

## POSSESSION

*Yaëll Emerich\**

La possession constitue à plus d'un titre l'une des énigmes des traditions juridiques contemporaines. Si le droit des personnes reconnaît la possession d'état en prenant en compte une apparence de droit et en attachant certains effets juridiques à ce comportement, c'est le droit des biens qui reste la terre d'accueil privilégiée de la possession. Décrite comme un miroir ou un reflet de la propriété, la notion de possession est fuyante. Sa justification même est problématique et les juristes se sont souvent interrogés sur les fondements de la prise en compte de la possession par le droit.

La conceptualisation de la notion de possession et la force de ses effets connaissent inévitablement certaines variations dans les systèmes juridiques modernes. Pourtant, les traditions juridiques occidentales prennent toutes en compte une certaine apparence de droit sur un bien et protègent l'exercice d'un pouvoir sur un bien avec l'intention de s'en affirmer le maître ou d'en exclure les tiers.

Quant à la nature juridique de la possession, l'une des questions ayant occupé les auteurs est de savoir s'il faut y voir un fait ou un droit, ce qui dépend en partie de la relation que la possession entretient avec la propriété. Les auteurs civilistes qui décrivent le droit des biens partent souvent du droit subjectif de propriété pour l'opposer au simple fait de possession. Ils mettent ainsi typiquement l'accent sur la possession comme fait ou pouvoir de fait sur un bien, par opposition au pouvoir de droit sur un bien conféré par la propriété. D'un point de vue historique, c'est la notion de possession plutôt que celle de propriété qui a longtemps dominé la common law anglaise. L'opposition entre possession et proprié-

---

\* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université McGill. La version originale de ce texte, initialement rédigée aux fins de présentation lors d'un séminaire de recherche à la Faculté de droit de l'Université McGill, a été acceptée et intégrée au *McGill Companion to Law* lors d'une réunion en décembre 2012. Ce texte constitue la trame initiale des principales idées développées dans le second chapitre (intitulé « A l'origine du titre : la possession et ses effets ») de Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Yvon Blais, 2017 aux pp 55–101.

té est donc généralement moins forte dans cette tradition. C'est ainsi que Pollock a défini la possession comme une forme de titre, « *a kind of title* », valable devant n'importe quelle personne qui ne présente pas un meilleur titre. Quant à la propriété, elle a souvent été décrite comme le meilleur droit à la possession.

L'évolution des traditions tend toutefois à les rapprocher en rendant leurs conceptions des notions de possession et de propriété plus semblables. C'est ainsi que la common law a de plus en plus tendance à différencier la possession de la propriété. Dans les années soixante, Salmond écrivait que contrairement à la propriété, qui consiste en un ensemble de droits, la possession peut se définir comme un ensemble de faits et de gestes. Quant à la tradition civiliste, plusieurs auteurs reconnaissent que ce n'est que progressivement que la possession se serait détachée de la propriété. Aujourd'hui encore, l'opposition entre propriété et possession est loin d'être totale en droit civil, ce qui est illustré par Carbonnier, qui décrit la possession comme étant « l'ombre de la propriété ». On peut en outre se demander si cette controverse sur la nature de la possession comme fait ou comme droit n'est pas largement vaine, puisque dans tous les cas c'est le droit qui décide de conférer une protection à un état de fait.

Le débat entre les deux juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle qu'étaient Savigny et Ihering a largement influencé la pensée civiliste en matière de possession. Cela est moins connu, mais la controverse a également eu un impact chez les penseurs de la common law, notamment à travers les écrits de Holmes et de Pollock. Ce débat, qui a opposé une conception subjective de la possession proposée par Savigny à une conception objective de la possession proposée par Ihering, s'est cristallisé dans son implication pratique autour de la question de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance de la protection possessoire au simple détenteur. Alors que Savigny refusait de reconnaître la protection possessoire au détenteur, qui selon lui n'est pas un véritable possesseur puisqu'il n'a pas l'*animus*, Ihering la lui reconnaissait, le considérant comme un véritable possesseur tant pour des raisons théoriques que de justice sociale.

Dans les traditions juridiques occidentales, la possession est couramment définie comme la réunion de deux éléments constitutifs, soit un élément matériel de contrôle sur le bien, le *corpus*, et un élément intentionnel, l'*animus*. Pour les civilistes, ce dernier élément est généralement décrit comme l'intention de se comporter comme le propriétaire ou le titulaire d'un droit, alors que les *common lawyers* le décrivent typiquement comme la volonté du possesseur de posséder et d'exclure les autres personnes du bien. Ces deux conceptions de l'*animus* se rejoignent toutefois, puisque la notion d'exclusion des tiers se retrouve dans la propriété civiliste. Il est vrai cependant que les systèmes de common law, en mettant l'accent sur le *corpus*, retiennent une conception plutôt objective de la possession et reconnaissent donc la qualité de possesseur à un plus grand

nombre de personnes que les traditions civilistes, qui ont généralement retenu une conception davantage subjective de la possession.

La définition de la possession comme étant la réunion de deux éléments constitutifs, le *corpus* et l'*animus*, fait largement écho aux conceptions de la propriété en droit civil (qui définit la propriété comme la somme de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*) et en common law (qui utilise volontiers l'image du *bundle of rights*). En réalité, le *corpus* et l'*animus* devraient plutôt être conçus comme de simples manifestations de la possession, tout comme les utilités conférées par la propriété sur un bien (énumérées par les définitions de la propriété) sont des manifestations de la propriété.

Il semble que l'essence même de la possession dans les traditions juridiques occidentales puisse être identifiée ailleurs : dans l'idée d'une communication d'un message aux tiers. Plus spécifiquement, la possession pourrait être définie, au-delà des particularités entre les systèmes juridiques, comme un mode de communication aux tiers de l'intention d'exercer un pouvoir de contrôle sur un bien. Cette idée de communication est issue des travaux de Carol Rose, qui peuvent être rapprochés de la description de la possession par Saleilles comme étant avant tout une apparence de droit.

Les principaux effets de la possession s'expliquent par cette idée de communication aux tiers. Par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver la propriété, la possession joue le rôle d'une forme primitive de publicité des droits, dont l'objectif premier est de communiquer un message aux tiers. La même idée se trouve à la base de l'acquisition du titre de propriété fondé sur la possession, que cette acquisition se passe d'une manière originaires (par occupation en droit civil ou par le droit des *finders* en common law) ou de façon dérivée (par prescription acquisitive en droit civil ou par *adverse possession* en common law). En effet, dans le cas d'une acquisition fondée sur la possession, c'est fondamentalement parce que le possesseur a l'intention d'exercer un pouvoir de contrôle sur un bien, mais surtout parce qu'il communique cette intention aux tiers, qu'il pourra sous certaines conditions prétendre au titre de propriété sur le bien.

Au-delà des spécificités propres aux différents systèmes juridiques, les traditions juridiques occidentales admettent que la possession mérite d'être protégée en tant que telle. Autrement dit, la personne qui communique aux tiers son intention d'exercer un pouvoir de contrôle sur un bien est *a priori* digne de protection selon le droit, quel que soit le titre juridique justifiant son contrôle sur le bien.

La protection possessoire s'obtient au moyen de différentes actions en droit civil et en common law, mais ces actions remplissent toutefois sensiblement les mêmes fonctions. Le premier type d'action possessoire dans les traditions juridiques occidentales vise à faire cesser un trouble à la

possession. Tel est le cas en droit civil français et en droit civil québécois de l'action en complainte, qui est l'action de droit commun permettant de protéger la possession lorsque l'atteinte ne va pas jusqu'à une dépossession. En common law anglaise, le *trespass to land* est l'équivalent fonctionnel le plus proche de la complainte civiliste, puisque c'est l'action la plus générale visant à protéger la possession et que le *trespass* n'implique généralement pas de dépossession. Le *tort of nuisance* peut également servir à protéger la possession en cas d'atteinte à l'usage ou à la jouissance d'un bien sans implication de *trespass*, autrement dit sans atteinte physique à la possession. Le second type d'action possessoire a pour objectif de protéger la possession dans les cas d'atteintes les plus graves à la possession, impliquant une dépossession. Tel est le cas de l'action en réintégration en droit civil québécois ou de la réintégration en droit civil français, qui permettent au possesseur de recouvrer la possession après une dépossession violente ou une voie de fait. Tel est aussi le cas de l'*ejectment* de la common law, qui est l'action par laquelle une personne évincée de son bien cherche à en récupérer la possession en plus d'obtenir des dommages-intérêts.

Quant au fondement de la protection possessoire, il est sensiblement le même en droit civil et en common law. Plusieurs auteurs se sont interrogés pour savoir comment la possession, analysée comme un fait, peut produire des effets de droit. La réponse la plus simple à cette question consiste à trouver la raison de cette protection dans la présence d'un droit subjectif, qui est ici le droit de propriété lui-même. Si la possession est protégée, c'est parce qu'elle protège indirectement la propriété. Telle était d'ailleurs l'explication donnée par Ihering. Cela explique le fait que la doctrine civiliste tende le plus souvent à justifier la protection possessoire comme un moyen indirect de protéger la propriété, le possesseur et le propriétaire étant dans la grande majorité des cas une seule et même personne. Le même type de justification peut partiellement se retrouver en common law. Dans cette tradition, la propriété et la possession sont si proches que l'on a souvent considéré qu'il pourrait s'agir d'un seul concept. Il est possible d'admettre que le droit tend à protéger le titre en protégeant la possession, puisque la propriété est souvent vue comme le meilleur droit à la possession. Ainsi, en common law également, protéger la possession peut être analysé comme une manière de protéger le titre de propriété.

D'un point de vue théorique, les justifications des effets de la possession données par Savigny et Ihering ont été critiquées. Alors qu'Ihering considérait que la possession était protégée pour donner une protection plus complète au véritable propriétaire, Savigny y voyait plutôt un moyen de protéger la paix publique et donc de se prémunir contre la violence — et plus particulièrement contre une dépossession violente. On a critiqué la théorie d'Ihering, car elle ne permet pas d'expliquer pourquoi un pos-

sesseur se voit reconnaître une action possessoire lorsqu'il n'est clairement pas un propriétaire. À l'inverse, on a souligné que la théorie de Savigny ne peut expliquer pourquoi la possession peut être protégée en dehors du contexte d'une dépossession violente.

La question de la justification de la protection possessoire semble néanmoins trop centrée sur le fameux débat entre Savigny et Ihering. Ces difficultés théoriques tendent en effet à disparaître si l'on admet que la possession peut être digne de protection pour différentes raisons qui dépendent des effets de la possession. Il est ainsi possible d'ajouter à la justification fondée sur la propriété, qui est manifeste lorsqu'il s'agit de la preuve de la propriété ou de l'acquisition de la propriété par occupation ou *usucapion*, une autre justification théorique majeure de la possession : la protection de l'ordre public et la protection contre la violence. C'est cette dernière justification qui se révèle essentielle dans le contexte de la protection possessoire.

---

## Bibliographie

- Carbonnier, Jean, *Droit civil*, t 3 : Les biens, monnaie, immeubles, meubles, 19<sup>e</sup> éd refondue, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- Fitzgerald, PJ, *Salmond on Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1966.
- Mazeaud, Henri et al, *Leçons de droit civil*, t 2, vol 2 : Biens : droit de propriété et ses démembrements, Paris, Montchrestien, 1994.
- Pollock, Frederick et Robert Samuel Wright, *An Essay on Possession in the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1888.
- Rose, Carol M, « Possession as the Origin of Property » (1985) 52:1 U Chicago L Rev 73.
- Saleilles, Raymond, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantière, 1894.
- Savigny, FC, *Traité de la possession en droit romain*, traduit par Ch Faivre d'Audelange, Paris, Joubert, 1845.
- Von Jhering, R, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain : du rôle de la volonté dans la possession*, traduit par O de Meulenaere, Paris, A Marescq, 1891.