

La possession.
Du phénomène au concept

René ROBAYE

On a souvent reproché aux juristes la facilité avec laquelle ils jouent des concepts, baptisant «immeuble par destination» ce qui, aux yeux de tous, paraît bien être un lapin. S'il est vrai que le droit, comme toute production culturelle, jouit d'une certaine liberté pour construire ses catégories, il n'en demeure pas moins qu'il lui faut s'appliquer à une réalité sociale dont la plasticité est beaucoup moins grande que ne l'imagine le sens commun. Toujours et partout, les juristes ont dû tenir compte des réalités observables pour construire leurs catégories. Ainsi, un système juridique peut bien évidemment refuser d'assimiler le père au géniteur et préférer retenir un autre critère de rattachement, il ne peut pour autant nier la réalité de la procréation. De même, qu'il s'agisse de la promouvoir ou de la limiter, la propriété est un concept dont la définition suppose au préalable une analyse du rapport matériel aux choses.

Le poids des phénomènes, au sens philosophique du terme, justifie que le *Centre de recherches en histoire du droit et des institutions* se soit intéressé à ce que les juristes appellent aujourd'hui la possession. Le présent volume comprend les actes du colloque qui s'est tenu à la Faculté de droit de Namur le 15 mai 1997. Consacré à l'étude de la possession, dans la perspective historique et comparative qui est celle du Centre, il a permis d'étudier la manière dont le rapport aux biens est analysée par divers ordres juridiques. Les contributions de Gilbert Hanard pour le droit romain, Philippe Godding et David Walters pour le droit médiéval, Hendrik Vuye pour les droits belge et néerlandais, Xavier

Thunis et Francis Van Der Mensbrugge pour le droit anglais ont permis de suivre, dans le temps et dans l'espace, une institution fondamentale, tant par son objet que par ses objectifs.

Si les critères de classification et les concepts peuvent varier d'un ordre juridique à l'autre, en revanche, les situations de fait que le droit entend régir présentent une certaine similitude, qui permet la comparaison. En d'autres termes, la divergence des réponses ne doit pas masquer la convergence des questions. C'est grâce à cela, précisément, que le droit comparé ou sa version diachronique, l'histoire du droit, peuvent embrasser des ordres juridiques divers. Il ne faut donc pas céder à la tentation de la facilité, qui consisterait à se contenter de juxtaposer, à partir d'un concept donné, les catégories juridiques qui sembleraient les plus proches dans les autres droits. Le résultat serait bien pauvre, alignant les points communs et les différences, sans permettre de comprendre la spécificité de chaque système. La seule méthode opérationnelle consiste au contraire à partir des problèmes auxquels répondent les concepts juridiques dans les systèmes soumis à la comparaison.

Pour préciser immédiatement l'objet du présent volume, osons une définition de la possession applicable au droit belge contemporain, héritier, comme tant d'autres, du droit romain classique, dont Gilbert Hanard retrace les acquis principaux. Comme le dit le juriste classique Paul, *Possessionem enim facti, non iuris esse* : «la possession est de l'ordre du fait, non du droit». Les mots *possessio* et *possidere* viennent d'une racine qui marque le pouvoir, la puissance. On la retrouve dans *potestas* (la puissance) ou dans le verbe *posse* (pouvoir). La possession est une situation de fait qui se caractérise par la maîtrise sur une chose avec l'intention de la garder pour soi à l'exclusion d'autrui. Contrairement au détenteur — un emprunteur par exemple —, qui reconnaît les prérogatives d'autrui sur la chose, le possesseur entend se comporter comme s'il était propriétaire. C'est du moins la distinction classique héritée du droit romain, mais qui n'est pas la seule à régir la question. Ainsi, comme l'analyse Hendrik Vuye, dans le droit néerlandais contemporain, c'est un critère objectif, basé sur la circulation des biens et des choses, qui fait la différence entre possession et détention.

Que le possesseur soit propriétaire est une autre question. La propriété est en quelque sorte la légitimation, la représentation juridique de la maîtrise sur la chose. Les juristes romains sont sans doute les premiers à avoir distingué la représentation d'un rapport aux choses, ou propriété, quel que soit le nom qu'on lui donne, et cette réalité observable qu'est la maîtrise elle-même. Cette

distinction se retrouve en droit anglais, même s'il est délicat, comme le notent Xavier Thunis et Francis Van Der Mensbrugge, «d'élucider les rapports entre *ownership* et *possession*», sans doute parce que «la signification du concept peut varier selon les contextes et que la possession comporte des degrés». En revanche, comme le montre Philippe Godding, la saisine médiévale est une notion complexe, étrangère à l'opposition romaine propriété / possession. S'il s'agit, comme en droit romain, d'une maîtrise sur la chose, «elle suppose par contre un droit sur cette chose, meuble ou immeuble». Contrairement au droit romain, le droit médiéval n'a pas connu la distinction entre la maîtrise de fait et sa justification juridique. La saisine du droit coutumier est en quelque sorte un mélange de possession et de propriété.

La deuxième question que pose la possession, au-delà de sa définition et de son rapport à la propriété, est celle des objectifs que lui assigne le droit. Un fait, dit-on, est plus puissant qu'un Lord Maire et la seule réalité de la maîtrise d'un individu sur des biens mérite d'être reconnue. Certes, mais la reconnaissance de la possession doit répondre à des objectifs identifiables. Dans la plupart des systèmes juridiques, la possession joue un rôle considérable dans le droit des biens, à travers trois applications principales.

En premier lieu, la possession est protégée comme telle, comme un état de fait qui, en lui-même, justifie que les autorités publiques s'y intéressent. En protégeant le possesseur, on protège la plupart de temps un propriétaire, dont il serait inacceptable qu'il soit privé de son droit. Mais la protection s'étend généralement en faveur de ceux qui n'ont que l'apparence de la propriété, possesseurs de bonne, voire de mauvaise foi, car l'intérêt général impose cette protection, que l'on retrouve dans la tradition romaine comme en droit anglais, ce qui, du reste, ne saurait trop nous étonner. Xavier Thunis et Francis Van Der Mensbrugge soulignent avec raison que dans «une aire ayant atteint un même niveau de développement socio-économique, c'est le même besoin qui s'exprime, le même problème qu'il faut résoudre : dans quelle mesure le droit va-t-il donner foi à l'apparence d'un droit sur un bien ?»

Ensuite, la possession permet de résoudre une question apparemment insoluble, qui est celle de la preuve de la propriété, qualifiée à juste titre de *probatio diabolica* par les juristes médiévaux. A défaut de prouver la transmission régulière du bien depuis sa création, il faut bien se résoudre à faire jouer à la possession une fonction statique, qu' Hendrik Vuye qualifie de

bewijsfunctie ou de *processuele functie* : dans un procès en revendication, le possesseur est défendeur et n'a, de ce fait, pas à prouver la régularité de sa situation.

Enfin, la possession est un processus d'acquisition de la propriété dans de nombreux droits. Ainsi, la *traditio* romaine, qui met l'acquéreur en possession du bien, est le procédé ordinaire de transfert de la propriété civile sur certains biens appelés *res nec Mancipi*. De même, l'occupation permet de légitimer l'appréhension d'une chose sans maître dont on s'empare avec l'intention de la garder pour soi. De ce point de vue, on lira avec intérêt l'analyse de l'affaire *The Tubantia* développée par Xavier Thunis et Francis Van Der Mensbrugge.

Mais le processus d'acquisition où la possession joue le rôle le plus important est sans doute la prescription. Qu'il s'agisse de l'usucapion romaine, étudiée par Gilbert Hanard, ou des institutions équivalentes des systèmes juridiques postérieurs, la perspective est chaque fois identique, les mêmes causes produisant les mêmes effets. La prescription a pour objet de transformer le fait en droit. Elle donne un avantage déterminant au possesseur, mais nuit de ce fait au propriétaire dépossédé contre sa volonté. Comment justifier une institution aussi contraire, en apparence, à la justice ?

Outre le fait de résoudre le problème épineux de la preuve de la propriété, dont nous avons parlé plus haut, une première justification peut être trouvée dans la défense de l'intérêt général. Aucune société, et surtout pas celles où la production agricole constitue l'activité économique essentielle, n'a intérêt à laisser à l'abandon des terres cultivables. Si le propriétaire en titre s'en désintéresse, il est plus opportun de donner la terre à celui qui la met effectivement en valeur et contribue ainsi à augmenter la production des ressources alimentaires.

La prescription se justifie également par des motifs de sécurité publique. Il n'est pas opportun de laisser subsister trop longtemps l'incertitude quant au titre de propriété que peut prétendre avoir un acquéreur de bonne foi. La prescription, dans certaines limites, permet d'empêcher la contestation des situations acquises. On ne peut s'empêcher de penser, à ce propos, aux mots de Pascal : «ne pouvant faire que ce qui était juste fût fort, on a fait en sorte que ce qui est fort soit juste».

Enfin, la prescription, grâce à son délai assez court, peut être utilisée comme un mode ordinaire d'acquisition de la propriété, avec l'approbation, le cas échéant, de l'aliénateur. C'est le cas dans les systèmes juridiques qui, comme le droit romain, imposent des

procédures formalistes pour acquérir certains biens. Il est plus facile de se dispenser de ces formalités et de compter sur la prescription, qui procurera le même résultat juridique.

Au départ simple phénomène reconnu par les juristes, la possession est devenue un concept porteur de nombreuses significations. Grâce à elle, le droit, loin d'être une simple description de la réalité empirique, est une façon de penser le rapport aux choses.