



Cours : histoire du droit privé : la propriété

Auteur : M. Jacques POUMAREDE

Leçon n° 4 : Les concepts romains : le dualisme propriété/possession

## Table des matières

<b>Introduction de la deuxième partie.....</b>	<b>p. 2</b>
<b>Section 1. Introduction au dogmatisme romain.....</b>	<b>p. 3</b>
<b>Section 2. L'émergence des concepts de «personne» (persona) et de «chose» (res) - la divisio rerum de Gaius.....</b>	<b>p. 6</b>
§ 1. Persona - du théâtre au droit.....	p. 6
§ 2. Res, causa, bonum - les choses saisies par le juge.....	p. 8
§ 3. La grande division de Gaius.....	p. 10
<b>Section 3. La propriété selon le droit civil.....</b>	<b>p. 13</b>
§ 1. Les caractères de la propriété romaine.....	p. 13
§ 2. Droit et objet du droit.....	p. 14
§ 3. La revendication et le transfert de la propriété.....	p. 15
<b>Section 4. La possession, (jus possessionis) une invention prétorienne.....</b>	<b>p. 17</b>
§ 1. Les origines du concept.....	p. 17
§ 2. L'acquisition de la possession.....	p. 17
§ 3. La protection possessoire.....	p. 18

## Introduction de la deuxième partie



Dans la deuxième partie, nous allons aborder le thème de la propriété sous l'angle de l'histoire juridique : l'histoire des concepts, des techniques et des pratiques juridiques. Il faut avoir une conception large de l'histoire juridique et ne pas se contenter d'une approche érudite et désincarnée. Le droit est immergé dans la vie sociale et économique, et est au coeur des rapports et des tensions qui animent la société. Il en est même, en partie, l'expression, le reflet.

Il faut donc effectuer une nouvelle plongée dans l'histoire et revenir à des périodes anciennes pour remonter aux deux sources du droit moderne, c'est-à-dire :

- d'une part au droit romain classique de l'époque antique
- et, d'autre part, au droit coutumier de l'époque médiévale qui prend lui-même ses racines dans le droit franc.
- et voir comment ces deux traditions se sont mêlées à l'aube des Temps modernes (XVe-XVIe siècles) dans le cadre d'un processus d'acculturation juridique.

Le droit est un élément essentiel de la civilisation romaine. On a l'habitude de dire que les Romains furent des «*bâtisseurs et des juristes*» ; avec l'architecture et l'urbanisme, le droit a été sans doute le meilleur du legs de Rome à la civilisation occidentale.



*Magnifique amphithéâtre construit à Rome sous Vespasien et Titus ( 1er siècle ap. J.-C.). Architecture et urbanisme furent avec le droit le meilleur de l'héritage de Rome - Source : wikipedia*

L'expérience juridique des Romains est extraordinaire et probablement unique au monde. Elle a duré à peu près mille ans, depuis la Loi des XII Tables (Ve siècle av J.C.) jusqu'à la codification opérée sous le règne de l'empereur Justinien (VIe siècle ap. J.C.), et à connu à peu près toutes les formes d'énonciation du droit.

## Section 1. Introduction au dogmatisme romain

Il convient de tracer un rapide panorama de l'histoire du droit romain.

**A l'époque archaïque** ou époque royale que les Romains faisaient remonter à la fondation de la ville de Rome (*Urbs*) par le premier roi légendaire, Romulus, soit en 753 av. J.-C., le droit était intimement mêlé au sacré. Le roi (*rex*) et les pontifes qui l'assistent sont tout autant des prêtres que des juges qui révèlent le droit à l'aide de formules et de rites sacrés.

La coutume (*mos majorum*) joue aussi un rôle important.



*La Louve du Capitole allaitant, selon la légende, les jumeaux, Remus et Romulus. Bronze étrusque du Ve siècle, musée des conservateurs (Rome).*

**Instauration d'une république patricienne** (509 av. J.-C.). Le renversement de la royauté d'origine étrusque des Tarquins au début du Ve siècle (-509) et l'instauration d'une république patricienne gouvernée par des magistrats (consuls) et une assemblée d'anciens magistrats (sénat) aboutit à une laïcisation du droit : sous la pression du peuple (plèbe), le patriciat est forcé de nommer une commission de dix membres (decemvirs) chargée de mettre par écrit des règles de droit égales pour tous.

**Et première codification du droit romain** (451-450 av. J.-C.). Cette première codification du droit romain fut promulguée en 451-450 av. J.-C., sous le nom de Loi des XII Tables. Ces tables de marbre furent installées sur le Forum et constituent la base du droit civil (*Jus civile*), c'est-à-dire du droit des citoyens romains (*quirites*), et appelé aussi droit quiritaire. Ce droit s'est enrichi par la production législative des assemblées populaires (comices), désignée sous le nom de plébiscites et par les sénatus-consultes élaborés par le sénat.

En marge du droit civil, s'est développé le droit honoraire ou droit prétorien du nom du magistrat (préteur) chargé de superviser l'organisation de la justice (à partir de 367 av. J.-C.). Le préteur urbain a reçu compétence pour créer du droit par la voie procédurale en ouvrant des actions permettant à des citoyens de se faire reconnaître des droits nouveaux.

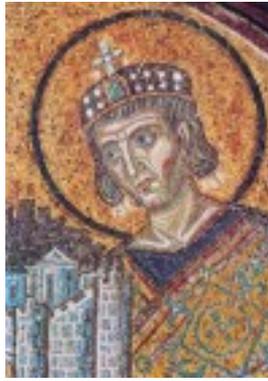
La création en 242 av. J.-C. d'un préteur particulier pour les étrangers (pérégrins), qui n'avaient pas accès au droit civil a étendu le champ de ce droit prétorien. Chaque préteur énonçait en début de charge un catalogue des droits dont il s'engageait à assurer la protection (édit du préteur). Ce corps de normes autonomes est venu ainsi combler les lacunes du «*Jus civile*», jusqu'à ce qu'une fusion s'opère progressivement. Ce dualisme droit civil / droit prétorien a introduit une certaine complexité mais a donné au système juridique de l'époque républicaine une grande plasticité.

**Avec la fin de la République** et le début du principat (règnes de César et d'Auguste de 48 av. J.-C à 14 ap. J.-C.), après un siècle de guerres civiles, les sources du droit se sont profondément transformées. Le pouvoir législatif est confisqué par l'empereur ; les anciennes sources du droit (lois des comices et sénatus-consultes) se sont effacées progressivement devant la volonté souveraine de l'empereur exprimée dans des édits ou des rescrits, désignés à partir du IIe siècle par le terme générique de *constitutiones*. Sous le règne de l'empereur Hadrien (117-138 ap. J.-C.), l'édit annuel du préteur est codifié et figé dans l'Edit perpétuel.

Apparue au cours des deux derniers siècles de la République, la " science des prudents " ou *jurisprudentia*, c'est-à-dire la doctrine des juristes connaît un grand essor sous l'Empire.

Les jurisconsultes ou docteurs sont groupés en «*écoles*», dont les deux plus célèbres sont les proculiens et les sabinien (du nom de leurs fondateurs respectifs : Proculus et Sabinus), et rédigent des traités pour la formation des juristes (*institutes*), des compilations privées (*digesta*), des recueils de jugements (*décisiones*), ou de consultations privées (*responsa*).

Le travail des jurisconsultes a été très important pour la systématisation et la rationalisation du droit romain, sous l'influence de valeurs éthiques (*honestas, aequitas, bonum*) en provenance du stoïcisme qui fut le courant de pensée dominant de cette époque.



**Constantin le Grand (274-337) a réuni l'empire romain sous son règne et transporté le siège impérial à Byzance, qui prit le nom de Constantinople. Sa conversion au cours de la bataille du pont Milvius (312) a permis la reconnaissance officielle du culte chrétien par l'édit de Milan (313).**

**Au Bas Empire** (IVe-Ve siècles), la seule source de droit effective réside dans les constitutions impériales (*leges*) de plus en plus influencées par les valeurs chrétiennes, depuis la conversion de Constantin et l'édit de Milan de 313 (l'édit qui déclara religion de l'empire le culte chrétien). L'empereur Théodose fait réaliser en 429 une compilation de toutes les constitutions dans un recueil (*codex*) en 16 livres. L'aboutissement de cette histoire s'opère un siècle plus tard à Constantinople, après la prise de Rome et la chute de l'empire romain d'Occident sous les coups des invasions barbares. L'empereur Justinien nomme une commission de juristes, présidée par le préfet du prétoire Tribonien, qui entre 528 et 534 va rassembler tout l'héritage juridique de Rome dans trois fameux recueils : le Code, le Digeste et les Institutes. Le Code, divisé en 12 livres, contient une collection de constitutions impériales dont les plus anciennes remontent au règne d'Hadrien ; le Digeste (Pandectes en grec), en 50 livres, réunit la doctrine des jurisconsultes rangée par matières ; les Institutes est un manuel de droit imité des Institutes du jurisconsulte Gaius (début du IIe siècle), divisé en 4 livres. Ce travail considérable ne fut pas une simple compilation mais un ultime effort de systématisation pour unifier l'ensemble du droit romain. Ce sont ces recueils qui, sous le nom de *corpus juris civilis*, furent redécouverts à Bologne, en Italie, au cours du XIe siècle,



**Justinien Ier, empereur d'Orient de 527 à 565, entouré de sa cour. Mosaïque de Saint-Vital à Ravenne (Italie).**

#### **En savoir plus : Préface des Institutiones de Justinien**

S'étendant de l'Orient à l'Occident comme le conçoit l'empereur Justinien Ier, l'Empire centralisé nécessite, outre la puissance des armes, un système judiciaire codifié. La collecte et la systématisation du droit romain existant a été l'objet d'un long travail, duquel est né le *Corpus juris civilis*, constitué par trois recueils : Le Digeste, le Code et les Institutes (*Institutiones*). Fondement du droit civil moderne, les « *Institutions* » ont eu force de loi dès leur publication. La préface de ce recueil, qui se veut un manuel inspiré par le modèle des Institutes du juriste Gaius (IIe s.), explicite la collecte et l'utilité du Code. Préface des *Institutiones* de Justinien : « Au nom de Notre-Seigneur Jésus-Christ L'empereur César Flavien Justinien, vainqueur des Alamans, des Goths, des Francs, des Germains, des Antes, des Alains, des Vandales, des Africains, pieux, heureux, glorieux, victorieux et triomphateur, toujours auguste, à la jeunesse désireuse d'étudier les lois, salut. Pour que l'Etat soit également bien gouverné en temps de paix comme en temps de guerre, la Majesté Impériale doit s'appuyer sur les armes, mais aussi sur les lois. Avec beaucoup de soin et de fatigue et par la faveur toute puissante de Dieu, nous avons accueilli cette double tâche. Les nations barbares, domptées par nos armes, connaissent notre vertu guerrière ; l'Afrique et tant d'autres provinces, sous-traites si longtemps à la domination romaine et recouvrées par les succès que la divine providence a accordée à nos armes, en sont l'éclatant témoignage. Après les cinquante livres du Digeste ou Pandectes, que nous avons fait composer par Tribonien, du rang des Eminents, et par d'autres personnes éloquentes, de l'ordre des Illustres, et dans lesquels tout le droit ancien se trouve recueilli, nous avons ordonné de diviser ces Institutes en quatre livres, comprenant les premiers éléments de toute la science des lois. Dans ces Institutes on a exposé brièvement ce qui était en vigueur autrefois, ce qui s'était d'abord obscurci pour être tombé en désuétude, a été remis en lumière par nos soins impériaux. Ces Institutes,

tirées de toutes celles des anciens et surtout des commentaires de notre Gaius sur les Institutes et sur les causes de chaque jour, ainsi que de plusieurs autres commentaires, nous ont été présentées par les trois jurisconsultes susdits. Nous les avons lues, étudiées et leur avons donné toute la vigueur de nos constitutions. Recevez donc ces lois avec dévouement et empressement et montrez-vous à ce point zélés que vous soyez animés de l'espérance de pouvoir, vos études des lois une fois terminées, participer au gouvernement de l'Etat dans les parties qui vous en seront confiées. Donnée à Constantinople, le 11 des calendes de décembre, sous le troisième consulat de Notre Seigneur Justinien, toujours Auguste ».

Source : Riché (Pierre) et Tate (Georges), *Textes et documents d'histoire du Moyen Âge, Ve-Xe siècles*, tome 1, Ve-milieu VIIIe siècle, Paris, SEDES, coll. «*Regards sur l'histoire*», 1972. «*Code Justinien*» (extrait)

Tout au long de son histoire, le droit romain a connu de nombreux modes d'appropriation des choses et particulièrement de la terre.

**A la haute époque royale** certains biens sont réservés aux dieux - *res sacrae* - et interdits d'appropriation humaine.

### **Exemple**

Ce sont les enceintes des temples, les fontaines et les bois sacrés, les murs et portes des villes placés sous la protection divine.

Il existe ensuite une propriété collective clanique sur les biens appartenant à chaque *gens* (le clan romain) : Exemple (comme les terres de parcours pour les troupeaux,) et enfin une forme de propriété privée de type patriarcal, portant sur le patrimoine de la *domus* (l'habitat et le domaine de la famille) soumis au pouvoir du patriarche - le *paterfamilias*.

Le droit de propriété (*dominium*) s'apparente à un **pouvoir magico-religieux** de l'homme sur les êtres et les choses qui se manifeste à l'aide des formules sacrées dans le cadre d'un rituel (*sacramentum*), placé sous le contrôle des prêtres (Pontifes).

**A l'époque républicaine**, le droit est séparé du sacré ;

Le rituel du **sacramentum** est laïcisé et se transforme en une procédure qui garde de ses origines un caractère très solennel. Les lois précisent les contours d'une propriété quiritaire (*dominium ex jure quiritium*) réservée aux citoyens romains qui formera la matrice du concept classique de propriété. Mais à l'époque de l'expansion romaine, les conquêtes en Italie et hors d'Italie, ainsi que l'afflux d'étrangers à Rome même font apparaître des situations nouvelles qui ne sont pas prises en compte par le droit civil. Le préteur par son pouvoir d'édiction du droit honoraire est conduit à protéger la situation de tous ceux qui ne peuvent bénéficier de la propriété quiritaire, comme les pérégrins (étrangers) ou ceux qui n'ont pas acquis selon le mode d'acquisition du droit civil, mais selon des procédures nouvelles dégagées par le préteur.

A côté de la propriété du droit civil, se développent ainsi des formes secondaires, grâce au droit prétorien (la propriété provinciale, pérégrine, prétorienne) que la doctrine (*jurisprudencia*), à l'époque classique, va s'efforcer de rapprocher pour aboutir à une notion unique qui sera recueillie dans la compilation de Justinien.

C'est cette synthèse finale qui a été retrouvée par **les glossateurs du Moyen Âge** et qui va inspirer des "gloses", et de nouvelles analyses qui seront confrontées au droit coutumier. Nous allons retracer plus en détail ce processus, après avoir observé l'émergence des concepts essentiels de personne (*persona*) et de chose (*res*).

## Section 2. L'émergence des concepts de «personne» (persona) et de «chose» (res) - la divisio rerum de Gaius

Il existe des langues et des cultures qui n'utilisent pas de termes génériques pour désigner par un seul mot tous les êtres du genre humain ou tous les éléments qui composent le monde matériel, et, à plus forte raison, pour donner à ces mots un sens juridique. Pour parvenir à élaborer de tels concepts, il faut que s'opère un processus d'abstraction et de rationalisation du langage. Le latin a connu un tel processus ; la sémantique (étude du sens des mots) des termes "*persona*" et "*res*", et de quelques autres, permet d'en suivre le cours.

### § 1. Persona - du théâtre au droit



*Théâtre romain d'Aspendos (près d'Antalya en Turquie) - Source : wikipedia*

Le sens premier de *persona* a d'abord désigné le masque que portaient les acteurs sur la scène du théâtre. Une étymologie (contestée) fait dériver le mot du porte-voix qui était attaché au masque et qui permettait à l'acteur de se faire entendre (*sonare*).

Le terme a ensuite désigné le rôle joué par l'acteur, dans la mesure où chaque masque avait une forme stéréotypée permettant de reconnaître d'une pièce à l'autre un certain type de personnage : un vieillard, un guerrier, une nourrice, etc... Le théâtre est déjà une représentation rationalisée de la diversité sociale.



Scène de comédie d'après une fresque de l'atrium d'une maison de Pompéi. - Source : [webscolaire.jeaneudes.qc.ca](http://webscolaire.jeaneudes.qc.ca)

Le terme est ensuite entré dans le vocabulaire juridique pour désigner les acteurs actifs et passifs de la vie du droit.

Comme au théâtre, sur la scène du droit, il y a aussi des «*personae*» qui jouent un rôle, incarnent un statut, ont des droits ou des obligations :

- le citoyen romain («*civis*» ou «*quirites*», vieu mot d'origine étrusque),
- l'étranger proche («*latinus*»), ou plus éloigné («*peregrinus*»),
- l'homme libre («*ingenuus*»),
- le pupille,
- le tuteur,
- le créancier,
- le débiteur.

De l'infinie singularité des êtres humains, on est ainsi passé à des catégories abstraites représentées par ce concept de *persona*.

Enfin, une étape supplémentaire a été franchie, au cours du premier siècle de notre ère, sous **l'influence de la pensée stoïcienne**. La personne est assimilée à l'homme en général, à l'être générique, ce qui implique la reconnaissance d'une nature humaine universelle, une commune appartenance à la «*societas humani generis*», comme le dit Cicéron. Les stoïciens donnent aussi une dimension éthique à ce concept de *persona* qui sera repris et approfondi par le christianisme.

### **Exemple**

Notons que dans le vocabulaire grec, le terme équivalent, «*prosôpon*», a connu la même évolution désignant successivement le visage humain, le masque de scène puis la personne juridique ; cette évolution sémantique a rencontré la réflexion philosophique (Platon, Aristote) sur l'idée de substance et d'être (*ousia*) et le tout a certainement influencé la pensée romaine, à travers le stoïcisme.

## **§ 2. Res, causa, bonum - les choses saisies par le juge**

Le destin du concept de chose est tout aussi curieux. La conceptualisation du monde matériel s'est opérée à Rome à travers la judiciarisation des **rapports sociaux**.

Dans le vocabulaire juridique le plus ancien, *res* désigne l'affaire débattue en justice (Loi des XII tables, 1 «*rem ubi pacunt, orato*», Traduction : Quand les parties transigeront sur l'affaire, que chacun l'expose oralement). L'expression «*in iudicium rem deducere*» signifie porter une affaire en justice ; le terme «*reus*» désigne le plaideur. De l'idée de procès, on est passé par métonymie, à l'objet (Cicéron, *De Oratore*, II, 34 : «*Res in controversia posita*» Traduction : la chose prise dans le débat contradictoire) qui est à l'origine du conflit et dont la restitution ou la prestation en est l'enjeu.

### **Remarque**

Notons au passage que le sens très voisin de *causa* (qui a donné en français à la fois «*chose*» et «*cause*».) À Rome, la catégorie de la chose en soi n'est pas apparue a priori comme le siège de la maîtrise unilatérale d'un sujet, d'une personne, mais s'est plutôt révélée à partir d'un débat réunissant et opposant deux protagonistes devant un juge : «*mes affaires,,mes choses c'est ce que je peux être amené à défendre ou à revendiquer dans un procès*».

Pour les **anciens Romains** les premières choses par excellence furent les «*res domesticae ac familiares*». C'est-à-dire, l'ensemble des choses et des êtres composant la «*domus*» et placées sous la domination du «*pater*», qui est aussi maître «*dominus*», et seules dignes d'être défendues en justice par le jeu de procédures fixées par les lois : les *actiones legis*.



**Cicéron**

Puis, progressivement, le terme «*res*» a quitté la sphère du judiciaire pour prendre son sens générique désignant tout objet matériel situé à Rome ou détenu par un citoyen romain et de ce fait soumis au droit civil.

**Vers la fin du IIIe s. a. J.-C.**, un autre mot apparaît dans la langue littéraire : *bonum* (pl. *bona*), à mesure que Rome étend sa puissance et devient un important centre d'échanges commerciaux ; des marchands étrangers et même des Romains détiennent des choses utiles et bienfaitantes, mais qui en raison de leurs origines extérieures au droit civil ne peuvent être protégées par le système rigide et formel des actions de la loi.

Ces biens («*bona*») vont être pris en charge par le droit honoraire et former une nouvelle catégorie qui finira par fusionner progressivement avec les «*res*». Cet effort d'abstraction et de conceptualisation a été poursuivi d'une manière remarquable, notamment par Cicéron.

### **En savoir plus : Cicéron**

CICERON (Marcus Tullius), homme politique, orateur et écrivain latin, né à Arpinum en 108 av. J.-C., mort à Formies en 43, naquit d'une famille d'ordre équestre, mais obscure. Après de brillantes études faites sous la

direction du grand orateur Crassus et du jurisconsulte Mucius Scaevola, il prit part à la guerre sociale, et, sous Sylla, à une campagne contre les Marse. Puis, à Rome, il suivit les leçons du rhéteur Molon et de l'académicien Philon. A vingt-six ans, il débuta au Forum en plaidant contre un favori de Sylla (*Pro Quinctio*). L'année suivante, il se chargea de la défense périlleuse de Roscius d'Amérie (80), accusé de parricide par Chrysogonus, favori de Sylla. Le succès fut éclatant ; mais, au bout d'un an, afin de se faire oublier du terrible dictateur, Cicéron quitta Rome pour Athènes, Rhodes et l'Asie ; il y compléta son éducation oratoire (79-77). Revenu à Rome, il plaida pour le comédien Roscius, et à trente ans aborda la carrière des honneurs (des magistratures). La questure lui ouvrit le sénat (75). Il remplit sa charge en Sicile pendant une disette qui compromettait l'approvisionnement de Rome, et s'acquitta de sa tâche avec habileté, tout en méritant l'affection des Siciliens. Aussi ce malheureux peuple, accablé d'impôts par le propréteur Verres, se tourna-t-il vers lui pour demander justice (70). (Verrines). Cicéron obtint gain de cause. Ce succès lui avait concilié la faveur de Pompée, César et Crassus.

Edile en 72, Cicéron se rendit populaire ; mais il recherchait particulièrement l'amitié de Pompée, et, devenu préteur (66), il contribuait à faire donner au chef du parti sénatorial la conduite de la guerre contre Mithridate. D'abord lié avec Catilina, il brigua bientôt contre lui le consulat. La crainte du conspirateur et l'appui de Pompée le lui firent accorder par acclamation (63).

Il se sépare alors des démagogues, conduits par Catilina (Catilinaires) qu'il contraind de quitter Rome, et met à mort ses complices sans en référer au peuple. On le proclama « Père de la Patrie » ; mais son excessive vanité, ses railleries à l'adresse de ses adversaires et même de ses amis commencèrent à le discréditer. Pompée, César et Crassus, le redoutant, le minèrent sourdement, et il trouva dans le tribun Claudius un ennemi acharné. Claudius obligea Cicéron à s'exiler (avr. 58). Rappelé au bout de dix-huit mois (août 57) et devenu prudent, Cicéron, parmi les troubles qu'excitait la rivalité de Clodius et de Milon, s'attacha étroitement à Pompée et, durant quelques années, se consacra à des travaux littéraires, sans qu'il cessât entièrement de plaider. A cinquante-quatre ans, il fut reçu dans le collège des augures (53). Milon, en tuant Claudius, le débarrassa de son pire ennemi, et Cicéron défendit le meurtrier ; mais la présence des soldats et le tumulte de la foule le troublèrent, et Milon fut condamné. Nommé gouverneur de Cilicie, Cicéron administra bien sa province, et une petite expédition contre les Parthes lui valut le titre de *imperator* (51-50).

A son retour, la rupture entre César et Pompée avait livré Rome à la guerre civile. Après bien des hésitations, il se décida pour Pompée. Lorsque celui-ci eut été défait à Pharsale (48), Cicéron obtint le pardon de César mais se retira de la vie politique pour écrire presque tous ses traités de rhétorique et de philosophie. C'est alors qu'il répudia Térentia pour épouser une jeune fille fort riche, et qu'il composa l'Eloge de Caton, auquel César répondit par l'Anti-Caton. Le pardon accordé à Marcellus décida son ralliement, marqué par la harangue Pro Marcello. La perte de sa fille Tullia le désespéra ; mais la mort du dictateur (44) le rejeta dans la mêlée, et on le vit applaudir au meurtre de celui qu'il venait d'exalter.

Quand Antoine se posa en successeur de César, il écrivit contre lui ses immortelles Philippiques, et éleva en face de lui le jeune Octave, qu'il ne craignait pas encore. Mais quand Antoine, Octave et Lépide eurent formé le triumvirat, la tête de Cicéron fut le gage qu'Antoine exigea d'Octave. Repoussé par les vents, Cicéron ne put quitter l'Italie, et se retira dans sa villa de Formies. C'est là que les soldats des triumvirs le surprirent, et qu'il mourut avec la plus admirable fermeté (7 déc. 43). Sa tête fut, par l'ordre d'Antoine, exposée sur la tribune aux harangues.

La fécondité littéraire de Cicéron égale son activité politique. Sans parler de ses ouvrages poétiques, nous avons conservé de lui des discours, des travaux de rhétorique, des traités de philosophie et des lettres.

Ses discours politiques et judiciaires manquent souvent de solidité et de précision. Mais dans les harangues politiques il rachète la faiblesse des raisons par le mouvement et la variété du style, par la vigueur ou la finesse des portraits, enfin par le pathétique. Dans les plaidoiries, il excelle aussi à émouvoir les juges, ses narrations sont souvent admirables de clarté, de mouvement et d'esprit ; enfin, il élève les questions, il les élargit jusqu'à de grands problèmes moraux ou politiques. On cite principalement les *Verrines*, les *Catilinaires*, le *Pro Milone*, le *Pro Murena*, et surtout les *Philippiques*, son chef-d'oeuvre.

Maître de son art, il en donna la théorie, ce qui était à Rome une originalité, dans le *De oratore* (55), le *Brutus* et l'*Orator* (46). Comme lui-même, il veut que l'orateur développe son talent par une vaste culture embrassant la science, l'histoire, le droit et surtout la philosophie ; il attaque ceux dont l'idéal est contraire au sien.

Sur la philosophie, il est aussi le premier Romain qui en ait écrit. Il a composé des ouvrages de théorie politique (*Sur la République*, *Sur les lois*), de morale, en particulier sur les devoirs (*De officiis*), ou traitant de questions religieuses, presque tous composés après Pharsale ; Cicéron a trouvé en eux la consolation et quelque énergie morale. Comme philosophe, Cicéron, qui se rattache plutôt à la nouvelle Académie, n'a aucune originalité ; mais il nous aide à bien connaître les doctrines anciennes, particulièrement le stoïcisme ; enfin, il y a dans son oeuvre un intéressant effort pour adapter les pures spéculations aux besoins de la vie et spécialement de la vie romaine.

Ses lettres, enfin, très nombreuses, très variées et très vivantes, offrent un triple intérêt : elles nous font bien connaître Cicéron, peignent la société de l'époque, et offrent à l'historien les documents les plus sûrs et les plus précis.

Par l'étendue, la variété et l'originalité de son oeuvre, comme par la variété et les qualités du style, Cicéron est, sans contredit, le plus grand des prosateurs romains.

Dans ses *Topiques* (V, 26), dissertant sur la nature des choses, ce grand juriste fait observer que :

- à côté des choses matérielles, «*qui peuvent être vues et touchées*»
- il y a aussi les idées, les conceptions de l'esprit («*quae intelliguntur*»), qui n'ont pas de corps, mais qui n'en sont pas moins des choses réelles («*quae sunt*»).

**La distinction des choses corporelles et des choses incorporelles était née.**

### § 3. La grande division de Gaius

La doctrine juridique classique a poursuivi et approfondi cet effort de conceptualisation.

Un des exposés les plus aboutis se trouve dans les **célèbres *Institutes de Gaius***, un jurisconsulte du début du II<sup>e</sup> siècle ap. J.C. Cette oeuvre est un manuel de droit destiné aux écoles de praticiens. Comme l'a fait observer Michel Villey, il s'agit : «*du monde vu par un juriste*», c'est-à-dire vu à travers des concepts juridiques.

Le plan adopté par Gaius est en **trois parties** : (Inst. I, 8) «*tout le droit dont nous usons concerne, soit les personnes, soit les biens, soit les actions*» Ce modèle a eu un succès extraordinaire : il a été repris au VI<sup>e</sup> siècle par Justinien, dans ses propres *Institutes* et on le retrouve jusque dans notre **Code civil de 1804**. Dans le livre II, Gaius présente un grand tableau du monde des choses dans lequel il juxtapose deux classifications : la traditionnelle conforme à l'ancien esprit du droit romain, et la nouvelle qui prend acte des transformations matérielles et intellectuelles de la société romaine de son temps.

**Comme tout juriste, Gaius se montre ainsi à la fois conservateur des formes anciennes et ouvert aux problèmes nouveaux.**

Il commence donc par rappeler que la tradition établit une «*summa divisio*» des biens qui distingue les «*choses relevant du droit divin*» («*res divini juris*») et les «*choses relevant du droit humain*» («*res humani juris*»), en se référant expressément à la vieille religion romaine, mais, il explique ensuite que d'un point de vue pratique il vaut mieux distinguer :

1/ les choses qui sont hors du patrimoine («*res extra patrimonium*», on dira plus tard «*extra commercium*»)

Cela permet ainsi de faire apparaître à côté des biens relevant du droit divin, divisés eux-mêmes en :

- *res sacrae* (temples et objets du culte)
- *res sanctae* (biens protégés par les dieux : murs et portes des villes, bornes)
- *res religiosae* (sépultures)

Des biens purement humains qui sont soustraits à l'appropriation privée par la force des choses ou pour des raisons d'ordre public.

Il s'agit d'abord :

a) **de choses qui n'appartiennent à personne (*res nullius*)** et qui sont d'un usage commun à tous les hommes : Exemple (l'air, l'eau courante et la mer ainsi que les rivages de la mer. L'étendue des grèves recouvertes par le plus haut flot d'hiver)

#### **Remarque**

Notons que certains jurisconsultes classent les rivages dans les *res publicae*, afin de permettre aux autorités d'en contrôler l'usage et d'empêcher des particuliers de s'en approprier des parcelles : la question des «*paillottes*» se posait déjà ! Ces choses communes (*res communes*) étant indispensables à la vie, le droit d'en user était considéré comme un attribut de la personne, conformément à la pensée stoïcienne. La protection des choses communes était sanctionnée non par les actions qui protègent les droits patrimoniaux mais par l'action d'injures qui réprimait les atteintes à la personnalité.

Les juristes romains ont développé une casuistique raffinée à propos de certaines catégories de *res nullius* pouvant faire l'objet d'appropriations privées. Ainsi, à propos du gibier, Gaius (*Institutes*, II, 66-68) précise qu'il appartient non pas au chasseur qui a mortellement touché l'animal avec son arme, mais à celui qui l'a ramassé ;

ce qui encore la solution de la jurisprudence moderne. En ce qui concerne le trésor qui est défini au Digeste (D.1, 41, 1,31, selon une sentence de Paul) comme « un ancien dépôt d'argent oublié, en sorte qu'il n'a plus de propriétaire », il fut partagé sous l'empereur Hadrien, entre son inventeur (celui qui l'a découvert) et le propriétaire du terrain ; solution reprise par l'article 716 du Code civil de 1804.

b) **Les biens publics** («*res publicae*»), étymologiquement les biens du peuple, correspondaient à ce que l'on appellerait aujourd'hui le domaine public. Exemple (Gaius donne une liste de ces biens affectés à l'usage collectif des citoyens : les fleuves navigables, les routes et les voies publiques, les ports, les théâtres, les gymnases publics, et de façon plus générale, tous les biens possédés par l'Etat et désignés par le terme d'*ager publicus*.)

### Remarque

L'Etat romain avait un droit de souveraineté sur ces biens pour en organiser l'usage collectif et même, pour l'*ager publicus* le droit d'en concéder l'usage à titre précaire moyennant le versement d'une redevance (*vectigal*) au trésor public. Autrement dit, le droit romain avait déjà pressenti la distinction entre domaine public et domaine privé de l'Etat. Nous en verrons plus loin les conséquences.

c) Enfin, Gaius connaît une **catégorie spéciale de biens appartenant à des personnes morales** («*universitas*») comme les cités ou les corporations («*collegia*»). Ces «*res universitatis*» pouvaient faire l'objet de réglementations particulières, différentes de celles qui concernaient les «*res publicae*».

**2/** Celles qui entrent dans le patrimoine («*res in patrimonio*») Seules ces dernières peuvent faire l'objet d'une appropriation privée et donc entrent dans le champ du droit civil ou, à défaut, dans celui du droit honoraire.

En ce qui concerne les *res in patrimonio* (choses dans le commerce), Gaius fidèle à son mode d'exposition rappelle que les Romains distinguaient les «*res Mancipi*» et les «*res non Mancipi*» ; cette vieille distinction découlait du mode de transfert de la propriété.

- Les «*res Mancipi*» étaient les biens qui ne pouvaient être aliénés que par l'antique procédure très formaliste et contraignante de la mancipation (*Mancipatio*). Exemple (Ces biens étaient en nombre limité : il s'agissait des fonds de terre situés à Rome et en Italie (fonds italiques), les esclaves (*familia*) et les animaux domestiques et les bêtes de somme (*pecunia*), c'est-à-dire les biens qui correspondaient à la civilisation romaine primitive, domestique et rurale.)

D'éminents romanistes tel le belge Fernand de Visscher (1885-1964) ont fait remarquer que le terme de *Mancipatio* devait être rapproché du *Mancipium* (littéralement : la « main mise »), le pouvoir de commandement qu'exerçait le *paterfamilias* à l'époque archaïque sur sa *domus*, une sorte de souveraineté domestique sur les êtres et les biens confondus, à une époque où le droit des biens n'était pas encore séparé du droit des personnes.

- Toutes les autres choses qui sont ensuite entrées dans les patrimoines pouvaient être aliénées selon des procédés plus modernes : «*in jure cessio*» et surtout «*traditio*». Il s'agit des meubles, de l'argent ainsi que des fonds de terre (*praedia*) situés dans les provinces conquises qui pouvaient faire l'objet d'une appropriation privée mais qui restaient soumis à une sorte d'impôt foncier payé, au Sénat pour les provinces les plus anciennes (Sicile, Grèce, Narbonaise..) sous le nom de *stipendium*, et à l'Empereur (*tributum*), pour les provinces plus récentes (les Gaules, les provinces orientales...).

Mais cette distinction *Mancipi/nec Mancipi* est, au temps de Gaius, en voie d'effacement, dans la mesure où la «*Mancipatio*» est pratiquement en voie d'abandon et le jurisconsulte développe une suite de typologies dont l'intérêt est, à son époque, plus actuel pour son public d'étudiants. Ces typologies sont fondées sur des oppositions binaires qui nous sont, elles aussi, encore très familières :

- choses corporelles / choses incorporelles
- meubles / immeubles
- choses de genre («*genera*») / choses certaines («*res certae - species*»)
- principal / accessoire
- choses simples / choses composées
- divisibles / indivisibles

Gaius disserte aussi sur la **notion de fruits et de choses frugifères** et adopte une distinction qui fait varier la situation juridique des fruits en fonction du rapport (fruits pendants, séparés, récoltés solution que l'on retrouve dans l'art. 520 du Code civil) à la chose frugifère.

### Remarque

Les analyses de Gaius n'en sont pas moins marquées par le contexte social et culturel de son temps :

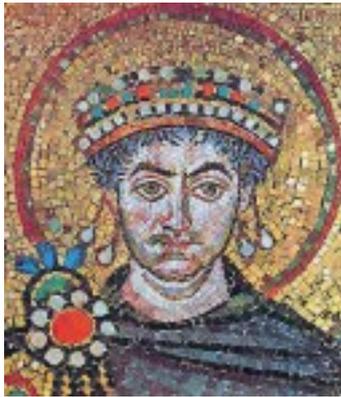
Ainsi, par exemple, lorsqu'il classe l'enfant né de la femme esclave (*partus ancillae*), comme s'il s'agissait du croît d'un troupeau.

A Rome, l'esclave reste juridiquement une chose !

**On le voit, le droit romain a jeté les bases de distinctions qui restent familières aux juristes d'aujourd'hui.**

"Choses relevant du droit humain" ( <i>res humani juris</i> )	"Choses relevant du droit divin" ( <i>res divini juris</i> )
<p><b>1/ Choses qui sont hors du patrimoine ("<i>res extra patrimonium</i>", on dira plus tard "<i>extra commercium</i>") :</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• "<i>res nullius</i>" (choses qui n'appartiennent à personne)</li><li>• "<i>res publicae</i>" (biens publics)</li><li>• "<i>res universitatis</i>" (biens appartenant à des personnes morales)</li></ul> <p><b>2/ Choses qui entrent dans le patrimoine ("<i>res in patrimonio</i>")</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• "<i>res Mancipi</i>"</li><li>• "<i>res nec Mancipi</i>"</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• "<i>res sacrae</i>" (temples et objets du culte)</li><li>• "<i>res sanctae</i>" (biens protégés par les dieux : murs et portes des villes, bornes)</li><li>• "<i>res religiosae</i>" (sépultures)</li></ul>

## Section 3. La propriété selon le droit civil



*Justinien*

Dans la compilation de Justinien deux termes sont utilisés pour désigner la propriété :

«*Dominium*» : pouvoir du maître («*dominus*») sur la chose. C'est le terme le plus ancien pour désigner la propriété. Il remonte à l'époque républicaine et les Romains pour exprimer son ancienneté lui associent l'expression : *ex iure Quiritium* et «*Proprietas*» : caractère de ce qui est propre (*proprius*), qui est exclusif à une personne, ce terme plus récent que *dominium* fut d'abord utilisé dans les provinces, à propos des *res nec mancipi*. Ces deux termes qui furent longtemps distingués, sont devenus synonymes : «*Dominium id est proprietas*» (Dig. 41-1-13).

Le propriétaire a une maîtrise absolue sur la chose et celle-ci appartient à un individu déterminé à l'exclusion de tous les autres.

Les juristes classiques n'ont pas construit une analyse dogmatique de la propriété, mais ils ont su dégager ses caractères essentiels et c'est la doctrine romaniste savante du Moyen Age et même celle, plus récente, du XIXe siècle qui en opéreront la systématisation.

### § 1. Les caractères de la propriété romaine

La propriété selon le droit civil des Romains (*ex iure Quiritium*) devait répondre à 3 conditions et présentait 3 attributs.

Les conditions : La propriété était réservée aux citoyens romains et aux habitants des cités latines (*Latini*) qui avaient reçu par des traités le privilège de bénéficier du droit romain. Elle ne pouvait porter que sur des choses (*res*) considérées comme romaines, c'est-à-dire des immeubles ou des meubles situés à l'origine dans le territoire de l'*urbs*, (la cité de Rome), peu à peu étendu à la péninsule italienne (fonds italiques) Enfin ces choses devaient avoir été acquises selon les formes de la mancipation : *res mancipi*. Ces trois conditions étaient cumulatives.

Trois attributs caractérisaient la propriété (*dominium-proprietas*) : perpétuité, absolutisme et exclusivisme.

**La propriété était perpétuelle** : Le pouvoir du propriétaire sur la chose **ne disparaissait qu'avec la destruction de la chose** : sa destruction matérielle, comme l'incendie d'une maison, la mort d'un esclave, d'un animal, ou sa destruction juridique qui pouvait être :

- un fait volontaire du propriétaire : abandon (*derelictio*), affranchissement (*manumissio*) d'un esclave, consécration (*consecratio*) d'une chose aux dieux, opération à but religieux qui avait pour effet de faire sortir une chose des rapports humains.
- ou un fait involontaire, imposé, telle que l'expropriation pour cause d'utilité publique que les Romains ont pratiquée dans leur politique d'urbanisme ou de construction de routes.

**La propriété était absolue** : Elle est une pleine puissance sur la chose. (*plenam habere in rem potestas* (Institutes de Justinien II, 4, 4.)).

Elle concernait la chose sous tous ses aspects. Aucun élément de la chose n'y échappe. Exemple (la propriété d'un fonds concerne non seulement la surface du sol, mais aussi le dessous et le dessus - tréfonds et espace -, du ciel jusqu'en enfer : *usque ad coelum usque ad infernos*) La propriété comprend aussi ce qui s'ajoute et s'incorpore à la chose par accession, comme, par exemple, les alluvions déposés par un fleuve.

**La propriété était exclusive** : Pour une même chose, sur un même fond, il ne peut y avoir qu'un seul et unique propriétaire. Les Romains ne pouvaient concevoir sur une même chose la concurrence de deux ou plusieurs

propriétaires, parce que l'idée de propriété absorbe tellement tous les aspects de la chose qu'elle s'identifie à la chose elle-même. Il y a confusion entre la maîtrise de la chose, (le droit sur la chose) et la chose elle-même.

## § 2. Droit et objet du droit



*Blé*

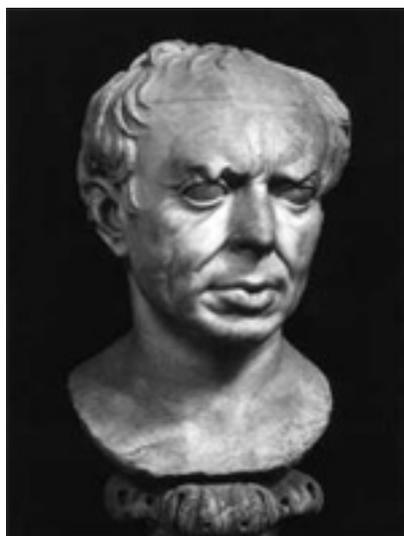
Pour les Romains, le «*dominium-proprietas*» ne pouvait concerner que des choses matérielles («*res*»), que l'on peut toucher ou saisir tels que arbre, champ, animal, argent etc... parce qu'il y a une réalité corporelle (*corpus*) de ces choses offertes par la nature à la domination des hommes. La propriété, puissance de l'individu, se confond avec la matière.

Il y a probablement quelque chose de très ancien, de très primitif dans cette conception venue du temps où le droit se confondait avec la religion et la magie.

A l'époque archaïque, l'homme projetait sa puissance vitale (son «*mana*», comme disent les anthropologues) sur les choses pour se les approprier et se les faire siennes. Il s'établissait ainsi une confusion entre la maîtrise de la chose et la chose elle-même qui est assez difficile à comprendre pour des esprits modernes marqués par la rationalité mais qui est pourtant très forte et qui persiste dans le sens commun. Le mot «*propriété*» est encore amphibologique, dans notre vocabulaire : «*Ceci est ma propriété*», le terme désigne la chose (un domaine foncier) et se confond avec le droit que l'on exerce sur la chose (De même, on dit couramment cette chose est à moi et non : j'ai un droit de propriété sur telle chose.). Les Romains utilisaient exactement la même formule dans les actions en revendication : «*rem meam esse*». La propriété quiritaire (*dominium / proprietas*) n'était donc pas pensée comme un droit sur les choses - un droit réel -, mais comme une catégorie en soi dans laquelle le droit et l'objet du droit se mêlaient indissolublement. Nous verrons plus loin que la conception de la propriété comme droit réel - le plus complet des droits réels - fut l'oeuvre de la pensée juridique médiévale et plus spécialement de l'école bartoliste.

Les Romains ont réservé le terme de *jus* (droit) aux rapports qui peuvent s'établir entre les hommes à propos des choses. Ces rapports sont des constructions intellectuelles produites par la science des juristes (concrètement et historiquement ce sont des actions de procédure) permettant à un individu de revendiquer un pouvoir sur la chose autre que la propriété quiritaire (un usufruit, une servitude sur le bien d'autrui *jus in re aliena*, une possession *jus possessionis*).

Ainsi, l'usufruit est défini par le Digeste (VII, 11) d'après une citation de Paul comme un *jus in re aliena* : «*le droit d'user et de jouir des choses d'autrui, sans en détruire la substance*». Cette distinction entre *corpus* et *jus*, est très importante pour comprendre la conception romaine de la propriété et aussi pour apprécier tout le travail doctrinal réalisé au Moyen Age sur la propriété coutumière.



*Portrait très hypothétique de ce jurisconsulte romain du II<sup>e</sup> siècle, dont on ne connaît que le prénom. Certains romanistes ont même contesté son existence réelle et attribué les Institutes à un groupe de jurisconsultes enseignant à l'école de droit de Beyrouth.*

Nous avons vu plus haut que cette distinction avait été esquissée déjà par Cicéron dans ses Topiques et qu'elle fut reprise au II<sup>e</sup> siècle par Gaius, sous l'influence de la philosophie stoïcienne (dans les écrits de Sénèque principalement) qui fait une distinction entre la matière et l'esprit.

Pour Gaius, il existe des choses corporelles (*res corporales*), des choses que l'on peut toucher, objet de propriété, et des choses incorporelles.

### § 3. La revendication et le transfert de la propriété

Cette conception absolue et exclusive de la propriété était entourée d'un formalisme très solennel, fortement imprégné de sacralité.

#### La voie pétitoire

Pour faire reconnaître la propriété quiritaire sur une chose, il fallait suivre la voie pétitoire (*rem petere* = réclamer la chose) et intenter une action en revendication (*revindicatio*) dans la forme du «*sacramentum*», procédé très solennel qui entrait dans la catégorie des « actions de la loi ».

- En présence du juge, le revendiquant devait affirmer sa puissance sur la chose («*vim dicare*») : touchant la chose avec une baguette (*festuca*) le demandeur devait prononcer les formules affirmant que la chose était la sienne en vertu du droit des Quirites (*ex Jure Quiritium meum esse aio* : je dis que cette chose est mienne selon le droit des Quirites);
- l'adversaire (le défendeur) faisait de même («*contravindicatio*») et un simulacre de combat avait lieu, où chaque plaideur se provoquait réciproquement au «*sacramentum*», c'est-à-dire à prononcer des formules sacramentelles («*per sacramentum in rem*»);
- enfin chacun devait fournir caution.

**A l'époque la plus ancienne (Période royale)**, le **sacramentum** avait pour objectif de faire intervenir les dieux qui désignaient le vainqueur par l'intermédiaire de signes magiques révélés par des procédés divinatoires (examen des entrailles d'animaux par les haruspices, étude du vol des oiseaux *auspicia*). Le perdant était déclaré «*sacer*» en raison de l'injure commise envers les dieux et donc voué à leur colère.

**A l'époque républicaine**, le juge qui avait remplacé les pontifes, examinait les titres des parties et attribuait la propriété à celle qui présentait le meilleur titre, en déclarant «*justum* » son *sacramentum*, la partie perdante s'exécutait en délaissant la chose, s'il la détenait, ou bien l'exécution était exercée sur les cautions. Mais la preuve de la propriété quiritaire était exigeante ; la simple production du titre (acte de vente, par exemple) ne suffisait pas, il fallait prouver aussi que le propriétaire dont on avait acquis la chose, était lui même un légitime propriétaire, et donc au besoin remonter toute la chaîne des propriétés, ce qui faisait dire aux jurisconsultes qu'en matière de revendication (Procès pétitoire), la preuve était diabolique (*probatio diabolica*). Nous allons voir plus loin que pour pallier ces difficultés propres au formalisme du droit civil romain, le droit honoraire a apporté des solutions.

Pour transférer la propriété, le formalisme était tout aussi grand.

Les Romains ont d'abord utilisé la procédure de la mancipation (*mancipatio*, littéralement prise en main *in manu capere*).

L'acte s'opérait au cours d'une cérémonie *per aes et libram* (par l'airain et la balance). Le vendeur et l'acquéreur devaient déclarer publiquement leur intention de transférer la propriété d'une chose, en présence de cinq témoins et d'un porteur de balance (dénommé le *libripens* (le peseur), en souvenir de l'époque où la monnaie romaine était constituée de lingots de cuivre (*aes*) qui s'appréciaient à l'aide d'une balance (*libra*).

Ce mode de transfert a survécu pour la catégorie des «*res Mancipi*», jusqu'au IV<sup>e</sup> siècle de notre ère : il est encore directement attesté en 355. D'autres modes de transfert plus souples sont progressivement apparus.

D'abord l'«*in jure cessio*», qui est une sorte de procès fictif introduit devant un juge par le vendeur et l'acquéreur pour, en quelque sorte, faire homologuer leur accord. Comme pour la «*mancipatio*» ce procédé n'était accessible qu'aux citoyens romains mais pouvait concerner les **res nec Mancipi**, et permettait d'opérer le transfert de la propriété avant même que le prix convenu ait été complètement payé, ce qui était impossible avec la mancipation.

Enfin, un procédé plus simple s'est répandu pour permettre le transfert de la propriété aux pérégrins, lorsque ceux-ci y eurent accès, et aussi pour transférer entre Romains la propriété des «*res nec Mancipi*», sans avoir à pratiquer les procédures lourdes de la «*mancipatio*» ou l'«*in jure cessio*». Ce procédé probablement emprunté à des droits orientaux, est appelé tradition («*traditio*») ; il n'a pas besoin de forme particulière mais il implique

la remise réelle de la chose, c'est-à-dire la prise de possession effective par la partie qui la reçoit. L'accord des parties sur la *justa causa* du transfert ne suffisant pas à opérer le transfert (vente ou toute autre convention, comme louage, dépôt, remise en gage) de droit.

## Section 4. La possession, (jus possessionis) une invention prétorienne

Les lourdes exigences du droit civil en ce qui concerne la reconnaissance et le transfert de la propriété quiritaire ont rendu nécessaire l'adaptation du système juridique à des réalités nouvelles au fur et à mesure de leur apparition. Cette adaptation fut **l'oeuvre du droit honoraire**.

Le concept de possession est une invention prétorienne qui repose sur l'idée que certaines situations de fait non reconnues et sanctionnées par l'arsenal des actions de la loi, méritaient néanmoins d'être protégées par le droit. Définition : La possession est donc la reconnaissance / sanction d'un rapport de droit -jus- à partir de l'existence d'un simple rapport de fait entre une chose et une personne.

### En savoir plus : «*possessio*»

Étymologiquement le terme *possessio* a été construit sur la racine *pot* qui évoque une idée de pouvoir (*potestas*) sur la chose, et *sessio* (de *sedere* être assis), qui exprime un contact avec la chose.

### § 1. Les origines du concept

Les origines remontent à l'époque où des concessionnaires ont obtenu à titre précaire des lots de terre sur les terres publiques (*ager publicus*), résultat des conquêtes de Rome sur les peuples vaincus. Nous avons vu, dans la première partie, les conflits sociaux et politiques engendrés par ces allotissements ainsi que les tentatives de réforme agraire engagées par les frères Gracques en 133 et 124 a. J.-C. Les précaristes ne pouvaient invoquer une propriété pleine et entière, mais il est apparu nécessaire de les protéger et c'est le préteur qui s'en est chargé en accordant, sous certaines conditions des actions prétoriennes appelées interdits («*interdicta*»), d'où le nom donné plus tard à cette possession : «*possessio ad interdicta*». Sous l'Empire le bénéfice de cette protection prétorienne a été étendu à toutes les terres des provinces situées hors d'Italie (fonds provinciaux).

De la même manière, les étrangers (périgrins) écartés du droit civil ont à leur tour obtenu du magistrat spécialement chargé de leur sort, le préteur périgrin, une protection identique sur leurs propres biens («*bona*»).

Enfin, à l'époque classique, le système de la '*possessio*' est apparu si efficace, qu'il fut étendu aux bénéficiaires de la propriété quiritaire. On a admis que le propriétaire selon le droit civil avait par définition la possession de sa chose. Cette solution permettait de pallier les difficultés de preuve en matière de propriété. Un citoyen qui de bonne foi se croyait propriétaire mais dont le titre était discuté, pouvait par la possession obtenir une protection de son droit. Ainsi, le citoyen qui avait acquis des *res mancipi* sans mancipation ou, en matière successorale, sans respecter les règles du droit civil pouvait demander au préteur le bénéfice d'une « action publicienne » (du nom d'un préteur du I<sup>er</sup> siècle avant notre ère : Publicius) qui lui permettait de se défendre des menaces ou des usurpations venant de tiers. La *possessio* a été assimilée par le droit civil et on a ainsi dégagé une *possessio civilis* qui se confondra techniquement avec la «*possessio ad interdicta*».

La possession est devenue «*un ouvrage avancé de la propriété* (Selon la formule d'un grand romaniste allemand du XIX<sup>e</sup> siècle, Ihering)». Elle fait présumer de la propriété et procure à son bénéficiaire de grands avantages.

Notre droit moderne les a retenus :

- dans un procès en revendication de propriété (voie pétitoire), le possesseur est dans la position avantageuse (*commodum possessionis*) : il n'a pas la charge de la preuve, c'est le demandeur qui doit fournir la preuve.
- la possession est protégée contre les troubles et les coups de force par les actions possessoires (à Rome, les interdits).
- la possession va même permettre d'acquérir la propriété au terme d'un certain délai par le jeu de la prescription acquisitive, comme nous le verrons dans la prochaine leçon.

### § 2. L'acquisition de la possession

La doctrine (la *jurisprudencia* élaborée par les jurisconsultes romains de la fin de la République et de l'Empire dont les textes ont été rassemblés dans le Digeste) a précisé les conditions exigées pour que la possession soit admise et protégée («*jus possessionis*»). Ces conditions ont été dégagées sur la base d'une casuistique d'une grande subtilité.

Il faut qu'il existe une **conjonction entre le «*corpus et l'animus*»** (Digeste 41, 2).

Par «*corpus*» les jurisconsultes désignaient ici l'appréhension matérielle de la chose. Il fallait qu'il existât des actes manifestant d'une manière ou d'une autre la maîtrise sur la chose, comme son usage matériel, la perception des fruits, ou des actes entraînant la transformation de la chose, ou encore des actes de disposition. La doctrine

a interprété largement la notion de *corpus* (faire installer un gardien, se faire remettre les clés d'un local où sont entreposées des choses possédées sont des actes considérés comme une appréhension matérielle de la chose, même s'il n'y a pas de contact physique). On peut donc **posséder par autrui**.

La perte du *corpus* ne fait pas disparaître la possession : dans le «*casus*» célèbre de l'esclave fugitif (D 41,2,15.); le maître conserve la possession et peut donc user des interdits pour récupérer son esclave entre les mains de celui qui le détient.

L'*animus* est la volonté de se comporter en propriétaire («*animus domini*»). Cet élément psychologique est lui aussi essentiel. Il implique une intention consciente : un fou ou un mineur non autorisé par son tuteur ne peuvent pas posséder. Selon un *casus* du juriste Paul (D. 41,2,1,3) il n'y a pas de possession pour un objet mis dans la main d'une personne endormie. En revanche, la possession perdue pour la chose égarée, si on continue à la chercher.

Mais l'*animus* ne doit pas être vicié (Par exemple par la mauvaise foi). Ainsi, le voleur qui sait qu'il n'est pas propriétaire ne peut acquérir la possession.

De façon générale, la violence ne peut faire acquérir la possession, car celui qui s'empare de la chose par la force ne peut se prétendre de bonne foi. La clandestinité exclut aussi la possession qui doit être publique.

Les jurisconsultes ont eu de longues discussions pour savoir ce qui était le plus important du «*corpus*» ou de l'«*animus*». et ces discussions se sont prolongées jusqu'à l'époque contemporaine. Au XIX<sup>e</sup> siècle encore, les deux grands romanistes allemands Savigny et Ihering s'opposèrent sur une conception objective ou subjective de la possession.

A Rome, il semble qu'aux yeux de la doctrine dominante l'«*animus*» était plus important puisqu'on admettait qu'on puisse acquérir une possession par l'intermédiaire d'autrui. Le père de famille («*paterfamilias*») était capable d'acquérir par l'intermédiaire de son fils sans détenir le «*corpus*». De même la jurisprudence a admis l'existence d'une quasi-possession s'appliquant aux choses incorporelles, c'est-à-dire aux *jura*, comme par exemple les servitudes.

La pratique reconnue du «*constitut possessoire*» en apporte également la preuve. Le propriétaire d'une maison pouvait la vendre sous condition de rester dans les lieux à titre de locataire de l'acquéreur. Dans cette hypothèse, le «*corpus*» restait matériellement dans les mêmes mains ; seul l'«*animus*» passait de l'ancien propriétaire au nouveau. Mais on considérait que le nouveau propriétaire entrait en possession par l'effet d'un «*constitut possessoire*» qui lui garantissait le bénéfice de la protection «*ad interdicta*» (selon les interdits). L'ancien propriétaire n'était plus qu'un simple détenteur de la chose.

### § 3. La protection possessoire

Pour protéger le possesseur, le droit prétorien a mis au point des voies de procédure, les "Interdits" (la demande doit correspondre à une situation prévue par l'édit du préteur. Chaque interdit - *interdictum* - est désigné par les premiers mots latins de la formule) qui permettent d'obtenir du préteur l'autorisation de saisir la force publique pour se protéger. Le préteur ne juge pas le litige au fond, mais en vertu de son imperium il donne des ordres ou prononce des défenses.

Il existait principalement **deux sortes d'interdits possessoires** qui sont apparus successivement :

Le plus ancien (attestée dans une pièce de théâtre de Térence de la première moitié du II<sup>e</sup> s. av. J.-C.) est l'**interdit conservatoire *uti possidetis*** (littéralement «*comme vous possédez*») qui protégeait le possesseur contre un trouble (Cette action permettait de repousser un tiers qui prétendait s'installer sur le fonds, ou récolter des fruits, tailler les arbres, etc....) actuel ou une menace de trouble imminent, comme le trouble de jouissance. L'interdit est double : chaque partie est dans une position de demandeur vis-à-vis du préteur et celui-ci donne la préférence à celui qui possède sans vices, c'est-à-dire, paisiblement, publiquement et sans vices. Cet interdit ne comporte pas de condition de délai.

Vers la fin de la République, est apparu l'**interdit *unde vi* (restitutoire ou récupératoire)** qui permettait de récupérer la possession perdue à la suite d'une dépossession physique. Il est évoqué dans le plaidoyer *Pro Caecina* de Cicéron. Celui qui a été privé de son bien immeuble par la force peut obtenir du préteur sa restitution. Mais, il ne fallait pas que le possesseur dépossédé ait lui-même usé de violence, et l'action devait être engagée dans un délai d'un an après la dépossession. Passé ce délai, on présumait que le dépossédé avait accepté la situation créée par la dépossession.

Puis, la montée des violences dans un climat de guerres civiles a suscité un dédoublement de cet interdit *unde vi*. A côté de la protection prétorienne contre la violence ordinaire (*unde vi cottidiana*), un nouvel interdit *unde*

*vi armata* est venu sanctionner les dépossessions réalisées à main armée et même sur la simple menace des armes. Dans ces cas, l'interdit était perpétuel, sans condition de délai.

Enfin, pour les meubles, le droit honoraire a mis au point un **interdit mixte (conservatoire et récupérateur), dénommé *utrubi*** (litt. : « dans l'un des deux endroits où... »). Il ne comprenait pas de condition de délai et le préteur donnait la préférence à celui qui avait été en possession du meuble de façon paisible et publique pendant la majeure partie de l'année».

La fixation du droit prétorien ou honoraire dans l'Edit perpétuel, sous l'empereur Hadrien (IIe s. ap. J.-C.), n'a pas bloqué la pratique des interdits qui s'est maintenue et a même connu quelques évolutions sous l'influence de la doctrine.

C'est ainsi qu'est apparue une protection des choses incorporelles — des *jura* — (voir leçon 5), comme par exemple une servitude. Malgré l'absence de *corpus*, un interdit a été accordé aux titulaires de ces *jura* qui se plaignaient de troubles dans leur jouissance paisible ; Cela a conduit la *jurisprudencia* (science des docteurs – doctrine) à dégager la notion de « quasi possession ».

**Il faut ajouter à cela tout un arsenal d'actions qui assuraient une protection accessoire permettant de garantir une possession paisible.**

La « *nuntiatio operis novi* » (dénonciation de nouvelle oeuvre) était, une procédure très ancienne déjà présente dans la Loi des XII Tables qui permettait d'arrêter les travaux menaçant de troubler la possession d'un voisin, en lui bouchant la vue, par exemple. Le plaignant devait effectuer trois jets de pierre en direction de la construction (« *jactus lapilli* »), ce qui suffisait à faire arrêter les travaux et il avait trois mois pour prouver le bien-fondé de sa demande sous serment.

L'action « *damni infecti* » protégeait contre des dommages causés aux immeubles voisins par un bâtiment menaçant ruine (origine de l'article 1380 du Code civil). Le plaignant, si le propriétaire refusait de réparer, pouvait obtenir du préteur d'être envoyé en possession de l'immeuble délabré pour faire effectuer les travaux aux frais du propriétaire défaillant.

L'action *actio aquae pluviae ascendae* (action en vue de détourner l'eau de pluie) pour réparer les dégâts causés par les eaux venues du fonds supérieur.

**Conclusion :** Le droit romain a ainsi multiplié les moyens de défense de la possession dans le but de favoriser la stabilité des situations juridiques. Tout ce système a été transmis pratiquement inchangé dans les droits qui ont reçu l'héritage romain et se trouve encore en usage dans notre droit positif.