, § 5, D. *si serv.* — Tout ce passage a été ajouté à la 6^e édition, d'après une communication qui nous a été faite par Hollweg.

(3) La Glose appelle cette espèce de violence *vis inquietativa*, par opposition à celle qu'elle intitule *vis expulsiva*. (Glose, sur le § 4, Inst. *de interd.*, et sur la L. 1, § 9, D. *uti possidetis*.)

(4) Exemples : on empêche le possesseur de cultiver son champ (L. 5, § 4, D. *uti possidetis*), ou d'y ériger un édifice, ou bien d'y faire des changements (L. 5, §§ 2, 5, D. *uti possidetis*. — L. 52, § 1, D. *de possess.* — L. 12, D. *comm. divid.*), ou bien encore de déterrer son trésor du bien-fonds d'un autre (L. 15, D. *ad exhibendum*).

au possesseur, sans expulser ce dernier de sa possession (1).

Toute personne à laquelle nous pouvons reprocher d'avoir troublé notre possession, a qualité à l'effet de défendre à une action possessoire; donc aussi entre autres, notre représentant dans cette espèce de possession; ainsi, par exemple, le locataire d'une maison qui veut construire ou démolir quelque chose contre le gré du locateur peut défendre à l'action. On pourrait en douter, parce que le bailleur a l'action *locati*; mais c'est précisément pour ce motif qu'il a le choix entre les deux actions. Bien plus, dans le même cas il a encore une troisième action comme objet de son choix (2), et cette analogie ne fait que confirmer l'opinion que nous avons émise sur les actions possessoires. De même il est incontestable que si le locataire l'expulse de sa possession, il a le choix entre l'action *locati* et l'interdit *de vi*.

Le but de ces interdits est triple :

1^o Dans le cas d'un trouble qui a déjà eu lieu, ils tendent à faire obtenir des dommages-intérêts.

2^o Dans le cas de menaces d'un trouble, ou lorsqu'une violation déjà commise doit en faire craindre une nouvelle (circonstance dans laquelle les deux buts peuvent coïncider), ils ont pour but de prévenir l'acte illégal que nous redoutons. Il est indifférent, pour ce qui concerne le but général de ces interdits, que la défense prononcée par le juge suffise pour em-

(1) L. 11, D. *de vi* : « *Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo : sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* » Les premiers et les derniers mots de ce texte (*vim facit et vim fieri veto*) font le mieux voir qu'il ne s'agit que d'un trouble apporté à la possession et nullement de l'enlèvement de la possession. Doneau, XV, 55 (p. 804). — Le passage dans lequel on a intercalé ce fragment (lit. Dig. *de vi*) a engagé plusieurs jurisconsultes à le rapporter à l'interdit *de vi*.

(2) L'interdit *quod vi aut clam*. L. 25, § 5, D. *locati*. — Tout ce passage du texte a été ajouté à la 6^e édition.

pécher l'acte illégal, ou que l'exécution réelle de l'ordonnance judiciaire devienne nécessaire, ou bien encore, que l'on assure la tranquillité de la possession par des cautions.

5° Dans leur application aux contestations sur la propriété, ils sont destinés à décider la question de savoir à laquelle des deux parties il faut actuellement reconnaître la qualité de possesseur. Ce but peut également coïncider avec les deux autres (1).

Par rapport au résultat que produisent nos interdits, nous rencontrons encore une règle particulière qu'il faut expliquer ici. On les considère comme *duplicia* (2), ou comme *actiones mixtæ* (3), et ce caractère entraîne deux conséquences : a) Chacune des parties en cause peut intenter l'action, peut prendre le rôle du demandeur (4). b) Elles jouissent des mêmes droits dans la procédure et ne se trouvent pas opposées par des fonctions déterminées, assignées à chacune d'entre elles, comme

(1) Si l'on considère les interdits *retinendæ possessionis*, d'après leur nature propre, comme des moyens préparatoires à la revendication (§ 55), il faut regarder ce troisième but comme le but principal, et les deux autres comme buts accessoires; c'est en effet ainsi que procèdent la plupart des défenseurs de cette manière de voir. Mais Wiederhold est allé bien plus loin : il rejette absolument tout autre but qui n'aurait pas pour objet de régler la propriété. V. l'addition qui a été faite au § 10. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Il nous est maintenant clairement démontré, par le fragment d'Ulpien qui a été découvert dernièrement, que les Romains ont encore employé cette expression technique dans un sens entièrement différent, et qu'ils l'adaptaient à ces interdits qui, selon les circonstances, servent tantôt à récupérer la possession, tantôt à l'acquérir, etc. C'est ce sens nouvellement découvert qui nous a fait comprendre la L. 2, § 5, D. de int., que nous n'avions su expliquer jusqu'alors. Cpr. Rudorff, *Zeitsch. für geschichtl. Rechtswiss.* t. IX, p. 11-18. (Add. à la 6^e éd.)

(3) V. pour ces deux interdits : Gajus, IV, § 160. — L. 37, § 1, D. de O. et A. — § 7, D. de interd. Pour l'interdit *uti possidetis* seul : L. 2, pr. D. de interd. — L. 5, § 1, D. uti possidetis.

(4) C'est à tort que nous avons nié ce principe dans les deux premières éditions (p. 546 et 406), par le motif qu'il n'y aurait que le possesseur qui pût remporter gain de cause. Dans la revendication, il n'y a aussi que le propriétaire qui puisse gagner le procès, mais le non-propriétaire peut très-

la majeure partie des actions l'exige (1). La conséquence pratique la plus importante de cette duplicité consiste à admettre qu'on peut *condamner* aussi bien le demandeur que le défendeur. Or, cela peut arriver de deux manières : il est possible que ce ne soit pas le demandeur, mais bien le défendeur qui a effectivement la possession (2), et il n'y a alors aucun doute que le défendeur qui aurait pu prendre lui-même le rôle de demandeur, ne doive gagner le procès de la même manière que s'il avait intenté lui-même l'action : il peut encore arriver que le demandeur ait réellement la possession, mais qu'il doive perdre le procès par suite des *exceptions* que lui oppose le défendeur; de sorte que ce dernier, qui n'aurait pu prendre le rôle de demandeur,

bien l'intenter, parce que l'issue seule fait voir s'il est propriétaire ou non. Il en est exactement de même de nos interdits par rapport à la possession, avec cette seule différence que, lorsqu'il s'agit de la propriété, le rôle de demandeur dépend de l'existence de la qualité de non-possesseur qui doit d'abord être mise hors de doute, tandis que nos interdits *retinendæ possessionis* n'exigent point l'accomplissement d'une pareille condition et sont, pour cette même raison, *duplicia*. — On sait d'ailleurs que les actions en partage sont également *duplices* et que les actions confessoire et négatoire, quoiqu'elles n'aient pas ce caractère, permettent aussi à chacune des parties de se poser en demandeur.

(1) § 7, J. de interdictis : « duplicia vocantur, quia *par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur : sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.* » — Gajus, IV, § 160. La L. 10, D. fin. regund. s'exprime encore plus explicitement : « *Judicium comm. div. familiæ hercisc., fin. regund. tale est, ut in eo singulæ personæ duplex jus habeant : agentis, et ejus cum quo agitur.* »

(2) C'est là ce que le défendeur prétend dans le plus grand nombre des cas, et ce qui constitue ordinairement l'objet de la contestation; c'est là encore ce qui explique la formule *UTI POSSIDETIS*, c'est-à-dire : *comme l'un de vous qui prétendez tous deux posséder, possède effectivement, etc.* etc. Les glossateurs se livrent, par rapport à cette formule, à toutes sortes d'hypothèses et supposent, entre autres, que le préteur se soit servi, en parlant du possesseur, par politesse, du pronom *vous*. Une autre explication n'était pas sans conséquences importantes; c'était celle qui référerait le *uti possidetis* à la *possessio plurium in solidum* que les uns croyaient ainsi confirmée

obtient néanmoins gain de cause et la possession (1). Ce dernier résultat paraît une inconséquence, mais il est facile à justifier; car, pour renvoyer le demandeur des fins de son action, le juge doit ou ne point décider de la possession, ou bien adjuger la possession au défendeur : la première de ces deux uniques voies possibles permettrait à chacune des parties d'exercer la violence envers l'autre, et comme un pareil résultat est en contradiction flagrante avec l'essence d'une décision judiciaire, il ne reste que le second résultat, c'est-à-dire que l'interdit doit être traité comme *duplex*, et qu'il faut mettre en possession le défendeur quoiqu'il n'ait pu gagner le procès, s'il s'était constitué demandeur (2).

Il faut, d'un autre côté, se garder d'outre-passer les bornes de l'égalité que nous devons attribuer aux parties dans la procédure. La preuve en particulier est soumise aux mêmes règles que dans toutes les autres actions, et on est sans doute obligé de considérer, sous ce rapport, comme demandeur, celui qui le premier a eu recours au juge (3). Le principe que nous

dans sa généralité, et que les autres voyaient de cette manière assez appuyée, au moins pour ce qui concerne l'interdit *uti possidetis*, parce que ce dernier permettrait de considérer encore le *dejectus* comme possesseur. (Glose, sur la rubrique du titre *uti possidetis*. — Azon, *Summa h. t.*, n° 19, et *Lectura h. t.*, p. 622. — Placentin, *Summa h. t.*, p. 576, 577. — Doneau, *Cod. h. t.*, nos 6, 7, 8 (p. 288, 289) — (Ce que Albert, *loc. cit.* §§ 116-121, a avancé récemment contre cette interprétation de la formule *uti possidetis*, nous paraît dénué de fondement.)

(1) Non-seulement le caractère constitutif de l'interdit *duplex*, mais encore la L. 3, pr. D. *uti possidetis*, nous prouve qu'il en était réellement ainsi. Voici le texte de cette loi : « Si a me possides, *superior sum* interdicto, » c'est-à-dire que *je dois avoir gain de cause*, décision qu'on ne peut pas comprendre d'une autre manière.

(2) Il est vrai qu'il aurait pu employer, dans la plupart des cas qui se présentent, même comme demandeur, un autre interdit, par exemple celui de *vi* s'il avait été expulsé avec violence de sa possession et que l'usurpateur employât alors contre lui l'interdit *uti possidetis* qu'il repoussait (lui, possédé) par une exception. (L. 1, § 3, D. *uti possidetis*.)

(3) L. 2, § 1, D. *comm. div.* — L. 13 D. *de jud.* — Il est vrai que l'un et

avons établi plus haut pour les actions possessoires en général, régit donc aussi cette preuve. En cela, il y a encore une question toute particulière à résoudre : lorsque le défendeur ne nie pas d'une manière absolue la possession du demandeur, qu'il la lui accorde en ajoutant la restriction que lui, défendeur, a la *compossession* (p. 151), à qui la preuve incombe-t-elle? On pourrait considérer cette allégation comme une exception et imposer la preuve au défendeur, mais nous croyons que c'est le demandeur qui doit prouver; car, ce dernier se prétendant en possession de toutes les parties de la chose, et cette possession étant accordée pour certaines parties et refusée pour d'autres, le cas présente une litiscontestation en partie négative, et la preuve est à la charge du demandeur. Nous pourrions encore alléguer, pour étayer notre opinion, que, s'il en était autrement et que la *compossession* fût hors de doute, chacune des parties pourrait intenter l'action dans l'unique but d'imposer la preuve à son adversaire, le défendeur (4).

§ 38. De l'interdit *uti possidetis*.

Sources particulières de l'interdit *uti possidetis* :

§ 4. J. de *interdictis*.

Dig. liv. 45, tit. 47

Code, liv. 8, tit. 6

} V. l'Introduction.

Carl Albert, *Ueber das interdictum uti possidetis der Römer*. Halle, 1824, in-8°. (Ce travail est très-profond et digne d'attention.)

Wiederhold, *Das Interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio*. Hanau, 1851, in-8°. (V. plus haut l'addition au § 40.)

Les règles que nous avons établies au paragraphe précédent

l'autre de ces textes ne parlent que des actions en partage, mais l'analogie de ces dernières doit aussi trouver son application à nos interdits.

(1) Cette observation finale a été ajoutée pour la première fois à la 4^{me} édition.

pour les interdits *retinendæ possessionis* en général, doivent trouver maintenant leur application à la possession des biens-fonds, c'est-à-dire à l'interdit *uti possidetis* (1).

Les conditions générales de ces interdits étaient : possession en général, trouble exercé sur elle avec violence, continuation de la possession malgré la violation. On a révoqué en doute l'applicabilité à l'interdit *possidetis* de la première et de la troisième condition. — Quant au premier point, Cuperus (2) exige, pour qu'on puisse accorder les interdits *retin. possess.*, que la possession soit *civile*; mais cette opinion n'est qu'une conséquence de l'idée fautive qu'il attachait à la possession *civile*, dont la réfutation suffit pour repousser son avis. Il cherche pourtant encore à prouver son assertion pour notre interdit en particulier, et cette tentative nous intéresse ici. Ulpien dit, dans un texte très-connu, que l'interdit *de vi* ne suppose pas nécessairement l'existence de la possession civile; Cuperus en conclut qu'elle doit constituer l'une des conditions de l'interdit *uti possidetis* (3). — La troisième condition, en vertu de laquelle il faut que le demandeur ait encore la qualité de possesseur, est imposée, pour le recours à l'interdit *uti possidetis*, en termes tellement précis (4), qu'on aurait cru tout doute impossible. Le premier motif qu'on allègue contre elle repose sur l'explication erronée de la possession civile dans laquelle on voyait la possession *quæ animo retinetur*, dont la continuation serait

(1) Le texte de l'édit se trouve dans la L. 1, pr. D. *uti possidetis*, et, avec quelques changements dans les expressions, chez Festus, v^o *possessio* (dans Godefroy, p. m. 572). — Cpr. la note à la fin du § 12a.

(2) Thibaut s'est aussi rangé de ce côté. — V. plus haut, la fin du § 6, add. à la 6^e éd.

(3) *De natur. possess.* P. 2, c. 8 : « In L. 1, § 9, *de vi*, scribit Ulpianus « de interdicto *unde vi* : Nam et naturalis possessio... ad hoc interdictum « pertinet; aperto indicio, eam non pertinere ad interd. *uti possidetis*, aut « *utrubi*. »

(4) L. 1, § 4, D. *uti possidetis* : «...interdictum *uti possidetis*... redditur, « ne vis fiat ei, qui possidet... hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio : denique Prætor possidenti vim fieri vetat, etc. »

aussi possible au *dejectus* et qui donnerait donc à ce dernier le choix de recourir à l'interdit *de vi* (à cause de la perte de sa possession naturelle), ou bien à l'interdit *uti possidetis* (à cause de la continuation de sa *possession civile*) (1). Un second motif s'appuie sur une interprétation inexacte de la L. 11, D. *de vi*, qui admettrait l'interdit *de vi* dans le cas d'un simple trouble, et impliquerait donc cette autre conséquence que le *dejectus* pourrait se servir de l'interdit *uti possidetis*. D'autres avancement encore, en troisième lieu, que le *dejectus*, devant nécessairement comme défendeur, gagner le procès, doit aussi, comme demandeur, avoir droit à l'interdit (2); ils donnent à l'égalité des parties dans l'*interdit duplex*, une trop grande extension, contre laquelle nous avons déjà prévenu plus haut (p. 354).

Aussi l'effet de cet interdit s'accorde-t-il parfaitement avec ce que nous avons dit plus haut de celui des interdits *retinendæ possessionis* en général. — Il s'agit donc, en premier lieu, d'empêcher l'acte destiné à troubler la possession. En règle générale, ce but sera parfaitement atteint par suite de la sentence seule du juge qui défend le trouble : lorsque cette défense ne suffit pas, il faut naturellement, comme pour tout jugement, en venir à l'exécution qui peut consister entre autres, en ce que le juge impose au condamné qui donne lieu à des craintes fondées de nouveaux troubles, l'obligation de fournir caution. Ainsi, le droit d'exiger une pareille caution découle déjà du droit général de l'exécution, et n'a pas besoin d'une sanction positive dont on n'a pu prétendre l'existence qu'à l'aide d'une interprétation erronée (3). — Pour ce qui concerne le trouble qui a déjà

(1) Azon, *Summa Cod. tit. uti possidetis*, nos 16, 17 (fol. 145). — Menoch, *De retin. poss.*, remed. 5, nos 55, 56, 57. — Van Giphén, *Antinom.*, liv. 4, disp. 48, nos 24-30.

(2) Busius, *Subtil. juris*, liv. 6, c. 8, et Van Giphén, *l. c.* (note précédente), invoquent les deux motifs à la fois.

(3) Const. un. C. *uti possidetis* : « Uti possidetis fundum, de quo agitur, « cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector provincie « vim fieri prohibebit : ac satisfactionis, vel transferendæ possessionis « Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscat. » Car, dit-on,

eu lieu, le possesseur est en droit de réclamer des dommages-intérêts dont le montant doit compenser tout ce que la violation de la possession lui a fait perdre ou l'a empêché de gagner (1).

Voilà ce que nous avons à dire des conditions et de l'effet général de cet interdit. Mais il y a quelques cas particulièrement exceptés dans lesquels on n'admet point l'interdit ou bien on ne l'accorde qu'en partie : il faut encore y ajouter les *exceptions* compétant au défendeur et qui correspondent à ces cas. — La première de ces exceptions est basée sur le mode employé par le demandeur pour acquérir la possession ; lorsque celle-ci a commencé par suite de violence, ou clandestinement, ou bien par un *precarium*, ce n'est pas le demandeur, mais le défendeur (2) à qui on donne gain de cause : il faut toutefois, pour qu'on puisse exciper de ces vices, que les actes illégaux desquels ils résultent, aient été commis entre les mêmes personnes qui prennent les rôles de demandeur et de défendeur ; l'exception

ou le défendeur n'a pas la possession, et alors il lui faut fournir caution, ou bien il est en possession, et alors cet interdit lui enlève cette dernière. (Duarein, sur le titre *uti possidetis*, et dans les *Disp. anniv.* I, 21 (*Opp.* p. 944, 1586). — Mais les mots *vim fieri prohibebit* finissent ce qu'on détermine sur l'interdit ; tout ce qui suit concerne la revendication, et il était de règle générale dans celle-ci que le défendeur dût, ou fournir caution de *judicato*, ou bien renoncer à la possession (« *satisfationis vel transferendæ possessionis* »), obligation dont on l'a affranchi plus tard. (Cpr. sur le droit ancien : Gajus, IV, 91 ; sur le droit de Justinien : le § 2, *Inst. de satisfatione*.) L'interprétation juste se trouve dans la glose sur la loi citée ; dans Azon, *Summa Cod. h. t.*, n° 25 ; dans Baron, *Manual. in Dig.* P. 6, p. 184 ; Cujas, sur Paul, I, 11, § 1 (invectives violentes contre Duarein) ; Doneau, sur le *Cod. h. t.*, n° 25-28 (ce jurisconsulte défigure pourtant son interprétation par d'autres erreurs qu'il y introduit), et particulièrement dans C. F. Conrad, *Diss. cautio de non ampl. turb. in jud. poss. usu fori recepta*. Helmst. 1757, qui traite à fond tant de l'interprétation de ce texte que de cette caution. — Cpr. encore Rudorff, dans la *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* t. IX, p. 27, qui a mis ce passage en rapport avec les dernières sources découvertes.

(1) L. 5, § 11, D. *uti possidetis*.

(2) L. 1, pr. § 5 ; L. 5, pr. D. *uti possidetis*.

n'est donc pas fondée lorsque la *dejectio* etc. etc. a été opérée par l'auteur du demandeur (1) ou bien contre une autre personne que le défendeur (2). — Le motif pour lequel on a introduit cette exception consiste en ce que le défendeur a droit, dans la plupart des cas, à un interdit *recuperandæ possessionis* (3), et qu'il est donc plus raisonnable de débouter à l'instant, en abrégé d'une manière très-naturelle la procédure, le demandeur de sa demande et d'aller même jusqu'à mettre, par une raison particulière, le défendeur en possession, au lieu de faire d'abord succomber, dans le procès sur l'interdit *uti possidetis*, le défendeur qui n'est pas possesseur, et de lui donner ensuite gain de cause dans un autre procès. — La seconde exception concerne la prescription de l'interdit. Lorsqu'une année s'est écoulée depuis que le trouble a eu lieu, on ne peut plus recourir à cet interdit pour réclamer des dommages-intérêts (4) à moins que celui qui a commis le trouble n'ait gagné par la perte du possesseur (5). — Il n'y a pas d'autres exceptions que celles dont nous venons de parler (6).

(1) L. 5, § 10, D. *uti possidetis* : « Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam. »

(2) L. 1, § 9 : « ... ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio : prosit ei possessio : si vero ab adversario suo, non debet eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. » Cf. L. 2, *eod.* — L. 55, D. *de possess.* — § 4, J. *de interd.* — L. 17, D. *de precario*.

(3) Dans la 5^e édition nous disions : *dans la plupart des cas*. Nous basions cette expression sur l'opinion que nous professons alors, que la possession clandestine devait avoir, dans l'exception, une signification tout autre et plus étendue que dans l'interdit. Nous avons rectifié cette manière de voir dans les additions au § 11. (Add. à la 6^e éd.)

(4) L. 1, pr. D. *uti possidetis* : « Intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. »

(5) L. 4, D. *de interdictis* : « Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum, Sabinus respondit. »

(6) Ainsi, par exemple, l'*exceptio possessionis nullæ*, qu'Albert veut établir, *loc. cit.* § 94. Elle n'est réellement rien autre qu'une litiscontestation négative dont la nature ne change point, que le défendeur se borne à la simple dénégation ou qu'il prétende lui-même à la possession. (Add. à la 5^e éd.)

§ 59. De l'interdit *utrubi*.Sources particulières de l'interdit *Utrubi* :§ 4, Inst. de *interdictis*

Dig. liv. 45, tit. 31.

Cod. Theod., liv. 4, tit. 23.

} V. l'Introduction.

De même que l'interdit *uti possidetis* protège le possesseur de biens-fonds, de même l'interdit *utrubi* est destiné à garantir la possession de toutes les choses meubles, quoique, aux termes de l'Édit, il ne concernait que l'esclave (1).

La première condition est ici, comme dans l'interdit *uti possidetis*, la possession juridique; il n'est pas besoin qu'elle soit civile (2). Mais la possession seule ne suffisait pas; il fallait qu'elle eût été exercée, dans la dernière année, pendant plus longtemps par le demandeur que par son adversaire (3): on portait naturellement en compte, dans la computation de ce temps, la durée de la possession du vendeur, de sorte que l'*accession de la possession* était ici d'un aussi grand poids qu'en matière d'usucapion et dans la prescription de quelques actions (4).

(1) L. 1, pr., § 1, D. de *utrubi* : « Prætor ait, *utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit: quo minus is eum ducat, vim fieri veto.* — Hoc interdictum de possessione *rerum immobilium locum habet...* » Gajus, liv. IV, §§ 149, 150.

(2) Cuperus (II, 8) prétend encore ici le contraire: nous avons déjà apprécié l'un de ses motifs dans l'interdit *uti possidetis*; il en trouve un autre dans la L. 46, D. de *don. int. vir. et uxorem*, déjà interprétée plus haut (p. 17).

(3) La *MAJOR PARS ANNI* doit donc être prise relativement. L. 156, D. de *V. S.* — Gajus, IV, § 152.

(4) Cuperus (II, 8) fait, en partie d'après les remarques de Schulting, l'excellente observation que la L. 46, D. de *donat. int. vir. et uxor.* et la L. 15 D. de *possess.* se trouvent liées entre elles, par leur inscription, et avec la L. 1, D. de *utrubi*, et qu'elles traitaient probablement, à l'occasion de cet

Le droit romain moderne a abrogé cette restriction et a placé l'interdit *utrubi* sur la même ligne que l'interdit *uti possidetis* (1); il paraît certain que c'est à Justinien qu'on doit ce changement, et que le texte d'Ulpien dans lequel on le voit consigné (2), est interpolé; car ni Paul (3), ni Gajus (4), ni la constitution de Dioclétien, renfermée dans les *Fragments du Vatican* (5), n'offrent encore aucune trace de cette innovation. — La seconde condition est un empiètement violent sur la possession; elle ne présente rien de particulier. — Il faut, en troisième lieu, que la possession n'ait pas cessé par suite de la violation, qu'elle continue encore; c'est un principe indubitable dans le droit de Justinien, et tout ce qui en a été dit, par rapport à l'interdit *uti possidetis*, trouve aussi parfaitement son application à l'interdit *utrubi*. Mais que fallait-il décider avant l'identification des deux interdits? L'interdit *utrubi* a-t-il, dans ce dernier, le caractère *pur* des interdits *retinendæ possessionis*, c'est-à-dire exigeait-on encore, outre la *possessio majoris anni partis*, l'existence de la possession au moment où l'on se constituait demandeur, ou bien cette existence n'a-t-elle pas d'importance? Nous sommes maintenant convaincu qu'on doit se décider pour cette dernière opinion, quoique les motifs qui nous portent à l'adopter n'aient rien de commun avec ceux qu'on a invoqués jusqu'à présent à son appui. On avait, en effet, l'habitude de citer, comme textes jus-

interdit, de l'*accession de possession*. — Il faut encore prendre en considération la L. 14, § 3, D. de *div. temp. præ.* (Klepe, *De natura et indole poss.*, p. 27), et ne perdre de vue ni la L. 11, D. de *acquir. rer. dom.*, ni Gajus, IV, § 151.

(1) § 4, J. de *interdictis*.

(2) L. 1, § 1, D. de *utrubi*.

(3) *Rec. sent.* V, 6, § 1 : « In altero vero (sc. in int. *utrubi*) potior est, « qui majore parte anni retrorsum numerati... possedit. »

(4) Gajus, IV, § 150.

(5) § 295. — Un texte de Paul, *Fragm. vat.*, § 511, quoique moins explicite, ajoute encore à cette conviction. — Peut-être aussi la L. 11, § 15, D. de *act. emti vend.*, dont le sens est clairement déterminé par sa liaison avec l'ancien interdit *utrubi*. (Add. à la 6^e éd.)

tificatifs, quelques lois qui ne prouvent absolument rien en faveur de cette opinion. Les voici :

A) L. 3, § 5, D. *ad exhibendum* :

« Sed et si quis *interdicturus, rem exhiberi desideret, audietur.* »

B) L. 3, § 12, D. *ad exhibendum* (1) :

« Pomponius scribit, ejusdem hominis recte plures *ad exhibendum* agere posse: forte, si homo primi sit, secundi in eo ususfructus sit, *tertius possessionem suam contendat, quartus pigneratus sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest exhiberi hominem.* »

L'action *ad exhibendum*, dit-on, est destinée, dans l'un et dans l'autre de ces cas, à servir d'introduction à l'interdit *utrubi*; on doit donc, conclut-on, pouvoir redemander également, par ce dernier, la possession perdue. Mais d'abord, il n'est pas nécessaire de référer ces textes à l'interdit *utrubi*, car on peut aussi bien entendre le § 5 de tout interdit *adipiscendæ possessionis*, et on n'a pas du tout besoin de supposer, dans le cas du § 12, le droit à une action possessoire; il résulte même d'autres textes que l'action *ad exhibendum* peut être employée sans qu'elle ait aucun rapport avec un droit quelconque à une autre action, pourvu seulement qu'il y ait de l'intérêt et une *justa causa* (2), et que, si ces conditions étaient accomplies, elle pouvait elle-même faire donner immédiatement la possession (3). En second lieu, la conclusion qu'on en tirait est fautive; car, lors même que l'action *ad exhibendum* pût réellement être préparatoire à l'interdit *utrubi*, il n'est point encore nécessaire de supposer, dans cet interdit, la possession perdue. Le *commodans*, etc., ne perdant pas encore sa possession, lorsque le *commodataire* ne fait que lui refuser la restitution,

(1) Ces textes sont rapportés tous deux par H. A. Pagenstecher, dans ses *Admonitor. ad Pand.*, liv. 45, tit. 51 (éd. de Groningue, 1715, in-8°, p. 775), et, avant lui, par Cujas, *Observ.* V, 25, et *Paratit. in Dig.*, tit. *utrubi*.

(2) L. 3, §§ 9, 10, 11, 14, D. *ad exhibendum*.

(3) L. 3, § 1, D. *ad exhibendum*.

s'il ne commet pas en même temps un véritable *furtum* par la *contractatio*, l'action *ad exhibendum* peut très-bien, dans ce cas, être préparatoire à l'interdit *utrubi* comme interdit *retinendæ possessionis*; la même combinaison serait encore concevable dans le cas de la Const. 14, C. *de agricolis*.

C) Const. 14, C. *de agricolis* (c. pr. Cod. Theodos. IV. 25) (1).

« Si coloni, quos bona fide quisque possidet (2), ad alios fugæ vitio transeuntes necessitatem propriæ conditionis declinare tentaverint, bonæ fidei *possessori* primum oportet celeri reformatione succurri: et tunc causam originis et proprietatis agitari. »

La leçon *possidet* qui est certainement tirée de manuscrits, parce que le témoignage d'éditeurs si dignes de foi parle en sa faveur, trouve sa confirmation dans le mot subséquent *possessori* qu'on ne peut expliquer autrement que par *ei qui possessor est*. Un motif encore beaucoup plus puissant et qui milite en faveur de cette leçon, est le contenu même de ce passage.

Les serfs (*coloni* — *Leibeigenen*) qu'on traitait sous beaucoup de rapports, comme dans le cas de notre loi, à l'instar des esclaves (3), s'étaient enfuis et alléguaient, sous la protection d'un tiers, d'être nés libres: une action devait être intentée contre ce tiers. Celui-ci n'était donc pas possesseur des serfs, parce qu'il ne voulait pas l'être, et les colons, traités comme *servi fugitivi*, étaient encore, comme ceux-ci, dans la posses-

(1) Godefroy, sur la loi citée. — Klepe, *loc. cit.* (p. 25).

(2) Lisent *possedit*: sept manuscrits parisiens du *Volumen*, le manuscrit de Göttingue, les éd. Mog. 1477, in-fol. (dans Schœffer); Basil. 1478, in-fol. (dans Wenssler); Ven. 1491, in-fol. (dans Arrivabene); Ven. 1498, in-fol. (dans Tortis); Lugd. 1508, in-fol. (dans Nicol. de Benedictis); Lugd. 1512, in-fol. (dans Fradin); Paris. 1511, 1515, in-4° (dans A. Boucardus et J. Parvus); Hal., Cont. I (Paris. 1559, in-fol.); Cont. II (Paris. 1562, in-8°); Rusard. — De même: Cod. Theod. (mais tiré du bréviaire). — Lisent *possidet*: Cont. III (Paris. 1566, in-fol.); Cont. IV (Lugd. 1571, in-12°); Charondas, Cont. V (Paris. 1576, in-fol.); puis toutes les éditions de Godefroy, et, d'après elles, Gebauer.

(3) Godefroy, *Paratit. in Cod. Theod.* V, 9.

sion de leur maître (1). Il s'agit, par conséquent, dans notre texte, de l'interdit *utrubi*; c'est ce que prouve encore la rubrique du titre du Code Théodosien, et les mots *BONÆ FIDEI possessori* indiquent la même chose, en désignant les exceptions qui peuvent exclure aussi bien cet interdit que celui *uti possidetis*; mais l'interdit lui-même a ici, comme partout, le caractère de *CEUX RETINENDÆ possessionis*.

D) Pétrone, ch. 13 (2).

Pétrone raconte qu'un habit perdu ayant été trouvé à terre et ramassé par quelqu'un, on avait eu recours à l'interdit contre ce dernier. Ce passage prouverait, à la vérité, le principe, si l'on pouvait en général considérer Pétrone comme habile à donner témoignage sur une matière qui rentre si fort dans les détails du droit civil.

Aucun de ces motifs ne prouve donc le principe; mais en voici de décisifs (3).

A) Théophile (4), qui doit encore avoir connu lui-même l'ancienne forme de l'interdit, propose expressément l'exemple suivant destiné à l'éclaircir : « lorsque je possède une chose pendant sept mois, dit-il, et qu'un autre la possède durant les cinq mois *subséquents*, je gagne le procès et l'autre devra me restituer la possession. »

B) S'il en avait été autrement, on n'aurait pu décider le différend dans beaucoup de cas; par exemple, dans celui que Théophile propose.

Le principe pratique lui-même est donc hors de tout doute; mais quelles sont les vues théoriques qui nous en expliquent l'origine? Faut-il considérer l'*interdictum utrubi* comme *RECUPE-*

(1) Wenck, *Cod. Theod. libri V priores*, p. 268, défend la leçon *possedit*, parce qu'il y mêle une fausse notion de la possession *civile*. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Pagenstecher, *loc. cit.*

(3) C'est Hugo qui nous a fait remarquer ces motifs.

(4) Théophile, sur le § 4, J. *de interdictis*. Gajus, IV, § 152, propose le cas inverse.

RANDÆ possessionis? Ce point est de la plus haute importance pour notre manière d'envisager les interdits possessoires en général, parce que nous les faisons dépendre d'une *violation formelle* qui ne se trouve à coup sûr pas dans l'interdit *utrubi*, lorsqu'il est *RECUPERANDÆ possessionis*. Or, on peut prouver à l'évidence, que les Romains ne voyaient jamais dans cet interdit un interdit *RECUPERANDÆ possessionis*. Gajus aussi bien que Paul, qui ne savent ni l'un ni l'autre encore rien de la nouvelle forme de cet interdit, l'appellent en termes exprès *interdictum RETINENDÆ possessionis* à côté de l'*interdictum UTI POSSIDETIS* (1) : Paul parle un peu plus loin de l'interdit *de vi*; il établit le principe connu qu'on ne peut pas s'en servir lorsqu'il s'agit de choses meubles; il cite une autre action qui peut le remplacer dans ce cas, et, à cette occasion, où nous devrions avant tout rencontrer l'interdit *utrubi*, s'il avait jamais été appliqué à la possession *perdue* comme telle, il n'en est point question (2).

Voici notre solution sur la question. L'interdit *utrubi* est *retinendæ possessionis*, mais on considère, par suite d'une fiction particulière (3), la possession de la *major anni pars*, comme possession *actuelle* (4). Or, si le demandeur n'est pas en même temps

(1) Gajus, IV, § 148. — Paul, V, 6, § 1 : « *Retinendæ possessionis gratia comparata sunt interdicta, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus : quale est uti possidetis de rebus soli, et utrubi de re mobili* » En partant de cette manière de voir, on pourrait peut-être défendre la leçon *possidet* qui se trouve dans Gajus, § 150, p. 258, lin. 5, et qui a été changée, sur notre proposition, en *possedit*.

(2) Paul, V, 6, § 5 : « *De navi vi dejectus hoc interdicto (de vi) experiri non potest : sed utilis ei actio de rebus recuperandis, exemplo de vi bonorum raptorum, datur. Itemque de eo dicendum est, qui carruca, aut equo dejectur...* » — Il y a encore un texte tout pareil, tiré d'Ulpian (L. 1, § 6, D. *de vi*), mais il a un caractère moins décisif, parce qu'on peut toujours objecter la possibilité d'une interpolation.

(3) Cette fiction, ainsi que tout le caractère particulier de l'ancien interdit *utrubi*, nous paraissent probablement très-naturels si nous connaissons la procédure romaine dans tous ses détails.

(4) Nous trouvons déjà cette manière de voir professée par Wieling,

possessionneur actuel, le refus donné actuellement de restituer la chose, constitue la violation requise. Il est tout indifférent, dans ce cas, que l'adversaire ait enlevé avec violence la possession du demandeur, ou qu'il l'ait acquise d'une manière irréprochable. Il se peut que les deux choses existent à la fois, que la *major anni pars* et la violence coïncident, mais ce concours n'est qu'accidentel (1), et cette circonstance éclaircit très-bien la différence essentielle qui existe entre notre interdit et les interdits *recuperandæ possessionis* (2). Toutefois nous ne nions point par là que ce concours, quoique en lui-même accidentel, ait peut-être réellement lieu dans le plus grand nombre de cas, de sorte que, quant au résultat pratique, cet interdit rendra encore les mêmes services que s'il était *RECUPERANDÆ possessionis*. Cette observation trouve en particulier sa confirmation dans le motif suivant. Lorsqu'on nous enlève avec violence la possession d'une chose meuble et que nous employons l'interdit seulement dans l'année à partir de la violation, nous obtiendrons nécessairement gain de procès à cause de l'exception *vitiosæ possessionis* qui suit immédiatement. Aussi ne faut-il attribuer à notre défense opiniâtre du caractère d'interdit *RECUPERANDÆ possessionis* que nous attribuons à l'interdit *utrubi*, qu'une valeur purement théorique; nous prouverons, nous-mêmes, plus loin (§ 40), qu'on appliquait cet interdit, pour le

Fragm. edicti perpetui. Francq. 1755, in-4°, p. 525, 526 : « Duplex fuisse hoc interdictum videtur : unum prohibitorium, cujus verba hoc titulo referuntur : alterum restitutorium, quod omittitur.... ceterum retinendæ magis possessionis hoc interdictum fuisse, quam recuperandæ, si proprie et ex arte loquamur : possessio enim, quæ hoc interdicto retineri dicitur, non est præsens, verum majoris anni partis : ita ut vere retineatur possessio, illa nempe majoris anni partis, quam dixi; sed recuperetur tantum præsens, si tempore interdicti mutata adpareat. »

(1) C'est ce qui explique pourquoi Paul ne fait pas mention, *loc. cit.*, de l'interdit *utrubi* dans le cas d'une expulsion violente.

(2) L'observation qui suit dans notre texte a été ajoutée, pour la première fois, à la 4^e édition.

résultat pratique, comme surrogat de l'interdit *unde vi*, et qu'il était destiné à cet usage.

Nous avons parlé jusqu'à présent des conditions de cet interdit : son effet ne présente rien de particulier. Son but est donc aussi, d'abord et principalement, d'empêcher le trouble même de la possession (1), et puis de faire obtenir des dommages-intérêts pour le temps passé.

Enfin, il ne nous reste plus qu'à nous occuper des *exceptions* auxquelles cet interdit donne lieu. — La première se base, comme dans l'interdit *uti possidetis*, sur la *VITIOSA possessio* du demandeur (2), et il est également exigé ici pour qu'elle puisse être invoquée, que la violence, etc., ait été exercée contre le défendeur. Ce principe ne souffre aussi aucun doute en droit romain moderne (3), et l'idée de le nier pour le droit romain ancien est très-étrange de la part de Cuperus (4). Voici les raisons qu'allègue ce jurisconsulte en faveur de son opinion : A) Paul ne répète pas en termes exprès les mots *ab adversario* (5); mais on pourrait administrer la même preuve pour le droit romain moderne, parce que ces mots ne se trouvent non plus dans le texte probablement interpolé (6) des *Pandectes*. B) Un argument *a contrario* (7) qui est évidemment encore beaucoup plus

(1) L. 1, pr. D. *de utrubi* : « ...vim fieri veto. »

(2) On peut dire, par rapport à cette exception, et d'une manière plus absolue que relativement à l'interdit *uti possidetis*, que le défendeur qui a droit à cette exception aurait dû obtenir également, et par le même interdit *utrubi*, gain de cause s'il eût été demandeur. Cpr. plus loin le § 40. (Add. à la 5^e éd., modifiée dans la 6^e.)

(3) § 4, in fine, J. *de interdictis*.

(4) *De natura poss.* P. 2, c. 7. — Les auteurs les plus modernes considèrent déjà cette idée comme une certitude historique.

(5) Paul, V, 6, § 1 : « Et in priore quidem (*uti possidetis*) is potior est, qui « redditus interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* « possidet. In altero vero (*utrubi*) potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi, nec clam, nec precario possedit. »

(6) L. 1, § 1, D. *de utrubi*.

(7) L. 2, D. *uti possidetis* : « Justa enim an injusta adversus ceteros

mauvais que le premier motif. Il perd, au contraire, entièrement de vue le témoignage exprès que donnent les Institutes et qui concerne précisément le droit ancien (1), et on ne pourrait imaginer aucune raison pour refuser à cette source la force d'une preuve. Gajus tranche décidément cette controverse (2). — La seconde exception qu'on pouvait opposer à l'interdit *uti possidetis* se rapportait à la prescription : il ne paraît pas qu'on en puisse invoquer une pareille contre l'interdit *utrubi*, parce que ni l'Édit lui-même (5) ni les Institutes (4) ne la prescrivent; mais elle était effectivement absorbée, en droit ancien, par suite de la computation particulière du temps qui avait lieu pour cet interdit; son applicabilité en droit moderne est une conséquence nécessaire de l'identification absolue des deux interdits (3).

§ 40. De l'interdit de vi.

Sources particulières pour l'interdit de vi:

Cicéron, *Pro A. Cæcina*.

Cicéron, *Pro Tullio* (dans les *Orat. frag.* de Cicéron, éd. Peyron, Stuttgart, 1824, in-4°, p. 96—109).

Gajus, IV, § 154, 155.

§ 6, Inst. de *interdictis*.

Dig. liv. 45, tit. 16.

Cod. Just. liv. 8, tit. 4, 5.

Cod. Théod. liv. 4, tit. 22.

} V. l'Introduction.

« *possessio sit, in hoc interdicto nihil refert.* » Donc, conclut Cuperus, cela doit importer pour l'interdit *utrubi*.

(1) § 4, J. de *interdictis* : « *Utrubi vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen...* »

(2) Gajus, IV, § 150 : « *si vero de re mobili, tunc eum potiore esse jubet, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit.* »

(5) L. 1, pr., § 1, D. de *utrubi*.

(4) § 4, J. de *interdictis*.

(3) Cette observation a été nouvellement ajoutée à la 4^e édition.

Auteurs :

Pour l'interprétation du discours prononcé par Cicéron en faveur de Cæcina, on se servira utilement, outre les éditions qu'a données Grævius des discours de l'orateur et celles qui ont été publiées à Naples, de quelques éditions et commentaires qui ont paru séparément sur ce plaidoyer : nous citerons Jac. Omphalius (Paris, 1535, in-8°); Barth. Latomus (Argentor. 1539, in-8°), et Pet. Pellitarius (Paris, 1540, in-4°).

Mais l'ouvrage suivant est beaucoup plus important et plus utile :

Henr. Const. Cras, *Diss. qua spec. jurispr. Ciceron. exhib., s. Ciceronem justam pro H. Cæcina causam dixisse ostenditur.* Lugd. Bat. 1769, in-4°; écrit profond qui ne consiste pas uniquement dans l'interprétation du plaidoyer de Cicéron, mais qui donne des éclaircissements sur toute la matière de l'interdit. Il n'est pourtant pas devenu plus probable, même par cet ouvrage, que Cicéron ait plaidé une cause bien juste.

Ferd. Gotth. Fleck, *Comm. binæ de interd. unde vi et remedii spolii.* Lipsiæ, 1797, in-8°. (V. l'Introduction.)

Ce n'est que la première partie du livre qui nous concerne, encore n'est-elle, à quelques insignifiantes additions près, qu'une copie de Cras.

Celui qui avait perdu la possession par suite d'une violence, la redemandait d'une manière différente, selon que la violence avait été exercée avec des armes ou sans armes. On adopte ordinairement, pour cette raison, deux interdits différents, celui de *vi quotidiana* et celui de *vi armata*; mais il n'y avait, au fond, qu'un seul interdit de *vi* qu'on employait tantôt d'une manière régulière (int. de *vi*, sans addition), tantôt avec quelques dérogations plus rigoureuses contre le défendeur (*interd. de vi armata*) (1). La violence ordinaire, celle qui se présentait journa-

(1) On peut comparer les deux cas à un *mandatum cum clausula* et *sine clausula*.

lièrement et qui comprenait le cas régulier, ne portait pas de nom particulier, précisément à cause de ce caractère : Cicéron l'appelle quelque part, pour mieux la distinguer, *vis QUOTIDIANA*, et donne alors à l'interdit le nom de *QUOTIDIANUM interdictum* (1); mais ces termes ne constituent qu'une désignation descriptive et ne doivent pas être pris comme termes techniques. L'introduction anciennement exigée à l'instance complète sur la revendication en diffère entièrement; sa forme repose principalement sur une violence symbolique, la *deductio quæ moribus fit* et les *manus consertæ* que Aulu-Gelle nomme *vis civilis* et *vis festucaria* (2). Ici, les actes de violence n'étaient qu'apparents et feints, tandis que l'interdit *de vi* n'était jamais accordé que sur le motif d'une violence réelle, sérieuse, qu'elle soit exercée avec armes ou non. Nos jurisconsultes ont presque toujours confondu cette *vis civilis* avec la *vis quotidiana* : ils ont considéré tantôt l'interdit *de vi* comme une partie des *manus consertæ*, tantôt la *deductio quæ moribus fit* comme un rit appartenant aux interdits; l'intelligence de ces institutions juridiques leur devient donc impossible (3).

(1) Cicéron, *Pro Cæcina*, chap. 51, 52.

(2) Aulu-Gelle, liv. XX, ch. 10, à la fin.

(3) Nous avons éclairci cet objet dans un traité écrit *ad hoc* qui se trouve dans la *Zeitschrift für gesch. Rechtsw. (Journal pour la jurispr. historique)*, t. 5, p. 421 et suiv. — Nous y avons donné le nom de *lis vindiciarum* à la procédure symbolique qui avait lieu au commencement de la revendication; mais nous sommes convaincu maintenant, depuis la découverte de Gajus, que c'était une erreur de notre part. Gajus, IV, §§ 16, 91, 94. — La confusion dont nous faisons justice dans notre texte paraît excusable, parce qu'il pouvait effectivement y avoir des cas dans lesquels on employait l'interdit et les *manus consertæ* pour atteindre le même but. En effet, lorsque quelqu'un avait le dessein de revendiquer un bien-fonds dont il était dépossédé, rien ne l'empêchait de faire régler, à l'effet de l'instance sur la propriété, la distribution des rôles de demandeur et de possesseur par les *manus consertæ* qui le remettaient aussi probablement en sa possession, par mesure provisoire; mais il pouvait également commencer par l'interdit, et l'acte symbolique, qui avait peut-être alors encore lieu, n'était dans ce cas, que

La distinction des deux degrés de violence qu'on reconnaissait dans l'interdit *de vi*, était encore observée du temps des jurisconsultes classiques; mais comme Justinien la passe sous silence (4), nous ne saurions même pas discerner avec certitude les traces que les fragments des jurisconsultes donnent du droit ancien (2), si Cicéron ne nous en avait pas laissé des renseignements assez exacts. Le droit romain moderne n'établit donc pour l'interdit *de vi* (5), qu'un seul principe qui se règle partie sur le caractère de la *vis ARMATA*, partie sur celui de la *vis QUOTIDIANA* du droit ancien; mais comme celui-ci même ne statuait des différences entre ces deux institutions que dans quelques principes particuliers, il suffira, dans l'exposition des principes du droit moderne, d'en indiquer les dispositions abrogées.

La première condition de cet interdit exige que le demandeur

de pure forme, parce que l'instance sur l'interdit décidait déjà tout ce qui servait d'introduction et de mesure préparatoire à la revendication.

(1) Les Pandectes ne renferment qu'une seule différence : on y accorde l'interdit *de vi ARMATA* aux enfants et aux affranchis contre leurs père et mère et contre leurs patrons; on leur refuse l'interdit *de vi* et on leur octroie, à sa place, une action *in factum* (L. 1, § 45, D. *de vi*). Mais deux autres textes leur refusent l'interdit d'une manière absolue (L. 2, § 1; L. 7, § 2, D. *de obsequ.*), et nous savons, d'ailleurs, que la différence qui existait entre l'interdit et l'action n'était plus, du temps de Justinien, qu'une antiquité.

(2) La L. 1, D. *de vi*, a rapport au cas de la *vis QUOTIDIANA*; la L. 5, D. *de vi*, à la *vis ARMATA* (Cujas, sur Paul, V, 6, § 5). C'est là aussi ce qui explique la rubrique qui se trouve dans les Pandectes, *de vi et de vi ARMATA*. — Les traces que nous connaissons des divers principes de l'ancien droit en particulier seront rapportées plus loin.

(3) L'interdit *de vi* repose encore aujourd'hui sur la règle très-simple de l'Édit : *unde illum vi dejecisti, id illi restituas*. C'est à cette formule de l'interdit que se rapportait l'expression de la réponse du défendeur. Celui-ci pouvait nier le fait allégué par le demandeur, par exemple, la *dejectio*, ou se retrancher derrière une exception; il disait toujours : « *se illum restituisse*. » Cicéron, *Pro Cæcina*, ch. 8; cpr. ch. 19, 21, 28, 29, 52. — Les Pandectes ont changé le *restituas* de l'Édit en *judicium dabo*. Cpr. *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* t. III, p. 506.

ait eu la *possession juridique* au temps de la *dejectio* (1). On ne peut douter, en droit moderne, de la nécessité rigoureuse de son accomplissement, parce que nos sources légales disent avec autant de précision, d'un côté, que la possession juridique est nécessaire, qu'elles déclarent, de l'autre côté, que le recours à cet interdit n'exige pas la possession *civile* (2). La question de savoir comment le droit ancien disposait, quant à cette condition, rencontre beaucoup de difficultés. Cicéron prétend en termes exprès que l'interdit *de vi armata* ne dépend *en aucune manière* de la possession (3), assertion qui nous paraît digne de quelques réflexions.

Voici en peu de mots l'espèce dans laquelle Cicéron plaide comme avocat du demandeur : Cæcina prétend avoir hérité certain bien-fonds dont Æbutius réclame la propriété par d'autres causes : le premier, voulant entrer dans la terre qui, à l'en croire, lui appartient, en est empêché par Æbutius accompagné d'une foule d'hommes armés. Il paraît plus que probable que Cæcina n'avait point encore été en possession ; car Cicéron qui allègue effectivement en faveur de son client l'existence de la possession, ne fait mention de cette circonstance, qui aurait été la plus décisive de toutes, qu'à la fin de sa plaidoirie et comme surabondamment (4), de manière à faire très-bien entrevoir son intention de ne s'appuyer sur elle qu'accessoirement : et cependant le peu de mots qu'il s'avise de hasarder nous donnent plus d'un point d'appui pour étayer la supposition

(1) La preuve de ce fait est régie par le principe que nous avons établi plus haut pour les interdicts possessoires en général.

(2) L. 1, §§ 9, 10, 25, D. *de vi*. — L. 4, § 28, D. *de usurp.* — Toutefois, il faut faire observer que l'on a souvent soutenu, dans les derniers temps, que la possession requise pour pouvoir invoquer l'interdit *de vi* était autre et plus facile à établir que celle nécessaire à l'interdit *uti possidetis*; on a notamment prétendu que la simple détention du locataire, du commodataire, etc., donnait à elle seule le droit de recourir à l'interdit *de vi*. Cpr. la fin du § 10. (Add. à la 6^e éd.)

(3) *Pro Cæcina*, ch. 51, 52.

(4) *Ibid.*, ch. 52.

contraire, que Cæcina n'a point été possesseur (1). Or, si Cæcina n'avait effectivement jamais eu la possession, il ne pouvait obtenir gain de cause que si le juge ne croyait pas sa possession nécessaire pour cet interdit; l'avocat avait donc la tâche de donner à ce principe erroné le plus de vraisemblance possible : voilà ce que Cicéron a fait, mais voilà aussi pourquoi on ne le peut pas invoquer ici comme autorité historique (2). Une expression dont l'avocat se sert dans le passage cité, exige cependant quelque explication particulière : « Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum, unde ille me vi dejecit, additur, cum ego possiderem, si dejici nemo potest, qui non possidet : aut in hoc interdictum, de hominibus armatis, non additur, si oportet quæri, possederit, nec ne? » Cicéron invoque ici la terminologie des tribunaux, et comme elle était généralement connue, il paraît impossible qu'elle ait été rapportée d'une manière inexacte, mais très-probable qu'elle ait renfermé quelque chose dont l'interprète pouvait tirer parti par une explication fausse. Voici comment la chose s'explique peut-être : on réclamait l'interdit *de vi* dans les cas ordinaires, c'est-à-dire lorsqu'aucune arme n'avait été employée, par cette formule : « unde ille me vi dejecit, cum ego nec vi, nec clam, nec precario ab illo possiderem (5). » Ainsi toute l'addition

(1) Les mots : « Cæsenniam possedissee propter usumfructum non negas » méritent surtout notre attention, parce qu'ils ôtent toute importance à ces autres : « Cæcina... venit in istum fundum, rationes a colono accepit, sunt in eam rem testimonia, » qui ne renferment aucun fait d'appréhension; le compte n'avait été rendu que pour le passé. Cras lui-même trouve dans les mots *propter usumfructum* tant d'obstacles, qu'il les biffe, manière d'agir qui peut s'appuyer sur l'exemple de quelques éditeurs, mais qui n'est justifiée par aucun manuscrit (V. la note de Beck, dans ses *Oper.* vol. 2, t. 2, p. 508, éd. Lips. 1800, in-8°).

(2) Aussi Cras n'ose-t-il pas défendre ce passage de l'orateur, et c'est la seule fois que cette hardiesse lui manque; il se contente de prouver longuement qu'on ne doit pas supposer toute une cause mal fondée, parce qu'on allègue en sa faveur un mauvais motif. — Van Giphén, sur le Code, *tit. unde vi* (*Explanat. Cod. P.* 2, p. 276), pensait de la même manière sur ce texte.

(5) Nous concluons qu'elle était ainsi conçue : 1° de Cicéron, *Pro Cæcina*,

consistait dans les trois exceptions connues, et les mots *cum ego possiderem* ne s'y trouvent qu'à cause de ces exceptions, sans avoir aucunement pour but de désigner la possession juridique qui était déjà assez clairement exprimée dans les mots *unde me dejecisti* (1). Lorsqu'au contraire des armes avaient été employées, on ne pouvait en aucun cas proposer les exceptions et on supprimait toute l'addition de la formule *cum ego possiderem*, quoique la possession n'en eût pas été moins nécessaire comme fondement du droit à l'action. Il paraît donc assez probable que Cicéron sut mettre à profit cette suppression et qu'il en tira une conséquence aussi fautive qu'indispensable pour la cause de Cæcina. — Nos jurisconsultes ont généralement cru à la vérité de l'assertion de Cicéron, et ils en ont conclu que la simple détention, sans possession juridique, avait été la condition de cet interdit dans les cas de l'emploi d'armes (2); mais Cicéron ne fait d'abord aucune mention de cette distinction, et il est impossible, en second lieu, qu'il ait pensé à la faire dans l'espèce de sa plaidoirie; en effet, Cæcina n'était point un fermier dont on aurait nié la possession juridique; au contraire, ou bien il avait la possession juridique, ou bien il n'avait même pas la simple détention, de sorte qu'il n'y avait nullement lieu à faire cette distinction dans le procès. Le passage de Cicéron, renfermant tout ce que nous avons de renseignements sur notre objet, on se livre à un arbitraire intolérable, si l'on y introduit

ch. 52 : « ...ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit »; 2^o d'un passage de la Lex Thoria, dans Sigonius, *De antiq. jure Italiae*, II, 2 : « quod ejus is qui ejectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quod cum ea possessione vi ejecerit. »

(1) Une confirmation de cette manière de voir se trouve encore dans Cicéron, *Pro Tullio*, ch. 44 : « deinde additur illius causa quicum agitur cum ille possideret, et hoc amplius, quod nec vi nec clam nec precario possideret. » (Addition à la 5^e éd.)

(2) Par exemple, Cujas, sur Paul, V, 6, § 5, et sur la L. 18, D. de vi. (Lib. 26 *Quæst. Papin., Oper.* IV, p. 652. — Il y présente même ce principe comme droit en vigueur !)

la différence qui nous a occupé. — Westphal (1) évite avec beaucoup de bonheur toutes les difficultés : il ajoute foi à l'assertion de l'orateur, la prend à la lettre, et déclare, par une conséquence dès lors nécessaire, que l'interdit *de vi ARMATA* est à la fois un interdit *ADIPISCENDÆ* et *RECUPERANDÆ possessionis*.

La seconde condition de cet interdit suppose qu'on ait été dépossédé par l'emploi de la violence. Toute violence, quelle qu'elle soit, ne suffit pourtant point ici, comme lorsqu'il s'agissait d'accorder les interdicts précédents; il faut que la violence soit *atrox* (2). Le terme *atrox vis* ne désigne pas une voie de fait particulièrement grossière, comme le seraient des coups ou blessures (3); mais bien une violence qui rend la continuation de la possession impossible (4). Voilà précisément pourquoi cette violence est exercée plus directement et d'une manière plus complète contre la personne, que celle qui porte un simple trouble et qui suffit pour donner lieu aux interdicts *retinendæ possessionis*; c'est aussi en ce sens qu'on peut la considérer comme un degré plus élevé de la violence, bien que ces deux

(1) *Arten der Sachen*, etc., § 245.

(2) L. 1, § 5, D. de vi : « Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum. » Westphal donne à ce texte cette version : une violence MÉDIOCRE; il aurait mieux fait de l'appeler une violence OUTRÉE.

(3) Voilà pourquoi le texte suivant de Cicéron ne se trouve point en contradiction avec notre règle (*Pro Cæcina*, ch. 16) : « Cum de jure et legitimis hominum controversiis loquimur, et in his rebus vim nominamus, pertinet nis vis intelligi debet. »

(4) L. 1, § 29, D. de vi : « Pomponius ait, vim (sc. in hoc interdicto) sine corporali vi locum non habere. » (V. p. 505.) Ulpien ne nie point cette proposition, il ne fait qu'en déterminer l'application; il ne doit y avoir, selon lui, aucune différence, que la *CORPORALIS vis* ait été réellement exercée, ou qu'on en ait fait la menace et qu'elle a été évitée : l'interdit *uti possidetis* n'exigeait même pas cette dernière condition. — La L. 5, § 1, D. quod metus, renferme une seconde preuve de notre explication de l'*atrox vis* : « Vim accipimus atrocem, » c'est-à-dire qu'on attache cette idée à l'*atrox vis* dans l'Édit; mais d'autres textes expliquent la violence dont cet Édit parle (la *vis ATROX*), en ces termes : « Vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati » (L. 1, eod.), et : « Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest » (L. 2, eod.).

espèces de violence aient ceci de commun, qu'elles déterminent extérieurement la volonté du possesseur, et lèsent, par conséquent, la liberté de la personne (1); la violence directement exercée contre les personnes forme donc la condition par laquelle notre interdit se distingue des interdits *RETINENDÆ possessionis*. Il est entièrement indifférent, en droit moderne, que des armes aient été employées ou non.

Troisième condition. La violence doit avoir été exercée par le défendeur lui-même. — Cette règle souffre toutefois plusieurs exceptions : A) Celui avec le consentement duquel l'acte de violence a été exercé, par exemple, celui qui a donné à un autre le mandat de le faire, encourt les mêmes obligations que l'agent lui-même. — Voici l'historique de ce principe (2). La teneur de l'interdit était originellement celle-ci : *unde tu... dejectisti* : bien des défendeurs abusaient de cette rédaction de l'Édit, en prétendant que ce n'étaient pas eux, mais bien d'autres qui (quoique en vertu d'un mandat émané d'eux) avaient commis la *dejectio*. Afin d'éviter ces chicanes, les préteurs ajoutèrent une seconde formule à l'Édit et la rédigeaient ainsi : *unde dolo malo tuo... vi detrusus est*; de sorte que ce cas-là était dès lors expressément prévu, et que le demandeur avait le choix entre les deux formules (3). Plus tard, on interpréta le terme originel *dejectisti* de manière à y comprendre aussi le cas du *dejici fecisti*, de sorte que la nouvelle formule explicite du préteur devint superflue, et qu'on pouvait se contenter de l'ancienne (4).

(1) Toute cette exposition du texte a été ajoutée à la 6^e édition.

(2) L'historique de ce principe de droit n'a été ajouté qu'à la 5^e édition.

(3) C'est ainsi que Cicéron raconte la chose. *Pro Tullio*, ch. 29, 30, 44, 46. L'ancienne formule se trouve au chapitre 44, la nouvelle au chapitre 29; l'orateur l'avait répétée une seconde fois au chapitre 46, mais le manuscrit y offre une lacune; le chapitre 46 n'est donc qu'une reproduction du chapitre 29, et on commettrait une grande erreur si l'on voulait entendre le premier de l'interdit *de vi ARMATA*.

(4) L. 1, §§ 12-15; L. 5, §§ 10-12, D. *de vi*.

—B) L'obligation de l'héritier ne commence que pour autant qu'il a acquis lui-même quelque chose par suite de l'acte de violence (*in id quod ad eum pervenit*) (1), ou qu'il aurait acquis sans son dol (2). Il n'en est pas ainsi de celui qu'on appelle *singularis successor*, par exemple, de l'acheteur de la maison dont quelqu'un a été dépossédé; car aucune obligation ne lui incombe (3). — C) Lorsque la violence avait été exercée par un esclave et à l'insu de son maître, alors ce dernier encourait une double obligation : il fallait d'abord qu'il prît sur lui l'interdit comme toute autre *actio ex delicto*, comme *action noxale*, et ensuite qu'il restituât ce qu'il avait gagné par suite de l'acte de violence exercé par son esclave (*id quod ad eum pervenerat*) (4). Cette seconde obligation reçoit même une grande extension; elle nous est imposée dans tous les cas où nous avons acquis quelque chose immédiatement par suite de la violence qu'un autre a exercée soit en notre nom, soit pendant le temps qu'il était dans notre dépendance (5).

Quatrième condition. L'acte violent doit avoir fait perdre la possession (6), c'est-à-dire qu'on doit pouvoir le considérer comme *dejectio* (7). Nous avons déjà recherché plus haut dans quels cas nous perdons la possession par suite d'un fait physique (*corpore*); il n'est donc rien exigé ici, sinon que la vio-

(1) L. 1, § 48; L. 5, pr.; L. 9, pr., D. *de vi*. — Const. 11, C. *de possess.*

(2) L. 2, D. *de vi*.

(3) L. 5, § 10, D. *uti possidetis*.

(4) L. 1, § 11, §§ 15-19, § 21, D. *de vi*.

(5) Applications : A) L. 4, D. *de vi* : « Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit : *si quid ad eos pervenit*. » — B) L. 1, § 20, D. *de vi* : « Si filius fami-
« lias vel mercenarius vi dejecerit, utile interdictum competit. » (Savoir, contre le *conductor* de l'esclave, ou bien le père, et *in id quod pervenit*; car c'est d'eux qu'il a été question dans les mots précédents. — La L. 16, D. *de vi*, n'appartient pas encore ici.

(6) L. 1, § 45, D. *de vi*.

(7) *Dejicere* était déjà le terme technique au temps de Cicéron; on se servait auparavant du mot *detrudere*, comme on le voit dans Cicéron, *Pro Cæcina*, ch. 17; ce terme se rencontre d'ailleurs encore dans la L. 4, § 27, D. *de usurp.*

lence exercée par autrui ait été la cause de la perte, et il n'y aura pas de difficulté à déterminer si ce fait existe. C'est ainsi, par exemple, qu'il est tout indifférent, que la violence ait été réellement exercée ou que le dépossédé l'ait évitée par une crainte fondée, supposé toutefois que le danger ait été actuel et non-seulement futur (1); qu'il n'importe nullement qu'on ait expulsé le possesseur de sa maison, ou bien qu'on l'ait empêché d'y entrer (2), et la combinaison de ces deux règles nous fait voir clairement que le possesseur dont la maison a été occupée pendant son absence peut, comme *dejectus*, recourir à l'interdit, quoiqu'il n'eût même peut-être pas fait l'essai de se maintenir par la force dans sa possession (3). Il n'y a, au contraire, jamais lieu à l'interdit, lorsque la transmission de la possession s'opère par la tradition : lors même que la tradition s'est faite par crainte, on peut bien avoir droit à d'autres actions (4), on n'en a pas à l'interdit (5). — L'application des principes sur la *dejection* ne rencontrera donc pas de difficultés dans le plus grand nombre des cas; toutefois il y a un cas que nous devons encore considérer en particulier. Celui qui, ayant perdu sa possession par la violence, s'en empare immédiatement après également par la violence, est réputé n'avoir pas cessé de pos-

(1) C'est ainsi qu'il faut concilier les termes qui paraissent contradictoires.

(2) « *Ex aliquo loco* » et « *ab aliquo loco dejicere* » : on exprime les deux à la fois par « *unde dejecisti* ». Cicéron, *Pro Cæcina*, ch. 30, 31.

(3) *V.* principalement la L. 5, §§ 8, 9, D. *de possess.*

(4) L. 9, pr., D. *quod metus* (Ulpian, lib. 11, *Ad Edict.*) : « ... Sed et si « per vim possessionem tradidero : dicit Pomponius hoc (huic) edicto (sc. « *quod metus*) locum esse. »

(5) L. 5, D. *de vi* (Ulpian, liv. 11, *Ad Edictum*) : « Si rerum. Accursius al. incipit « *si metu* » et al. « *si rerum.* ») tibi possessionem tradidero, « dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare : quoniam non et vi *dejectus*, « qui compulsus est in possessionem inducere. » — Cras (p. 18, note 1) présume, et il nous paraît très-probable, que ce texte et celui allégué dans la note précédente n'en ont formé qu'un seul, et qu'il faudrait donc lire dans le nôtre « Si per vim, etc. » Cpr. Dirksen, *Abhandlungen*, I, 431.

séder (1) : les faits que ce cas présente ne sont donc pas considérés comme une double *dejectio*, mais bien comme un seul acte indivisible, dans lequel le possesseur défendait sa possession par la force. Cette manière de voir est d'une haute importance pratique : si les faits renfermaient une double *dejectio*, on ne pourrait s'appuyer sur la légalité de la seconde *dejectio*, qu'en se servant d'une *exception* contre l'interdit du dernier dépossédé, et le droit moderne ne reconnaît plus cette exception (2) : la loi 17, *de vi*, nous affranchit de la nécessité de cette exception, en écartant le fait (la *dejectio*) qui seul pouvait donner droit à l'interdit, et la légalité de l'acte de violence employé pour la réacquisition n'est qu'une conséquence du droit commun de la défense (3). Cette règle trouve une application importante à la possession des biens-fonds qu'on occupe pendant l'absence du possesseur. Car ce n'est pas à partir du moment de l'occupation, mais bien seulement dès celui où le possesseur est empêché par la violence de retourner dans ses biens-fonds, c'est-à-dire par la *dejectio*, qu'il perd la possession (4); s'il réussit, au contraire, à repousser son adversaire, aucune *dejectio* n'a eu lieu, sa possession n'a point été perdue, il n'a fait que la dé-

(1) L. 17, D. *de vi* : « Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu « recuperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intel- « ligendus est : ideoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te : unde « vi interdictum tibi utile erit. » L'application que font les derniers mots ne peut trouver son explication que lorsque nous parlerons des exceptions.

(2) La L. 5, § 9, D. *de vi*, se borne, en premier lieu, à dire « qu'un tel acte émané du possesseur est réputé légal », et cette légalité pourrait très-bien aussi s'expliquer par l'exception, de sorte qu'on n'aurait pas besoin d'en tirer une conséquence à la règle que nous trouvons dans la L. 17, D. *de vi*; mais comme la *vis ARMATA* dont parle notre texte n'admettait pas l'exception, et comme la restriction « sed hoc *confestim*, non *ex intervallo* » serait toute fautive dans l'exception, notre passage ne peut être entendu que dans le sens de cette règle; il en fournit donc aussi bien la preuve que la L. 17, *de vi*, citée.

(3) L. 1, §§ 27, 28, D. *de vi*.

(4) L. 6, § 1, D. *de possess.*

fendre, de sorte que la légalité de son acte n'est sujette à aucun doute.

La cinquième condition de l'interdit concerne l'objet de la possession : l'interdit ne s'accorde que lorsqu'il s'agit d'un immeuble (1). Les choses meubles présentent cependant des motifs aussi puissants que les biens-fonds pour en protéger la possession, et il y aurait une grande inconséquence, si leur possesseur n'avait pas le droit de recourir à un interdit ou à une autre action qui aurait tenu lieu de l'interdit *de vi*. Ulpien cite trois autres actions qui remplaceraient, pour les choses meubles, en tout point l'interdit *de vi* : l'action *furti*, l'action *vi bonorum raptorum*, et l'action *ad exhibendum* (2). Mais l'action *furti*, ainsi que le *furtum* lui-même de l'existence duquel elle dépend, supposent des circonstances qui importent peu à la possession considérée en elle-même; elles exigent le *lucris animus*, la *contrectatio*, et, dans le chef du demandeur, un intérêt basé sur un autre droit (3) : nous dirons la même chose de la *condictio furtiva* que le jurisculte romain passe sous silence. L'action *vi bonorum raptorum* dépend également de l'existence d'un pareil intérêt basé sur un droit (4), et suppose encore que le voleur

(1) L. 1, §§ 5-3, D. *de vi*. — Paul, V, 6, § 5.

(2) L. 1, § 6, D. *de vi* : « Illud utique in dubium non venit, interdictum « hoc ad res mobiles non pertinere. Nam *ex causa furti*, vel *vi bonorum raptorum* actio competit : potest et *ad exhibendum* agi. » (Addition à la 4^e édition.) D'après une communication qui nous a été faite par Hugo et qui ne se trouve qu'en partie dans les *Colt. Anz.* 1818, p. 1556, nous adoptons l'interprétation que voici : « *ex causa* » signifie « selon les circonstances de l'espèce » (L. 28, § 1, D. *ad L. Aquil.*), et le génitif *furti* ne doit pas être considéré comme dépendant de *ex causa*; le sens est « on accorde selon les circonstances l'action *furti*, ou bien celle *vi bonorum raptorum*, ou bien encore même celle *ad exhibendum*. » Il importe peu que l'action *furti* ne soit pas *rei persecutoria*, parce qu'elle est plus que suffisante pour mettre à couvert l'intérêt du demandeur. L'énumération n'est d'ailleurs complète d'après aucune interprétation.

(3) L. 55, § 4; L. 71, § 1, D. *de furtis*.

(4) L. 2, §§ 22-24, D. *vi bon. rapt.* — § 2, J. *eod.* — Il n'y a que cette différence, qu'on use de moins de rigueur que lorsqu'il s'agit du *furtum*.

ait l'intention de cesser ce droit (outre la possession) (1). L'action *ad exhibendum* peut aussi, il est vrai, être employée sans aucun rapport à une autre action, mais elle exige également l'existence du même intérêt que nous avons trouvé nécessaire pour les actions dont nous venons de parler (2). Chacune de ces trois actions nécessite donc l'accomplissement de conditions que le droit de la possession ne renferme pas, et on peut par conséquent se figurer des cas dans lesquels le droit de la possession est violé, sans que le possesseur puisse recourir à une action, tandis que l'interdit *de vi* devrait être accordé sans aucun doute, si l'objet de la possession était un immeuble. On se rendra assez bien raison de cette lacune en méditant l'essai que nous avons fait plus haut de déduire les interdits de l'histoire générale de la possession. Mais beaucoup d'auteurs hésiteront peut-être à adopter notre hypothèse, et d'autres pourraient être d'avis qu'elle n'explique pas tout, parce qu'en transformant la possession dans l'institution juridique qu'on nous présente actuellement comme telle, on aurait dû avoir aussi égard à tout ce qu'un pareil changement pouvait nécessiter. Nous tâcherons, pour ces motifs, d'expliquer encore cette lacune à l'aide de nos sources de droit. Ces trois actions qu'Ulpien nous cite comme compléments de l'interdit *de vi* pour les choses meubles, sont plus anciennes que les interdits; elles avaient donc épuisé, lors de l'introduction de ceux-ci, la plupart des cas dans lesquels la possession d'une chose meuble était perdue. Or, les interdits, comme tout l'Édit, n'étaient point le produit du raisonnement, mais bien le résultat des besoins qu'on éprouvait; il était donc naturel qu'on n'ait pas établi pour quelques cas rares qui pouvaient se rencontrer en fait de possession des choses meubles, un interdit *recuperandæ possessionis* particulièrement destiné à les régir, quoiqu'une conséquence rigoureuse ait dû porter à protéger, aussi dans ces cas exceptionnels, le droit de la pos-

(1) L. 2, § 18, D. *vi bonor. rapt.* — § 1, J. *eod.*

(2) L. 5, §§ 9, 10, 11, D. *ad exhibendum*.

session. Cette explication trouve sa confirmation dans une circonstance que voici : celui qui exerce, comme représentant, la possession d'une chose meuble pour un autre, peut commettre une infidélité à ce dernier, et acquérir lui-même la possession ; mais le droit romain établit en termes exprès, que cette acquisition et cette perte de possession ne peuvent être précédées que par un acte qui constitue en même temps un *furtum* (1). Un motif de cette disposition exceptionnelle pourrait consister en ce que le législateur a voulu que la possession ne fût perdue que lorsque la chose serait soustraite à l'usucapion, comme *res furtiva* ; mais un second motif, beaucoup plus général, paraît s'accorder avec notre explication. En effet, le possesseur ne perd la possession et, par conséquent, l'interdit *utrubi*, que lorsqu'il a acquis une nouvelle action par le *furtum* du représentant, de sorte que cette disposition a pour but de restreindre le nombre des cas dans lesquels la possession d'une chose meuble est violée, sans que le possesseur ait droit à une action basée sur cette violation. — C'est ainsi que la chose s'explique, lors même qu'on s'astreint rigoureusement à la manière de voir qu'établit le texte cité du jurisconsulte Ulpien. Mais en faisant abstraction de ce texte, et en se fondant sur l'économie intérieure du droit ancien, tout s'explique encore mieux et d'une manière plus satisfaisante par l'ancienne forme de l'interdit *utrubi*, parce qu'il faisait atteindre le but pour lequel nous cherchons maintenant vainement un interdit. En effet, l'interdit *utrubi* accordait gain de cause à celui qui avait eu, dans la dernière année, la possession d'une chose meuble plus longtemps que son adversaire, mais il défendait de porter en ligne de compte, pour la computation des deux espaces de temps, la possession *viciouse* (2). Il s'ensuit que si celui qui était dépossédé avec violence d'une

(1) L. 4, § 18, D. de *possess.*

(2) Gajus, liv. 4, § 150 : « Si vero de re mobili, tunc eum potiore esse jubet, qui majori parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit (*possidet*). »

chose meuble, intentait son action possessoire dans l'année, il était sûr de gagner, car sa possession avait certes duré plus longtemps que celle de son adversaire qui était censé, à cause de la violence, ne pas du tout posséder. Cet interdit remplissait donc en réalité, pour les choses meubles, parfaitement le même but que l'interdit *de vi* était destiné à atteindre pour les immeubles, pourvu qu'on observât le temps de la prescription annale. On ne peut vouloir réfuter cette manière de voir, en alléguant qu'Ulpien ne cite pas, dans le texte ci-dessus invoqué, l'interdit *utrubi* auquel on aurait dû s'attendre avant tout autre : cet interdit ayant reçu, en droit de Justinien, un caractère tout différent, il était très-naturel qu'on ait rejeté des Pandectes tout ce qui, dans les passages des jurisconsultes, en rappelait l'ancienne forme (1). — Notre exposition fait donc voir que la lacune dont il s'agit n'existait point en droit ancien, et n'a pris naissance que par suite de la transformation qu'a subie l'interdit *utrubi* en droit de Justinien. Mais cette dernière assertion même n'est point exacte ; on avait déjà eu soin, bien longtemps avant Justinien, de protéger, d'une autre manière, celui qui était dépossédé d'une chose meuble : l'interdit *de vi* était sorti des limites étroites qui restreignaient son application uniquement aux immeubles ; le droit de Justinien l'accorde, sans aucune distinction, tant aux choses meubles qu'aux immeubles.

Valentinien ordonne que la prise de possession violente de toute chose eût une double conséquence : d'abord, la restitution de la possession, et *en second lieu*, (comme *punition* infligée à cause de la violation), la perte de la propriété, ou lorsque celui qui avait commis le trouble n'était pas propriétaire, le paiement d'une somme égale à la valeur de la propriété (2).

(1) Cette explication, basée sur l'interdit *utrubi*, a été ajoutée, pour la première fois, à la 4^e édition.

(2) L. 5, Cod. Theodos. *unde vi*. — Const. 7, Cod. Justin. *eod.* (Il n'y avait que l'occasion à laquelle la loi a été rendue qui fût spéciale ; la loi elle-même était générale dès le principe.) — § 1, J. de *vi bonor. rapt.* — § 6,

Ce n'est que la première de ces deux obligations qui nous concerne ici ; elle renferme une extension toute pure de l'interdit *de vi* aux choses *meubles*. Ce n'est pas seulement la liaison dans laquelle on la trouve avec l'interdit dans les sources mêmes (1), qui nous prouve que les législateurs la regardaient eux-mêmes sous ce point de vue, c'est-à-dire comme une simple modification de l'ancien interdit *de vi*, mais encore cette circonstance qu'on ne détermine pas ultérieurement les conditions dont dépend l'application de cette règle, circonstance qui serait inconcevable dans une disposition si importante et si fréquente en d'autres conséquences, si elle ne constituait pas un renvoi tacite aux conditions connues de l'interdit *de vi*. [Addition à la 4^{me} édition.] La manière de voir que nous venons d'établir relativement à l'influence des lois concernant l'abus de se faire justice soi-même, sur l'interdit *de vi*, est exactement la même que celle que nous avons exposée dans les trois éditions précédentes. Thibaut l'a récemment contestée (2), dans une dissertation sur ce sujet ; nous avons donc cru devoir la soumettre à un nouvel examen ainsi que rendre un compte détaillé du résultat de nos nouveaux efforts. — Voici un extrait de ce que Thibaut dit : « Les Pandectes ordonnent, d'une part, expressément que l'interdit *de vi* ne s'applique que lorsqu'il s'agit de biens-fonds ; d'autre part, le Code et les Institutes placent les peines établies contre l'abus de se faire justice soi-même, à côté de l'interdit. Mais cette dernière circonstance n'est guère impor-

J. *de interdictis*. Les lois suivantes renferment de simples applications : Const. 54, C. *de loc.* — Const. 10, C. *unde vi*. — Nov. Theod. (Valentin), tit. 19 (dans Ritter, p. 56). — Les L. 12, § 2 ; L. 13, D. *quod metus causa*, et L. 7, D. *ad leg. Jul. de vi priv.*, présentent des principes de droit analogues. — Une trace de l'existence antérieure du même principe de droit se trouve dans la L. 2. Cod. Theod. *fin. regund.*, et Const. 4, Cod. Justin. *eod.* — L'auteur principal, pour l'interprétation historique, est Godefroy sur les passages cités du Code théodosien.

(1) L. 5, Cod. Theod. *unde vi*. — Const. 7, Cod. Justin. *eod.* — § 6, J. *de interdictis*.

(2) Gensler, *Archiv*, t. I, Heidelberg, 1818, in-8°, p. 105-111.

tante dans une législation composée avec autant de négligence que la compilation de Justinien, et ce n'est conséquemment que la première qui paraît devoir décider : l'interdit a donc conservé son ancienne nature, et ce n'est qu'accidentellement qu'il a été fait mention, à côté de l'interdit, des peines qui menacent l'abus de se faire justice soi-même. De là la conséquence (c'est toujours Thibaut qui raisonne) que l'enlèvement par violence de choses meubles ne donne lieu aujourd'hui, comme anciennement, qu'à des actions, c'est-à-dire à la procédure ordinaire, et nullement aux interdits, c'est-à-dire à la procédure sommaire. — Précisons d'abord exactement l'objet de la controverse. Nous ne pouvons, en premier lieu, reconnaître pour tel la question de savoir si, dans les cas qui nous occupent, on doit procéder sommairement, ou bien si l'on suit la procédure ordinaire. Ce que la *procédure* des interdits présentait de particulier a entièrement disparu en droit de Justinien. Il est bien vrai qu'elle opérât, dans le principe, une différence entre les actions et les interdits (quoique la différence n'ait jamais été celle qui distingue la procédure sommaire de la procédure ordinaire) ; mais cette différence était de tout temps très-secondaire et certes sans importance à côté de cette autre, à savoir s'il y a un droit à l'action ou non. La *forme de la procédure* qu'on doit suivre lors de l'enlèvement de la possession d'une chose meuble, ne constitue donc point, à ce qu'il nous semble, l'objet de la controverse ; le voici plutôt. Les interdits *de vi, uti possidetis* et *utrubi* peuvent, sans contredit, donner gain de cause à celui qui n'a aucun droit à la chose, à celui qui ne prétend pas en avoir, voire même à celui qui est parvenu de la manière la plus injuste, par exemple, par l'emploi de la violence, à avoir la possession et qui est sur ce point en aveu. Ceci n'est soumis à aucune contestation ; c'est là ce qui constitue le caractère distinctif des actions possessoires, et il en aurait encore été ainsi, lors même que ces voies judiciaires auraient été de tout temps actions et jamais interdits. Mais lorsqu'on nous enlève, par l'emploi de la violence, la possession d'une chose meuble, il s'élève la question de savoir comment il faut traiter ce cas.

Lorsqu'on l'appécie, d'après les principes qui régissent les interdits possessoires, on nous rendra la possession quoique nous l'ayons peut-être eue sans droit ni prétexte. Lorsqu'on repousse au contraire ces principes, on ne nous restituera la possession ni par la procédure sommaire ni par celle ordinaire; car il nous faudrait, pour revendiquer la chose, en avoir la propriété : pour intenter l'action *furti et vi bonorum raptorum*, nous devons également ou être propriétaire, ou avoir un autre droit réel, ou bien être responsable envers quelqu'un qui jouit d'un pareil droit (par exemple, en qualité de locataire); de même, pour recourir à l'action *ad exhibendum*, nous devons avoir un intérêt relatif à la chose et basé sur un droit; toutes ces actions exigent, comme l'accomplissement d'une condition indispensable, l'existence d'un véritable droit matériel relatif à la chose, et en cela la possession seule ne suffit en aucune manière. L'opinion de Thibaut, si nous le comprenons bien, coïncide avec cette dernière hypothèse; il repousse, pour les meubles, les principes des interdits possessoires et refuse au possesseur tout droit à une action.— Voici maintenant notre opinion. Nous avons droit à une action par suite de la possession seule et sans être investis d'aucun droit matériel. Comme nous l'avons démontré, c'était l'interdit *utrubi* qui jusqu'à Justinien compétait, à cet effet, au possesseur; mais les lois concernant l'abus de se faire justice soi-même nous ont donné droit à une autre action et c'est là ce que nous allons prouver. La Const. 7, C. *unde vi*, comprend sans contredit les choses meubles et les choses immeubles sans distinction; comme nous le démontre la manière générale dont elle s'exprime et l'application qu'on fait de cette disposition dans le § 1, J. *de vi bon. rapt.* Elle ordonne que celui qui nous enlève, de sa seule autorité et sans droit, la possession, doit d'abord nous la rendre, et puis, lorsqu'il est propriétaire de la chose, en perdre la propriété en notre faveur, ou bien, lorsque la chose ne lui appartient pas, nous en payer la valeur en espèces. *La restitution de la possession* (abstraction faite de la peine) a donc lieu, au vœu de la loi, dans tout cas dans lequel on se fait justice soi-même, sans qu'on

établissee une distinction entre les choses meubles et les choses immeubles, ou qu'on examine si le dépossédé avait ou non un droit à la chose. Conséquemment la possession seule, violée dans certaine forme, constitue, tout comme dans les anciens interdits, l'unique condition du recours ouvert par la constitution 7 citée, ou, en d'autres termes, l'ancien principe de l'interdit *de vi* a été étendu à la possession des choses meubles. On n'est même pas en droit de parler d'extension, parce qu'on pouvait déjà, du temps de cette constitution, réclamer la restitution par l'interdit *utrubi*, bien qu'on ne fût pas possesseur. Notre opinion ne repose donc point sur ce que le Code et les Institutes ont intercalé la peine dont ils menacent celui qui se fait justice lui-même, dans la matière de l'interdit *de vi*, sur une interprétation rigoureusement conforme à la lettre de la loi et contraire à son esprit, des mots *possessionem* quam abstulit, restituat *possessori*, mais bien sur une simple conséquence du précepte incontestable de ce texte du Code. La question principale était donc celle de savoir s'il faut attribuer au simple possesseur qui a perdu, par suite de la violence, la possession de sa chose meuble, le droit à une action en restitution? Nous nous sommes déclaré pour l'affirmative, et celui qui l'admet, est d'accord avec nous sur le point capital. Quant à la seconde question, à savoir si ce recours particulier, c'est-à-dire tout différent de l'action *furti, vi bonorum raptorum*, etc., a la nature d'un interdit ou d'une action, nous ne la reconnaissons plus comme susceptible d'être l'objet d'une controverse. Il nous reste, à la vérité, encore la troisième question, celle de savoir quels sont les principes qui doivent régir les détails de ce recours ouvert au simple possesseur. Nous qui ne voyons dans le droit de recours dont il s'agit qu'une extension donnée à l'interdit *de vi*, nous croyons qu'il faut y appliquer toute la théorie de ce dernier. L'une des conséquences les plus importantes consiste alors en ce que ce n'est que la véritable possession juridique qui nous investit de ce droit, que la simple détention ne suffit point, et c'est pour ce principe que je trouve des preuves : 1^o dans les mots *possessionem..... restituat possessori*;

2° en ce que la constitution est insérée dans le titre *unde vi*; 3° dans la circonstance que, s'il en était autrement, nous n'aurions aucune disposition sur les détails du nouveau droit, reproche qu'on ne peut plus adresser au législateur, lorsqu'on ne considère le recours que comme une extension de l'interdit *de vi*. Thibaut fait observer, contre nos raisons, que les Pandectes restreignent encore toujours cet interdit aux biens-fonds. Mais ne trouvons-nous pas quelque chose de parfaitement analogue dans beaucoup d'autres cas qui nous présentent des principes de droit successivement modifiés et que personne ne trouve étranges? Regardons, par exemple, l'action *Legis Aquiliæ*; on lit dans un texte que le propriétaire seul y a droit (1), tandis qu'on lit, un peu plus loin, dans un autre (2), qu'une action utile compète à l'usufruitier. — Nous ajouterons encore, avant de terminer, une autre observation à l'appui de notre opinion. Dans le droit ancien, l'interdit *utrubi* accordait au possesseur la protection dont il s'agit ici; il a cessé d'exister en droit de Justinien, et une grande lacune aurait dû se former dans le droit pratique. Il ne serait pas impossible, à la vérité, que l'inattention des compilateurs n'ait été poussée à ce point; mais il est bien plus naturel de supposer qu'on n'a changé l'interdit *utrubi* que précisément parce qu'on s'apercevait que, depuis longtemps, on arrivait d'une autre manière, aux fins que cet interdit était destiné à atteindre.

L'effet de l'interdit se détermine très-simplement : on doit replacer le dépossédé dans la même position qu'il avait avant la *dejectio*. — A. Il faut donc, en premier lieu, la restitution de la possession perdue. Lorsque le défendeur est encore nanti de la chose, ce principe ne rencontre pas de difficulté; mais lorsqu'il n'en a jamais eu la possession ou lorsqu'il l'a perdue, il n'est pas moins obligé à la restitution, c'est-à-dire qu'il doit payer la valeur de la possession (3). — B. Celui qui a commis

(1) L. 11, § 6, D. *ad Leg. Aquilianam*.

(2) L. 11, § 10, *eodem*.

(3) Il faut bien distinguer cette valeur de la possession de la valeur de la

la violence est tenu de tous les dommages que la *dejectio* peut avoir occasionnés (1). Voici quelques-unes des applications les plus importantes de cette règle : a. Lorsque nous avons perdu, par suite de la *dejectio*, d'autres choses en même temps, nous avons droit à leur restitution ou bien à leur valeur. Le droit ancien déjà permettait d'étendre, sous ce rapport, l'interdit aux choses meubles, et l'Édit lui-même énonçait spécialement ce cas (2) : la possession juridique n'est même pas exigée pour ces choses (3), et il importe peu quant à elles, comme quant à la chose principale, que le défendeur en ait la possession ou

chose, c'est-à-dire de la propriété qui ne nous intéresse pas ici. L. 6, D. *de vi*. — C'est à grand tort que la glose enseigne que la valeur de la chose doit toujours être payée et que l'intérêt spécial qu'on peut avoir à la possession ne peut qu'élever cette valeur.

L. 1, § 42, D. *de vi* : « Ex interdicto unde vi etiam is, qui non possidet, restituere cogetur. » — L. 15, *eod.* : « Si vi me dejeceris... quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit : quia in eo ipso culpa tua præcessit, quod omnino vi dejecisti... » (Cfr. L. 1, § 56, D. *eod.*) — Le passage qui suit immédiatement (L. 16, *eod.*) renferme une application très-remarquable de la règle : lorsqu'un fils de famille (*filius familias*) se rend coupable de la *dejectio*, son père est tenu de *id quod pervenit*, et il paraîtrait donc que le fils ne doit plus être obligé à la restitution pour le même objet, parce qu'il ne l'a plus; mais notre règle en dispose autrement et statue la responsabilité du fils *aussi pour cet objet* : « Interdicto unde vi uti potes, si a filio familias dejectus es, ut et ejus causa quod ad patrem pervenit ipse teneatur. » C'est ainsi que lisent plusieurs manuscrits de Paris; les éd. Ven. 1485; Lugd. 1509, 1515; Paris. 1514, 1536; de même (avec cette seule différence qu'il y a un second *et* avant *ad patrem*) : Rom. 1476; Nor. 1485; Ven. 1494. — La leçon du manuscrit de Florence en diffère extrêmement et paraît évidemment corrompue; celle d'Haloandre est tirée de plusieurs autres.

(1) L. 1, § 41 (cpr. § 51), D. *de vi* : «... Vivianus refert, in hoc interdicto omnia, quæcunque habiturus vel adsecuturus erat is qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice æstimare debere : eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse. »

(2) L. 1, pr. D. *de vi* : « *quæque tunc ibi habuit.* » La commentation de ces mots se trouve dans la L. 1, §§ 52, 53, 54, 57, 58, D. *eod.*

(3) L. 1, § 55, D. *de vi*.

non (1). — *b.* Les fruits des choses perdues par suite de la *dejectio* doivent aussi être restitués : on en fait la computation à partir de l'instant de la *dejectio* (2), et il importe peu que le demandeur les ait réellement perçus ou non, pourvu que le *dejectus* ait pu les percevoir (3). — *c.* Si la chose a été endommagée après la *dejectio* (par exemple, si la maison est devenue la proie d'un incendie), cette perte doit être réparée, lors même qu'elle n'aurait aucunement été causée par la faute (*culpa*) du défendeur : il faut seulement que le dommage soit de nature à convaincre le juge qu'il n'aurait pas eu lieu, si la *dejectio* n'avait pas été opérée (4). — *d.* L'une des questions les plus importantes de notre matière est celle de savoir, si l'on est tenu de la réparation du dommage résultant de l'interruption de l'usucapion, lorsque celle-ci avait déjà commencé à courir en faveur du possesseur troublé (5)? Le précepte général en vertu duquel le *dejectus* doit être entièrement indemné, nous fait pencher pour l'affirmative, et le texte même des Pandectes (6), qui se prononce pour la négative dans le *furtum*,

(1) L. 1, § 54; L. 19, D. *de vi*. — Paul, V, 6, § 8.

(2) L. 1, § 40, D. *de vi*.

(3) Const. 4, C. *unde vi*.

(4) L. 1, § 55, D. *de vi*. — Paul, V, 6, § 8. — L. 14, § 11, D. *quod metus causa*.

(5) C'est une tout autre question que celle de savoir en quoi consiste cette réparation. Dans l'hypothèse, par exemple, qu'il ne faudrait plus que peu de jours pour que l'usucapion soit achevée, on pourrait, sans aucun inconvénient et sans scrupule, adjuger au demandeur la valeur de la propriété, parce que l'acquisition de cette dernière était déjà si certaine. Hormis ce cas, on ne peut imaginer, pour décider la cause sans commettre de l'injustice, d'autre voie sûre que les cautions : lorsque le propriétaire revendique alors, l'usucapion n'aurait été utile en aucun cas, son interruption n'aurait pas nui et ne donnera donc pas lieu à une réparation, pourvu toutefois que ce ne soit pas l'acte de violence qui ait appelé l'attention du propriétaire sur la chose, qu'on puisse prouver que ce dernier aurait intenté la revendication, lors même que l'acte de violence ait été commis.

(6) L. 71, § 1, D. *de furtis* : « Ejus rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quam vis usucapere quis possit : quia

peut être considéré comme confirmatif de cette décision ; car l'unique motif sur lequel il s'appuie consiste à alléguer que, dans le cas dont il s'occupe, il n'y a pas d'intérêt qui ait pour base un autre droit déjà acquis, et c'est précisément cette nécessité de l'existence d'un intérêt juridique qui distingue l'*obligatio furti* du droit de la simple possession. Lorsqu'il est impossible d'administrer la preuve de la perte de chaque chose en particulier, perdue par suite de la *dejectio*, le serment du demandeur décide et de la perte même et de la valeur des objets, mais le juge doit préalablement fixer, d'après les circonstances que présente l'espèce, un *maximum* qu'il n'est pas permis au demandeur de dépasser (1).

« furti agere potestis, cujus interest rem non subripi : interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est : non ejus, qui lucrum factururus esset. »
(Dans les trois premières éditions nous comprenions ce passage dans un sens absolu, c'est-à-dire, de toute usucapion ; mais nous sommes convaincu maintenant qu'il n'a rapport qu'à la *improba pro herede usucapio* du droit ancien, et que c'est par mégarde qu'il a été inséré dans les Pandectes (Gajus, II, 55, 56) ; car personne autre que le *bonæ fidei possessor* ne peut acquérir par usucapion selon les dispositions de nos sources, et ce dernier a réellement l'action *furti* (L. 12, § 1, D. *de furtis*. — § 15, J. *de oblig. que ex delict.*), qu'on devait lui accorder pour être conséquent, parce que la *bonæ fidei possessio* est un droit déjà présent, acquis, qu'elle forme une partie de nos biens (L. 49, D. *de verb. signif.*), et qu'elle est même protégée par une action qui lui est propre, l'action publicienne. Le terme *lucrum facere* ne veut donc pas dire, dans notre passage, comme dans la donation, qu'on s'est enrichi ; il ne fait que désigner l'injustice de ce gain, la *malæ fidei possessio*.

(1) Const. 9, C. *unde vi* (*Juramentum Zenonianum*). — On trouve ordinairement entre le *jusjurandum in litem* et le *juramentum Zenonianum* cette différence, que celui-ci ne concerne que la valeur de la chose demandée et suppose tout le reste déjà prouvé. A. Faber, *Conjecturæ*, XVI, 15, n° 21 ; XVI, 17, n° 26 ; quelques jurisconsultes pourtant ne voient dans ce dernier serment qu'une application du *jusjurandum in litem* ordinaire (Cujas, sur cette loi, *Oper.*, t. 9, p. 1160). (Dans les trois premières éditions nous professons la première de ces opinions, mais nous croyons maintenant devoir nous déclarer pour la seconde, car l'expulsion du bien-fonds, fondement de l'action, doit se prouver préalablement, et lorsqu'on confirme alors par le

Les conditions et l'effet de l'interdit sont maintenant fixés ; il ne nous reste plus qu'à déterminer les exceptions qui le restreignent (1). — La première exception concernait ici, comme dans les interdits *RETINENDÆ possessionis*, l'origine de la possession dont le demandeur était dépouillé. Lorsque cette possession avait commencé *vi*, *clam* ou *precario*, de sorte que le défendeur en cause avait lui-même été dépossédé par la violence, etc. (*AB ADVERSARIO vi possidere*), alors l'interdit était exclu (2), hormis le seul cas de l'interdit *de vi armata*, auquel on ne pouvait pas opposer cette exception (3). Le motif pour

serment la perte de choses meubles, ce serment n'a rapport qu'au montant du dommage résultant de la *dejectio*.

(1) Nous ferons déjà observer ici que l'interdit *de vi ARMATA* était affranchi de toutes exceptions. Cicéron, dans son plaidoyer pour Cæcina, ch. 8 : « P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, de vi, hominibus armatis, sine ulla exceptione. » — Chap. 22 : « Vim, quæ ad caput et vitam perfinet, restitui sine ulla exceptione voluerunt. » — Chap. 52 : « ...ut, qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret. »

(2) Cicéron, *Pro Tullio*, chap. 44. Le même, dans son plaidoyer pour Cæcina, ch. 52 : « In illa vi quotidiana ...ne id quidem satis est, nisi doceat, ita se possedis, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit. » — Cicéron, *Ep. ad famil.* VII, 15 : « neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas. Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris. » La particule *non* que Manutius explique d'une manière très-étrange, et que plusieurs autres prétendent même retrancher, faisait partie de la formule ordinaire de l'exception dans laquelle le défendeur, aussi bien que le préteur, faisait une allocution au demandeur ; cpr. la L. 1, § 7, D. de cloacis : « non esse in interdicto addendum : quod non vi, non clam, non precario, ab illo usus (al. usus es). » Quod non remplace ici nisi. V. l'interprétation de cette négation dans Gajus, IV, 119. — Paul, V, 6, 7 : « Qui vi, aut clam, aut precario possidet, ab adversario impune dejicitur. » (*Impune*, c'est-à-dire que l'adversaire n'a pas à craindre l'interdit dont il s'agit uniquement ici ; la *dejectio* pouvait néanmoins toujours constituer un crime.)

— *Fragmenta legis Thoria* (dans Haubold, *Monumenta legalia*, p. 15) : « Qui... ex possessione. vi. ejectus. est. quod. ejus. is. quei. ejectus. est. possiderit. quod. neque. vi. neque. clam. neque. precario. possederit. ab. eo. quei. eum. ea. possessione. vi. ejecerit. rel. »

(3) Cicéron, dans son discours pour Tullius, ch. 44, et dans celui pour Cæcina, chap. 52. — Gajus, liv. IV, §§ 154, 155.

lequel on admettait cette exception, hors du cas de la violence commise en armes et dont nous venons de faire mention, consistait le plus souvent (1) en ce que le défendeur aurait alors eu droit à un interdit *recuperandæ possessionis* qu'il aurait pu intenter avec succès après avoir succombé dans le premier procès ; en accordant une exception contre l'interdit *de vi*, au lieu de donner un nouvel Édît, ne faisait donc qu'éviter les longueurs inutiles d'une double instance : mais celui qui s'était rendu coupable d'une violence armée (*vis armata*) ne devait pas jouir du même avantage. — Justinien rejette cette exception de la manière la plus absolue et parle de ce qu'elle n'est pas admissible, comme d'une chose très-connue (2) ; les opinions de nos jurisconsultes sont très-partagées sur cette question. Les uns prétendent que Justinien a tacitement modifié le droit ancien. Les autres lui font faire cette innovation dans une constitution qui serait perdue ; d'autres encore supposent chez Tribonien une ignorance complète du droit ancien (3) : cette dernière hypothèse que défend principalement Hotman, nous paraît bien plutôt le résultat de l'ignorance que la disposition du compilateur : on n'avait nul besoin d'une nouvelle loi parce que l'abrogation du précepte ancien résultait de l'introduction d'un autre principe de droit, nouveau et très-connu de nos légistes.

En effet, d'après les constitutions, la *dejectio* faisait même perdre la propriété, lorsque celui qui commettait l'acte de violence était investi de ce droit réel : lorsqu'il n'avait donc été que possesseur, tout droit résultant de sa possession était certes d'autant plus perdu. Or, l'exception dont il s'agit se fondait sur son *jus possessionis* dont on l'avait précédemment dépossédé par l'emploi

(1) Cpr. plus haut, p. 592, note 1.

(2) § 6, J. de interdictis : « Nam ei (sc. dejecto) proponitur interdictum « unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. »

(3) Duarein, *Disp. anniv.* I, 20. — Hotomanus, *Observ.* VII, 6. — Cujas et Schulting, sur Paul, V, 6, § 7.

de la violence; il était par conséquent très-naturel qu'on ne fût plus recevable à proposer cette exception dès que les constitutions dont il est question furent rendues, et qu'il ne fallait point une nouvelle loi pour les exclure (1). Les jurisconsultes de Justinien doivent avoir considéré la chose de cette même manière; c'est ce que nous apprennent non-seulement le texte cité des Institutes, qui ne paraît guère susceptible d'une autre interprétation (2), mais encore quelques traces du droit ancien que les Pandectes nous ont conservées, tout en retranchant très-adroitement des textes les divers points dans lesquels on aurait pu trouver la preuve directe, c'est-à-dire obtenue autrement que par un argument (*a contrario*, etc.), pour une disposition *différente* du droit ancien. Voici quelques passages qui étayeront notre assertion (3) :

L. 1, § 30, D. *de vi* : « Qui a me vi possidebat, si ab alio de-
« jiciatur, habet interdictum. »

L. 18, pr. D. *de vi* : « ...emptorem quoque ...interdicto ...te-

(1) Déjà Schulting (*v.* la note précédente) croit que ces constitutions ont occasionné le nouveau principe de droit; mais il paraît qu'il n'a pas bien saisi leur liaison; car s'il en avait eu des notions exactes, il aurait dû rejeter toutes les autres opinions qu'il approuve pourtant aussi. — On pourrait peut-être nous objecter que l'édit de Theoderic, ch. 76, mentionne l'interdit *avec* ces exceptions (« Illi res occupata per violentiam... reddetur, qui... nec vio-
« lenter, nec abscondite, nec precario possidet »), attendu qu'à cette époque les lois sur l'abus de se faire justice soi-même existaient déjà. Mais on conçoit facilement que la législation de Justinien eût fait attention à la conséquence intérieure que l'on passa sous silence dans l'édit. (Add. à la 6^e éd.)

(2) Il est vrai que ce paragraphe des Institutes mentionne d'abord l'interdit même avec ses modifications (par conséquent, la *rei persecutio* en général) et que ce n'est qu'après qu'il cite la *peine* menacée dans les Constitutions, en ne s'appuyant sur ces dernières que relativement à la peine; mais nous ne voyons aucun obstacle dans cette circonstance.

(3) La L. 1, D. *de vi*, ne parle plus de l'exception que l'Édit devait certes renfermer, et cette seule circonstance prouve déjà à l'évidence que les dispositions relatives à notre sujet, telles qu'elles se trouvent modifiées dans la législation de Justinien, ne sont point le résultat de l'ignorance des compilateurs.

« neri : non enim ab ipso, sed a venditore, per vim fundum esse
« possessum »

L. 17, D. *de vi* : « ...ideoque si te vi dejecero, ilico tu me,
« deinde ego te : unde vi interdictum utile illi erit (1). »

L. 14, D. *de vi* : « Sed si vi armata dejectus es, sicut ipsum
« fundum recipis, etiam si vi, aut clam, aut precario eum possi-
« deres (2) : ita res quoque mobiles omnimodo recipies. »

La seconde exception qu'on peut opposer à l'interdit concerne la *prescription*. Lorsqu'une année s'est écoulée, elle exclut l'interdit (3); mais cette règle souffre les restrictions que voici : A. Lorsque le défendeur a acquis quelque chose par la *dejectio* (*in id quod ad eum parvenit*), il n'est pas en droit d'invoquer cette exception (4). On ne peut donc pas se retrancher derrière elle dans les cas les plus importants qui donnent le recours à l'interdit, c'est-à-dire, lorsque le défendeur a encore la possession et que le demandeur réclame la possession même et non

(1) Voici la première partie du texte : « Celui qui dépossède *in continenti*
« le *dejector*, n'a réellement jamais perdu la possession. » On tire alors de ce principe cette conséquence : « Lorsque je vous enlève la possession par
« l'emploi de la violence et que vous m'en expulsez immédiatement après
« (*ilico*) de la même manière, mais que j'occupe, par la suite (*deinde*)
« de nouveau la même possession, l'interdit exercera son effet contre moi
« (*utile tibi erit*), » c'est-à-dire que l'exception ne l'exclut pas, comme nous devrions le prétendre, si la seconde *dejectio* (*ilico tu me*) avait été une véritable *dejectio* et non pas plutôt une simple *défense* de la possession.

(2) Ces mots (*etiam ...possideres*) doivent s'entendre d'une manière absolue; il ne faut pas distinguer si l'on possède *ab adversario* ou *ab alio vi*, clam, precario.

(3) L. 1, pr. D. *de vi* : « de eo ...tantummodo intra annum... judicium
« dabo. » — L. 1, § 39, *eod.* : « Annus in hoc interdicto utilis est. » —
Cpr. Const. 2, C. *eod.*

(4) L. 1, pr. D. *de vi* : « ...post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit,
« pervenerit, judicium dabo. » — L. 7, § 5, D. *comm. divid.* : « ...placuit etiam
« post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi » (c'est-à-dire, dans la supposition qu'on n'avait pas besoin d'exprimer, parce qu'elle est sous-entendue, que le *dejector* ait acquis quelque chose par son acte de violence).
— Cpr. L. 5, § 1, D. *de vi*. — Const. 2, C. *unde vi*.

pas la réparation du dommage (1). — *B.* Notre exception ne trouva pas son application lorsqu'il s'agissait de la *vis ARMATA* (2), mais les recueils de Justinien ne renferment plus aucune trace de cette restriction. — *C.* Une constitution de Constantin (3) ordonne que l'exception ne peut être opposée lorsque les gens du possesseur ont été dépossédés pendant son absence (4). L'*interdit* n'est alors restreint à aucun temps, sans distinguer si le possesseur, à son retour, intente lui-même son action, ou si ses gens y ont recours encore avant ce terme; car la même constitution a investi ces derniers du droit particulier de faire usage de l'*interdit* sans mandat exprès, et néanmoins en qualité de procureurs du possesseur.

L'une et l'autre des exceptions dont nous venons de parler ont, avec l'*interdit*, un rapport qui constitue leur essence; mais dans le nombre des exceptions qui peuvent se rencontrer d'une même manière dans toutes les actions, il y en a une dont nous devons faire ici mention particulière, parce que son application est restreinte dans notre matière. L'exception *pacti* est prohibée ici comme à l'égard de tous les actes illégaux

(1) Il est impossible de tomber dans plus d'erreurs sur cette exception que Domat, en fort peu de mots, dans ses *Lois civiles*, III, 7, sect. 1, § 18, et sect. 2, § 50 : « Celui qui a été dépossédé par la violence, conserve encore, pendant une année, la possession et, avec elle, l'*interdit* : lorsque ce temps s'est écoulé, la possession aussi bien que l'*interdit* est perdue, et il ne reste plus rien autre que la revendication. » Nous ne savons pas ce que renferment les ordonnances que cite le jurisconsulte français, mais leur contenu ne peut point l'excuser, parce qu'il trouve ces dispositions également dans le droit romain.

(2) Cicéron, *Epist. ad fam.* XV, 16 : « Postulabimusque, ex qua hæresi, « vi, hominibus armatis dejectus vis, in eam restituare. In hoc interdicto « non solet addi : in hoc anno. Quare si jam biennium, aut triennium est, « ...in integro res nobis erit. »

(3) Const. 1, C. si per vim (L. 1, Cod. Theod. unde vi).

(4) L'absence que suppose ce cas-ci n'est pas tout à fait la même que celle dont nous parlions par rapport à la perte de la possession; il s'agit ici d'une absence de longue durée.

lorsque le pacte est intervenu avant que l'acte illégal n'ait été commis.

L. 27, § 4, D. de pactis : « Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda : veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris : expedit enim timere (timeri) furti vel injuriarum penam. Sed post admissa hæc, pacisci possumus. Item, ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit (1), pacisci non possumus. »

§ 41. De l'*interdit* de clandestina possessione.

L'*interdit de clandestina possessione* paraît avoir été en tout point semblable à l'*interdit de vi*. Comme celui-ci, il exigeait, en premier lieu, l'existence de la possession juridique. Cette possession devait être perdue, et la forme illégale de l'acte qui en avait entraîné la perte donnait le droit de redemander la possession par cet *interdit*. — On appelle *CLANDESTINA possessio* celle dont l'appréhension a été cachée à un autre parce qu'on craignait qu'il ne se fût opposé (2). C'est donc du commencement de la possession que tout dépend : lorsque l'origine donne à la possession le caractère de clandestinité, ce vice ne disparaît point par la connaissance que le dépossédé acquiert de ce qui s'est passé (3), de même, la possession ne devient point clandestine lorsque le possesseur ne commence à la cacher qu'après son acquisition (4). Il y a pourtant une exception toute particu-

(1) C'est-à-dire, « parce que l'intérêt public exige qu'on n'exerce pas de violences et que la crainte qu'inspire l'*interdit* peut les empêcher. »

(2) L. 6, pr. D. de possess. : « Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et, ne faceret, timebat. »

(3) L. 40, § 2, D. de possess. : « si sciens tuum servum non a domino emerim, et tum (al. cum) clam eum possidere cœpisse, postea certiorum te fecerim : non ideo desinere me clam possidere. »

(4) L. 6, pr. D. de possess. : « ...Is autem, qui eum possideret non clam se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere : non enim ratio obtinendæ possessionis sed origo nanciscendæ exquirenda est. » La L. 4,

lière à cette règle et qui consiste en ce que le propriétaire de la chose n'est pas réputé *CLANDESTINUS possessor* quoique sa possession ait une telle origine (1). — Toutefois cette notion générale de la possession clandestine ne reçoit une signification juridique que pour autant qu'une violation de la possession s'y rattache. Il est vrai que plusieurs auteurs ont admis que la possession clandestine pouvait se présenter sans possession violée, par conséquent seulement quant à la propriété, de manière à interrompre la prescription (2); mais la chose possédée clandestinement (*res clam possessa*) n'est pas, comme telle, soustraite à l'usucapion; c'est la *res furtiva* seule qui s'identifie souvent avec la première, qui nous fait encourir cette déchéance. Cette opinion a été produite par les passages qui mentionnent une possession clandestine là où le possesseur a acheté la chose d'un tiers, et l'on dit que, dans ces cas, aucune violation de la possession n'est possible (3). Mais nous ferons remarquer que dans ces cas aussi le possesseur pouvait succomber par l'ancien interdit *utrubi*, qui ne donne nullement

pr. D. *pro suo*, paraît dire le contraire (« *tum enim clam possedissee vide-
« heris »* »); mais ce texte nous semble avoir rapport au droit particulier concernant l'*ancilla furtiva* et qui a un caractère tout exceptionnel. Cujas, sur la L. 40, § 2, D. *de possess.* (African. tr. 7. — Plus tard et beaucoup plus mal sur la L. 6, D. *de possess.*, *Oper.* VIII, p. 268); d'autres pensent qu'il renferme une exception pour le *furtum* en général: la glose, sur la L. 6, D. *de possess.* — Duarcin, L. 6, *de possess.* (*Oper.* p. 865.)

(1) L. 40, § 3, D. *de possess.* — Cujas, sur cette loi (African. tr. 7).

(2) Albert, § 57, et les auteurs qu'il cite. Nous-mêmes avons virtuellement admis cette manière de voir, dans la 5^e éd. p. 501 et 502, tout en en combattant les expressions. Toute cette exposition, entièrement opposée à celle que nous avons donnée, appartient à la 6^e éd.

(3) L. 40, § 2, D. *de poss.* — L. 4, pr. D. *pro suo*. L'explication que nous donnons aujourd'hui ne rencontre aucune difficulté dans le premier passage. Dans le second, le *clam possidere* fait, à la vérité, conclure à l'impossibilité de l'usucapion, mais ce n'est uniquement que parce que le titre *pro suo*, qui seul se conçoit ici, serait par là exclu. Il est certain que, d'après l'opinion des jurisconsultes, la chose était ici *furtiva*, de sorte que les deux points coïncidaient.

gain de cause à celui dont la possession est violée, mais bien à celui qui a possédé le plus longtemps, sans toutefois prendre, dans cette comparaison, la possession *violente, clandestine et précaire* en considération. Si donc la possession clandestine n'est que d'une seule espèce, elle sera aussi toujours la même, peu importe qu'on la considère comme base de l'interdit ou d'une exception. Ceux-là même qui admettent une double possession clandestine doivent cependant admettre la même espèce de clandestinité sans l'exception que dans l'interdit, c'est-à-dire celle qui viole la possession: ce raisonnement se fonde et sur la liaison intime de l'exception avec l'interdit, et parce que l'exception ne doit exclure que celui qui possède clandestinement *ab altero*, ce qui ne se peut concevoir que lorsqu'il s'agit d'une clandestinité qui viole la possession (1).

Il fallait donc, pour que l'interdit pût être accordé, que la possession juridique fût enlevée et que le mode employé à cet effet fit considérer la possession nouvelle comme *clandestine*. Mais ce ne sont pas là encore toutes les conditions; il était exigé, en outre, qu'un *immeuble* formât l'objet de la possession. Il est vrai que nous ne pouvons invoquer aucun témoignage exprès en faveur de cette condition, mais l'analogie la plus parfaite parle si haut en sa faveur, que nous pouvons presque nous passer de toute autre preuve. L'interdit *de vi* était en effet refusé pour les choses meubles, parce que d'autres actions en protégeaient déjà la possession lors de l'introduction des interdits. Ces mêmes actions, à la seule exception de celle *vi bonorum raptorum*, trouvaient également leur application à la *clandestina possessio* des choses meubles, de sorte qu'il paraît d'autant plus invraisemblable qu'on ait créé un interdit particulier pour ce cas, qu'on ne prenait même pas une pareille mesure pour la

(1) L. 1, pr.; L. 5, pr. D. *uti poss.* — Gajus, IV, 151. — C'est encore à tort que nous avons admis, dans la 5^e édition, que la possession clandestine était autre dans l'exception que dans l'interdit. Albert, § 71, avait déjà relevé cette inconséquence.

violenta possessio, cas qu'on considérait certes comme beaucoup plus important.

Les conditions de cet interdit sont maintenant entièrement déterminées, mais il nous reste encore à examiner une tout autre question, celle de savoir, si un pareil interdit existe encore réellement en droit de Justinien. On verra tout à l'heure pourquoi ce n'est que maintenant que nous soulevons cette question.

On ne peut s'appuyer, pour prétendre l'existence de l'interdit, que sur un seul témoignage isolé et qui est plus qu'équivoque. Ulpien dit dans une tout autre matière « que Julien adopte aussi un interdit particulier pour la possession clandestine, » sans d'ailleurs nous communiquer sa propre opinion (1). D'un autre côté, on ne fait même pas mention de cet interdit dans toute l'exposition que donnent des interdicts les Institutes et les Pandectes, et l'on ne saurait imaginer aucun cas dans lequel on pût l'appliquer, parce que tous les cas dans lesquels on a pu y recourir dans le temps, ou confèrent le droit de l'interdit *de vi*, ou bien ne font plus du tout perdre la possession (2). Les recherches historiques auxquelles

(1) L. 7, § 5, D. *comm. divid.* (il s'agit du droit qu'a le possesseur de provoquer un *judicium comm. divid.*) : « Julianus scribit, si alter possessor « provocet, alter dicat, eum *vi* possidere, non debere hoc iudicium dari, nec « post annum quidem : quia placuit, etiam post annum in eum, qui *vi* de- « jecit, interdictum reddi : et si *precario* inquit, dicat eum possidere, adhuc « cessabit hoc iudicium : quia et de *precario* interdictum datur. Sed et si « clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc « iudicium : nam (al. nam et) de *clandestina* possessione competere in- « terdictum inquit. »

(2) Dans les temps plus reculés nous trouvons un témoignage important qui parle en faveur de l'existence de cet interdit ; c'est le passage suivant de Cicéron contre Rullus, III, 5 : « Hæc trib. pl. promulgare ausus est, ut quod « quisque post Marium et Carbonem possidet, id eo jure tenetur, quo qui « optimo jure privatur. Etiamne si *vi* eiecit? etiamne si clam, si *precario* « venit in possessionem? Ergo hac lege jus civile, *causæ possessionum*, « *prætorum interdicta* tollentur. » Ce passage signifie que, dans ces trois cas, les interdicts *recuperandæ possessionis* ont été jusqu'alors accordés, et

nous nous sommes livré en traitant de la perte de la possession, expliquent très-bien tout ce qui vient d'être dit. Les biens-fonds restent dans notre possession aussi longtemps que nous n'en avons pas appris la nouvelle occupation par un autre; il s'ensuit qu'une *clandestina possessio* de biens-fonds n'est plus possible, puisqu'elle n'est en général que la clandestinité à l'égard du possesseur actuel. Or, l'interdit n'avait pour objet que des biens-fonds; donc son application est aussi dès lors devenue impossible. Le principe en vertu duquel nous conservons la possession malgré l'occupation, jusqu'à ce que nous ayons appris cette dernière, n'était point encore consacré du temps de Labéon; on pouvait donc établir un pareil interdit à l'époque antérieure à celle de ce jurisconsulte, dans laquelle l'introduction des interdicts a eu lieu : du temps de Papinien, d'Ulpien et de Paul, le principe dont nous parlons était déjà généralement adopté; ces jurisconsultes ne pouvaient donc plus considérer l'interdit comme étant encore en vigueur, et il était, par conséquent, de toute impossibilité de l'insérer dans les Pandectes : au commencement et au milieu du deuxième siècle, on ne s'était probablement pas encore tout à fait décidé pour le principe, et on n'en avait certainement pas encore tiré toutes les conséquences, de sorte que Julien pouvait très-bien mentionner l'interdit comme droit encore en vigueur. — Il en est tout autrement de l'exception *clandestinæ possessionis*. Lorsqu'une personne occupait clandestinement mon fonds de terre, et m'intentait conséquemment l'interdit *uti possidetis*, de telle sorte que je n'avais connaissance de cette occupation que par l'action, toute la contestation ne pouvait être vidée plus simplement qu'en conservant l'ancienne exception *clandestinæ possessionis*.

La plupart de nos jurisconsultes ont passé sous silence cet interdit; ils méritent, sous ce rapport, des reproches sérieux,

que, par suite de cette loi injuste, ils ont été retirés au possesseur antérieur. (Add. à la 6^e éd.)

non-seulement à cause de la mention faite accidentellement par Julien, mais aussi eu égard à la liaison dans laquelle on trouve partout la *clandestina* et la *violenta possessio*. L'auteur des anciens statuts de Pise, que Grandi attribue au douzième siècle, parle de l'interdit dans cette même liaison (1). Cujas ne mentionne pas seulement l'interdit, mais il prétend encore qu'il faut l'appliquer en droit de Justinien : l'explication qu'il donne du cas de son applicatif paraît naturellement peu satisfaisante (2).

§ 42. De l'interdit *de precario*.

Sources particulières du *precarium* :

Paul, liv. 5, tit. 6, § 10-12.

Dig., liv. 45, tit. 26.

Code, liv. 8, tit 9.

} V. l'Introduction.

Auteurs :

Christ. Raus. Aug. Corn. Stockmann, *Diss. de precario*. Lips. 1774.

J. G. Vogel, *Diss. de precario*. Goett. 1786.

Ces deux opuscules sont insignifiants.

Pour transmettre à un autre le simple *exercice* d'un droit, on peut choisir des formes juridiques très-différentes : le bail, le commodat, etc., constituent de pareils modes au moyen desquels on sépare, ordinairement, pour un temps déterminé le

(1) Grandi, *Epist. de Pand.* 2^e éd. (Florence, 1727, in-4^o), p. 224 : « Hac saluberrima constitutione sancimus. quod si aliquis fuerit possessor... aliquo tempore prius illo qui nunc invenitur in possessione, licet non probetur quod vi, vel clam, vel precario possideat, ab adversario tamen in possessione recuperanda semper potior sit prior possessor : nisi, etc. » c'est-à-dire, que la possession qu'on a eue antérieurement doit conférer, en règle générale, déjà elle seule un droit contre le possesseur d'à présent, quoiqu'il n'y ait lieu à aucun des trois interdits romains destinés à nous rendre la possession, etc.

(2) Cujas, *Observ.* IX, 55, sur la L. 40, § 2, D. de poss. (African. tr. 7), et sur la L. 6, § 1, pr. D. de possess. Oper. t. VIII, p. 267, 268.

simple *exercice* de la propriété de la propriété elle-même. Dans tous les cas, la forme juridique elle-même assure le droit de la demande en restitution ; mais il n'en est pas de même, lorsque le transport de l'exercice du droit a été fait *sans aucune forme juridique*, par exemple, en vertu d'un simple *pactum*. Le droit romain a cependant accordé, pour deux cas de cette catégorie, un droit particulier à la demande en restitution. Celui qui concède à un autre l'exercice de la propriété, c'est-à-dire la possession naturelle ou l'exercice d'une servitude, et se réserve le droit de révoquer à volonté cette faveur, jouit effectivement de ce droit particulier, et le rapport juridique qui naît de cette manière entre les deux parties, porte le nom de *precarium* (1). Cette dénomination provient de ce que c'est en général une *prière* qui l'occasionne ; mais cette prière n'est pas absolument nécessaire, une permission tacite suffit (2). Il n'y a que l'un des deux cas, celui qui concerne l'exercice de la *propriété*, qui appartienne à notre sujet.

Ainsi, lorsque la *détention* est transmise de cette manière, il est de règle que la possession juridique se confère en même temps avec elle, et il faut, pour que cette règle ne s'applique pas, qu'on soit expressément convenu du contraire. Mais, qu'une pareille convention soit intervenue ou non, la faveur peut toujours être révoquée à volonté, et lorsqu'alors le détenteur ne rend pas la chose, sa possession devient dès ce moment

(1) L. 2, § 5, D. de precar. : « Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat. »

(2) Paul, V, 6, § 11 : « Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam, vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet. » Dans une note sur ce texte, Cujas restreint ce principe au cas de la continuation d'un *precarium* précédent, mais sans aucun fondement, s'il ne faut pas le chercher dans le paragraphe suivant de Paul : « ...magis dicendum est, clam videri possidere (donc pas *precario*) : nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ. » Mais ce sont justement ces mots que l'édition princeps ne renferme pas. (V. la note de Hugo.)

injuste, vicieuse (vitiosa, injusta possessio) (1), et peut être redemandée par un interdit, de la même manière que la possession enlevée par l'emploi de la violence. Voilà pourquoi le *precarium* ne doit trouver sa place qu'ici, car la *vitiosa possessio* est l'unique cause qui produise le rapport juridique, et l'on ne considère jamais le *precarium* comme un contrat (2). Il s'ensuit que la faculté d'exiger la restitution ne se perd pas lors même que celui qui confère l'exercice de la propriété a renoncé au droit de demander la restitution (3), tandis que l'action résultant

(1) Quelques textes appellent la *precaria possessio, justa*; d'autres la qualifient d'*injusta*, évidemment parce qu'elle est tantôt l'une, tantôt l'autre; elle commence à être *injusta* aussitôt qu'on refuse la restitution. Cet abus qu'on fait de la bonne volonté et de la confiance d'un autre produit le même effet que l'emploi de la violence dans la *violenta possessio*. Cuperus, II, 7, rejette cette conciliation très-naturelle des textes, depuis longtemps proposée et adoptée; il allègue, comme motif décisif, que ce n'est pas le *REVOCATUM precarium*, mais bien le *precarium* simplement qu'on joint, comme cause d'une *INJUSTA possessio*, aux termes *VI* et *CLAM* dans les exceptions; mais ne va-t-il pas sans dire qu'il y a révocation du *precarium* lorsqu'on se sert d'une exception? (Albert, *loc. cit.* §§ 58-61, développe et défend l'avis de Cuperus.)

(2) Ce sont les lois 14 et 22, § 1, *D. de precar.*, ainsi que la L. 14, § 11, *D. de furtis*, qui déterminent très-clairement tout cela; elles confirment que l'interdit vient même à cesser aussitôt qu'un droit à une autre action existe, par suite d'un acte juridique. L. 2, § 5, *D. de precar.* (« *ex hac solummodo causa* »); L. 15, § 5, *eod.* — Il existe cependant deux motifs pour lesquels on pourrait douter du principe: A) La loi 25, *D. de reg. juris*, appelle le *precarium* un contrat; mais ce mot y est évidemment employé pour désigner toute cause possible d'une obligation; car il y comprend la *tutelle* et la *negotiorum gestio*. — B) On accordait, outre l'interdit, dans les temps postérieurs, une *actio (præscriptis verbis)* (L. 2, § 2; L. 19, § 2, *D. de prec.* — Paul, V, 6, § 10); nous en parlerons à la fin de ce paragraphe. Mais cette mesure ne changeait point la nature de l'*obligatio* même, elle signifiait seulement que le demandeur devait avoir le choix entre les deux espèces de procédure.

(3) L. 12, pr. *D. de precar.* — G. F. Kraus, *Diss. de precario ad certum tempus dato*. Viteb. 1750. — Une pareille restriction apportée au droit d'exiger la restitution est tellement en contradiction avec la nature du *pre-*

d'un contrat peut toujours être exclue ou restreinte par une *exceptio pacti*.

L'interdit de *precario* ne s'appliquait originellement qu'aux fonds de terre, soit d'après l'analogie de l'interdit de *vi*, soit d'après des témoignages exprès qui nous l'apprennent: du temps des jurisconsultes classiques on lui avait déjà donné l'extension aux choses meubles (4).

L'*obligatio* ne pèse que sur celui auquel le *precarium* a fait acquérir la possession, peu importe que la faveur lui soit accordée sur ses propres prières ou qu'il se soit lui-même fait prier (2). — L'héritier ne possède pas, rigoureusement parlant, la chose comme un *precarium* (3), mais la question de savoir si l'on pouvait se servir contre lui de l'interdit était très-controversée parmi les jurisconsultes romains. Quelques-uns se déclaraient d'une manière absolue pour la négative et adoptaient plutôt l'existence d'une *clandestina possessio* accompagnée sans doute de l'interdit de *clandestina possessione* (4). D'autres admettaient

carium, que, pourvu que l'existence de ce dernier soit constatée, une convention de cette espèce n'a pas de force restrictive et doit être considérée comme simple acte destiné à rappeler le *precarium* à la mémoire de celui auquel l'usage d'une chose a été octroyé.

(1) Isidore, *Origines*, V, 25: « *Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.* » Il paraît avoir puisé dans d'anciennes sources. — L. 4, pr. *D. de precario*: « *In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit* »; ces termes semblent indiquer qu'on n'avait adopté ce principe de droit que plus tard. C'est ainsi que lisent le manuscrit de Florence et Haloandre: d'autres manuscrits et d'anciennes éditions lisent, à la vérité, *consistit*, leçon qui fait disparaître toute idée d'un pareil changement.

(2) L. 4, § 2; L. 6, § 1; L. 15, *D. de precario*.

(3) L. 12, § 1, *D. de precario*. Une conséquence importante de ce principe consiste en ce que l'*accessio possessionis* n'a pas lieu.

(4) L. 11, *D. de div. temp. præscr.*: « *Quamvis precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur.* » Ce texte, à lui seul, n'est pas encore décisif, parce que l'adjectif *ignorantem* peut porter à y trouver que le *precarium* et l'interdit ne seraient réputés existants jusqu'à ce que l'héritier en eût connaissance; de sorte qu'il participerait alors, par

l'interdit aussi contre l'héritier (1). Nous devons considérer cette dernière opinion comme dominante dans nos sources de droit, parce que les textes les plus explicites se déclarent en sa faveur, tandis que l'autre opinion ne trouve d'appui que dans un passage obscur et susceptible de plus d'une interprétation. — On ne peut se servir de l'interdit contre le propriétaire de la chose, parce que la loi ne reconnaît, dans ce cas, aucun *precarium* : les détails qui concernent ce principe ont déjà trouvé plus haut (pag. 265 et suiv.) leur exposition.

L'*obligatio* dont on poursuit l'accomplissement par l'interdit, a d'abord pour objet la restitution de la chose; le paiement de sa valeur ne peut pas être exigé lorsqu'elle est perdue ou qu'elle a péri, à l'exception des cas dans lesquels on prouve le dol ou la faute grave du défendeur (2). Mais dès que l'action est intentée, le défendeur se trouve en demeure (*in mora*); il est tenu, comme il l'était dans les autres interdits, du dommage résultant de toute faute quelle qu'elle soit; il doit restituer les fruits de la chose; bref, il faut qu'il mette le demandeur dans le même état que si la restitution volontaire n'avait pas été refusée (3).

cette connaissance, au *precarium*; cette interprétation pourrait paraître d'accord avec la L. 12, § 1, D. *de precario*. Mais Paul se prononce très-explicitement, V, 6, § 12 : « Heres ejus, qui precariam possessionem tenebat, « si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere : nullæ enim « preces ejus videntur adhibitæ. Et ideo persecutio ejus rei semper manebit, « nec interdicto locus est » (c'est-à-dire, à l'interdit *de precario*).

(1) L. 8, § 8, D. *de precario* : « Hoc interdicto heres ejus, qui precario « rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, etc. » — Const. 2, C. *eod.* : « Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos « interdicto proposito, manifeste declaratur. »

(2) L. 2, pr. D. *de possess.* : « Ait prætor, quod precario ab illo habes, « aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur illi restituas. » — L. 8, § 6, *eod.* : « Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire « dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. » Cpr. L. 8, §§ 5, 5, *eod.* — L. 25, D. *de regulis juris*.

(3) L. 8, §§ 4, 6, D. *de precario*.

Il n'y a pas d'exceptions établies particulièrement pour cet interdit, et notamment il n'y en a pas qui soient basées sur la prescription (1); la prescription générale elle-même, introduite par le droit nouveau, ne trouve son application que lorsque la possession a encore continué trente ans après le refus de restitution.

Nous avons exposé le *precarium* tel que nous le trouvons dans nos sources de droit; mais nous ne pouvons nier qu'il n'offre plus d'un côté énigmatique. D'abord, comment les Romains qui, de leur nature, n'étaient point enclins à la libéralité, vinrent-ils, même de très-bonne heure, à sentir le besoin de cette institution juridique qui a certainement été d'un très-grand usage dans la vie réelle? Pourquoi ne considéraient-ils pas le *precarium* comme un contrat réel, soit comme *commodat*, soit au moins comme un contrat innommé calqué sur la forme *do ut des* (2)?

On opérerait sans contredit la tradition de la chose et on convenait de sa restitution, et voilà tout ce qui est nécessaire pour qu'un contrat réel existe. Ensuite, comment les jurisconsultes romains pouvaient-ils être partagés d'opinion sur ce point? Comment les uns pouvaient-ils nier l'existence d'une *civilis obligatio* et en déduire le besoin de recourir à l'interdit, tandis que les autres accordaient l'action *praescriptis verbis* (p. 404)? Pourquoi la faute (*culpa*) suit-elle ici une autre règle que celle que les principes généraux lui assigneraient? Pourquoi encore l'interdit n'embrassait-il, dans le principe, que les biens-fonds, et pour quelle raison a-t-on changé le droit en ce point (p. 405)? Enfin, comment se pouvait-il qu'il y eût une controverse sur l'obligation de l'héritier (p. 406)?

(1) L. 8, § 7, D. *de precario*.

(2) [Addition à la 4^e édition.] On pourrait peut-être encore s'expliquer pourquoi on ne considérait pas le *precarium* comme *commodat*; on trouverait un motif en ce que le *precarium* n'avait pour objet, dans les premiers temps, que des immeubles, et que le *commodat* avait lieu pour les meubles seulement (L. 1, § 1, D. *commod.* — L. 17, pr. D. *de præscr. verb.*)

Toutes ces énigmes trouvent leur solution lorsqu'on adopte l'origine du *precarium* telle que nous l'avons indiquée plus haut. C'était originairement un rapport de féodalité entre le client et son patron à cause de la jouissance que celui-ci avait accordée au premier d'un *ager publicus*. De pareils biens se donnaient toujours sous la clause d'une révocation à volonté, et l'interdit de *precario* compétait contre le client qui ne voulait pas céder, lorsque la révocation avait lieu (1). Comme les liens qui attachaient le patron à son client ressemblaient à ceux qui unissent les membres d'une famille, le père avec ses enfants (2), on ne supposait pas une *obligatio* proprement dite, un contrat, quoiqu'on en eût sans doute adopté l'existence, s'il s'était agi de régler un pareil cas entre des personnes étrangères l'une à l'autre. La restitution qui affranchit de l'obligation l'héritier, l'exception qu'on fait aux principes ordinaires suivis dans les contrats relativement à la faute, l'application du *precarium* aux biens-fonds seuls, — tout cela ne rencontre plus aucune difficulté. C'était pour des motifs pareils à ceux qui faisaient conserver l'institution de la possession (§ 12 a), que le *precarium* ne cessait pas en même temps que l'*ager publicus*. Une fois introduit et formé dans ce but tout spécial, il pouvait être appliqué, sans perdre son caractère particulier, à d'autres objets pour lesquels on ne l'aurait pas créé, et lorsque l'ancien *ager publicus* disparut, cette extension était la seule chose qui restât de l'ancien *precarium*. Voilà pourquoi on l'employait aussi alors pour les choses meubles, voilà comment pouvaient naître les controverses parmi les jurisconsultes romains, dont les uns s'en tenaient à la lettre de l'ancien *precarium*, et dont les autres fondaient sur les modifications qu'il avait subies, les

(1) Niebuhr, *Hist. romaine*, part. 2, p. 167 (2^e édition). V. la traduction de Golbéry (éd. publiée par la Société belge Hauman et C^o. Bruxelles, 1858, in-8^o). — Festus, v^o *patres* : « ...quique agrorum partes adtribuerint » tenuioribus *perinde ac liberis*, » par conséquent à l'instar du pécule dans lequel le droit de demander à volonté la restitution allait de soi.

(2) Festus, *loc. citato*.

règles nouvelles auxquelles nos livres de droit paraissent avoir donné la préférence.

Peut-être le *precarium* aurait-il même disparu comme superflu, s'il n'avait pas acquis accidentellement de l'importance pour une autre institution juridique. La forme la plus ancienne du nantissement consistait à manciper de suite la chose au créancier, sous la clause de la remancipation (*fiducia*). Mais on n'avait en aucune manière pour but de soustraire la chose à la jouissance du débiteur, et on se demande dès lors sous quelle forme juridique on procurait cet usage au non propriétaire. Le *precarium* a sans aucun doute servi à atteindre ce but de la manière la plus convenable, ce qui a encore probablement offert une importance assez grande du temps des jurisconsultes classiques (1). Cette application aussi n'existe plus dans le droit de Justinien.

§ 43.

La théorie des interdits possessoires, telle que nous l'avons exposée jusqu'ici, reposait tout entière sur certaines formes dans lesquelles une violation de la possession devait avoir eu lieu, et qui seules faisaient naître l'obligation à poursuivre par les interdits. Beaucoup de jurisconsultes ne considèrent toute cette théorie que comme une antiquité; ils sont d'avis que les constitutions ont introduit une voie judiciaire générale, l'*actio momentariæ possessionis*, par laquelle on peut redemander toute possession perdue, quelle que soit d'ailleurs la manière dont la perte a eu lieu; ils ajoutent que cette voie d'action générale n'a pas tant abrogé les interdits qu'elle les a rendus superflus (2). D'après cette manière de voir, le droit nouveau qui

(1) Interpr. de Paul, V, 6, § 7 : « ...precario (possidet) qui per precem possulat, ut ei in possessione permissu domini vel creditoris *fiduciam* commo-rari liceat. » Schulting émende *fiduciarum*, et il est probable qu'on doit lire ainsi; mon manuscrit dit pourtant *fiducia*. — Cpr. aussi Isidore, *Origines*, V, 25. et principalement Gajus, II, § 60.

(2) C'est surtout à Cujas que cette opinion doit sa vogue (*Observ.* I, 20;

régit les actions possessoires aurait un caractère aussi indéterminé et arbitraire que le droit ancien est précis et bien coordonné dans toutes ses parties; cette considération nous impose le devoir d'examiner, avec d'autant plus de soin et de rigueur, l'exactitude historique de cette opinion.

On ne prétend pas que ce droit nouveau ait été introduit par une loi expresse; on veut que plusieurs constitutions le *supposent* existant de la manière la plus décidée. Il est très-facile de le réfuter avec succès, sans même avoir interprété ces constitutions. Justinien ne s'est pas contenté d'insérer le droit ancien tout entier dans les Pandectes, mais il l'enseigne encore dans ses Institutes et y ajoute les modifications qu'on avait fait jusqu'alors subir à ce droit, et qu'il avait créées en partie lui-même; ce qui prouve à la dernière évidence que cet empereur ne nous apprend pas tout simplement une antiquité, mais qu'il communique le droit pratique. Il y a plus : l'une des constitutions les plus récentes qu'on invoque à l'appui du prétendu droit nouveau (1), suppose au contraire exactement que le droit ancien est encore en vigueur; elle introduit, dans un cas tout spécial, le droit à une nouvelle action, *parce que les anciens interdits ne l'avaient pas prévu*. Il est donc déjà décidé que le prétendu droit nouveau ne peut pas être renfermé dans les constitutions qu'on allègue, et que nous allons interpréter.

A) C. 5, C. *unde vi* (2) :

« Invasor locorum poena teneatur legitima : si tamen vi
« loca eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut

XIX, 16; *Paratit. in Cod. tit. unde vi*; *Comment. in Cod. tit. unde vi. Oper. t. 9*, p. 1148, 1155, 1159). Van Giphén, dans ses *Prolegom.* sur le liv. 8 du Cod. (*Expl. Cod.*, P. 2, p. 269); Westphal, *loc. cit.*, § 520, et Fleck, *De interd.*, p. 66-71, se déclarent contre cette opinion.

(1) Const. 11, C. *unde vi*.

(2) Cpr. L. 1, Cod. Theod. *fn. reg.* — Cujas, *Observ.* XIX, 16. — F. Godfroy, sur la L. citée du code Th. — Goësius, dans ses notes sur les *Scip-*

« *incuriam domini loca ab aliis possessa sunt : sine poena*
« *possessio restitui debet.* »

« Il est statué, dit-on, qu'on a encore le droit d'exiger la restitution de la possession lors même qu'elle n'a pas été perdue par l'emploi de la violence. » Mais le propriétaire aussi demande la possession par la revendication, et le terme *domini* nous prouve assez clairement qu'il s'agit de celle-ci (1). Tout ce texte ne nous concerne donc pas ici; Tribonien l'a inséré, comme tant d'autres, à un endroit où il ne devait pas se trouver.

B) C. 8, C. *unde vi* (2) :

« *Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper*
ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum
« *etiam sine inscriptione meretur.* »

Ainsi, il y a des cas qui donnent lieu à l'interdit, sans autoriser à une *accusatio ex lege Julia*; ces cas sont à la vérité très-faciles à concevoir : supposons, par exemple, qu'on occupe le bien-fonds d'un autre, pendant son absence et sans l'emploi de la violence, et que cet autre n'ose pas retourner dans sa possession; un *crimen vis* n'est pas commis dans ce cas, et il y a cependant lieu à recourir à l'interdit.

C) C. 11, C. *unde vi* :

« *Cum quærebatur inter Illyricianam advocacionem, quid fieri*
« *oporteret propter eos, qui vacuum possessionem (5) absen-*

tores rei agr. p. 185 (aussi chez Ritter, dans ses remarques sur ce passage du Code théodosien). — Westphal, *loc. cit.* § 520. — Fleck, *loc. cit.* p. 67.

(1) Cujas lui-même interprète, dans un texte tout analogue (Const. 6, C. *de possess.*), la *restitutio possessionis* de la même manière (*Comm. in Cod.*, *Oper.* IX, 1016), mais il ne s'en souvient pas ici.

(2) Const. 8, Cod. Theod. *de jurisd.* — Cujas, *Observat.* I, 20. — Van Giphén, sur cette loi (*Explan. Cod.* P. 2, p. 288).

(5) On appelle *vacua possessio* aussi bien la chose qui est sans possesseur, que la possession qu'on n'exerce pas physiquement dans le moment qu'on

« tium sine judiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges
 « nec unde vi interdictum, nec quod vi aut clam, vel aliam quan-
 « dam actionem ad recipiendam talem possessionem defini-
 « bant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente,
 « nisi domino tantummodo in rem exercere permittentes (1):
 « nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones (2)
 « per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessio-
 « rem, uti prædonem intelligi, et generali jurisdictione ea
 « teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi
 « personas veteribus declarata sunt legibus (3). . . . si non ex
 « die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum exces-
 « serint curricula (4). »

Voici comment il faut concevoir l'espèce à l'occasion de laquelle cette loi a été rendue. On avait perdu la possession d'une

lui donne cette qualification (par exemple, la *possessio fundi quæ animo retinetur*). Notre texte prend le terme dans la première signification, qui est d'ailleurs la technique : les motifs qui nous portent à cette opinion seront communiqués plus loin. Azon, *Summa h. t.*, n° 31 (fol. 146), et *Lect. in h. t.* (p. 619). — La Glose, sur cette loi. — Van Giphén, sur cette loi (*Expl. cod.* P. 2, p. 295).

(1) C'est cette partie qui éclaircit le mieux le texte. Elle montre que l'espèce ne donnait lieu, dans le droit ancien, à aucune action personnelle.

(2) *Res*, par opposition à *possiones*, désigne des choses meubles : la loi a donc pour but d'embrasser les unes et les autres ; chose très-naturelle, parce que l'interdit *de vi* avait déjà reçu depuis longtemps l'extension aux choses meubles.

(3) C'est-à-dire qu'il faut aussi, en vertu de cette extension de l'interdit *recuperandæ possessionis* (s. *de vi*) à ce cas, observer, dans ce dernier, tout ce que le droit ancien exige pour l'interdit *de vi* (« quæ contra hujusmodi personas [sc. prædones] veteribus declarata sunt legibus »).

(4) L'établissement de la prescription trentenaire n'est, dans ce cas, qu'une conséquence de la prescription trentenaire générale. La supposition que la possession de la chose existe encore dans le chef du défendeur même, explique très-bien pourquoi on n'a pas introduit la prescription annale ; l'interdit *de vi* n'était pas non plus restreint, dans ce cas, à une seule année. Cette disposition ne renferme, par conséquent, rien de particulier, et il faut la distinguer soigneusement d'une autre qui lui ressemble et qui est contenue dans la L. 1, C. *vi per vim*.

chose par l'absence seule, et un autre avait occupé la possession devenue ainsi vacante (1). Aucune action possessoire, même aucune autre action, à l'exception de la revendication, n'était applicable à ce cas. Justinien veut qu'il donne lieu à l'interdit *de vi* : cette disposition renferme, à la vérité, quelque chose de nouveau, mais d'abord l'innovation ne concerne qu'un seul cas très-bien déterminé, et ne modifie ensuite aucune règle qui ait en outre régi les actions possessoires. En effet, la possession ayant déjà été perdue avant l'occupation, il ne s'agit nullement d'une violation, d'un trouble apporté à la possession, de sorte que même la décision de ce cas tout spécial ne paraît en aucune manière analogue au principe dont on veut, par notre texte, prouver la qualité de règle générale.

D) C. 12. C., de *possess.*

Ce texte a trouvé déjà plus haut son interprétation. Il dispose, pour certains cas, qu'on ne perd pas la possession par l'infidélité du représentant ; il ne s'occupe nulle part d'un droit à une nouvelle action, et d'autant moins d'une nouvelle action *recuperandæ possessionis*, il a pour unique objet la continuation de la possession.

E) Enfin, nous devons encore compter au nombre des arguments de nos adversaires, la simple inscription que porte un titre et qui peut avoir puissamment contribué à créer l'opinion erronée dont il s'agit. En voici la teneur : « *si per vim vel alio modo perturbata sit possessio.* » Ce qui doit arriver dans ces deux cas d'une *perturbata possessio* (*per vim vel alio modo*) n'est pas

(1) Nous avons supposé, plus haut, qu'il fallait se figurer ainsi cette espèce ; nous sommes à même maintenant de le prouver. Si la possession précédente n'avait cessé que par suite de l'occupation du possesseur actuel, l'interdit *de vi* aurait pu être appliqué pour les biens-fonds, et la *condictio furtiva* pour les choses meubles ; mais Justinien lui-même a soin de déclarer que l'espèce est de nature à ne donner, d'après le droit ancien, lieu à aucune action.

(2) Cod. Just. liv. VIII, titre 5.

énoncé et ne peut donc pas être puisé ailleurs que dans les constitutions du titre même. Or, la *première* de ces constitutions ne parle que d'une *possessio per vim perturbata*, et voici le contenu de la *seconde* : la position dans laquelle se trouvent les parties relativement à la possession ne peut être changée, dans une cause, ni par un rescrit de l'empereur, ni par un décret du juge, lorsque l'une des parties est absente. Cette disposition ne concerne donc évidemment que la *procédure* et a seulement été insérée par les compilateurs dans un endroit où elle ne devrait pas se trouver. Ainsi, le trouble apporté à la possession, contre lequel notre loi est établie (*possessio alio modo quam per vim perturbata*) ne constitue qu'une nullité de procédure, et ne ressemble en rien à une violation qui pourrait donner lieu à un interdit.

Il s'ensuit que le droit ancien des interdits n'est ni abrogé ni rendu superflu par les constitutions, et cette manière d'envisager l'interdit, qui servait de base à ces interdits, est resté la même dans la législation de Justinien.

SECTION CINQUIÈME.

DE LA JURIS QUASI POSSESSIO.

§ 44.

Le droit de la possession repose sur la protection accordée au simple exercice de la propriété, contre des violations commises sous des formes déterminées. Ces formes de violation, ainsi que cette protection sont concevables de la même manière à l'égard d'autres droits qui forment les parties constitutives de la propriété et sont détachés de cette dernière (*jura in re*) : application que le droit romain a effectivement faite. Les rapports qui existent entre la *juris quasi possessio* et la véritable possession ont déjà été exposés plus haut (§ 12). Nous avons à répondre ici aux mêmes trois questions que nous avons examinées en traitant de la possession, c'est-à-dire que nous avons à nous occuper de l'acquisition de la *juris quasi possessio*, de sa perte, et de la protection qu'on lui accorde dans les *interdits*. Notre examen doit être fait séparément pour chaque classe de ces droits réels; cette section se composera donc de ces trois parties :

1° *Des servitudes personnelles* (§ 45).

2° *Des servitudes réelles* (§ 46).

3° *Des jura in re* qui n'appartiennent pas au nombre des servitudes (§ 47).

Il nous faut encore faire précéder la matière spéciale, d'une observation générale. L'acquisition et la continuation du droit reposent, aussi bien dans la *juris quasi possessio* que dans la possession proprement dite, sur la coexistence du rapport physique et de l'*animus*. Cette dernière des deux conditions suit absolument, en ce qui concerne tous ces droits réels, les mêmes

principes que dans la possession. Point de *juris quasi possessio* sans *animus possidendi*, et l'*animus possidendi* seul fait toujours cesser les droits résultant de la possession. Cette observation générale nous dispensera de faire mention de l'*animus possidendi* dans l'examen auquel nous allons soumettre les divers droits réels (1).

§ 45. *Des servitudes personnelles.*

Les servitudes personnelles (c'est-à-dire principalement l'usufruit et l'usage) ont ceci de particulier, que leur exercice ne peut avoir lieu sans la possession naturelle de la chose même. Voilà pourquoi leur *quasi possessio* ressemble plus à la possession proprement dite que celle d'aucun autre droit réel, et cette similitude ne se montre pas seulement dans l'acquisition et dans la perte, mais encore dans les interdits.

L'acquisition de cette espèce de possession s'opère par les mêmes faits que la possession proprement dite : nommément par la tradition de la chose, ou bien lorsque le propriétaire introduit dans le bien-fonds celui qui veut devenir possesseur, ou encore, lorsqu'il fait prendre possession à l'usufruitier (2), pourvu toutefois que tout cela se rapporte d'une manière déterminée à l'interdit.

La *juris quasi possessio* continue, comme toute autre possession, par la non-interruption de la possibilité de reproduire le pou-

(1) C'est l'interdit *de aqua* seul qui exige la bonne foi ; elle n'est ordinairement pas requise.

(2) L. 5, pr. D. *de usufructu* : « Omnium prædiorum jure legati potest constitui usufructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. » Les *pactiones* et *stipulationes* ne concernent pas la possession, mais le droit même qu'on acquiert, en droit ancien, par la *in jure cessio*, et, en droit moderne, par suite d'une simple convention. V. Ulpian, XIX, 11, et § 4, Inst. *de serv. præd.* — § 1, Inst. *de usufructu*.

voir originaire (1) : elle se perd par la cessation de cette possibilité. Voici cependant encore une autre voie particulière de perdre la quasi-possession dont il s'agit. La servitude s'éteignant elle-même, par suite du non-usage, à l'expiration de certain laps de temps, la possession doit avoir été perdue pendant toute la durée de ce terme, quoique la reproduction de notre pouvoir puisse toujours avoir été possible. Mais on ne peut pas prétendre, d'un autre côté, que tout non-usage, quelque court que soit sa durée, fasse cesser la possession, parce que ni la conservation de la possession ni l'usucapion ne seraient plus possibles dans cette hypothèse. Il ne reste donc qu'à adopter l'opinion que la possession *reste en suspens* pendant le non-usage (naturellement lorsqu'elle n'est pas occupée par un autre), et que ce n'est que le renouvellement de l'usage ou l'expiration de tout le laps de temps qui décide si la possession a existé pendant l'entre-temps ou non (2). C'est précisément cette incertitude provisoire qui fait que cette espèce de cessation de la possession n'exerce aucune influence sur les interdits (3).

La possession qui nous occupe ici a ceci de commun avec toute autre, qu'on peut la continuer par un représentant, par exemple, un fermier, et ce n'est que lorsqu'il s'agit de l'application de cette règle que nous aurons besoin d'éclaircir quel-

(1) Même le droit particulier qu'on avait, dans la possession proprement dite, à un *servus fugitivus*, trouve aussi son application dans cette *juris quasi possessio* et prend un caractère encore plus favorable. L. 12. §§ 5, 4, D. *de usufructu*.

(2) L'usufruit présente quelquefois une pareille suspension par rapport à la propriété des fruits.

(3) Il existe une ressemblance, quoique un peu différente, avec la continuation de la possession, pour autant que celle-ci conduit à une acquisition par le moyen de la prescription. Ici, Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 214, admet que la possession continue, alors même que l'exercice est interrompu, et que, d'un autre côté, elle est interrompue lorsqu'on en a négligé l'exercice pendant un très-long laps de temps. Cette manière de voir, dans laquelle l'appréciation du juge est infailliblement très-large, paraît juste. (Add. à la 6^e éd.)

ques cas en particulier : A) Le droit à ces servitudes est attaché à une personne déterminée; il est, par conséquent, inaliénable; son aliénation, à titre de vente, de donation, ne produit donc, dans les points essentiels, aucun autre résultat que le simple bail : elle accorde un droit purement personnel contre l'usufruitier et il n'y a que la forme de cette *obligatio* qui soit différente. Une conséquence que nous tirons de ce principe, quant à la possession, consiste en ce que dans tous les cas où la possession d'une chose se transmet valablement, celle de l'*usufruit* reste invariablement à l'usufruitier, de sorte que ce dernier la conserve absolument de la même manière, qu'il loue son usufruit, qu'il le vende, qu'il le donne ou qu'il le cède à un autre par *precarium* (1).—B) L'usufruit peut aussi être donné en bail au propriétaire de la chose, de sorte que c'est celui-ci qui fait alors continuer la possession en faveur de l'usufruitier. Mais lorsque le propriétaire de la chose la vend sans avoir égard à l'usufruit (c'est-à-dire, sans le réserver), ou qu'il la loue, en son propre nom, c'est-à-dire également sans tenir compte de l'usufruit, alors la possession de l'usufruitier cesse (2).

Enfin, les interdits sont exactement les mêmes dans la quasi-possession que nous exposons ici, que dans la possession pro-

(1) L. 12, § 2, D. de usufructu : « Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel « alii fruendam concedere (la loi fait maintenant suivre des exemples de « cette dernière hypothèse), vel locare, vel vendere potest : nam et qui « locat, utitur : et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat vel « donet, puto eum uti : atque ideo retineri usumfructum..... » Ces derniers mots ont rapport à l'extinction qui a lieu par le non-usage, pendant un certain laps de temps, de l'usufruit même : la continuation de la possession est donc ici indirectement nécessaire pour la conservation du droit même.

(2) L. 29, pr. D. quibus mod. ususfr. — Ce texte ne peut pas du tout être mis à profit dans la controverse que nous avons traitée plus haut (§ 55), et qui a été soulevée par rapport à la possession même; car la *juris quasi possessio* n'est d'abord pas identique avec la possession proprement dite, et tout dépend, dans notre cas, du rapport particulier dans lequel se trouve l'usufruitier avec le propriétaire et auquel rien ne ressemble dans la possession proprement dite.

prement dite, et cette circonstance aura probablement le plus contribué à confondre l'un de ces droits avec l'autre (1). L'exercice de ces servitudes dépendant, comme celui de la propriété, de la possession naturelle de la chose elle-même, le trouble se commet, dans les deux cas, de la même manière, et la protection que la loi accorde contre la violation est donc aussi déterminée de la même manière.

I. Lorsque l'objet est un *immeuble*, et que la *juris quasi possessio* n'a souffert qu'un trouble sans avoir cessé, l'interdit *uti possidetis* peut s'appliquer, et voici les cas qu'il régit : A) lorsque plusieurs personnes ont, par indivis, l'usufruit d'une même chose, et qu'elles se troublent réciproquement leur possession; B) lorsque l'usufruitier veut se défendre contre les empiètements du propriétaire, et réciproquement; C) lorsqu'un tiers qui ne jouit d'aucun droit à la chose trouble la possession de l'usufruitier; D) lorsque des droits différents à une même chose compétent, l'un indépendamment de l'autre, à des personnes différentes, par exemple, l'usufruit à l'une, le droit d'usage à l'autre, et qu'il s'agit de protéger leur exercice contre le trouble qu'elles s'apportent mutuellement (2).

II. De la même manière que l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles, il faut appliquer, pour les choses meubles, l'interdit *utrubi* à la *juris quasi possessio* : nos sources de droit ne nous

(1) Les *Fragmenta Vaticana*, §§ 90-95, nous apprennent seulement que chacun de nos interdits ne trouvait son application, dans ce cas, que comme *utile interdictum*. Le passage principal, § 90, exige cette émendation : « Si « usufructu legato legatarius fundum nactus sit, competit *utile interdictum* « adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. *Inde et inter-* « *dictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur, et unde vi, quia non* « *possidet, etc.* » (Addition à la 5^e édition.)

(2) L. 4, D. *uti possidetis* : « In summa puto dicendum, et *inter fruc-* « *tuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter pos-* « *sessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si usufructus quis sibi* « *defendat possessionem: et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter* « *usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.* » — Wiederhold, p. 51, donne une explication tout à fait erronée de ce passage, d'après sa manière d'envisager cet interdit. (Add. à la 6^e éd.)

donnent pas expressément ce précepte, mais on s'en explique facilement le motif, lorsqu'on considère qu'elles font généralement peu attention à l'interdit *utrubi*.

III. Lorsque la possession n'est pas seulement troublée, mais qu'elle a cessé par l'emploi de la violence, le dépossédé a droit à l'interdit *de vi* (1). En droit ancien, il ne trouvait non plus son application aux choses meubles, à l'exception seulement du cas où l'on perdait, avec le bien-fonds, les objets meubles (*quæ ille tunc habuit*) (2) : l'extension aux choses meubles qu'ont donnée à cette *obligatio* les constitutions, s'adapte aussi à la quasi-possession. L'action a pour objet d'abord la restitution de la chose, parce que la possibilité de l'exercice de ces droits dépend de la possession naturelle; en second lieu, la réparation complète du dommage occasionné (3). Cette réparation sera même, dans beaucoup de cas, l'unique objet de l'action, par exemple, lorsque le droit à la servitude lui-même a cessé par la mort de l'usufruitier, par sa diminution de tête (*capitis diminutio*), ou bien par le non-usage : dans les deux premiers cas cités, la réparation ne concerne que le temps passé, parce que la perte aurait toujours eu lieu, lors même que la *dejectio* n'aurait point été opérée (4) ; mais lorsque l'usufruitier est déchu de son droit par le non-usage, la *dejectio* renferme elle-même la cause de la perte, et la réparation doit par conséquent embrasser également l'avenir (5).

IV. Il ne peut naturellement être question ici de l'interdit *de clandestina possessione*, parce que même dans la possession

(1) L. 5, §§ 15, 14, D. *de vi*. — L. 60, pr. D. *de usufructu* (sur l'usufruit). — L. 5, § 16, D. *de vi*. — L. 27, D. *de donat.* (sur le droit d'usage). — Huenerer, *Diss. de restitutione usufructuarii ex interdicto unde vi*. Argentor. 1651. — G.-A. Struvius, *Diss. de interd. unde vi quatenus usufructuarius ex eo restitatur*. Ienæ, 1658.

(2) L. 5, § 15, D. *de vi*.

(3) L. 9, § 1, D. *de vi* : « Dejectum ab usufructu in eandem causam prætor restitui jubet : id est, in qua futurus esset, si dejectum non esset. »

(4) L. 60, pr. D. *de usufructu*. — L. 5, § 17, D. *de vi*.

(5) L. 9, § 1; L. 10, D. *de vi*.

proprement dite son nom n'a été conservé que très-accidentellement.

V. Enfin, l'exercice d'une pareille servitude peut encore être accordé à un autre par le *precarium* (1), et la restitution de la chose est alors réclamée par l'interdit *de precario* conformément à la lettre de l'Édit (2).

§ 46. Des servitudes réelles.

La possession des servitudes réelles n'est pas aussi simple que celle des servitudes personnelles : il y faut distinguer soigneusement plusieurs cas qui donnent eux-mêmes lieu à beaucoup de controverses (3).

Toutes les servitudes réelles constituent des exceptions à la règle générale de la propriété d'autrui : ou celui auquel compete le droit à la servitude, a la faculté de faire quelque chose qu'on pourrait lui défendre de faire, si la servitude n'existait pas (*servitus quæ in patiando consistit*), ou bien le propriétaire doit s'abstenir de faire quelque chose qu'il serait en droit de faire, si la propriété n'était pas restreinte par la servitude (*servitus quæ in non faciendo consistit*) (4).

La première espèce de ces servitudes est appelée servitudes positives ou affirmatives, la seconde, servitudes négatives ou droits d'abstention. Dans les servitudes positives, ce qu'il est permis de faire en vertu de la servitude, est ou un acte indépendant qui n'a qu'un rapport *médiat* avec un autre bien-fonds (par exemple, le droit de passage, *jus itineris*), ou bien il se trouve dans un rapport *immédiat* avec la possession d'un autre bien-fonds (par exemple le droit de poser sa poutre sur le mur voisin,

(1) L. 12, § 2, D. *de usufructu*.

(2) L. 2, pr. D. *de precario* : «.... Quod precario ab illo habes id illi restituas.» — L. 2, § 3, D. *eod.* : « Habere precario videtur, qui possessio-nem vel corporis vel juris adeptus est.... »

(3) Oppenritter, *Summa possess.* P. 1, c. 5, *de acquisitione quasi possessionis*. Il ne s'occupe, pour ainsi dire, que de servitudes réelles.

(4) Les servitudes personnelles n'admettent pas cette distinction, parce qu'elles appartiennent toutes à la première catégorie.

jus tigni immittendi). Nous avons donc trois classes de servitudes réelles, et il importe de ne pas les confondre (1).

Première classe. Servitudes positives (*servitudes quæ in patiendò consistunt*), dont l'exercice constitue un acte indépendant.—Voici comment on peut, en général, déterminer le mode d'acquisition de leur *juris quasi possessio* : l'acte qui fait l'objet du droit doit être exercé une fois quelconque, et il faut qu'il le soit comme un droit (2). Par exemple, celui qui traverse le bien-fonds de son voisin dans le but de parler à ce dernier, n'exerce pas par là un droit de passage (*jus itinèris*) ; mais celui qui a l'intention d'exercer ce droit et qui, par l'emploi de la violence, exécute ce dessein malgré l'opposition du propriétaire, acquiert effectivement la possession, de sorte que la *patientia* du propriétaire n'est point exigée pour qu'on puisse acquérir cette espèce de possession (3). Quant à la *cessation* de la possession, elle suit ici

(1) Cette division coïncide presque tout à fait avec une autre, mais ce n'est qu'accidentellement et non plus sous tous les rapports : la première classe comprend les *jura prædiorum RUSTICORUM*, les deuxième et troisième classes, les *jura prædiorum URBANORUM*.

(2) L. 25, D. *quemadmodum servit.* : « Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit : ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. » Cette antithèse montre, à l'évidence, que le terme équivoque *credidit* que contient la première phrase, n'est pas destiné ici à exprimer la *bona fides*, mais bien le véritable *animus possidendi*. — L. 7, D. *de itinere* : « Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturum : inutile est ei interdictum de itinere actusque : nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possidisse oportet. » Cpr. L. 1, § 6, D. *de itinere*. Cette condition essentielle d'une semblable *quasi-possession* doit uniquement être considérée comme la forme particulière dans laquelle l'*animus possidendi* apparaît ici. En effet, l'action de passer sur un fonds de terre dans le but de parler au possesseur, est un acte incapable en soi de renfermer l'*animus possidendi*, quelle que soit, du reste, l'intention de celui qui se livre à cet acte. (Add. à la 6^e éd.)

(3) L. 20, D. *de servit.* : « ...ego puto, usum ejus juris (il était question du *jus fundi*) pro traditione possessionis accipiendum esse. » Le terme *usus*, sans autre désignation, constitue l'appréhension. Le même principe peut

les mêmes principes que nous avons établis plus haut pour les servitudes personnelles ; il faut seulement ajouter que la possession peut se conserver par les actes de toute personne quelle qu'elle soit (bien qu'elle n'ait nullement la qualité de représentant), pourvu qu'elle agisse *fundi nomine*. L. 5 ; L. 6, pr. ; L. 20 ; L. 24, D. *quemadmodum servit.* — L. 1, § 7 ; L. 5, § 4, D. *de itinere*. La perte de la possession a ici de l'importance pour les interdits, à cause de plusieurs dispositions particulières à ces servitudes. — Enfin, les *interdits* sont régis, dans cette classe, d'une manière qui leur est propre, et les actions possessoires ordinaires ne peuvent point être employées (1). L'*interdit de vi* n'est pas applicable, parce qu'une *dejectio* propre n'est pas convenable (2) : l'*interdit de precario* est au moins tout à fait superflu ; car celui qui, après avoir accordé *precario* à un autre la permission de traverser son bien-fonds, révoque plus tard cette faveur, peut rendre efficace sa défense par l'*interdit uti possidetis* (3) ; l'*interdit de precario* n'a même pour but,

être déduit des *exceptions* à opposer aux divers interdits (*vi*, *clam*, *precario*), et qui n'auraient pas plus de sens ici que dans la possession proprement dite, si l'on ne pouvait pas prétendre que l'appréhension a lieu dans les cas mêmes auxquels elles s'appliquent. Voici les textes en vertu desquels on se déclare pour l'opinion contraire : L. 11, § 1, D. *de public. in rem act.* — L. 1, § 2, D. *de servit. præd. rust.* ; mais ils ne parlent pas de l'acquisition de la possession du droit ; ils s'occupent, au contraire, de l'acquisition du droit même : 1^o la *cessio* et la *mancipatio* donnaient, à la vérité, naissance à un pareil droit (Ulpien, XIX, 1, 11) ; 2^o la *traditio* n'accordait pas le droit même, mais bien seulement une *publiciana actio* (l. cit.) ; elle suppose, comme toute autre tradition, le consentement du *tradens*, et de ce consentement résulte toujours la *patientia*.

(1) Plusieurs jurisconsultes les ont néanmoins admises : par exemple, Busius, *Subtil. juris*, VII, 5, et tout récemment Thibaut, *Archiv.*, t. 1, p. 111-116 ; t. 18, p. 525. — Van Giphén, sur le titre du Code *uti possidetis*, P. 2, p. 302, se déclare contre leur emploi.

(2) L. 4, § 27, D. *de usurp.* : « Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris : per longum tempus non utendo amittam viam : quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est *mero jure, detruditur.* »

(3) Voici comment il faut déterminer les rapports qu'ont ces interdits.

d'après ses termes, que la restitution d'une chose donnée, ce qui est tout inconcevable ici (1). L'interdit *uti possidetis* serait donc le seul dont l'application se concevrait ici, et cependant les lois ne l'accordent pas : elles ont donné des interdits particuliers pour les cas les plus importants de cette classe (2) : on n'a donc droit qu'à une action dans ces cas déterminés (3).

entre eux : le propriétaire jouit, en vertu de sa possession, de l'interdit *uti possidetis* : si le défendeur se trouve en possession de la servitude, il lui oppose l'interdit *de itinere*, en forme d'exception ; mais si la possession de la servitude repose sur un *precarium*, le demandeur peut admettre l'existence de la possession et repousser cependant l'exception par une réplique.

(1) Le *HABERE precario* est concevable dans tout *jus in re* (L. 2, § 3, D. de *precario*), et notamment dans les servitudes de cette première classe (L. 5 ; L. 15, § 1, D. de *precario*) ; mais il n'en est pas de même du *RESTITUERE precarium* qui est l'unique but de l'interdit (L. 2, pr. D. de *precario*). Il n'est pourtant pas indifférent, dans ces servitudes, de savoir si elles reposent sur un *precarium*, ou non, parce qu'il y a au moins des exceptions qui dépendent de cette circonstance (L. 1, pr. D. de *itin.* etc.).

(2) L. 20, in fine, D. de *servit.* : «... Ideoque et *interdicta veluti possessoria* constituta sunt.» Thibaut, *loc. cit.* p. 116, prend, sans motif, cette expression trop vague pour une règle générale ; car le sens peut aussi bien être celui-ci : « Il y a aussi, pour cette raison, des moyens judiciaires possessoires dans ces cas (dans plusieurs de ces cas, dans beaucoup de ces cas). »

(3) Les interdits possessoires étant tous d'une nature positive, l'interdit *uti possidetis* est inadmissible dans les cas qui ne sont pas expressément prévus ; son usage ne constituerait pas l'application d'un principe général à un cas spécial, mais bien plutôt l'extension de ce cas à d'autres cas entièrement nouveaux, et il accorderait, en outre, aux servitudes assez insignifiantes de cette espèce, plus de faveur qu'aux plus anciennes et aux plus importantes (*via, actus, iter, aqueductus*). Une application, par analogie, des interdits particuliers de ces servitudes à tous autres cas non désignés n'est pas plus concevable, parce que les conditions positives de ces interdits particuliers diffèrent trop les unes des autres. — (Addition à la 4^e édition.) Voici ce qu'il faut principalement considérer dans cette controverse. On ne doit point attribuer au hasard que des interdits particuliers aient été accordés pour plusieurs de ces servitudes : cette mesure est motivée par la nature particulière de ces servitudes, qui consistent dans des actes intermittents, et auxquelles les interdits généraux ne paraissent donc guère applicables. Il fallait une circonscription plus étroite de l'espèce d'exercice qui

et uniquement dans les formes expressément prescrites que nous allons exposer.

I. *Jus itineris, actus, via.*

Sources : Digeste, liv. 45, titre 19.

C. Albert, *Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen*. N^o 1. *Darstellung des possessorischen int. de itinere actuque privato*. Leipsig, 1826.

J. C. Althof, *Das int. de itinere actuque privato*. Rinteln, 1836.

La première condition de cet interdit est la possession de la servitude : cette possession doit d'abord être plus spécialement déterminée. Elle a ceci de commun avec toute *juris quasi possessio*, que le droit doit avoir été exercé comme un droit, par le demandeur lui-même ou par un autre, en son nom (1) : ainsi, celui qui prend son chemin pour un autre motif à travers le bien-fonds d'un autre, par exemple, parce que le chemin ordinaire est inondé, n'a point par là agi en possesseur, et on a même soin de distinguer très-exactement de la *precaria possessio* le rapport dans lequel il se trouve (2). — L'exercice seul de la servitude ne suffit même pas ; certaine mesure est encore prescrite comme condition de l'interdit. Il faut que celui qui veut recourir à l'interdit ait exercé le droit au moins trente

suffirait pour ouvrir le recours à la protection possessoire. Dans les servitudes concernant les chemins on adopta trente jours ; dans celles relatives à l'eau, un exercice quelconque dans la dernière année. Mais aussi tous les cas qui avaient de l'importance pour les Romains étaient par là épuisés, et pour les cas moins importants et dans lesquels les interdits généraux étaient aussi peu applicables que dans les cas importants, on devait se contenter de l'action pétitoire. La servitude de pâturage ne nous paraît avoir été, chez les Romains, ni fréquente, ni importante comme servitude, et c'est ce qui nous explique, au moins historiquement (sinon pour les besoins de notre pratique), le défaut complet d'une protection possessoire. — Du reste, nous admettons que cette controverse, importante pour la théorie, s'évanouit dans la pratique, parce que le *remedium spolii* est applicable à ces servitudes. Cpr. plus loin l'addition au § 50. (Add. à la 6^e éd.)

(1) L. 1, §§ 7, 8, 11 ; L. 5, § 4, D. de *itinere*.

(2) L. 1, § 6 ; L. 7, D. de *itinere*.

jours dans la dernière année, à partir du jour de l'action intentée (1). Il existe cependant une restitution contre cette espèce de computation : par exemple, lorsque l'exercice a été empêché, dans la dernière année, par l'emploi de la violence ou par d'autres causes suffisantes, l'avant-dernière année peut alors servir, par suite de la restitution, de fondement à la computation (2). Nous ferons finalement observer, par rapport à cette condition, que l'*accessio possessionis* a lieu pour computer le terme de l'exercice : il est indifférent que le demandeur lui-même ou son auteur (le vendeur, le testateur, le donateur, etc.), ou enfin l'un et l'autre aient exercé le droit pendant trente jours de la dernière année (3). Si c'est l'auteur seul qui a accompli le terme, l'interdit a, relativement au demandeur, le caractère des interdits *adipiscendæ possessionis* (4). — La seconde condition de l'interdit est le trouble violent dont la notion doit être déterminée de la même manière que dans l'interdit *uti possidetis*. L'interdit se dirige contre tout individu qui exerce la violence, peu importe que ce soit le propriétaire restreint par la servitude dans l'exercice de ses droits, ou bien tout autre; il ne repose donc pas uniquement sur les rapports qu'a la servitude avec la propriété (5).

Le demandeur conclut, dans cet interdit, à ce que le trouble de la possession cesse (6) et, en second lieu, à ce qu'on le dédommage complètement (7). L'effet de cet interdit ressemble donc entièrement à celui de l'interdit *uti possidetis*.

Enfin, les exceptions n'ont rapport qu'à la manière dont la

(1) L. 1, §§ 2, 3, D. de itinere.

(2) L. 1, § 9, D. de itinere.

(3) L. 5, §§ 6-10; L. 6, D. de itinere.

(4) L. 2, § 3, D. de interdictis : « Adipiscendæ possessionis sunt interdicta.... ex hoc genere est et : quo itinere venditor usus est, quominus a emtor utatur, vim fieri veto. »

(5) L. 5, § 5, D. de itinere.

(6) L. 1, pr. D. de itinere. « ...vim fieri veto. »

(7) L. 5, § 5, D. de itinere.

servitude a été exercée ; car on n'a pas besoin d'exception fondée sur la prescription, parce que le fait sur lequel le demandeur doit baser son action, renferme déjà une limitation de temps. Voici la règle qui régit ces exceptions : Aucun jour dans lequel on a exercé la servitude soit *violamment*, soit *clandestinement*, soit *precario*, ne peut être mis en ligne de compte dans la computation de ces trente jours (1). C'est là l'unique portée de ces exceptions : si la servitude a donc été exercée, sans l'un de ces trois vices, pendant les trente jours, on n'est pas fondé à exciper de l'exercice qui peut encore avoir eu lieu, soit *violamment*, soit *clandestinement*, soit *precario*, mais outre les trente jours (2). Il est d'un autre côté tout à fait indifférent que l'on ait exercé la violence, etc., contre le défendeur en cause lui-même, ou contre ses représentants, ou bien contre un possesseur précédent : de même encore celui qui achète un bien-fonds, ou qui en hérite, acquiert en même temps les exceptions auxquelles avait droit le possesseur précédent dont il est le successeur juridique :

L. 3, § 2, D. de itinere :

« Si quis ab actore meo (5) vi, aut clam, aut precario usus est :
« recte a me via uti prohibetur, et interdictum ei inutile est :
« quia a me videtur vi, vel clam, vel precario possidere, qui

(1) L. 1, pr.; L. 5, pr., § 1, D. de itinere.

(2) L. 1, § 12; L. 2; L. 6, D. de itinere.

(5) C'est ainsi que lisent quatre manuscrits de Paris (nos 4455, 4486, 4487 et 4456) et (peut-être la seule de toutes les éditions) Paris. 1556, in-4°. — Une Glose anonyme interlinéaire (manusc. Paris. 4479) ajoute : « id est « administratore » ; elle suppose donc aussi la leçon *actore* et doit, par conséquent, être puisée dans un manuscrit qui présentait cette leçon. — Odfred, sur cette loi (fol. 102) : « alii habent, ab actore : i. e. a castaldione. » — Florent. : « ab auctore vi. » — Rom. 1476, etc., et même deux éditions antérieures sorties des mêmes presses que l'édition susmentionnée de Paris (Paris. 1510 et 1514, in-4°) : « ab auctore meo vi. » — Le pronom *meo* se trouve aussi dans beaucoup de manuscrits. — Sur la confusion fréquente des mots *actor* et *auctor* avec ceux *actio* et *auctio*, v. Cujas, *Observ.* XXIV, 8.

« *ab actore* (1) *meo vitiose possidet. Nam et Pedius scribit, si*
 « *vi, aut clam, aut precario ab eo sit usus, in cuius locum* (2)
 « *hereditate vel emptione, aliove quo jure successi, idem esse*
 « *dicendum...* »

La leçon florentine est très-peu vraisemblable, parce que Ulpien dirait deux fois la même chose, en s'exprimant toutefois comme s'il voulait énoncer quelque autre chose; nous nous appuyons principalement sur les mots *idem esse dicendum* qui ne peuvent bien indiquer qu'un second cas qu'on veut décider de la même manière que le premier. La leçon que nous avons adoptée ici fait tout à fait disparaître la difficulté: il s'agit maintenant d'abord d'un acte de violence exercé contre mon *actor* (c'est-à-dire l'esclave auquel est confiée la surveillance d'une campagne), en second lieu, d'un fait de pareille nature qui a été commis contre mon *auctor* (le vendeur, celui dont je suis l'héritier etc.): on m'accorde, dans le premier cas, l'exception à laquelle donne droit l'acte de violence, et le second cas recoit la même décision (« *idem esse dicendum* »). — La leçon de Hervag ferait également disparaître la difficulté, mais d'une toute autre manière: il s'agirait, dans la première phrase, d'un *successor* juridique (ab *auctore*), dans la seconde, d'un *successor* non-juridique (*non cuius in locum.... JURE successi*); mais alors la seconde phrase serait non-seulement très-mal exprimée, elle heurterait encore toute analogie.

(1) C'est ainsi que lisent: Paris, 1556, in-4°, et les trois premiers des manuscrits sus-désignés de Paris; le 4^me porte *auctore*.

(2) C'est ainsi que lisent les anciennes éditions, y compris celles de Harloandre et de Paris, 1556, in-4°. — L'édition de Bâle, 1541, in-fol. (ap. Hervag.), donne la leçon: « *Non in cuius locum.* » — Les éditions: Lugd. 1551, 1557, in-4° (Portanæ), donnent cette dernière leçon comme variante. — L'édition vintimillienne (Paris, 1548, in-8°) la présente comme variante d'un Codex Medic., et beaucoup d'autres éditions la suivent (Lugd. 1551, in-12°; Paris, 1552, in-8°; Russard, Charondas, Paciana, Baudoz): il ne faut d'ailleurs pas confondre ce manuscrit médicéen avec le célèbre manuscrit de Florence; epr. Brenemann, *Hist. Pand.* p. 254. — Nous n'avons trouvé la négation *non* dans aucun manuscrit.

II. Un second interdit a rapport aux mêmes servitudes que celui qui précède, mais il tend à la réparation du chemin dont l'interdit précédent était destiné à assurer l'usage.

Source: Digeste, liv. 43, titre 19 (L. 5, § 11, etc.).

Ainsi, le demandeur conclut, dans cet interdit, à ce que le propriétaire ne l'empêche pas de mettre le chemin en état praticable.

Cet interdit est soumis, pour des raisons très-faciles à comprendre, à plus de restrictions que le précédent: en effet, le demandeur doit fournir caution pour le préjudice qui pourrait résulter de son travail (1): il faut en outre qu'il prouve son *jus reficiendi* (point par lequel cet interdit se distingue de toutes les autres actions possessoires), et il doit, en troisième lieu, avoir la possession de la même manière qu'elle était exigée pour l'interdit dont nous venons de parler. Le *jus reficiendi* étant considéré comme conséquence de la servitude elle-même, tant que la preuve d'une exception à cette règle n'est pas administrée, le demandeur est tenu de prouver encore, outre la possession de la servitude, son droit à la servitude (2).

Cependant le droit à la servitude n'est pas seulement la condition, mais encore l'objet de cet interdit, qui ne protège pas seulement de cette manière le demandeur contre tout trouble de son travail, mais qui lui fait encore *adjuger*, à l'instar de l'action confessoire, le droit même à la servitude, s'il administre sa preuve (3). Voici les rapports dans lesquels se trouve l'interdit avec l'action confessoire. Celui qui peut prouver son droit à la servitude, peut recourir à l'action confessoire pour être maintenu dans l'exercice intégral de son droit; mais

(1) L. 5, § 11; L. 5, § 4, D. *de itinere*.

(2) L. 5, §§ 11, 13, 14, D. *de itinere*.

(3) L. 2, § 2, D. *de interdictis*: « *Quædam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato (sc. reficiendo): nam pro-prietatis causam continet hoc interdictum.* » — La comparaison de ce passage avec la L. 5, § 13, D. *de itinere*, prouve à la dernière évidence qu'il est restreint à l'interdit *de itinere reficiendo*. — Costa, sur le pr. Inst. *de interd.* (V. l'add. à la 6^e éd., à la fin du § 6.)

dans le cas déterminé qui nous occupe et pourvu qu'il puisse prouver, outre son droit à la servitude, sa possession, il a le choix entre l'action et l'interdit. — Or, cet interdit n'étant autre chose qu'une action confessoire dans la forme d'un interdit, il ne peut plus être question de ce dernier, depuis que la procédure qui le distinguait de cette action a cessé d'exister.

III. *Jus aquæ quotidianæ vel æstivæ ducendæ* (1).

Source : Digeste, liv. 43, titre 20.

La première condition de cet interdit est la possession de la servitude. La servitude doit en même temps être exercée avec la conviction que le droit même existe (*bonæ fidei possessio*) (2). Enfin, elle doit avoir été exercée dans la dernière année, ou bien, lorsque l'aqueduc n'est employé qu'en été ou en hiver, dans les derniers dix-huit mois (3). — Le recours à cet interdit suppose encore un trouble violent apporté à la possession, peu importe que ce soit le propriétaire ou bien un tiers qui le commet (4). Lorsque plusieurs personnes prétendent au même aqueduc, l'action a, comme l'interdit *uti possidetis*, la qualité d'*interdictum duplex* (5).

L'objet de l'action est, en premier lieu, d'ôter tout obstacle à l'exercice libre de la possession (6); puis de réparer le dom-

(1) Il paraît probable que cet interdit n'ait eu rapport originairement qu'à l'agriculture; on lui a donné, par la suite, l'extension à tous les aqueducs (L. 1, §§ 11, 15, 14; L. 3, pr. D. *de aqua*), de manière à l'appliquer même aux conduits d'eau qui n'avaient point été accordés comme servitudes prédiales, mais bien seulement en vertu d'un droit personnel et pour l'usage personnel (L. 1, §§ 12, 24, D. *eodem*).

(2) L. 1, §§ 10, 19, D. *de aqua*.

(3) L. 1, §§ 31-56; L. 6, D. *de aqua*.

(4) L. 1, § 25, D. *de aqua*.

(5) L. 1, § 26, D. *de aqua*: « Si inter rivales, id est, qui per eundem « rivum aquam ducunt, sit contentio de aquæ usu, utroque suum usum « esse contentente: duplex interdictum utriusque competit. » (Sur la définition de *rivalis*, v. la Glose, sur le c. 18, C. 52, q. 5.) Cpr. L. 4, D. *de aqua*, et Paul, V, 6, § 9.

(6) L. 1, pr. D. *de aqua*: « ... vim fieri veto. » — L. 1, § 27, D. *eod.*

mage occasionné par le trouble et qui peut consister ici, comme dans toutes les servitudes, dans la perte du droit même par suite du *non-usus* (1).

Le défendeur a droit d'*exciper* de ce que la servitude n'a été exercée que d'une manière injuste, c'est-à-dire *vi, clam, precario* (2).

IV. Un interdit particulier, celui *de rivis*, a aussi été accordé pour la réparation de l'aqueduc.

Source : Digeste, liv. 43, titre 21.

Cet interdit dépend absolument des mêmes conditions que celui qui précède (3): ce n'est donc point le droit à la servitude qui importe ici, mais bien la possession (4). Il faut toutefois aussi fournir ici caution pour le dommage que le travail pourrait causer (5).

V. Deux autres interdits sont destinés, de la même manière et sous les mêmes conditions que les deux interdits précédents, à protéger contre tout trouble le *jus aquæ hauriendæ*.

Source : Digeste, liv. 43, titre 22.

Ainsi, celui qui a exercé ce droit dans la dernière année, mais sans violence, etc., peut faire usage du premier de ces interdits afin de s'assurer l'exercice par la suite; il se sert du second pour pouvoir réparer le puits, etc., sur lequel pèse la servitude.

Seconde classe des servitudes réelles : servitudes positives qui ont des rapports immédiats avec la possession d'un bien-fonds.

L'acquisition et la conservation de leur possession sont très-faciles à déterminer, parce qu'elles consistent toujours en un objet extérieur et continu dont l'existence constitue l'exercice

(1) L. 1, § 25, D. *de aqua*.

(2) L. 1, pr., §§ 10, 20, D. *de aqua*.

(3) L. 3, § 7, D. *de rivis*.

(4) L. 1, § 9; L. 4, D. *de rivis*.

(5) L. 3, § 9, D. *de rivis*.

réel du droit. Lorsqu'il s'agit, par exemple, du droit de poser une poutre sur le mur du voisin, (*jus tigni immittendi*) la *juris quasi possessio* dépend uniquement de la réalité de l'*immissio* même (1).

Les interdits ne peuvent trouver leur explication que dans l'exposition de la troisième classe.

Troisième classe. Servitudes négatives.

Celui auquel compète un pareil droit peut exiger que le propriétaire s'abstienne de certain acte que sa qualité de propriétaire lui permettrait de faire si la servitude n'existait pas. Comment acquiert-on la possession d'un pareil droit?

On a l'habitude, mais à tort, de supposer à cette question un rapport avec l'acquisition du droit même. On prétend qu'il faut, à cet effet, et de même qu'en matière de propriété, la tradition, quoique le droit ancien n'ait exigé que la *in jure cessio*, et que le contrat seul suffise en droit de Justinien, pour opérer cette acquisition (2). La question a de l'importance : A) pour le droit aux interdits; B) pour l'usucapion; C) pour la *publiciana actio* qui ne prend également naissance ici que dans la tradition, mais dont on a uniquement besoin dans le cas où une servitude n'a pas été concédée par quelqu'un dont la qualité de propriétaire est prouvée (3).

Nous ne connaissons qu'un seul cas dans lequel l'acquisition de la possession soit incontestée; il a lieu lorsque l'acte contraire à la servitude a été tenté mais empêché, soit par la simple contradiction de l'adversaire, soit par violence, ou bien par une défense judiciaire (4). Hormis ce cas, tout est controversé. Quelques-uns exigent, qu'en vertu de l'analogie avec le cas indiqué, un essai d'exercice et son empêchement par une

(1) L. 20, pr. D. *de serv. præd. urb.* : « Servitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur... » (c'est-à-dire, par suite de la possession de la chose [du corps] par laquelle on exerce le droit).

(2) Ulpien, XIX, 11. — § 4, J. *de serv. præd.*

(3) L. 11, § 1, D. *de publ. in rem act.*

(4) L. 15, D. *de oper. novi nunt.* — L. 45, D. *de damno inf.*

défense se fassent au moins en apparence (1). Mais un pareil acte symbolique ne s'accorde guère avec la nature de la possession; nous ne pouvons invoquer aucune preuve positive en sa faveur; et ce n'est que la nécessité et le défaut de tout autre expédient, qui ont pu porter les juriconsultes à l'adopter. D'autres prétendent, au contraire, qu'il suffit, pour procurer la possession de la servitude négative, que l'adversaire s'abstienne de tout acte, de sorte que, par exemple, tout propriétaire d'une maison aurait contre tous ses voisins la possession d'un *jus altius non tollendi* pour la hauteur actuelle des maisons (2). Cette opinion n'est également que le résultat de la nécessité parce qu'il paraît déjà bien contre la nature des choses, que tout propriétaire de biens-fonds dût posséder réellement à tout instant d'innombrables servitudes contre tous ses voisins. — Nous croyons qu'il faut chercher la décision dans le même principe que nous avons déjà établi plus haut pour les servitudes affirmatives. Leur possession ne s'acquiert pas par tout exercice quelconque, mais seulement en ce qu'on les exerce comme un droit (*tanquam id suo jure faceret*). On distingue donc l'usage purement accidentel d'avec celui qui se base sur des motifs juridiques et sur une espèce de nécessité, et le motif de cette différence repose uniquement ici,

(1) Heisler, *Untersuchung des Satzes, dass die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden* [Recherches sur le principe que les servitudes négatives s'acquièrent par la force seule des contrats, sans tradition (dans ses *Traité*s. Halle, 1785, in-4°, cahier 5)], §§ 14-16. — Thibaut, *Ueber Besitz*, § 16.

(2) Nous aussi nous avons défendu cette opinion dans les deux premières éditions. C'était surtout la L. 6, § 1, D. *si serv. vindic.*, qui nous y avait engagé : « Si forte non habeam ædificatam altius in meo, adversarius meus « possessor est. » Mais le terme *possessor* ne désigne pas ici celui qui a la possession, mais bien celui qui a la qualité de défendeur; « l'adversaire, dit le texte, est celui qui (s'il veut) peut prendre, dans le procès, la qualité de défendeur. » Les mots qui suivent parlent hautement en faveur de cette interprétation; car si l'on avait voulu parler de la possession, rien n'aurait été plus naturel que d'attribuer à l'adversaire les interdits possessoires. Mais c'est ce qui n'a pas lieu : on ne lui fait accorder que l'interdit *quod vi aut clam*, auquel on peut recourir sans avoir aucunement la possession.

comme dans les servitudes que nous avons mentionnées plus haut, sur ce que l'*animus possidendi* n'aurait autrement aucune base. En appliquant cette même différence aux servitudes négatives, nous réfutons par là la seconde des deux opinions mentionnées. En effet, si mon voisin n'a bâti que jusqu'à certaine hauteur, je ne jouis de cet avantage que d'une manière tout accidentelle et comme d'un simple fait qui n'est point revêtu du caractère d'un droit; je n'ai donc pas la possession. Ce principe nous montre de même pourquoi un essai que nous faisons sérieusement, mais dans lequel nous avons été empêché, doit donner la possession: car on ne peut plus attribuer au hasard que le propriétaire ne se livre plus à l'acte auquel on s'est opposé; on en doit considérer l'omission comme le produit de la résistance. Nous devons accorder le même effet au *titre* qui confère la servitude. En effet, lorsque notre voisin nous concède, par contrat ou par testament, le *jus altius non tollendi*, ce n'est pas non plus par l'effet du hasard qu'on n'élève pas les bâtiments jusqu'à une plus grande hauteur, cette circonstance est plutôt le résultat de la nécessité, c'est-à-dire du contenu du contrat ou du testament; par suite, cet acte, qui pouvait nous donner le droit même, nous procure également la possession, sans qu'il soit nécessaire de la défense fictive dont nous avons parlé plus haut. Il y a ici entre l'acquisition du droit même et celle de la possession cette seule différence, que ce n'est que le propriétaire qui puisse nous procurer la première, tandis que même le possesseur nous peut procurer la seconde.

Il s'ensuit qu'on peut acquérir la possession des servitudes négatives de deux manières: 1° en s'opposant à l'acte dont l'exercice est contraire à la servitude; 2° par tout acte juridique qui est de nature à transmettre le droit à la servitude: peu importe qu'elle soit réellement transmise ou non.

On perd la possession des servitudes négatives, lorsque l'adversaire achève l'acte contraire à la possession: si donc la maison d'un voisin contre laquelle nous prétendons à un *jus altius non tollendi* a été réellement élevée à une plus grande hauteur, notre possession de la servitude se trouve naturellement exclue.

Il nous reste finalement à traiter des interdits par lesquels on protège l'exercice de la *seconde* et de la *troisième* classe des servitudes réelles. Chacune de ces servitudes n'est, à proprement parler, qu'une *qualité* de la possession de la chose principale: par exemple, celui qui possède le *jus tigni immittendi* ou *altius non tollendi* n'a effectivement que la possession d'une maison, modifiée de telle ou telle manière. Il n'était donc pas nécessaire d'introduire des interdits particuliers pour la possession de ces servitudes, parce que tout trouble de cette dernière constitue en même temps une violation de la possession de la chose principale. La seule action qui est accordée pour le maintien de la possession de toutes ces servitudes, n'est donc jamais l'interdit *de vi*, parce que la violation la plus grave de cette nature ne fait pas cesser la possession du bien-fonds, mais bien l'interdit *uti possidetis* (1). Cette règle se montre avec la plus grande évidence dans un cas exceptionnel. On trouva convenable de déterminer, dans le *jus cloacæ*, l'action possessoire un peu autrement qu'elle ne l'était dans l'interdit *uti possidetis*; on ne donna donc pas seulement un interdit particulier pour cette servitude (2), mais on exclut

(1) L. 8, § 5, D. *si serv. vind.*: «... agi poterit, *jus esse fumum immittere*, « quod et ipsum videtur Aristo probare. *Sed et interdictum uti possidetis* « poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. » — Il ne s'agit ici que d'une servitude affirmative de la seconde classe, mais il n'y a aucun doute que le même principe doive également trouver son application aux servitudes *négatives*. On aura pourtant plus rarement besoin, pour ce qui concerne ces dernières, de recourir aux actions possessoires, et en voici le motif: il s'agit généralement, dans celles-ci, non-seulement de se défendre d'un trouble et de demander des réparations de préjudices soufferts, mais encore de faire démolir, etc., ce qui a été bâti, et on peut se pourvoir, à cet effet, d'un interdit tout particulier (*quod vi aut clam*), qui n'appartient pas au nombre des actions possessoires et offre même plus d'avantages que ces dernières, parce que ses conditions sont plus faciles à accomplir.

(2) Dig. liv. 45, tit. 25, *de cloacis* (sc. *purgandis, reficiendis*). — Ce qu'il y a de distinctif dans cet interdit, c'est qu'il exclut les exceptions ordinaires (L. 1, § 7, D. *de cloacis*); particularité qu'on s'explique très-bien lorsqu'on

encore expressément l'interdit *uti possidetis* (1). — Cette manière de voir paraîtra encore plus plausible, lorsqu'on met les deux classes de servitudes qui nous occupent ici, en présence avec la première classe, celle des servitudes réelles consistant en actes indépendants. Ces dernières servitudes sont aussi les qualités des biens-fonds, c'est-à-dire le *droit* qu'elles accordent est une qualité de la propriété du bien-fonds (2); mais il en est autrement de leur possession. En effet, comme celle-ci repose sur des actes tout à fait indépendants de la possession de la chose principale, on ne peut pas dire que les servitudes soient possédées en même temps que la chose principale, et que le trouble qu'elles souffrent viole en même temps la possession du bien-fonds. Voilà pourquoi on a créé des interdits particuliers pour les droits les plus importants de cette classe, sans trouver nécessaire de les excepter expressément de l'interdit *uti possidetis*; voilà pourquoi nous devons dire plus haut que ces servitudes ne sont protégées par des interdits que dans ces cas déterminés.

§ 47. Du droit de superficie.

Le dernier cas de la *juris quasi possessio* concerne la *superficie* (§ 23), l'unique *jus in re* qui, outre des servitudes, donne lieu à la quasi-possession (3).

considère qu'il est dans l'intérêt de toute la ville (« *ad publicam utilitatem spectare videtur* ») de ne pas voir arrêté le curage : l'examen du droit même ou de la *justa possessio* a déjà plus de temps.

(1) L. 1, pr. D. *uti possidetis* : « De cloacis hoc interdictum non dabo. »

(2) L. 86, D. *de verb. sign.* : « Quid aliud sunt jura prædiorum, quam « *prædia qualiter se habentia*, ut bonitas, salubritas, amplitudo ? » C'est-à-dire que les servitudes sont aussi bien simples qualités des biens-fonds que le bon sol, une situation saine, etc., choses qui n'ont rien de juridique. — L'énonciation est d'ailleurs générale; elle concerne donc aussi les servitudes de la première classe, sur lesquelles seules on trouve quelque chose de pareil dans la L. 12, D. *quemad. serv. amitt.*

(3) On serait peut-être tenté d'adopter une *juris quasi possessio* pour les cas suivants, dans lesquels une véritable *corporis possessio* l'a exclue et

Source particulière pour le droit de superficie : Digeste, liv. 43, tit. 18.

Tout bâtiment n'est considéré que comme partie du sol sur lequel il repose, et sa propriété, ainsi que sa possession, sont inséparablement attachées à la propriété et à la possession de ce sol. La seule séparation possible consiste dans une espèce particulière de *jus in re* que le propriétaire peut transmettre à un autre. Celui auquel ce *jus in re* compete n'est pas plus possesseur que propriétaire de la maison, mais il a une *juris quasi possessio*, et, par elle, des actions possessoires. La *juris quasi possessio* de ce droit ressemble le plus à celle des servitudes personnelles, parce qu'elle dépend, aussi bien que celle-ci, de la possession naturelle de la chose. Aussi n'y a-t-il aucune différence entre l'une et l'autre en ce qui concerne l'acquisition et la perte de la possession, et s'il en a existé quant aux interdits, elle n'est au moins plus pratique.

I. Le trouble violent de la possession ne donne pas lieu, comme l'usufruit, etc., à l'interdit *uti possidetis*, mais bien à un interdit particulier (4) qui a, d'ailleurs, tous les droits de celui *uti possidetis* (5). Cette différence ne concerne donc que le nom, et voici comment elle pourra s'expliquer : la *superficie* n'était qu'une institution *prétorienne* et devait donc acquérir son existence juridique par l'insertion dans l'Édit; il semble que ce ne soit que par l'effet du hasard qu'on lui ait assigné sa place plutôt

rendue superflue : A. Biens-fonds provinciaux (§ 9) dont Simplicius fait (dans Goësius, p. 76) une mention très-incertaine des interdits. Cpr. sur ce passage obscur Trell, *Kleine deutsche Aufsätze (Petites dissertations allemandes)*. Leipzig, 1817, p. 59. — B. Le nantissement (§ 24). — C. L'emphytéose (§ 12a, § 22a, § 24). On paraît, à la vérité, avoir introduit, pour ce cas, un interdit possessoire particulier, celui de *loco publico fruendo* (Dig. 43, tit. 9; L. 1, § 7, D. *ut in flum. publ.* — L. 13, § 7, D. *de injur.*); mais cet interdit ne concernait point la possession : la *conductio* seule, sans la possession, donnait droit à le réclamer : lorsque la possession s'y joignait, il y avait un concours entre cet interdit et les interdits possessoires.

(1) L. 1, pr. D. *de superf.* — L. 5, § 17, D. *uti possidetis*.

(2) L. 1, § 2, D. *de superf.*

à côté des interdits que près des actions réelles. Il en était tout autrement de l'usufruit : toutes les servitudes reposaient déjà sur le droit civil, et on n'avait donc besoin, par rapport à elles, que de la simple application des interdits possessoires ordinaires.

II. Lorsque la possession naturelle a cessé par la *dejectio*, l'interdit *de vi* trouve son application comme dans la possession proprement dite (1).

III. Lorsque le superficiaire a accordé, *precario*, l'exercice de son droit à un autre qui refuse la restitution, il y a lieu à l'interdit *de precario*; car on peut y avoir recours pour tous les droits susceptibles d'une restitution, et la superficie doit aussi bien être comptée au nombre des *jura (in re)* que les servitudes.

(1) L. 1, § 5, D. *de vi* : « Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis dejectus est, apparet interdicto esse locum. »

SECTION SIXIÈME.

MODIFICATIONS QU'A SUBIES LE DROIT ROMAIN.

§ 48.

Nous avons exposé, dans les cinq premières sections de cet ouvrage, la théorie de la possession, en faisant entièrement abstraction de tout ce qu'on pourrait avoir ajouté au droit romain dans les temps modernes : cette direction des recherches nous paraissait nécessaire, pour éviter que la confusion du droit romain ancien avec le droit de nos jours ne rendit méconnaissable l'un et l'autre.

L'exposition de cette théorie est maintenant terminée, et on se demandera quelles sont les modifications qu'elle a subies dans les temps modernes. Il y a en même temps un motif particulier pour lequel il ne nous est pas permis de passer sous silence cette question et son examen : c'est que, parmi toutes les erreurs importantes dans lesquelles on est tombé sur les idées romaines concernant la possession, on n'en découvre peut-être aucune qui n'ait sa source dans le droit canon ou dans le droit allemand. En ne réfutant les opinions fausses que par le droit romain, nous aurons donc peu gagné pour la pratique; on pourrait croire, tout en approuvant nos déductions, que nous n'avons fait que démontrer ce qu'il y a d'erroné dans les preuves sur lesquelles on a voulu appuyer certains principes de droit, et que ces derniers peuvent encore toujours être justes et incontestables. Pour pouvoir prétendre à l'application, la théorie de la possession doit examiner et exposer comment les dispositions législatives postérieures la transforment : les paragraphes suivants

sont destinés à indiquer au moins ces rapports; si nous voulions en donner plus qu'un aperçu, il nous faudrait partir de points de vue historiques tout différents, et sortir des limites de cet ouvrage.

Il y a trois points sur lesquels nous devons diriger nos recherches : le premier a la notion de la possession pour objet (§ 49); le second et le troisième ont les actions possessoires pour objet : le *remedium spoli* (§ 50) et le *possessorium summarium* ou *summariissimum* (§ 51).

§ 49. Notion de la possession.

La première recherche à laquelle nous allons nous livrer ici concerne donc la notion de la possession. Le droit romain n'admettait la possession que pour la *propriété* et les *jura in re*; par la suite on doit avoir porté son extension à tout droit possible, surtout par l'autorité du droit canon.

Toute la théorie de la possession reposait sur le principe qui consacrait, contre les violations commises en certaine forme, une protection à l'exercice seul d'un droit, sans prendre en aucune considération l'existence de ce dernier même; il s'ensuit que cette protection ne pouvait s'étendre qu'aux droits susceptibles d'être violés de cette manière, et nous n'en connaissons d'autres que la *propriété* et les *jura in re*. Mais la constitution de l'Église chrétienne et des États européens a enfanté et attaché à la possession et à la jouissance du *sol*, des droits que les Romains ne connaissaient point, ou qu'ils étaient au moins bien loin de considérer comme appartenant à un particulier. C'est ainsi que l'exercice du pouvoir épiscopal dépend de la possession de l'église épiscopale et de ses biens; c'est ainsi encore qu'on découvre une dépendance analogue des pouvoirs suprêmes de l'État ou bien de l'une ou l'autre de leurs branches dans la souveraineté des princes et dans la juridiction des propriétaires fonciers; il en est finalement de même des charges réelles qui ont leur source en droit allemand, comme les rentes

foncières, les dîmes, etc. On peut très-bien concevoir, pour tous ces droits, une protection accordée au simple exercice et pareille à celle créée pour l'exercice de la propriété, et la possession qu'on établirait ainsi pour les droits serait toujours facile à réduire à celle du sol, c'est-à-dire, à l'exercice de la propriété de ce dernier. La justesse de notre remarque est même frappante en beaucoup de cas; par exemple, lorsqu'un évêque est expulsé, par la violence, de son diocèse, le trouble de la possession du sol est inséparablement lié au trouble des droits épiscopaux, et la même liaison existe aussi de nécessité dans la protection accordée contre ce trouble. Mais les cas même dans lesquels on empêcherait seulement, par violence, l'exercice d'un seul de ces droits, par exemple, celui de la juridiction, admettent non pas à la vérité le rapport dont nous parlons, avec le sol, mais bien quelque chose de tout analogue, exactement comme dans la *juris quasi possessio* romaine. Un trouble violent apporté à ces droits est aussi bien concevable qu'il l'était dans les servitudes, et l'application de la protection que le droit romain accordait déjà au simple exercice de ces servitudes, n'est qu'une juste conséquence.

Mais non-seulement le rapport que nous venons de décrire est concevable, il est encore devenu réel depuis longtemps. Il est très-souvent question, en droit canon, de la possession des droits diocésains et d'autres droits ecclésiastiques, ainsi que des dîmes qui y sont attachées; personne n'a jamais douté non plus que la juridiction et d'autres droits de la même catégorie ne doivent être protégés, de même que la propriété, contre des empiétements violents apportés à leur exercice, quoique le Romain n'ait jamais pu penser, relativement à aucun de ces droits, à un droit de la possession. Notre manière de voir trouve sa confirmation dans une restriction remarquable, par laquelle le droit canon modifie cette nouvelle espèce de possession. Lorsque des personnes ecclésiastiques possèdent des dîmes dans une autre paroisse que la leur, et que le *parochus* les dépossède, elles n'ont néanmoins, d'après les lois canoniques, à attendre aucune protection pour leur possession; il leur faut

prouver le droit même, parce que le *jus commune*, c'est-à-dire la règle de la *constitution de l'Église* leur est contraire (1).

Dans quels rapports cette espèce de possession se trouve-t-elle donc avec le droit romain? Elle ne repose pas sur son application immédiate, parce que les objets de cette possession sont étrangers au droit romain; mais elle est le résultat d'une application très-naturelle et très-conséquente des principes de ce droit. La notion de la possession n'a donc pas subi de changements : on n'a fait que l'étendre à des droits auxquels les Romains eux-mêmes l'auraient appliquée, s'ils les avaient connus (2).

Mais, outre ces droits, dans lesquels on ne peut méconnaître une extension du droit romain, et conforme à l'esprit de ce droit, on cite principalement deux autres classes de droits pour lesquelles on croit la quasi-possession établie, les droits concernant l'état des personnes et les obligations. L'examen de cette opinion réfutera suffisamment les idées trop générales et trop vagues qu'on veut substituer à celles si bien déterminées en droit romain sur la possession.

On prétend donc, en premier lieu, l'existence de la possession en matière de *droits de famille*; on invoque, pour le cas le plus important que ces droits puissent présenter, pour le *mariage*, le témoignage de textes exprès du droit canon (3). En mettant ce cas en parallèle avec un cas de la possession proprement dite, nous ferons facilement comprendre la chose. — S'il y avait des contestations sur la *propriété* d'un bien-fonds, on pourrait très-bien les décider, lors même que le droit positif ne renfermerait aucune disposition sur le droit résultant uniquement de la possession : il serait encore possible, il pourrait même être nécessaire, dans ce cas, que le juge réglât d'abord

(1) C. 2, de *restit. spoliat.* in vi : « ... cum... sit... manifestum (nisi aliud ostendatur) eas de *jure communi* ad eandem ecclesiam pertinere. »

(2) Il est très-remarquable que les glossateurs ont déjà eu la même manière de voir. Rofred, *Tract. jud. ord.* p. 81-83, p. 89. 90.

(3) C. 8, 10, 15, X. de *restit. spoliat.*

préalablement la position dans laquelle se trouvent les parties quant à la possession; mais une mesure provisoire de cette espèce différerait toujours beaucoup d'une protection accordée à la possession comme à un droit particulier, indépendant. Supposons, pour rendre plus saillante et mieux saisir la différence qui sépare cette protection de la mesure provisoire dont il s'agit, qu'aucune des deux parties n'ait réellement la propriété, mais qu'auparavant l'une d'elles ait été dépossédée par l'autre, par violence : la mesure provisoire ne pourrait, dans ce cas, rien changer, parce que, dans l'espèce, la possession est tranquille et décidée; mais l'*obligatio*, qui constitue le seul droit résultant uniquement de la possession, nous autoriserait à exiger la restitution de la possession que l'adversaire a fait cesser, à une époque antérieure, par l'emploi de la violence. — Retournons aux droits de famille dont on veut faire protéger la possession par le juge. La protection qu'on accorde à leur exercice n'est qu'une mesure provisoire relative à cet exercice, et qui se trouve dans la décision définitive à intervenir sur le droit même. Lorsque la forme du mariage, par exemple, n'est pas contestée, mais qu'on allègue d'autres motifs contre sa validité, il faut poser ces motifs et juger de leur admissibilité; mais jusqu'à ce que la décision intervienne, on doit, d'après le droit canon, continuer le mariage, pourvu que la continuation ne soit pas un péché pour des raisons particulières (1). Une pareille disposition ne renferme donc point un droit qui résulte uniquement de la possession, c'est-à-dire un *jus obligationis* par lequel on assure l'exercice d'un autre droit, sans considérer en aucune manière si ce dernier existe réellement.

Tout ce qui vient d'être dit ici contre la possession des droits de famille s'applique avec beaucoup plus de force à la possession des obligations. Dans la plupart des cas, on ne conçoit même aucune possibilité de les posséder, et il faut attribuer au plus grand hasard, qu'il ait pu en être question dans un cas

(1) C. 10, 15, X. de *restit. spoliat.*

seulement. Celui qui reçoit les intérêts d'un capital acquerrait, par là, la possession du droit au capital et à ses intérêts futurs. Nous pouvons nous dispenser de prouver qu'on ne peut pas plus adopter, dans ce cas que pour les droits de famille, un véritable droit résultant uniquement de la possession; mais il n'est même ni nécessaire ni prescrit, dans ce cas, de prendre une mesure provisoire pour l'exercice du droit à la créance et aux intérêts, quoiqu'on ait souvent été de l'avis contraire, en s'appuyant sur des textes de droit romain, qui renferment toute autre chose plutôt qu'une telle disposition.

Nous croyons avoir prouvé que la manière dont les Romains ont considéré la possession, a été moins changée que développée avec des conséquences. Il nous reste encore à rechercher combien a été modifié le droit des actions résultant uniquement de la possession, c'est-à-dire les formes que prend la protection accordée à la possession contre le trouble.

§ 50. De l'action spoli.

Auteurs sur le *remedium spoli* (*Spolienklage*):

C. Ziegler, *Ad can. redintegranda*. L'opuscule a été reproduit, en dernier lieu, accompagné de notes, dans: Woltar, *Observ. ad jus civ. et Brand.*, fasc. 2. Hall., 1779, 8°; *Observ.* 55. —

J. H. Boehmer, dans son *Jus eccles. protest.* liv. 2, tit. 13.

Le même, *Notæ in c. 3, C. 3, q. 1*, etc. etc., dans son édition du *Corp. jur. can.* Hal. 1744.

Fleck, *De interdictis unde vi et remedio spoli*, p. 85—136.

Parmi les décrétales apocryphes par lesquelles le recueil *Pseudo-Isidorien* minait l'autorité des archevêques et des synodes provinciaux (1), on trouve entre autres toute une série de cette teneur (2): « Lorsqu'un évêque a été expulsé de son siège ou

(1) Spittler, *Geschichte des kanonischen Rechts (Histoire du droit canon)*. Halle, 1778, in-8°, p. 261, 272.

(2) C. 3, 4, 5, 6, C. 2, q. 2. — C. 1, 2, 3, 4, C. 3, q. 1.

qu'il a été privé de ses biens personnels, on ne pourra le traire devant le synode, à raison d'aucun crime, avant qu'on ne l'ait remis en possession des biens perdus. » Personne certes ne s'est moins imaginé que le fourbe lui-même qui a confectionné ces lettres des évêques de Rome, que l'un de leurs textes servirait un jour à appuyer un système tout nouveau du droit des actions possessoires et même de la possession. Voici le passage auquel le hasard a fait cet honneur (1):

« Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectionis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda quacunquē conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum (2), aut per quacunquē injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, id est substantias (3) suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum et rel. »
S'il est vrai, ce que tous les praticiens nous assurent, que ce

(1) C. 3, C. 3, q. 1. [Ce passage se trouve en différents documents du recueil *pseudo-isidorien*: 1° dans une décrétale de Jean; 2° dans une décrétale d'Eusèbe; 3° dans le cinquième synode de Symmaque (de l'an 504)]. Ballerin, P. III, cap. VI, § II, n° VII, p. 552 et p. 551-553 de l'éd. in-4° de Mayence, de 1790, prouve longuement que ce synode est aussi bien faux que les deux décrétales. C'est donc sans fondement qu'on s'est récemment prononcé pour l'authenticité du contenu de ce texte, par le motif qu'il se trouve dans le synode cité. Le texte s'accorde d'ailleurs presque littéralement avec un autre qu'on lit dans un procès pendant à Aix-la-Chapelle en 1838, et qui paraît avoir été puisé dans l'interprétation du Bréviaire. Cpr. notre *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. II, § 41. (V. l'édition de cet ouvrage publiée par la Société belge de Librairie Hauman et Comp.). — (Addition à la 5^e édition, d'après une communication de Biener.)

(2) C'est à bon droit que Boehmer trouve cette leçon d'un vieux manuscrit de Berlin beaucoup plus vraisemblable que celles qu'on donne ordinairement et que voici: *violentia majorum, violentia majore, virtute majorum*. La bonne leçon se trouve aussi dans un très-beau manuscrit du décret, que la bibliothèque de l'université de Marbourg possède.

(3) C'est ainsi que lisent les quatre manuscrits mis à profit par Boehmer. Le manuscrit de Marbourg dit: « i. suas substantias. » — Al.: « aut substantias. »

texte a rendu superflu tout ce que le droit romain a déterminé sur la possession, il ne renfermerait pas moins que les dispositions suivantes :

1° Le droit aux actions existe indépendamment de la possession *juridique* du demandeur.

2° Il s'applique également lorsqu'il s'agit de choses meubles. — Dans l'exposition du droit romain (§ 40), nous avons déjà suffisamment parlé de ce point.

3° Il compète également pour les choses incorporelles, c'est-à-dire comme protection accordée à l'exercice de tout droit quelconque. V. le § 49.

4° Il ne faut pas que le trouble de la possession ait été commis avec *violence*; on est investi de ce droit par suite de toute perte quelconque de la possession, sans motif légal.

5° On peut même l'exercer contre tout tiers possesseur.

6° Il n'est point restreint à un an. — Nous avons examiné ce point au § 40.

La première, la quatrième et la cinquième proposition méritent particulièrement de fixer notre attention; si le texte les renfermait effectivement, il importerait peu qu'il n'y fût question que d'évêques; les évêques pourraient être proposés comme exemples, ou bien nous pourrions, en vertu de l'analogie, appliquer à nous-mêmes ce que l'auteur de ce texte et, après lui, Gratien, ont voulu attribuer aux évêques seuls.

Les jurisconsultes bien versés dans leur science ne se sont point laissé tromper ou ne sont au moins tombés que dans de bien petites erreurs; ils sont unanimement d'avis que le texte n'a point introduit un nouveau droit aux actions possessoires, et que son auteur a voulu parler du droit romain, c'est-à-dire l'interdit *de vi*, quoique plusieurs d'entre eux paraissent assez portés à admettre que notre passage du décret a apporté encore de petites modifications à l'interdit.

Mais on est à même de réfuter, d'une manière bien plus concluante, les propositions dont il est question. Le texte ne dit nulle part qu'il faut accorder la *restitution* à un évêque dépossédé, mais bien seulement *qu'il n'est pas permis de*

le mettre en accusation, avant que la restitution ne lui ait été accordée; il ne dit pas : « *Redintegranda sunt omnia episcopis*, » mais il s'exprime ainsi : « *Redintegranda sunt omnia episcopis... ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum.* » Si le passage avait reçu la forme d'un autre dont le hasard seul l'a fait différer, et que voici (1) : « *Nullus episcopus exspoliatus debet accusari priusquam integerrime restauretur*, » personne, à coup sûr, ne se serait avisé d'y chercher un droit particulier aux actions possessoires. Il ne s'agit donc point, dans tout le texte, d'un droit aux actions, mais bien d'une exception à proposer contre l'accusation devant le synode; d'où nous tirons deux conséquences : Il est, *en premier lieu*, impossible de donner à cette disposition, établie en faveur des évêques, une extension à tous les autres hommes, comme nous l'avons provisoirement admis plus haut; car on peut concevoir que tout le monde ait droit à la même action pour la restitution de la possession enlevée, mais notre exception n'a aucun sens si ce n'est dans le rapport particulier qu'a l'évêque avec le synode. — Il est, *en second lieu*, au moins évident en tout cas que le texte *n'introduit point* un droit nouveau aux actions possessoires, qu'il le suppose tout au plus existant.

On prétendait que le droit des actions possessoires avait surtout reçu trois dispositions nouvelles : il devait avoir créé un droit aux actions sans *possession juridique*, sans *trouble violent*, et compétant contre *tout tiers possesseur*. La première de ces trois innovations ne trouve aucun appui dans le texte même, mais il paraît renfermer effectivement quelques motifs pour la deuxième et la troisième. Pour la deuxième : car les mots « *aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quas-cunque injustas causas* » prouvent un grand soin de ne pas borner le précepte aux cas seuls dans lesquels l'évêque aurait été dépossédé par la violence, et les mots indéterminés « *redintegranda sunt* » ne font aucune distinction entre les

(1) C. 5 C. 2, q. 2.

diverses personnes qui pourront avoir la possession. Il paraît donc vraisemblable que l'auteur de ce texte et Gratien aussi ont cru qu'on aurait droit à une action, lors même que ces deux conditions (la violence et le recours contre celui qui a violé) ne seraient pas accomplies. Mais à *quelle* action? A une action *résultant uniquement de la possession*? Le texte n'offre aucune trace d'une pareille disposition. L'évêque qui, par suite d'une *injusta causa*, n'est pas en possession de son diocèse, doit néanmoins, d'après notre passage, être considéré comme *évêque*; les biens qu'il a perdus par une *injusta causa*, doivent néanmoins être considérés comme *siens*: son droit à une action pétitoire n'est, par conséquent, sujet à aucun doute dans ces cas, quoiqu'il ne puisse peut-être pas être question d'une action *possessoire*.

Nous résumerons encore brièvement toute cette interprétation. Le texte n'établit pas de disposition sur le droit à une action, il ne fait que le supposer. Ce droit à une action sera, dans le plus grand nombre des cas (1), un interdit romain, dans les autres (2), la revendication. Il peut donc très-bien être expliqué dans toute son étendue, par le droit romain, et il n'est même point nécessaire d'admettre, à cause de cette supposition, l'introduction d'un droit nouveau à l'action *possessoire*.

Mais s'il est vrai que la lettre de notre passage ne renferme pas un droit nouveau de la possession, et que ni son auteur ni Gratien n'ont songé à introduire par ce passage un pareil droit, comment est-on venu sur cette interprétation qui n'est point, comme on serait tenté de le croire, de l'invention d'un seul jurisconsulte, mais bien l'opinion générale des praticiens? Nous ne pouvons répondre à cette question que par une hypothèse, mais une hypothèse dont la vérité paraît de la plus

(1) « *Exspoliatis vel ejectis episcopis captivitate aut violentia.* » Il faut bien observer qu'à la fin de toute la *quæstio* et dans le résultat général qui est résumé en cet endroit, Gratien ne peut concevoir que ce cas.

(2) « *Aut per quascunque injustas causas.* »

grande probabilité. On ne connaissait pas à fond le droit romain concernant la possession; l'on manquait, dans beaucoup de cas de la possession perdue, d'un droit à une action qui se serait offert sans difficulté, si l'on avait été plus versé dans la matière. Il n'y avait donc rien de plus commode que d'inventer une nouvelle voie judiciaire dont la généralité et le vague étaient très-aptés à dispenser de l'étude pénible d'une des branches les plus ardues du droit romain. Pourra-t-on maintenant s'étonner que les praticiens aient accueilli une pareille invention avec grande joie; que, bien loin de douter de sa valeur, ils se soient empressés de la porter encore à un plus haut degré de perfection? La nouveauté avait pourtant besoin de l'ornement d'une autorité, et ce fut un hasard bien plaisant qui fit choisir pour fondement de ce beau système un texte du recueil *pseudo-isidorien*; l'interprétation la plus arbitraire ne craint point de rougir en face d'un texte supposé!

Outre ces innovations importantes que le droit canon *ne renferme pas*, il y en a encore deux autres, moins importantes, qu'il introduit réellement, et qui ont rapport toutes deux au droit de la possession enlevée par la violence (1).

La *première* de ces innovations concerne le droit à l'action lui-même. Le droit romain n'accordait pas l'action contre le tiers, lors même que ce dernier avait reçu la chose de l'auteur de la violence, et qu'il savait très-bien comment la possession de son prédécesseur avait pris naissance (2). Mais Innocent III, comprenant que l'âme de ce tiers courait d'aussi grands risques que celle du possesseur violent lui-même, admit l'action même contre le tiers (3). Il est donc évident que c'est là une véritable

(1) Une troisième disposition qu'on veut trouver dans C. 9, X. *de probat.*, ne peut être comprise qu'au paragraphe suivant.

(2) L. 5, § 10, D. *uti possidetis*. Boehmer prouve, dans une note sur C. 18, X. *de restit. spoliat.*, qu'il est plus versé dans le droit canon que dans le droit civil; il croit que les décrétales n'introduisent rien de nouveau.

(3) C. 18, X. *de restit. spoliat.* — Ziegler, *loc. cit.* p. 246, fait la remarque très-judicieuse que ce texte étant destiné à introduire une *nouvelle dispo-*

extension donnée à l'interdit *de vi*, quoique cette extension ne soit pas grande.

La seconde innovation a rapport à l'*exceptio spoli*. Cette exception, qui ne se rapportait, dans le principe, qu'aux accusations contre les évêques, paraît avoir été considérée, par l'usage, comme recevable en toute chose, avant qu'elle ne fût déclarée disposition législative (1). Elle compète à quiconque a été dépouillé de ses biens par l'emploi de la violence, et a pour effet de renvoyer le *spoliator* des fins de toutes actions civiles qu'il pourrait intenter, jusqu'à ce que la restitution ait été opérée: elle est toutefois non-recevable lorsqu'il s'agit, dans l'action, du droit ou de la chose d'une église, dans l'exception, du droit ou de la chose d'une personne privée, ou *vice versa*. On peut opposer cette exception, dans les causes criminelles, lors même que ce n'est pas le *spoliator*, mais bien un tiers qui se porte accusateur; seulement alors le *spolium* doit monter à plus de la moitié de tous les biens, et l'accusateur est en droit de demander qu'on prescrive à l'accusé un terme dans lequel le recours à l'interdit soit ouvert, et à l'expiration duquel l'effet de l'exception cesse (2). La preuve du *spolium* sur lequel se fonde l'exception doit être administrée, tant en matière civile qu'en matière criminelle, endéans quinze jours.

L'*exceptio spoli* a donc d'abord une importance de pure pro-

sition, il est impossible que c. 5, C. 5, q. 1, ait déjà accordé l'action contre toute tierce personne. La réfutation qu'a tentée Woltar (p. 250) est beaucoup plus savante que convaincante; aussi ne concerne-t-elle pas autant le *canon* même qu'une interprétation usuelle qui en a été donnée et qui, selon cet auteur, aurait déjà été adoptée depuis longtemps. — Woltar veut encore (p. 252) que C. 18, X. *de restit. spoliat.*, soit même dirigé contre tout tiers possesseur, parce qu'il faudrait reconnaître comme *scienter detinentem* même celui qui n'aurait appris le *spolium* que par suite du procès; mais ne dit-on pas en termes exprès: « si quis... *scienter* rem talem receperit. »

(1) C. 1, *de restit. spoliat.* in 6.

(2) Il va sans dire qu'on ne peut se servir de cette exception, en matière criminelle, que dans les pays qui suivent la procédure accusatoire dans toute sa pureté, c'est-à-dire qu'elle est presque entièrement tombée en désuétude.

cédure; mais quels sont les rapports qu'elle a avec l'interdit *de vi*, lorsque celui-ci est intenté par le *spoliator*? Nous distinguerons le cas dans lequel l'action et l'exception concernent des objets *différents*, de celui où il est question du même objet. Dans le premier, l'interdit sera provisoirement exclu aussi bien que toute autre action, par notre exception dilatoire, mais le défendeur est en droit de recourir, au lieu d'exciper du *spolium*, à son interdit et de le proposer reconventionnellement, et les deux causes sont alors instruites et jugées en même temps (1). Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le demandeur qui réclame la restitution de la possession perdue, a expulsé auparavant le défendeur de la même possession, notre exception ne se conçoit pas comme exception dilatoire, qualité qu'elle doit cependant toujours avoir d'après le droit canon: le droit romain ne l'admet pas comme exception péremptoire, et c'est ce qui doit encore être de principe aujourd'hui.

§ 51. Du *possessorium summarissimum*.

Dès le *treizième siècle*, il s'est formé en Italie, en Espagne, en France et en Allemagne une toute autre procédure possessoire qu'on appelait le *possessorium summarium* ou *summarissimum* (2), pour la distinguer des actions possessoires que le droit romain avait déjà introduites. La glose ne fait encore aucune mention de cette voie judiciaire, mais nous la rencontrons déjà chez Durantis et Jean Andrez, bien qu'ils ne lui aient encore donné aucun nom. Voici comment il faut expliquer l'origine de cette institution, d'après ce que les anciens auteurs nous communiquent unanimement sur son usage (3). La procédure était deve-

(1) C. 2, 4, X. *de ord. cognit.*

(2) Les anciens auteurs lui donnent diverses dénominations; on l'appelait, en Italie, *Mandatam de manutenendo*; en Espagne, *Inicio de interim*; en France, *Recredentia* (probablement *récréance*), etc.

(3) On pense bien qu'aucune peine n'a été épargnée pour déduire cette

nue plus longue et plus compliquée dans la même proportion qu'elle aurait dû devenir plus courte, pour mettre fin à l'habitude générale de se faire justice soi-même; une contestation sur la possession seule, qui n'aurait exigé à Rome même, que peu de jours pour être décidée, pouvait traîner pendant plusieurs années, et les parties ne se faisaient alors pas faute de s'emparer, par violence, de ce qu'elles espéraient recevoir toujours plus tard en vertu de la sentence du juge. Cet emploi de la propre force pouvait également être à craindre dans la revendication ou dans les actions résultant des contrats; mais on se passait alors, pour éviter cet inconvénient, d'une institution juridique particulière: dans tous ces cas, la possession était décidée entre les parties, et c'est l'incertitude même dans laquelle on était sur la possession, qui donnait le plus d'occasion à l'emploi de la violence, parce qu'on pouvait toujours exercer cette dernière sous le prétexte de la défense. Il en était de l'interdit *de vi* comme de la revendication: la question de la possession était décidée conformément à l'assertion du demandeur lui-même, car il ne prétendait qu'en vertu d'une *obligatio* avoir droit à la restitution de la possession. Mais l'interdit *uti possidetis* ne se trouvait pas dans les mêmes rapports; lorsqu'il était réclamé, il s'agissait presque toujours de contestations sur

institution du droit romain. Budæus (sur la L. 2, D. de R. I., *Annot. in Dig.*, p. 90, 91, édit. Lugd. 1546, in-8°) et, après lui, beaucoup d'autres prétendent que sa forme coïncide tout à fait avec celle des *manus consortæ*; mais ces dernières ne faisaient jamais qu'ouvrir la revendication et n'étaient point introductives d'une contestation sur la simple possession (§ 54). Pour rester fidèle à la vérité, il aurait dû dire que les *manus consortæ* se trouvaient, avec la *revendication*, dans les mêmes rapports que le *summariissimum* avec l'*ordinarium*, c'est-à-dire avec l'interdit *uti possidetis*. — D'autres trouvent le *summariissimum* dans la L. 1, § 5, D. *uti possidetis* (Retes, dans Meermann, VII, p. 507), ou bien dans la L. 15, § 5, D. *de usufr.* (I. Grav., *De jud. poss. summ.* Tub. 1672, §§ 6-8); d'autres encore dans Cicéron, *Pro Cæcina*, chap. 12: « Nondum de Cæcinæ causa (sc. *prin-* « *cipali*) disputo, nondum de jure possessionis (sc. *ordinario*) nostræ loquor. » Peller, *De summariiss. possess.* Altorph. 1665, § 15.)

la possession actuelle; l'objet des contestations à décider constituait donc ce qui donnait occasion à l'emploi de la violence, et il fallait une institution juridique particulière pour empêcher les justiciables de se faire justice eux-mêmes, pendant le long intervalle de temps qui pouvait s'écouler jusqu'à ce que la décision sur la possession intervînt. Dans ce but, on créa le *summariissimum* dont le caractère est maintenant facile à déterminer. Il n'a rapport qu'à un interdit *uti possidetis* sur lequel il n'y a pas encore de décision, et devient seulement nécessaire, lorsque le danger de l'emploi de la violence est tellement imminent, qu'il n'y a qu'une sentence provisoire du juge qui puisse la prévenir; il est considéré, dans ce cas, comme interdit *uti possidetis* provisoire, c'est-à-dire qu'on examine et décide exactement la même question de droit que dans l'interdit *uti possidetis* même, et il n'y a entre lui et ce dernier que cette différence, que la nécessité d'une prompte décision l'emporte sur toute autre considération, même sur celle de la certitude complète des faits. — La première condition dont dépendait l'interdit *uti possidetis*, était d'avoir la possession juridique, et c'est sans aucun fondement que beaucoup de jurisconsultes prétendent que le *summariissimum* n'exige que la simple détention, et non pas la possession proprement dite. Ici, il sera à la vérité plus facile à celui qui a la simple détention, de tromper le juge et de la faire passer pour la possession; mais l'objet de l'instruction et le motif de la décision est toujours la possession juridique, et on ne saurait imaginer aucune raison pour faire suivre au *summariissimum* d'autre principe qu'à l'interdit *uti possidetis* même; car le but particulier qu'on s'est proposé d'atteindre par le *summariissimum* (celui de prévenir la perpétration des crimes), sera atteint par toute continuation de l'état de possession, et il nous paraît impossible de concevoir, au delà de ce but, un autre motif de décision que celui sur lequel on appuie le jugement dans l'interdit *uti possidetis*. — Toute possession ne suffisait cependant pas dans l'interdit *uti possidetis*, les trois exceptions connues repoussaient toute *injusta possessio*. Aussi, dans le *summariissimum*, ces exceptions doivent-elles avoir leur influence

sur le jugement, mais les parties ne pourront pas facilement jouir du bénéfice de ce principe, parce qu'il est impossible, dans la plupart des cas, d'administrer la preuve de ces exceptions aussi promptement que la nouvelle procédure possessoire l'exige.

L'exposition que nous venons de faire, nous montre que le but de l'institution du *summarissimum* était de prévenir des crimes, et qu'on peut le considérer comme une mesure que la police a trouvé bon d'introduire sous la forme d'une voie judiciaire. Cette manière de voir trouve sa confirmation dans la forme sous laquelle la législation l'a introduite en Allemagne, et quoique la disposition qui l'a établie n'ait point été rendue comme loi obligatoire pour toute l'Allemagne, il n'y a cependant aucun doute qu'elle ne constitue, dans l'essence de son contenu, la norme la plus sûre de la décision judiciaire, pourvu qu'elle ne soit pas en conflit avec les lois du pays dans lequel on veut l'appliquer, mais seulement avec une jurisprudence des arrêts, non encore généralement adoptée. — Voici ce qu'ordonne cette loi (1) : lorsque des sujets immédiats de l'empire germanique se contestent l'un à l'autre la possession, que la question à qui d'entre eux il faut attribuer la possession paraît douteuse, et que les circonstances sont telles qu'il y a à craindre de la rébellion ou des insurrections (termes qui signifient ici rupture de la paix du pays), la chambre impériale a le droit de séquestrer la possession, soit d'office, soit sur la demande des parties, et de décider immédiatement après, sans procéder à l'instruction judiciaire et autres longueurs, à laquelle des parties il convient d'accorder la *momentanea possessio vel quasi*, et à laquelle il faut ordonner de ne pas y prétendre ni *in possessorio* ni *in petitorio* (2), jusqu'à ce que la décision définitive

(1) Ord. Cam. 1555, P. 2, tit. 21, § 3. — Conc. Ord. Cam. P. 2, tit. 22, §§ 4, 5.

(2) Frider (*De interd. comm.* 15) veut entièrement renverser la distinction de l'*ordinarium* d'avec le *summarium*, et attache une grande importance à cette nouvelle opinion. Il croit qu'il n'y a pas d'autre *possessorium* que le *summarium*, et que l'*ordinarium* dont on parle ailleurs et même dans les

soit intervenue. La loi ajoute que cette mesure ne préjudicie ni au droit ni à la possession d'aucune des parties.

Il est facile de déterminer, d'après cette disposition législative, la manière dont il faut appliquer notre institution juridique. Le premier motif pour lequel elle est aussi consacrée dans cette loi, consiste évidemment en ce que même le *possessorium* (ordinaire) ne peut pas recevoir une décision assez prompte; mais ce n'est pas seulement la longue durée des procès, c'est encore le danger pour la sûreté publique, qui a fait établir cette disposition. Lorsqu'on ne peut pas fournir la preuve d'un tel danger, le *summarissimum* n'aura donc point lieu sur le motif seul que l'une des parties désire être envoyée provisoirement en possession, à cause des longueurs de la procédure possessoire ordinaire. Si le *summarissimum* pouvait être accordé sur ce motif seul, il n'y aurait aucun motif pour qu'on ne statuât pas une pareille mesure provisoire dans toute autre cause, par exemple, dans les contestations sur la propriété, parce que la longue durée des procès y est également fâcheuse. Il est même naturel que l'usage fréquent qu'on fait de cette institution, doive encore ajouter à la longueur des contestations possessoires, et qu'il faudrait bientôt un second *summarissimum*, pour éviter la durée démesurée du premier. Lorsqu'on applique, au contraire, cette institution, conformément à sa destination et aux dispositions des lois de l'Empire, l'usage qu'on en pourra faire dans les divers pays de l'Allemagne ne sera que très-rare, parce qu'il ne s'agit que de prévenir le trouble de la sûreté publique et qu'un pareil trouble n'est plus guère à craindre dans les divers États de notre patrie. — Si le cas dont il s'agit accomplit donc les conditions exigées par la

lois de l'Empire, n'est autre que le *petitorium*, parce que ce dernier décide certes aussi la *possionis causa*, c'est-à-dire qu'il renferme la sentence définitive sur la possession. Il accorde cependant, à la fin de la section, quelques *exceptions* à cette règle, et un heureux hasard veut que ces dernières comprennent exactement tous les cas dans lesquels le *summarissimum* fait la règle.

loi de l'Empire, cette même loi ne laisse aucunement douter qu'il faut observer dans la procédure du *summariissimum* tout ce qui en a été dit plus haut; car la loi ne disant pas à qui il faut accorder la possession, nous ne pouvons décider cette question que conformément aux principes généraux et comme nous l'avons fait plus haut. Le résultat que doit produire le *summariissimum* se trouve clairement déterminé dans la loi: il ne préjudicie même pas à la possession juridique, et lorsque le *possessorium ordinarium* fait voir par la suite que ce n'est point celui qui a eu gain de cause dans le *summarium*, mais bien son adversaire qui avait la possession juridique, le jugement rendu dans le *summarium* n'a point alors fait perdre la possession juridique, et la possession accordée par cette sentence n'est plus considérée que comme une simple détention par laquelle la possession juridique d'un autre a été provisoirement exercée (1).

Nous nous sommes uniquement occupé jusqu'à présent du *possessorium SUMMARIUM*, sans faire aucune mention de l'*ORDINARIUM*; car ce dernier ne reçoit cet attribut que par opposition au premier, et il n'est autre que l'ancien interdit *uti possidetis*; on conçoit que la mesure de police destinée à contribuer au maintien de la sûreté publique, le *summariissimum*, ne pouvait avoir aucune influence sur cette institution. Quelques jurisconsultes sont d'avis que le rapport inverse règne entre les deux voies judiciaires (2), et on trouve diverses applications de cette opinion chez beaucoup d'auteurs: le *summarium* n'est pour eux que l'ancien interdit tout au plus un peu modifié, et l'*ordinarium* leur paraît une espèce de terme moyen que le droit

(1) Cpr. p. 24 de l'ouvrage de Kober cité à la fin de ce paragraphe.

(2) F.-A. Hommel, *Diss. de processu poss. summ. quæst.* 12. Lips. 1748, qu. 1-5. — Klepe, *De natura et indole possess. ad interdicta*, c. 5, p. 55, 56. — Il plaît à ce dernier de faire nouvellement introduire les deux *possessoria*, l'*ordinarium* par le droit canon, le *summarium* par *ordinatio* de la chambre impériale; les interdits lui paraissent pourtant encore également en vigueur. C'est dommage qu'il soit si difficile à concevoir comment toutes ces choses peuvent exister l'une à côté de l'autre.

canon aurait créé entre le *possessorium* et le *petitorium*. Le premier coup d'œil qu'on jette sur les anciens auteurs et la loi citée de l'Empire, fait découvrir la fausseté historique de cette proposition. Ces auteurs déclarent unanimement que le *summariissimum* (la *recredentia*, l'*interim*, etc.), est une innovation que l'usage des tribunaux aurait introduite au droit romain, et l'ordination de la chambre impériale qui détermine exactement les conditions dont dépend l'application de cette institution, dit en termes exprès que la décision préalable du *summariissimum* ne doit avoir aucune influence ni sur le droit, ni sur la possession même, et elle ne peut avoir voulu parler que de ce que le droit romain avait établi sur la propriété et sur la possession. Le passage du droit canon qui a occasionné la croyance erronée à un *possessorium ORDINARIUM* nouveau, se trouve C. 9, X. *de probat.*, et on cite deux qualités caractéristiques, inhérentes à cette prétendue nouvelle voie judiciaire et qui la distingueraient de celles du droit romain. On veut, en premier lieu, que la possession sur laquelle se fonde l'*ORDINARIUM*, soit juste: si l'on comprenait par ce terme, qu'elle ne doit pas être injuste (c'est-à-dire qu'il faut ne l'avoir acquise ni *vi*, ni *clam*, ni *precario*), nous admettrions cette proposition, mais elle n'exprimerait rien alors que ce dont le droit romain ne laisse plus aucunement douter; elle dirait, dans cette hypothèse, qu'on peut opposer à l'interdit les trois exceptions connues. Mais on voit ici dans la juste possession celle qui a pris naissance dans un acte juridique (*justus titulus*) (1). On exige, en second lieu, pour le recours à l'*ORDINARIUM*, que la possession ait existé pendant plus d'un an (2). Le texte des décrétales n'éta-

(1) Hommel, *loco cit.* p. 15, 16. — C'est ici que paraît très-frappante la vérité de l'observation que nous avons faite plus haut sur la généalogie de pareilles erreurs. La liaison de cette opinion avec une autre sur les éléments constitutifs de la possession et une troisième sur la nature des interdits ne peut pas être méconnue.

(2) Hommel, *loco cit.* qu. 1, 2. — Klepe, *loco cit.* p. 56. — Le même principe était déjà admis au XVI^e siècle dans la pratique française. Cujas, dans

blit pourtant point une nouvelle voie judiciaire, mais il suppose l'interdit *uti possidetis* et apprécie, dans une espèce particulière, la preuve qui a été administrée. Cette manière de le considérer acquiert beaucoup de probabilité par deux observations générales : nous ferons d'abord remarquer que le passage est inséré dans le titre *de probationibus*; ensuite, que la différence entre les deux voies possessoires devrait être importante en droit canon et qu'elle y est, au contraire, entièrement ignorée. Notre opinion parvient à une certitude entière par le contenu du texte même. Le cas qu'Innocent III avait à décider, concernait la possession d'un district ainsi que de la juridiction et d'autres droits à y exercer. L'une et l'autre des parties avait produit une foule de témoins; l'une et l'autre avait prouvé qu'elle avait exercé ces droits pendant de longues années, et le fait de la possession était donc très-douteux. Voici comment le pape se tira de cet embarras : comme l'une des parties possède depuis soixante ans le district avec tous les droits de souveraineté, et qu'elle a prouvé en même temps un juste titre pour sa possession, tandis que l'autre n'a exercé la possession de quelques droits de souveraineté que depuis cinquante ans, et qu'en outre, elle n'a pu justifier d'un titre pour cet exercice, il faut maintenir la première dans sa possession par l'interdit *uti possidetis*. L'un et l'autre de ces deux motifs de décision se concilient très-bien avec la théorie romaine de l'interdit. L'interdit exigeait : 1^o la possession actuelle. Elle était douteuse dans l'espèce à cause des preuves contradictoires, mais il était certain, d'un autre côté, que l'une des parties avait eu la possession dix ans avant l'autre, et comme la perte de cette ancienne pos-

ses *Paratitl. in Cod. tit. uti possidetis*. — Hommel va jusqu'à découvrir dans l'*ordinarium* un *remedium recuperandæ possessionis*, et augmente, de cette manière, la confusion à un tel point, qu'on ne sait pas où il faut commencer la réfutation pour en donner une complète. Cette opinion, très-commune chez les anciens praticiens, fut aussi assez souvent exprimée en ces termes : que l'*ordinarium* ne se fonde pas sur la possession actuelle, mais bien sur celle qu'on avait eue précédemment. Leyser, *Spec.* 499, med. 6, 7.

session n'était pas démontrée, et qu'à côté de cette dernière une autre n'était pas possible (*duo in solidum*, etc.), on présume, faute d'une autre preuve, que cette possession continue encore. 2^o Une possession non vicieuse. Comme l'une des parties s'appuyait sur des privilèges octroyés par les Empereurs et les souverains pontifes et que l'autre ne pouvait invoquer aucun titre pareil, il devenait très-vraisemblable que la possession de celle-là n'était pas vicieuse, tandis que celle de la partie adverse, si elle existait, était sans doute vicieuse; de sorte que cette dernière partie aurait dû perdre en tout cas par les exceptions dont l'autre n'aurait eu rien à craindre. Voilà pourquoi on fait mention du juste titre. Les termes choisis dans cette partie du texte qui renferme le dispositif de la sentence, font voir à l'évidence que c'était là l'opinion du pape; voici comment Innocent s'exprime : « Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse
« interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus : Uti possidetis,
« ita possideatis (1); cum probationes Ecclesiæ longe sint potiores : et ideo sit in interdicto superior. Commune Faventia sibi
« condemnamus . . . quoad possessorium iudicium, quo tantummodo actum est, ut neque per se, neque per alios super
« his præsumat Ravenn. Ecclesiam . . . molestare (2). »

§ 52. *Des résultats de cette section.*

Voici le résultat général de nos recherches sur le droit de nos jours : il renferme, à la vérité, des principes que le droit ro-

(1) C'est-à-dire que, bien que l'interdit *uti possidetis* ait été intenté, la sentence ne servirait à rien si elle ne renfermait que les termes généraux de l'Édit, et qu'elle doit donc désigner tout particulièrement la personne qu'elle veut maintenir en possession.

(2) La même opinion que nous venons d'exposer ici sur le *possessorium ordinarium* et le c. 9, X. *de probationibus*, se trouve développée, dans tous ses détails, par Frid. Gottl. Kober (præs. Jac.-Frid. Kees), *De iudicio possessorio ordinario*, spec. 1. Lips. 1805, in-4^o. Cet ouvrage est d'une grande

main ne connaissait pas, mais ces principes sont tellement loin d'abroger la théorie romaine en entier, qu'ils ne peuvent, au contraire, avoir de sens eux-mêmes que lorsqu'on les considère comme additions à cette théorie, dont l'autorité trouve évidemment sa confirmation dans cette même circonstance.

utilité, non-seulement à cause de la manière profonde et claire dont il traite son sujet, mais encore à cause de ses richesses en notices littéraires.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages.
INTRODUCTION.	
I. Sources	1
II. Histoire littéraire.	4
A. Interprètes.	<i>ib.</i>
B. Auteurs systématiques.	8
SECTION I.	
NOTION DE LA POSSESSION.	
§ 1. De la détention.	25
§ 2. Des droits de la possession.	26
§ 3. Continuation.	29
§ 4. Continuation.	34
§ 5. La possession est en même temps <i>droit et fait</i>	38
§ 6. Classification du droit de possession.	42
§ 7. Possession <i>civile</i> et <i>naturelle</i>	61
§ 8. <i>Possessio justa, bonæ fidei</i> , etc.	89
§ 9. Idée matérielle de la possession.	95
§ 10. Histoire littéraire de l'idée de la possession.	125
§ 11. <i>Possessio plurium in solidum</i>	151
§ 12. Explication de la <i>juris quasi possessio</i>	168
§ 12 a. Histoire de la possession.	174
SECTION II.	
ACQUISITION DE LA POSSESSION.	
§ 13.	182
§ 14. De l'appréhension.	185
§ 15. De l'appréhension de choses immeubles.	189

	Pages.
§ 16. De l'appréhension de choses meubles.	192
§ 17. Continuation.	200
§ 18. Définition plus exacte de l'appréhension.	209
§ 19. De l'acquisition par appréhension antérieure.	215
§ 20. De l' <i>animus possidendi</i>	218
§ 21. De l' <i>animus possidendi</i> de personnes incapables.	219
§ 22. De la possession des parties d'une chose.	250
§ 22 a. Continuation.	241
§ 23. De la possession dérivée.	246
§ 24. Continuation.	257
§ 25. Continuation.	264
§ 26. De l'acquisition de la possession par un tiers.	267
§ 27. Du <i>constitutum possessorium</i>	280
§ 28. Des résultats de la présente section.	284

SECTION III.

PERTE DE LA POSSESSION.

§ 29. Règle pour la perte de la possession.	288
§ 30. Continuation.	290
§ 31. De la perte de la possession par suite d'un événement extérieur, ou par le fait.	296
§ 32. De la perte de la possession par la volonté.	310
§ 33. De la conservation de la possession par un tiers.	317

SECTION IV.

DES INTERDITS.

§ 34. Notion des interdicts.	331
§ 35. Des interdicts possessoires.	335
§ 36. Continuation.	341
§ 37. Des interdicts <i>retinendæ possessionis</i>	346
§ 38. De l'interdit <i>uti possidetis</i>	355
§ 39. De l'interdit <i>utrubi</i>	360
§ 40. De l'interdit <i>de vi</i>	368
§ 41. De l'interdit <i>de clandestina possessione</i>	397

	Pages.
§ 42. De l'interdit <i>de precario</i>	402
§ 43.	409

SECTION V.

DE LA *juris quasi possessio*.

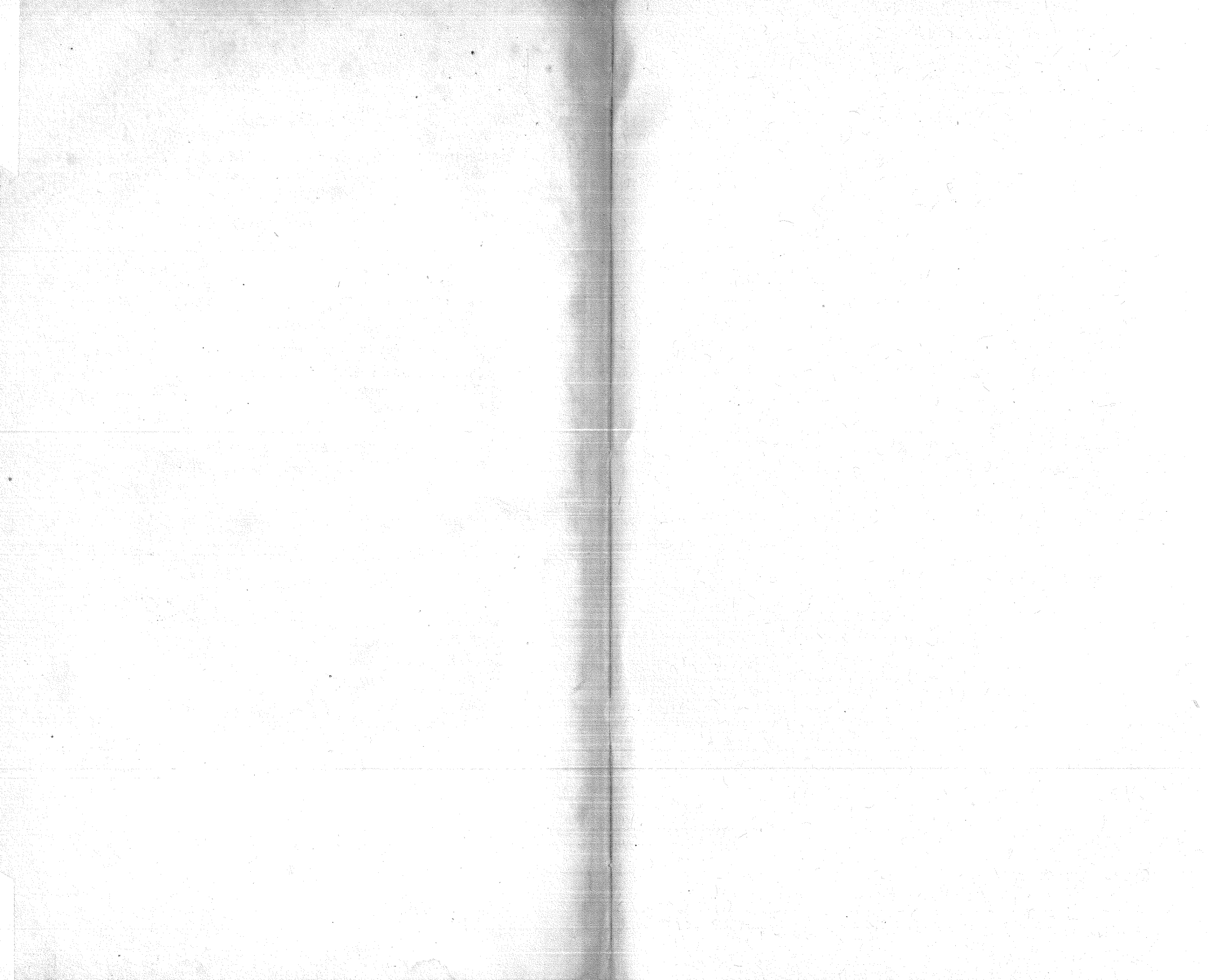
§ 44.	415
§ 45. Des servitudes personnelles.	416
§ 46. Des servitudes réelles.	421
§ 47. De la superficie	436

SECTION VI.

MODIFICATIONS QU'A SUBIES LE DROIT ROMAIN.

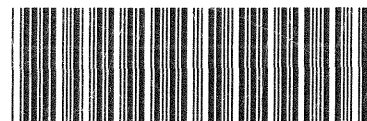
§ 48.	439
§ 49. Notion de la possession.	440
§ 50. De l'action <i>spolii</i>	444
§ 51. Du <i>possessorium summarissimum</i>	451
§ 52. Des résultats de la 6 ^{me} section.	459

FIN DE LA TABLE.



REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04266

BOH. DORUŠÁK
knihařství, výroba obchodních knih
BRNO, Dvorská 5.