



HAL
open science

Détention et possession : les concepts juridiques peuvent-ils représenter le réel ?

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Détention et possession : les concepts juridiques peuvent-ils représenter le réel ?. Adriana Almășan; Ioana Varsta; Cristina Elisabeta Zamsa. In honorem Flavius Antoniu BAIAS – Aparența în drept, Tome 1er, Editura Hamangiu, pp.759-778, 2021, 9786062718459. hal-03768332

HAL Id: hal-03768332

<https://hal.science/hal-03768332>

Submitted on 2 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

« Détention et possession : les concepts juridiques peuvent-ils représenter le réel ? », *In honorem Flavius Antoniu BAIAS – Aparența în drept*, Tome 1^{er}, Editura Hamangiu, 2021, pp.759-778.

Michel Boudot

Professeur de droit privé
Vice - doyen chargé des relations internationales
Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
Université de Poitiers

Adresse

Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
2 rue Jean Carbonnier
Bâtiment A1, TSA 81100
86073 POITIERS Cedex 9

Résumé en français :

Détention et possession : *les concepts juridiques peuvent-ils représenter le réel ?*

Pour décrire le fait de détenir ou de posséder, les dogmatiques nationales articulent des concepts, des faits *virtuels* et des règles. Le travail de définition de la possession, des caractères de comment on possède, selon la nature de ce qui est possédé, constitue les diverses relations d'appartenance aux choses possédées, en réalités juridiques. Ce travail procède par intégration de *cas imaginés* ou *déshistoricisés* à un système de concepts et de règles nationales. Ce texte suggère une approche épistémologique des situations possessoires à partir de la comparaison des positionnements dogmatiques de différents systèmes juridiques européens.

English summary :

Detention and possession: *can legal concepts represent reality?*

In order to describe the fact of possession, national dogmatics articulate concepts, *virtual* facts and rules. The work of defining possession, the characteristics of how one possesses, according to the nature of what is possessed, constitutes the various relations of belonging, into legal realities. This doctrinal work proceeds by integrating

imagined or de-historicised cases into a system of topical concepts and national rules. This text suggests an epistemological approach to possessory situations based on a comparison of the dogmatic positions of different European legal systems.

Détention et possession : *les concepts juridiques peuvent-ils représenter le réel ?*¹

Observation théorique

Dans la littérature juridique et en particulier celle de droit des obligations, les usages du concept de simulation en connotent immédiatement la teneur par rapprochement à la duperie ou la mystification, à la modification des apparences pour tromper. Elle est caractérisée par un résultat volontairement atteint qui est la création de 'fausses apparences'². On peut en retrouver un usage voisin en médecine ou en psychologie, lorsqu'il s'agit d'examiner la situation d'un patient qui entend échapper à une contrainte ou à une prévision encore qu'alors, la volonté ne soit pas nécessairement la cause impulsive et déterminante du comportement simulateur. *A minima*, si elle n'est tromperie, 'simulation' s'associe dans ces discours au maquillage ou à l'exagération de ce qui est tenu pour 'réalité' ; elle en déforme la perception, quand la dissimulation revient à cacher ou taire la 'réalité'.

Dans les discours de sciences et techniques, la simulation réfère à autre chose : originairement le concept de modèle, puis la simulation informatique, sont utilisés pour signifier une artificialisation d'une réalité à travers sa définition en objet de science ou sa modélisation en dispositif technique³. En ce sens, la modélisation et

¹ Ce texte a fait l'objet d'une rédaction individuelle, mais il est le fruit d'une réflexion menée depuis plus longtemps au sein d'un petit groupe de travail en droit comparé des biens, groupe composé de Felix Aden, Mathieu Devinat, Patrick Keinert, Jerca Kramberger-Škerl et Alexandra Popovici. J'assume seul les erreurs d'interprétation, et encourage les critiques.

² A. Bénabent, *Droit des obligations*, Lextenso, 18^e éd., 2019, n°284 ; C. Ophèle, v° Simulation, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012, n°30 sqq. ; M. Boudot, v° Apparence, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 3^e éd. 2018.

³ F. Varenne et alii, *Modéliser & Simuler*, Tome 2, *Epistémologies et pratiques de la modélisation et de la simulation*, Editions matériologiques, 2016. Sur la relation entre l'explication et le modèle dans les sciences sociales, G.-G. Granger, *Formes, opérations, objets*, Vrin, 1994, 254.

la simulation sont des ressources de l'imagination, conceptuelle autant que technique. « Comme toute forme d'imagination, [l'imagination conceptuelle] est créatrice de nouveauté à partir de données. Ces données sont faites alors de représentations sensibles ou déjà de concepts préalablement posés et peut être encore insuffisamment élaborés. Mais l'imagination conceptuelle se distingue de l'imagination sensible principalement en ce qu'elle produit sur les données des opérations de pensée, et c'est cet aspect opératoire qui la constitue comme telle. (...) Dans la perspective d'une connaissance scientifique du réel, les concepts opératoires ainsi *imaginés* représentent soit des états globaux non immédiatement saisissables de la réalité, soit plus abstraitement des conditions de cette réalité même (...). Sous sa forme la plus avancée, cette imagination scientifique propose des systèmes comme image d'un réel. C'est-à-dire qu'elle introduit des concepts représentant des aspects qu'une opération de pensée sépare mais relie en un tout ⁴ ». Mais toujours avec Gilles Gaston Granger, il convient encore de souligner que « les objets scientifiques sont des *représentations* explicatives du réel, les objets techniques des *aspects particuliers d'un réel* produit par la pratique de l'homme, non pour son savoir (...). [La] réalité que cherche à atteindre et partiellement produire la science se veut universelle, quoique sous déterminée par rapport aux expériences *actuelles* ; et la réalité que produit la technique est quant à elle bien déterminée dans le champ qu'elle vise - c'est une condition de son succès -, mais partielle et toujours relative à certaines de nos actions ⁵ ».

En important prudemment les analyses du philosophe dans le domaine de la connaissance juridique, on peut se convaincre que, comme à l'image des discours

⁴ G. G. Granger, *Sciences et réalité*, O. Jacob, 2001, 173 sqq. ; sur la pensée du philosophe de Jouques, voy. P. Lacour, *La nostalgie de l'individuel*, G.-G. Granger, Paris, Vrin, 2012.

⁵ G. G. Granger, *Sciences et réalité*, cit. 189 ; pour les sciences humaines, « Science de la pratique et pratique de la science dans le domaine des faits humains », in J. Florence et alii, *Dialogues en sciences humaines*, Bruxelles, PU Saint-Louis, 1975, 55-77.

de sciences et techniques, la doctrine juridique modélise et simule. Mais jusqu'à récemment du moins, les juristes n'empruntaient pas aux sciences formelles leurs outils, et comme mon propos n'engagera pas une réflexion sur la justice prédictive⁶, je m'en tiendrais à l'idée que modélisation et simulation doctrinales se contentent d'une expression en langues naturelles. Le recours à la modélisation conduit à intégrer ou imaginer des cas et des situations de façon à les rendre matriciels : ce sont des cas virtuels qui représentent un aspect de la réalité juridique, et qui contribuent concomitamment à la créer. De son côté, la simulation peut être réalisée *in situ* par des acteurs fictivement investis ; en particulier, le recours à des situations fictionnelles comme des procès fictifs ou des exercices de prospective, permet de représenter une autre réalité plus psychologique, plus individuelle, mais tout aussi virtuelle. Ce sont des ressources méthodologiques qui font naître d'importantes questions, très clairement dans le champ pédagogique pour la formation de l'esprit des juristes. Ces hypothèses imaginées construisent d'une certaine manière *la réalité juridique*, à savoir des faits virtuels pour lesquels la doctrine désigne des processus de déterminabilité des règles juridiques applicables, et produit des solutions abstraites par des opérations de pensée.

Pour cette réflexion sur le cadre cognitif de *la réalité juridique*, mon propos sera une tentative d'exposition des degrés ou des états de cette réalité dans les représentations des relations d'appartenance. Les Codes et systèmes de règles proposent à travers celles-ci, des représentations des relations d'appartenance en utilisant les concepts de leur époque ; concepts dont l'usage linguistique, le plus souvent, précède en doctrine leur intégration dans la loi. Mais l'usage linguistique d'un concept explicatif ou d'une dichotomie descriptive, par le législateur ou le juge, lui confère une extension dissociée : le plus souvent, la signification d'un énoncé de la loi ou d'une décision est d'être une norme, non pas une explication ou une

⁶ R. Sève *et alii*, La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, 2018/1 (Tome 60).

raison. Cela produit dans la littérature juridique postérieure à la loi ou la jurisprudence, ce que l'on appellera un effet de délimitation (mais on parle volontiers de *technique juridique* pour exprimer cet effet) c'est-à-dire de restriction de l'usage linguistique d'un terme à un champ artificiellement réduit, à savoir à des cas virtuels conçus pour anticiper des actualisations futures. Les exemples de pareille technicisation sont nombreux en droit civil français : la promesse, l'acte, la garde, la possession ou encore la détention.

Dans la langue française courante, la détention désigne le fait de détenir c'est-à-dire d'avoir entre ses mains, qu'un effort de précision permet de mieux cerner : avoir à sa disposition, légalement ou illégalement quelque chose qui appartient à autrui⁷. La détention se distingue difficilement de la possession qui est le fait de posséder : avoir à soi, disposer en maître de (quelque chose), et pouvoir en tirer profit et jouissance⁸.

Dans l'usage restreint des disciplines juridiques, ces termes désignent des situations factuelles plus précisément dessinées faisant référence au titre de la détention et à la psychologie des personnages, mais ce sont des situations d'autant plus virtuelles qu'elles expriment une relation de pouvoir de fait, et un exercice non actuel de ce pouvoir. La détention est construite comme maîtrise effective d'une chose accompagnée de la reconnaissance, par le détenteur, du droit supérieur d'autrui sur la chose détenue⁹ ou pouvoir de fait qui s'exerce une chose appartenant à autrui¹⁰. La possession devient maîtrise effective manifestée sur la chose possédée par des actes de propriétaire ou le pouvoir de fait exercé sur une chose

⁷ Dictionnaire lexicographique du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : <https://www.cnrtl.fr/definition/>

⁸ *In ibidem*.

⁹ P.-A. Crépeau et alii, *Dictionnaires de droit privé en ligne* [Les biens (2012)], <https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/list>.

¹⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

avec l'intention de s'en affirmer le maître même si – le sachant ou non – on ne l'est pas¹¹.

En clair, la détention au sens juridique est le fait virtuel de détenir au sens juridique ; la possession au sens juridique est le fait virtuel de posséder au sens juridique. Leur usage est restreint « au sens juridique » ; loin d'être une tautologie triviale, ce constat permet de poser que les discours doctrinaux *en concepts* construisent des réalités juridiques, autant qu'ils les décrivent.

Observation linguistique

Les langues naturelles expriment et formalisent les représentations de l'*appartenance* par des ressources grammaticales ou lexicales : par le génitif du nom en latin ou de l'article en allemand, l'antéposition en anglais, l'attributif « ad » dégénéré dans les langues romanes, mais encore par des formes personnelles génitives ou datives en russe ; par les déterminants possessifs - *ses* biens, *leurs* droits -, des déterminants attributifs ou la déclinaison des pronoms ; par le sens du nom-sujet qui qualifie et induit un certain type de relation : le propriétaire, le possesseur, le détenteur... et enfin par le verbe qui exprime la relation entre l'être et l'avoir. Mais les lexiques français ou allemand ne contiennent pas de verbe taillé sur le radical propriétaire pour signifier la propriété par l'action comme en anglais (*the owner owns*), et pour cela, on utilise généralement deux autres verbes sémantiquement réciproques : posséder et appartenir. Le sujet *possède* l'objet direct, lequel réciproquement lui *appartient*. Dans les usages non spécifiques, les interférences sémantiques entre appartenance / appartenir, détention / détenir, possession / posséder et la propriété sont innombrables, c'est pourquoi les systèmes juridiques disposent de concepts permettant de discriminer parmi les

¹¹ *In ibidem*.

situations d'appartenance telle que la langue courante les représente confusément : la voiture que la mère d'Alexandra lui a confiée parce qu'elle ne conduit plus, laisse dire à Alexandra « ma » voiture quand elle parle du véhicule ; le vélo que Lionel a loué à la Ville est devenu « son » vélo pour quelque temps ; le beau stylo que j'ai trouvé par terre est « mon » stylo même si tout le monde sait qu'il appartient « en vérité » à un autre. Ce sentiment d'appartenance/possession est encore bien plus fortement présent dans la langue à propos des immeubles dès que l'on a une clé pour y entrer. On est rapidement « chez soi » même dans une chambre louée pour quelques jours de vacances sur Airbnb.

Le droit et la doctrine juridique s'expriment dans des langues naturelles. Ce cadre linguistique dessine des contraintes qui pèsent sur les représentations des réalités juridiques. Selon la langue et à travers elle, les concepts de détention, possession et propriété représentent des virtualités juridiques distinctes, décrites dans des cas matriciels imaginés ou des lieux communs, gouvernés par des règles, codifiées ou non. Le détenteur, le possesseur, le propriétaire s'actualisent dans les cas concrets de l'expérience pratique, et à travers les faits actuels des contentieux, ou simplement ceux de la possession paisible des choses.

Observation historique

Les juristes romains élaborèrent dans les différentes situations possessoires un *corpore possidere* (contrôle de la chose) et un *animus possidendi* (l'intention de tenir/avoir la chose à pour soi)¹². Il faut cependant remarquer que *corpus* et *animus* n'étaient pas considérés abstraitement dans le cadre d'une définition générale de la possession, mais au regard d'une casuistique abondante relative à l'acquisition, à la continuation et à la perte de la possession¹³. En simplifiant, le possesseur est

¹² Digeste 41, 2, 1 sqq., Paul au liv. 54 sur l'Edit

¹³ M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 3^e éd. 2006, 391 sqq. ; A. Lovato et alii, *Diritto privato romano*, Giappichelli, 2^e éd., 2017, 397 sqq.

celui qui a appréhendé le *corpus*, à savoir le contrôle concret de la chose, exercé par lui-même ou par un intermédiaire, et dont le comportement exprime un *animus possidendi ou tenendi* à savoir une volonté de posséder, perçue comme une condition *sine qua non* de la possession. La conséquence était procédurale : le possesseur était celui qui pouvait exercer l'interdit possessoire correspondant à sa situation pour protéger la relation d'appartenance qu'il entretenait avec la chose, alors que celui que l'on nomme aujourd'hui simple détenteur, ne le pouvait pas¹⁴.

Le concept de possession fut un enjeu capital de la révolution scientifique allemande au tournant du 19^e siècle qui vit l'émergence des thèses de Savigny sur la possession et la recherche des sources romaines. Mais cet enthousiasme pour le droit romain fut simultanément doublé d'une réaction nationaliste qui conduisit les juristes allemands et européens en général à rechercher l'origine des coutumes dans les « antiquités germaniques ». La *Gewere* fut mise au centre du droit allemand des biens et opposée à la *Possessio*¹⁵. La rénovation des études romanistes et l'étude des sources débouchèrent au 19^e sur la célèbre controverse opposant à travers l'Europe, Savigny à Jhering . Selon le premier, l'élément caractéristique de la possession est avant tout l'intention de se comporter, d'agir comme propriétaire de la chose ou titulaire du droit possédé. Diamétralement opposée, la position de Jhering relègue l'*animus* au second rang car il ne peut exister sans *corpus*. C'est donc la situation de fait objective qui détermine la qualification de possession, et non l'intention du possesseur. La thèse de Savigny était compatible avec les idées courantes dans la doctrine française du tournant du 19^e siècle, et c'est bien la position qualifiée de subjectiviste que l'on retrouve en droit français conduisant à

¹⁴ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, 527 sqq. ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, 38-39

¹⁵ P. Pichonnaz et alii, *Code civil II, Commentaire romand*, Helbing Lichtenhahn, 2016, Art. 919, n°1 sqq. ; E. Conte, « Gewere, vestitura, spolium : un'ipotesi di interpretazione », *Mélanges Anne Lefebvre-Teillard*, Ed. Panthéon-Assas, 2009, 267

distinguer possession et détention¹⁶. La thèse de Jhering a été adoptée par les codificateurs allemands qui conduit le BGB a fusionné l'élément intentionnel et l'exercice d'un pouvoir réel de fait sur la chose, en une maîtrise effective¹⁷.

Observation méthodologique

A l'instar des auteurs latins, les littératures juridiques d'aujourd'hui, allemande, anglaise, française et bien d'autres, même comparatistes, recourent abondamment aux mises en scène casuistiques aussi bien dans des œuvres pédagogiques que dans des traités ou commentaires savants. En dépit de la variété de leurs langues et de leurs styles, les ouvrages qui font la part belle aux *Fälle*¹⁸, *Cases*¹⁹, ou aux *Grands arrêts* s'annoncent souvent comme des œuvres de représentation d'une réalité pratique du droit. Mais cette réalité juridique n'est pas (ou déjà plus) une expérience vécue : elle est, soit l'expression d'une création par laquelle l'auteur modélise une situation factuelle pour l'intégrer dans un système explicatif, soit elle résulte de la déshistoricisation de situations passées, qui elles-aussi deviennent ce que l'on pourra appeler des faits virtuels. Dans ces œuvres, en tous cas, la réalité juridique est construite par une formalisation ou une modélisation articulée à un système conceptuel dont les éléments variables sont des normes. Il est vrai cependant que l'utilisation de symboles autres que tirés des langues naturelles est

¹⁶ M. Boudot, « Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'institut Michel Villey*, 1/2009, 39.

¹⁷ M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand*, Lextenso, 2^e éd. 2017, n°468.

¹⁸ K. Vieweg & A. Röthel, *Fälle zum Sachenrecht. Ein Casebook*, 3^e éd. Vahlen, 2014 ; J. Koch & M. Löhnig, *Fälle zum Sachenrecht*, C.K. Beck, 3^e éd., 2012 ; M. Wolf & M. Wellenhofer, *Sachenrecht: [mit Fällen und Aufbauschemata]*, C.H. Beck, 29^e éd., 2014.

¹⁹ R. J. Smith, *Property law: cases and materials*, Pearson., 6^e éd., 2015 ; B. McFarlane, N. Hopkins & S. Nield, *Land Law, Text, Cases and Materials*, Oxford UP, 5^e éd. 2021 ; J. Gordley & A. T. Von Mehren, *An introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials*, Cambridge UP, 2009 ; S. V. Erp & B. Akkermans, *Cases, materials and text on national, supranational and international property law*, Hart, 2012.

rare et très rudimentaire pour produire des définitions, plus encore pour exprimer des opérations²⁰.

Cas virtuels et questions sur la réalité juridique

1) Il y a quelques mois, Pierre a demandé à Emmanuel de lui rapporter le livre qu'il avait oublié chez lui. Emmanuel a pris le livre oublié pour lui rendre, mais ne lui a toujours pas remis. Emmanuel a-t-il la *possession* du livre ? Quelles déductions logiques s'ensuivent ?

2) Simon louait le terrain appartenant à Mathieu. Après le terme de son contrat, il s'y est maintenu sans en payer les loyers. Mathieu n'a pas protesté. Plusieurs années ayant passé, Mathieu fait savoir à Simon qu'il entend lui reprendre l'usage de son terrain. Simon a-t-il la *possession* du terrain ? Quelles déductions logiques s'ensuivent ?

Ces faits virtuels esquissent laconiquement les traits de la réalité juridique de la possession des meubles ou des immeubles, de la simple détention ou encore de l'interversion, et par conséquent un cadre conceptuel primaire dans lequel opéreront les règles relatives aux restitutions. Il est intéressant de souligner pour la comparaison, que les différents systèmes juridiques peuvent très bien fournir des représentations de la réalité fort semblables, alors pourtant que les conditions sociales ou culturelles d'actualisation de ces faits virtuels sont fort différentes²¹.

Annonce de plan

²⁰ Par exemple, J. Carbonnier, *Droit civil 2*, PUF, Quadriga, 2004, [789] : « **f) Distinction de la possession et de la détention** - ici encore, l'opposition classique est entre Savigny et Jhering. **Savigny** : dans les deux cas, le corpus (c) est le même ; la différence tient à l'*animus*, *animus domini* (a) dans le cas de la possession (P), *animus detinendi* (a'), volonté de détenir pour autrui) dans le cas de la détention (D). **Jhering** : tous, possesseurs ou détenteurs, ont un même *animus* élémentaire (a), la volonté de s'attribuer les utilités économiques de la chose ; mais dans le cas des détenteurs, il y a un élément négatif qui fait la différence (n), qui les empêche de prescrire et les oblige à restituer, c'est la *causa detentionis*, le titre de la détention. En résumé :

Selon Savigny, $P = a + c$ et $D = a' + c$

Selon Jhering, $P = a + c$ et $D = a + c - n$ »

²¹ Voy. M. Bussani & U. Mattei, *The common core of European private law: essays on the project*, Kluwer Law International, 2003 et les ouvrages exécutant ce programme de virtualisation casuistique transnationale ; dernièrement, B. Hoops & E. Marais (dir.), *The Acquisition of Immovables through Long-Term Use*, Intersentia, 2021 (à paraître).

Chaque système juridique national possède des tropismes, qui rendent un exposé comparatif kaléidoscopique. Les relations d'appartenance que dessinent les différents ordres juridiques et la doctrine qui les accompagnent, constituent un champ d'exploration particulièrement riche. Il ne s'agit pas que d'un jeu de mots : les variétés de droits réels et de modes d'acquisition des choses témoignent des efforts de conceptualisation qui animent les civilistes, des efforts pour comprendre le rapport au réel. Je n'entreprendrai pas ici une discussion philosophique d'envergure, je souhaite cependant, à partir de la comparaison des positionnements dogmatiques des systèmes juridiques étudiés, parvenir à suggérer une approche épistémologique des situations possessoires²².

Lorsqu' une dogmatique juridique présente une définition unifiée de la possession, à savoir une même définition de posséder, des caractères identiques de comment on possède, quelle que soit la nature de ce qui est possédé, cela constitue en une même réalité juridique l'ensemble des relations d'appartenance aux différentes choses possédées. Pour autant, une définition unifiée des caractères de la possession n'implique pas que des règles identiques s'appliquent à toutes les situations de possession. Ces règles varient selon le degré d'individualisation dogmatique de ce qui est *virtuellement* possédé, pour être appliquées à ce qui est *actuellement* possédé. Par exemple, on peut penser les caractères de la possession des choses incorporelles et des créances à travers le fait virtuel d'une appréhension de toute chose, où la possession est un contrôle factuel associé à une intention de maîtriser, même d'un droit extra-patrimonial, même d'un état. Mais en général, les relations possessoires sont dessinées de manière plus ou moins fractionnée en fonction des catégories de choses ou de leur statut propriétaire. C'est pourquoi les possessions de choses corporelles ou incorporelles, patrimoniales ou extra-

²² Pour une vue historico-comparatiste des situations possessoires, L. Vacca & G. Rossetti, *Le situazioni possessorie*, Convegno ARISTEC, Roma, 19-21 novembre 2015, Jovene, 2018.

patrimoniales, meubles ou immeubles, dans le commerce ou hors du commerce, renvoient à des réalités juridiques dissociées, c'est-à-dire des faits virtuels distincts. L'examen comparatiste, même partiel, montre que les définitions de la possession ne coïncident pas dans les différents systèmes juridiques. Ils seront exposés en trois ensembles : dans un premier groupe (Allemagne et Suisse), la possession sert à décrire des relations d'appartenance directes ou indirectes ; dans un deuxième groupe (Québec, Italie, Roumanie, France), la possession sert à décrire un potentiel acquisitif à travers son antonyme la détention ; dans un troisième groupe (Common Law anglaise et ses avatars), la possession sert à représenter à la fois une relation d'appartenance *spéciale*, mais aussi l'acquisition déjà réalisée d'un titre certes relatif, mais efficace.

1. Possession directe et possession indirecte

Le modèle allemand – Le § 854 du BGB dispose que la possession est acquise par l'obtention d'un pouvoir de fait sur une chose *faktische Sacheherrschaft*. Cela vaut aussi bien pour la chose que je prends dans ma main que pour le siège que j'occupe dans le train²³. Et selon le § 856, la possession est perdue si le possesseur abandonne le pouvoir de fait sur la chose, ou s'il y est mis fin autrement, mais un empêchement temporaire ne fait pas perdre la possession. Autrement dit, celui qui laisse son siège quelques instants pour aller au wagon restaurant et qu'à son retour, il le trouve occupé par un autre voyageur, il en serait toujours le possesseur ; sauf s'il décide de changer de place. Le possesseur jouit des actions qui protègent sa possession et lui permettent de défendre sa position contre une interférence ou une voie de fait interdite *verbotene Eigenmacht* (§ 858). Il peut au moyen de ces actions récupérer sa place dans le train s'il ne s'attarde pas trop longtemps au

²³ G. Hohloch, "Il possesso tra fatto e diritto", in L. Vacca & G. Rossetti, *Le situazioni possessorie*, cit., 243-257.

wagon restaurant, étant entendu que le BGB reconnaît au possesseur une défense personnelle à savoir le droit de se faire justice par la force si ce qu'il possède lui est enlevé par voie de fait interdite (§ 859).

Une typologie de situations possessoires est prévue par le BGB²⁴. Le concept central est le concept de possession directe traduite aussi par possession immédiate *unmittelbarer Besitz* du § 854 de celui qui a un pouvoir réel de fait, une maîtrise effective et réelle²⁵. La distinction entre possession directe et détention n'est pas matricielle dans le BGB, bien que le § 855 fasse référence à la détention du *Besitzdiener* : le petit enfant n'est pas possesseur de ses jouets, mais il en a une simple détention. Pareillement, l'employé préposé détient la voiture de l'entreprise qu'il conduit. Les parents et l'employeur sont les possesseurs directs des jouets et de la voiture²⁶.

La possession directe ou immédiate est *berechtigter Besitz*²⁷ dans les cas où elle dérive du contrat, du statut personnel ou de la loi. Elle est illicite ou injustifiée (*unrechtmäßiger Besitz* ou *unberechtigter*) dans le cas où elle dérive d'un comportement illicite ou injuste : l'exemple typique est la possession du voleur ; il a bien la possession de la chose volée, mais c'est une possession illicite.

La possession indirecte ou médiate *mittelbarer Besitz* est le second volet du dispositif de la possession. Les possesseurs direct et indirect, immédiat et médiate, sont tous deux de véritables possesseurs au sens des §§ 854 et 868 ; la possession indirecte n'est pas une possession pour autrui comme on la retrouve

²⁴ M. Wolf & M. Wellenhofer, *Sachenrecht, cit.*, 33 sqq ; K. Vieweg & A. Werner, *Sachenrecht, Vahlen*, 7^e éd., 2015, p.13 sqq.

²⁵ M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand, cit.*, n°463

²⁶ La doctrine suisse parle des auxiliaires de la possession : P. Pichonnaz *et alii*, *Code civil II, cit.*, 2566 ; P.-H. Steinauer, *Les droits réels*, tome 1, Stämpfli, 5^e éd. 2012, n°203.

²⁷ Possession licite, légitime ; « justifiée » selon l'expression de M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand, cit.*, n°474 ; en droit suisse, P.-H. Steinauer, *Les droits réels*, tome 1, Stämpfli, 5^e éd. 2012, n°214-221

dans les systèmes français, belge, québécois ou italien²⁸. Lorsque quelqu'un possède une chose comme usufruitier, créancier gagiste, fermier, locataire, dépositaire, ou en vertu d'un rapport analogue lui procurant le droit ou l'obligeant à posséder pour un temps vis-à-vis d'une autre personne, celle-ci est également possesseur (§ 868). Ainsi par exemple, le locataire devient possesseur direct au moment de la remise de la chose louée, ou de la clé s'il s'agit d'un immeuble, et quant à lui, le loueur reste possesseur indirect jusqu'à la fin du contrat et de la possession directe de son locataire (§ 535 sqq. du BGB). Le contrat de location fait naître un constitut possessoire, défini comme un type de contrat de transfert de la possession directe à un contractant pour une durée déterminée ou déterminable. Pendant ce temps contractuel, le possesseur indirect continue de jouir des droits et actions du possesseur direct, et peut exiger que ce dernier soit rétabli dans sa possession s'il en est évincé (§ 869).

Dans ce système juridique les règles relatives à la possession organisent avant tout des moyens de défense personnelle ou judiciaire à l'éviction du possesseur, qu'il soit propriétaire ou non, direct ou indirect ; la question de l'appropriation de la chose par une possession prolongée n'est pas au cœur du régime. Et pour cause, la prescription acquisitive y compris l'usucapion des meubles connaît un régime restrictif : elle ne se réalisera jamais au profit d'un possesseur de mauvaise foi (§ 937, 2.), même si l'action en revendication des meubles s'éteint après trente ans (§ 197) et ce contrairement aux immeubles inscrits imprescriptibles (§ 902). En d'autres termes, la possession utile en droit allemand sera une possession de bonne foi, et devra durer du début à la fin du délai pour usucaper.

²⁸ Pour une comparaison des conceptions française, suisse et allemande, v. P. Pichonnaz *et alii*, Code civil II, *cit.*, 2565

Emmanuel est *possesseur direct* de la chose de Pierre ; il peut défendre sa *possession* contre les tiers, mais doit la restitution de la chose à son propriétaire sous réserve que celui-ci agisse dans le délai prévu à cet effet.

Le même trajet logique opère pour Simon, *possesseur direct* du terrain de Mathieu, qui peut défendre sa possession contre les tiers mais doit la restitution au propriétaire.

2. Possession v. détention

La *dichotomie détention v. possession* induit que seule une situation précisément qualifiée d'utile ou d'effective produira des conséquences juridiques favorables aux possesseurs des choses. Les autres situations correspondent soit à des relations contractuelles nommées ou innommées qui autorisent la jouissance personnelle et temporaire de la chose (prêt, louages, prestations de service...), soit à des situations non contractuelles d'autorisation d'utiliser la chose (mise à disposition), soit à des situations où la qualification de possession est dégradée en possession viciée, précaire ou inefficace.

Le *modèle français* – *Modèle* n'est pas pris ici dans son sens scientifique, mais politique, et si l'on parle du modèle français, c'est pour souligner la géographie de son influence plus que pour vanter l'expression de ses règles, car ni le Code civil français vieillissant, ni la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription ne sont des parangons de clarté pour l'exposé des règles relatives à la possession en général et à celle des meubles en particulier (CC, art. 2255 ss.)²⁹. Mieux vaut donc commencer par le Code civil du Québec, dont les rédacteurs ont fait des efforts louables d'expression³⁰.

²⁹ M. Boudot, « Logiques de la découverte », *Mélanges Pascal Ancel*, Larcier, 2021, 49 sqq.

³⁰ Y. Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Éd. Y. Blais, 2017, La notion de possession, 58 sqq.

CcQ – La possession y est définie à l'article 921 « comme l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire. Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention ». Une formulation équivalente est posée par le nouveau livre 3 du Code civil belge à l'article 3.18 où la possession est « l'exercice de fait d'un droit, comme si l'on en était titulaire, soit par soi-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers. (...) Une obligation de restitution du droit possédé exclut l'intention d'en être titulaire. Si cette intention fait défaut en vertu d'un acte juridique ou d'un titre légal ou judiciaire, il y a détention dudit droit ». Le *Codice civile* italien fait lui aussi une distinction précise entre possession et détention à l'article 1140 où la possession (*possesso*) est le pouvoir sur la chose qui se manifeste par une activité équivalente à l'exercice de la propriété ou d'un autre droit réel. On peut posséder directement ou par l'intermédiaire de qui a la détention (*detenzione*) de la chose.

Le nouveau *Cod civil* roumain va plus loin dans le détail de la distinction. A partir d'une définition similaire de la possession (NCCR, a. 916), l'article 918 inventorie les situations qui ne constituent pas une possession : (1) Ne vaut pas possession la détention d'un bien par un détenteur précaire, tels : a) le locataire, le commodataire, le dépositaire, le créancier gagiste ; b) le titulaire du droit de superficie, d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitude, envers la nue-propriété ; c) chaque copropriétaire, dans la proportion des quotes-parts qui reviennent aux autres copropriétaires ; d) toute autre personne qui, détient temporairement le bien d'autrui, est tenue de le restituer ou qui le détient avec l'autorisation de ce dernier. (2) Le détenteur précaire peut invoquer les effets reconnus à la possession seulement dans les cas et limites prévus par la loi³¹.

³¹ D. Borcan *et alii* (trad.), *Nouveau code civil roumain*, Dalloz, 2013.

Protection possessoire et protection de la détention – La dernière proposition roumaine est utile pour comprendre le brouillard³² et les ambiguïtés françaises : l'article 2255 du Code civil (anc. a. 2228 C. Nap.) définit la possession comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (*Idem*, Code civil espagnol, art. 430). Cette définition rédigée avant que ne se répandent les analyses théoriques de la possession au 19^e siècle utilise le terme « détention » dans un sens courant qui aujourd'hui sonne confusément³³. Il ne s'agit pas du sens technique de « possession pour autrui » ou de « détention précaire » que l'on retrouve au Québec, en Belgique, en Italie ou en Roumanie. La détention de l'article 2255 est le fait d'avoir ou de tenir physiquement une chose sous son contrôle, fut-ce à distance. En revanche, l'article 2278 al. 2 (anc. art. 2282 ajouté par une loi de 1975) accorde la protection possessoire au possesseur et au détenteur qui est alors pris dans un sens technique. Cette faculté offerte au détenteur n'est pas limitée comme en Roumanie ; pour autant, il était admis que la protection possessoire dont traite l'article 2278 renvoyait aux actions possessoires immobilières. Avec leur abrogation par le décret du 6 mai 2017, et leur remplacement par rien, si ce n'est la procédure de référé de droit commun, le brouillard s'épaissit. La pleine qualification juridique de possession suppose une détention non précaire, et c'est le concept d'interversion de titre qui va nous permettre de bien saisir la différence.

Critères de l'interversion – On appelle en doctrine « interversion de titre » la transformation de la situation juridique du détenteur en possesseur. L'article 2257 du Code civil pose que « quand on a commencé à posséder pour autrui, on est

³² J. Carbonnier, *Droit civil 2, cit.*, [785]

³³ On peut aussi tenter de réduire les ambiguïtés au moyen d'une distinction ancienne dissociant possession civile et possession naturelle : F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 2008, n°443 ; Y. Emerich, *Étude sur la protection possessoire*, La Revue du notariat, (2013) 115 R. du N. 483, 489.

toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire ». L'intérêt pratique de l'interversion coïncide avec l'intérêt théorique de la distinction détention / possession, il s'agit de la potentialité à remplir les conditions de la prescription acquisitive car le simple détenteur ne peut jamais prescrire par quelque laps de temps que ce soit (CC, art. 2266). En cas d'interversion, les choses changent mais l'interversion doit résulter d'un événement extérieur, puisque le détenteur ne peut se changer à lui-même le principe de sa détention (CC, art. 2270) : il faut que la cause provienne d'un tiers, ou de l'opposition aux prétentions du possesseur originaire (CC, art. 2268, CCit, art. 1141, CcQ, art. 923, 2913, 2914, NCCR, art. 920).

L'opposition aux prétentions du possesseur varie selon les systèmes : en France l'opposition témoigne d'un conflit actuel et suppose une manifestation de volonté du détenteur, par notification ou par acte judiciaire, de se comporter désormais comme propriétaire, et non un simple usage normal du droit de propriété³⁴ ; en Italie, l'opposition est aussi regardée comme conflit où l'interversion est l'effet d'une déclaration non équivoque de volonté de nier la possession d'autrui, mais elle peut résulter d'actes matériels³⁵ ; au Québec, il faut un acte du détenteur inconciliable avec la précarité, porté à la connaissance du propriétaire (CcQ, art. 2914)³⁶ ; en Belgique, il faut une contradiction non équivoque, au moyen d'un acte ou d'un fait juridique (CCB, art. 3.20) ; en Roumanie, l'interversion opère aussi par des actes de résistance non équivoques relatifs à l'intention du détenteur d'adopter la conduite d'un propriétaire (NCCR, art. 920. 1° b.), par exemple le fait pour un locataire de refuser de payer son loyer s'il estime avoir suffisamment de raison de

³⁴ W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n°252-3 ; B. Grimonprez, V° Prescription acquisitive, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n°33.

³⁵ C. M. Bianca, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Giuffrè, 1999, n°363 ; R. Caterina, *Il Possesso*, in A. Gambaro & U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, vol. 1, *Proprietà e possesso*, Giuffrè, 2010, 408

³⁶ D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété*, Éd. Y. Blais, 8^e éd., 2018, n°690 ; S. Normand, *Introduction au droit des biens*, Wilson & Lafleur, 3^e éd. 2020, 397.

se croire propriétaire³⁷. C'est donc seulement lorsque l'interversion produira ses effets que la possession pourra devenir utile au désormais ex-détenteur pour acquérir le bien par prescription.

Conditions de la possession utile à la prescription acquisitive – La possession utile est celle qui n'est pas vicieuse³⁸. La géométrie des conditions de la possession *ad usucapionem* n'est pas exactement identique selon les systèmes juridiques : la violence, la clandestinité de l'acquisition, l'équivocité, la précarité, la discontinuité, la tolérance, l'hospitalité peuvent constituer des motifs de dénier l'existence d'une véritable possession utile³⁹, mais en outre la possession doit révéler *l'animus domini* du possesseur, à savoir un comportement qui coïncide avec son intention de titulaire du droit sur la chose possédée. Le Code civil français traduit cette exigence à l'article 2261 par la formule « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ». En toutes hypothèses, celui qui détient une chose sans que ne lui soit reconnu sur la chose le pouvoir d'exprimer une intention d'appartenance, ne sera pas considéré comme possesseur⁴⁰.

Cela signifie que dans l'hypothèse imaginaire où Emmanuel aurait conservé par devers lui un livre appartenant à Pierre, à qui il avait promis de le restituer, à défaut d'interversion de sa détention en possession utile *ad usucapionem*, il devra restituer le livre quel que soit le temps qui aura passé.

Une même opération de pensée conduira à affirmer qu'à défaut d'interversion de sa détention en possession utile *ad usucapionem*, Simon devra restituer à Mathieu le terrain qu'il occupe, quel que soit le temps qui aura passé.

³⁷ C. Bîrsan, *Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, 3^e éd. 2017, n°408 ; V. Stoica, *Drept civil, Drepturile reale principale*, C. H. Beck, 3^e éd., 2017, n°74.

³⁸ J. Carbonnier, *Droit civil 2, cit.*, [782]

³⁹ R. Sacco, v° Possesso (dir. priv.), *Enciclopedia del diritto*, [XXXIV], Giuffrè, 1985, n°5

⁴⁰ W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n°248 sqq. ; du même, *Droit des biens*, Lextenso, 4^e éd., 2019, n°248 ; C. Larroumet & B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6^e éd. 2019, n°90 sqq. ; J.-L. Bergel *et alii*, *Les biens*, LGDJ, 3^e éd., 2019, n°150-152.

3. Possession et constructive possession

Lieu commun- Les *Common Lawyers* aiment rappeler comme un lieu de la pensée commune que *possession* et *ownership* sont des concepts difficiles à expliquer, mais que grâce à Dieu et à la Reine, ils parviennent à nous les faire comprendre. Pour gagner en clarté, il faudra distinguer la possession des meubles (*goods, chattels*) et celles des immeubles (*lands*). En *Common law*, la catégorie dogmatique des meubles coïncide avec le concept de *personal property*, quand l'équivalent du droit des immeubles *Land law* utilise celui de *real property*. C'est ici que se trouve une première clé de compréhension du régime propriétaire anglais : les immeubles sont *real properties* parce que leur propriétaire *owner* avait une action réelle en restitution de son bien s'il en était adversativement dépossédé⁴¹. Une deuxième clé réside dans le principe de relativité du titre.

Possession des meubles

Les meubles sont *personal properties* parce que leur propriétaire n'a pas d'action en revendication au sens strict : la *Common law* ne lui donne qu'une action personnelle en responsabilité *tort, i.e.* en dommages et intérêts. Le droit des torts lui permet d'obtenir la restitution du bien mais seulement comme mesure en nature à la discrétion du juge, non comme l'issue d'une action réelle. Pour cela, la *Common law* lui donne trois actions qui désignent trois *torts* ou délits civils : *trespass, [detinue]*, et *conversion*⁴².

⁴¹ A. W. B. Simpson, *A History of the Land Law*, Oxford UP, 2^e éd., 1986, 25 sqq. ; R. E. Megarry & W. Wade, *The Law of Real Property*, Sweet & Maxwell, 7^e éd., 2008, n°4-105 sqq.

⁴² *Detinue* a été abrogée en Angleterre, et assimilée à *conversion* par le Tort (interference with goods) Act 1977 ; K. Oliphant, *The law of tort*, LexisNexis, 3^e éd. 2013, [11.3], mais *detinue* reste

En affirmant que *possession* et *ownership* sont consubstantiels ou que *proprietary interests in chattels are defined as possession and ownership*, les auteurs anglophones attirent l'attention sur la double valeur du fait de posséder une chose. 1° le fait de posséder appelé *possession* est un fait très concret, caractérisé par un contrôle actuel et effectif de la chose, 2° l'utilisation et l'exploitation de la chose procurent un intérêt très concret au possesseur *possessory interest*. Et la Common law reconnaît une valeur juridique aux *possessory interests*, que l'on peut traduire par intérêts possessoires ou patrimoniaux à raison de la possession. C'est pourquoi la possession est protégée pour elle-même, aussi bien celle du locataire que celle de l'inventeur *finder*. Chacun a un titre possessoire *possessory title* qui lui vient d'un contrat ou d'un *bailment* non contractuel, ou du fait d'avoir découvert une chose, ou même de l'avoir volée. La mesure du titre possessoire se fait sur une échelle des titres au sommet de laquelle se trouve l'*ownership* à savoir le meilleur titre possible, celui duquel découle le plus fort *right to possession*. Cette échelle de la relativité des titres n'est pas décrétée, elle se laisse deviner par l'étude de la casuistique, et le cas échéant, concrètement, le meilleur titre ne sera pas toujours celui du *true owner*, s'il n'a pas agi lui-même pour le protéger. L'action en revendication n'existant pas, la protection du droit de propriété passe par le droit des *torts* qui connaît des prescriptions extinctives *limitations*.

Une précision permet de saisir une nuance déroutante pour un civiliste continental : la distinction entre *general property* et *special property* est utilisée pour différencier les situations qui opèrent uniquement transfert de *possession* et celles qui opèrent transfert du titre de propriété *legal ownership* : la vente *sale of goods* a pour effet le transfert du titre de propriété *at law*. En revanche, un *bailment* ne produit que le transfert de la possession ; il s'agit d'une relation juridique distincte à la fois du

en vigueur dans d'autres mondes de la *common law* : L. Bélanger-Hardy & D. Boivin, *La responsabilité délictuelle en common law*, Éd. Y. Blais, 2006, n°5.4

contract et du *tort*. Un *bailment* existe lorsqu'une personne, le *baillee*, est volontairement en possession de biens qui appartiennent à une autre le *baillor*. Le *baillee* obtient un titre spécial alors que le *baillor* retient un titre général : les figures communes du *bailment* sont le transport de bien, le dépôt, la remise d'une chose pour qu'elle soit réparée, la location, le gage ou le prêt. La possession joue un rôle central dans le *bailment* qui doit avoir été consenti même de manière implicite⁴³ ; le *baillee* qu'il soit contractuel ou non peut exercer les remèdes possessoires contre les tiers qui l'évinceraient de sa possession. Selon M. Bridge, *possession and ownership together exhausting the category of legal property rights in a chattel, it follows that the general property is the ownership, in view of the identification of the special property with possession*⁴⁴.

Dernières précisions. En Common law, le prêt à usage *loan for use* et toutes autres permissions accordées pour utiliser une chose appartenant à autrui sans contrepartie constituent *non-contractual bailment* comme le serait un précaire continental⁴⁵ ou une invitation à dîner. Lorsqu'en France ou en Roumanie, j'invite des amis, je mets à leur disposition verres, assiettes, et couverts : ils n'en sont pas possesseurs, mais simples détenteurs précaires. En Angleterre, ils auraient la *possession* et un titre spécial *special property* pour pouvoir évincer le pique-assiette. Enfin, les *bailments* sont qualifiés de *contractual* lorsqu'ils sont fondés sur l'existence d'une contrepartie *consideration*.

Caractères de la possession – Plusieurs *leading cases* sont mis en avant pour comprendre les caractères de la possession. Le premier raconte celle d'un pêcheur qui ayant lancé ses filets, se plaignait de ce qu'ils avaient été éventrés par la rame

⁴³ A. Burrows, *English Private Law*, Oxford UP, 3^e éd. 2016, n°16.01 sqq

⁴⁴ M. Bridge, *Personal property law*, Oxford UP, 4^e éd., 2015, 46

⁴⁵ M. Boudot & S. Finding, « Les usages linguistiques de la précarité, approches historiques comparées de la précarité (France/Angleterre) », in C. Lageot et N. Martin-Papineau (dir.), *Approches franco-britanniques de la précarité*, Presses universitaires juridiques de Poitiers - LGDJ, 2016, pp.7-20.

d'un bateau concurrent, et qu'il avait ainsi perdu une prise presque certaine. Il poursuivait son adversaire en *trespass* pour atteinte à son bien, mais la cour rejetait sa prétention au motif que la forte probabilité de capture n'était pas suffisante pour conférer la possession⁴⁶. La deuxième décision raconte le sauvetage du célèbre Tubantia, navire coulé en mer du Nord⁴⁷ : une première équipe de sauveteurs était parvenue à poser sur l'épave des filins et balises d'ancrage afin de procéder ultérieurement au renflouement du Tubantia lorsque les conditions météorologiques le permettraient. Dans l'entretemps, un second équipage concurrent était intervenu pour procéder à des opérations du même ordre et était poursuivi par la première équipe pour atteinte à son bien.

La possession est établie en présence de deux éléments : 1) l'exercice d'un contrôle effectif et actuel sur la chose ; 2) l'intention concomitante d'exclure autrui de l'exercice de ce contrôle⁴⁸. Dès lors que la première équipe avait procédé à des travaux d'immobilisation de l'épave qui avaient duré près de trois semaines en haute mer, et avait montré par là son intention de capter la chose pour elle-même, la cour de l'Amirauté retenait que la possession avait été constituée, et qu'elle n'avait pas été perdue, demeurant ainsi actuelle au moment de l'atteinte. Sa continuation à distance résultait de ce que les opérations de renflouement ne pouvant être réalisées plus avant dans des conditions tempétueuses, la première équipe avait occupé et utilisé la chose dans toute la mesure du possible. Cette possession acquise et continuée, empêchait le second équipage de se prévaloir d'un degré de contrôle équivalent.

Constructive possession – La possession est symbolique *constructive* lorsqu'elle est reconnue à celui qui a un pouvoir immédiat ou un droit à une possession immédiate

⁴⁶ Young v. Hichens, (1844) 6 Queen's Bench Reports 606, 115 E.R. 228.

⁴⁷ The Tubantia, Admiralty, 13 fév. 1924, (1924) P. 78.

⁴⁸ M. Bridge, *Personal property law*, Oxford UP, 4^e ed., 2015, 33.

à avoir la chose. La clé d'un appartement ou d'une voiture donne une *constructive* possession de la chose à celui qui la détient ; j'ai une *constructive* possession quand je laisse mon manteau au vestiaire parce que j'ai un droit à une possession immédiate, et de même le créancier qui a une sûreté sur des poulets surgelés confiés pour leur conservation à l'exploitant d'un entrepôt frigorifique a une *constructive* possession, si tant est qu'il puisse se prévaloir d'un *right to possess* sur simple demande⁴⁹. C'est une figure qui semble ressortir à la fois de la possession *corpore alieno* et de la tradition feinte que l'on trouve en droit romain et français⁵⁰. L'intérêt est que le possesseur symbolique pourra exercer les actions possessoires en *tort* qui naissent en cas d'atteinte au bien de la part de tiers.

Conversion & Trespass – A défaut d'action réelle en cas d'atteinte à des biens meubles, le droit anglais a élaboré un système d'actions personnelles en responsabilité civile *Torts*. *Trespass* est facile à expliquer alors que *conversion* est plus délicate⁵¹). En paraphrasant C. Le Gallou et S. Westley, d'un côté, le *trespass* constitue une atteinte directe, immédiate et non autorisée au bien d'autrui qui peut prendre diverses formes : prendre, toucher, transporter, abîmer une chose etc... de l'autre, la *conversion* suppose que l'atteinte portée au meuble soit incompatible avec la possession de la victime. Elle sanctionne celui qui avait la volonté de contrôler et de s'approprier le bien comme un possesseur. En somme, le *trespass* d'un meuble consiste davantage en l'atteinte physique portée au bien, tandis que la *conversion* représente l'atteinte au contrôle juridique. Par exemple, casser un vase est un *trespass*, mais saisir un bien sans autorisation est une *conversion*. Le demandeur peut être le propriétaire, mais, toujours conformément au droit anglais de la

⁴⁹ M. Bridge, *Personal property law*, cit., 36

⁵⁰ Y. Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, 2017, 58 sqq. spécialement note 118.

⁵¹ C. Turner, *Tort Law*, Routledge, 2013, 8.1.1-2 ; T. Weir, *An introduction to Tort Law*, Oxford UP, 2^e éd., 2006, 165 ; B. Markesinis & S. Deakin, *Tort Law*, Oxford UP, 8^e éd., 2019, 375 sqq.

possession, il doit surtout être possesseur du meuble ; il peut donc s'agir d'un créancier, bénéficiant de la possession du bien (le rétenteur par exemple, jouissant d'un *lien*)⁵².

L'intention dans le *trespass* – L'atteinte *interference* doit être *intentional* dans le sens où le contact avec le bien doit être intentionnel. *J'ai voulu prendre l'ipad de Marianne sans son autorisation, je l'ai pris puis je l'ai fait tomber à terre par inadvertance, je n'ai évidemment pas eu l'intention de le casser, mais l'écran est endommagé* : le *trespass* est constitué.

L'intention pour la *conversion* - La *conversion* est généralement définie comme une atteinte grave *substantial*, intentionnelle et illicite *wrongful* à la possession ou au droit de posséder le bien ; cette intention peut résulter d'une contradiction explicite ou comportement incompatible *inconsistent* avec les droits contredits. Clerck & Lindsell ont une formule frappante : « Quiconque reçoit ou prend possession sans autorisation des biens d'autrui dans l'intention de faire valoir *assert* un droit ou une supériorité *dominion* sur ceux-ci, ou se comporte avec eux d'une manière incompatible avec le droit du véritable propriétaire *true owner*, est *prima facie* coupable de *conversion* ; (...) à condition qu'il y ait de la part de l'auteur, l'intention de porter atteinte au droit du véritable propriétaire ou d'opposer un droit incompatible avec celui-ci. (...) »⁵³ . Ils soulignent ainsi que la manière ordinaire de démontrer une *conversion* est de prouver que le défendeur, l'ayant en sa possession, a refusé d'accueillir favorablement la demande de restitution, et a retenu le bien de façon illicite *unlawful*.

⁵² C. Le Gallou & S. Wesley, *Droit anglais des affaires*, LGDJ, 2018, n°727 ; également, M. F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, n°136.

⁵³ M. Jones, *Clerk & Lindsell on Torts*, Sweet & Maxwell, 23e éd., 2021, on line Chapitre 16.2.(a).v. : conversion by keeping or refusal to return.

Le refus délibéré d'Emmanuel de restituer le livre à Pierre constitue clairement une conversion.

Possession des immeubles

En Common law anglaise, la possession des immeubles (*lands, real properties*) suit la matrice définitionnelle de la possession déjà évoquée pour les *personal properties*, mais s'en distingue par l'usage du terme courant *squatter* (celui qui est accroupi) pour désigner un occupant originairement sans titre⁵⁴. *Squatter* revêt un sens générique qui demande à être précisé par des conditions de possession particulières : pour être *réellement* un possesseur, et donc pour que la Common law reconnaisse un véritable intérêt à la défense de sa possession contre ceux qui prétendraient avoir un meilleur titre, il faut que la possession soit *adversative*. *Squatting* et *adverse possession* ne sont pas parfaitement coïncidents⁵⁵.

*At common law ... there is no such concept as an 'absolute' title*⁵⁶. On peut donc dire que la construction de la réalité juridique de la possession, en tant que relation exclusive d'appartenance, passe par l'examen d'une rivalité dans le contrôle du bien et d'une concurrence de prétentions au meilleur titre possessoire. En cas de conflit entre un titulaire dépossédé et un *adverse possessor*, le premier bénéficiera des

⁵⁴ M. P. Thompson et M. George, *Modern Land Law*, Oxford UP, 6^e éd. 2017, 232 et 258-264 ;

R. E. Megarry & W. Wade, *The Law of Real Property*, Sweet & Maxwell, 7^e éd., 2008, 4-008 sqq.

⁵⁵ B. McFarlane, S. Nield, *Land Law : Texts, Cases and Materials*, Oxford UP, 4^e éd., 2018, 310-311.

⁵⁶ *Ocean Estates Ltd v. Pinder* [1969] Privy Council, 2 A. C. 19 § 24. En 1969, Lord Diplock affirmait : *At common law as applied in the Bahamas, which have not adopted the English Land Registration Act, 1925, there is no such concept as an "absolute" title. Where questions of title to land arise in litigation the court is concerned only with the relative strengths of the titles proved by the rival claimants. If party A can prove a better title than party B he is entitled to succeed notwithstanding that C may have a better title than A, if C is neither a party to the action nor a person by whose authority B is in possession or occupation of the land. It follows that as against a defendant whose entry upon the land was made as a trespasser a plaintiff who can prove any documentary title to the land is entitled to recover possession of the land unless debarred under the Real Property Limitation Act by effluxion of the 20-year period of continuous and exclusive possession by the trespasser.* Ce schéma demeure dans les mondes de la Common law n'ayant pas adopté un registre foncier constitutif ou taillé sur le modèle du *Torrens system*.

actions en *recovery of land*⁵⁷ quand le second pourra lui opposer, *a minima*, la prescription de son action après 12 ans⁵⁸. Pourtant, c'est avec plus ou moins de nostalgie, que les auteurs anglais soulignent que la possession adversative, comme mode de consolidation des droits sur les immeubles d'autrui est devenue, au mieux, résiduelle, ne concernant plus que les fonds non enregistrés (il en resterait autour de 10 %)⁵⁹.

Car pour les fonds enregistrés, les conséquences logiques de la *possession* sont modifiées par la présence de représentations concurrentes dessinées par les inscriptions dans le registre foncier. Je n'approfondirai pas ici l'examen de cette tension entre le fait de posséder et le fait d'être inscrit comme titulaire d'un bien immobilier, mais je souligne néanmoins qu'en rendant particulièrement difficile, voire illusoire, l'acquisition de droits sur le bien enregistré d'autrui, le *Registration Act* 2002 substitue une matrice à une autre, où la réalité juridique n'est pas décrite par des faits virtuels de contrôle physique des terrains, mais par des faits virtuels d'inscription, exacte ou erronée sur des registres⁶⁰.

Simon devra subir les actions de Mathieu qui dispose d'un arsenal procédural, y compris pénal, pour le contraindre à quitter les lieux. Si toutefois, le terrain de Mathieu fait partie du reliquat des terres non enregistrées et que Simon s'y est maintenu en *adverse possession* pendant 12 ans, Mathieu sera privé de la possibilité de faire valoir son meilleur titre à l'égard de Simon.

⁵⁷ Civil Procedure Rules, *Rules and Directions*, part. 55

⁵⁸ Prescription extinctive globale in *Limitation Act* 1980, sect. 15 sqq. ; J. A. Pye (Oxford) Ltd v Graham, [2002] UKHL 30 ; également, M. Serio, « Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese », in L. Vacca & G. Rossetti, *Le situazioni possessorie*, cit., 277-336.

⁵⁹ E. Cooke, *Land law*, Oxford UP, 3^e éd. 2020, 257.

⁶⁰ B. McFarlane, S. Nield, *Land Law : Texts, Cases and Materials*, Oxford UP, 4^e éd., 2018, 313 à propos de Parshall v. Hackney, [2013] 1 CH 568.

Observation finale

Avec hésitation, je voudrais esquisser une analyse du travail doctrinal de construction dogmatique, tout en restant dans le registre des relations d'appartenance. Pour tenter de saisir la réalité juridique, il nous faut penser simultanément sur plusieurs niveaux sans écarter le vécu lorsque nos affects et croyances déterminent nos actions. *Je m'empare de cette chose parce que je pense qu'elle est mienne, ou parce que j'entends qu'elle le soit.* Mais le vécu n'offre aucune prise théorique pour penser la relation abstraite qui est nouée entre la chose et moi.

Les usages courants des langues naturelles nous livrent des schémas confus et intuitifs, confus parce intuitifs, pour la pré-construction des concepts qui permettent d'exprimer les relations entre les personnes et les choses, étant entendu que 'personne' et 'chose' sont déjà des termes munis de significations juridiques. En français, *je tiens cette chose, je la détiens, je la possède.* Mais comment passer de l'observation que 'tenir', 'détenir', 'posséder' renvoient à des réalités linguistiques distinctes, à une distinction conceptuelle opposant *techniquement* possession et détention, ou encore possession directe et possession indirecte ? C'est par le travail doctrinal de construction des faits à savoir par la modélisation de faits virtuels où un *owner* O agit contre un *squatter* S, où Primus oppose sa possession indirecte à Tertius quand Secundus est le possesseur direct, où encore quand Didier-le-détenteur refuse de restituer la chose qui lui a été confiée. Chacun des personnages virtuels a des raisons juridiques mais aucune ne ressort du vécu. Ces faits virtuels (non actuels) permettent d'assembler des situations imaginées ou déshistoricisées. Le travail de narration des faits virtuels est concomitant à l'activité de définition des concepts : la possession est définie, c'est-à-dire qu'elle fait l'objet d'une réduction, comme le fait virtuel de posséder, à savoir tenir quelque chose avec une certaine intention. Une typologie des possessions participe de plus à la

construction définitionnelle : possession 'utile', possession 'précaire', détention au sens juridique renvoient à des faits virtuels composés pour assembler une variété plus large de représentations du vécu. Mais dans le monde sensible, *je ne possède pas utilement, ni précairement, ni ne détiens au sens juridique*. La possession utile, précaire ou la détention au sens juridique ne sont pas dans la nature ; elle procède d'un discours qu'ordinairement on nomme *qualification*.

Tentons de dire les choses autrement : les auteurs de doctrine s'emploient par leur discours à objectiver (au sens faible) la connaissance juridique de la réalité. Cette objectivation est au sens faible parce qu'elle ne consiste pas à proprement parler en la construction *d'objets* mais passe néanmoins par la définition et l'élaboration de concepts. La dogmatique juridique constitue ainsi un système conceptuel : ce système est rudimentaire, peut-être n'est-ce qu'un proto-système, parce qu'il n'est pas clos et qu'il n'est pas énoncé au moyen d'un langage formel. Pour autant, le discours doctrinal quand il est d'analyse, résulte d'un effort de formalisation. C'est pourquoi la possession 'utile', 'précaire' ou la 'détention' constitue des réalités juridiques, à savoir des réalités virtuelles représentées par la narration de cas ou de situations imaginées ou passées.

La connaissance juridique est donc de ce point de vue une connaissance des faits virtuels à partir desquels des opérations de pensée vont pouvoir être menées au moyen d'éléments variables. Ces éléments variables sont les normes positivement en vigueur.

Mais dans la réalité juridique, quel type de possesseur *suis-je* ? La réponse à cette question ne relève pas ordinairement du travail doctrinal, encore que l'activité de consultation soit aussi pour partie un travail d'analyse. Le raisonnement juridique tenu par un consultant, ou un juge en amont de sa décision, conduit à produire une opération de pensée, que l'on peut dire non sans ambiguïté *clinique*, laquelle va permettre d'actualiser cette réalité virtuelle pour la faire coïncider avec *ma*

possession actuelle. Les conditions d'actualisation et de concrétisation des faits virtuels sont posées par le système conceptuel, mais si l'actualisation ne produit pas un énoncé univoque, c'est évidemment que l'absence de formalisation complète et la texture ouverte du langage handicapent la déduction logique. La phase conclusive de l'opération consiste donc en une dialectique, voire une dialogique *pour ou contre*, préparatoire à la détermination des règles possiblement applicables (selon des règles de validité déterminées par le système conceptuel). L'analyse doctrinale n'ira pas au-delà de la composition pluraliste des arguments juridiques virtuels. *Pour la précarité de ma possession v. Contre la précarité de ma possession*. La suite relève non de la connaissance de la réalité juridique mais de l'action politique : *un juge*, si tel est le cas concret, prononcera un jugement qui sera une œuvre politique, auquel *j'obéirai* ou que *je contesterai*.

Moulin de Smarves, 29 août 2021