

**La suppléance des contrats  
d'acquisition de biens  
dans le droit romain et  
dans l'ancien droit germanique\***

Luiz Fabiano CORRÊA

*(Université de São Paulo, Araraquara, Brésil)*

C'est un truisme de dire que, du fait que personne ne peut créer tout ce dont on a besoin pour vivre, les gens doivent acquérir les uns des autres la plupart des biens qui sont nécessaires pour la satisfaction des nécessités vitales de chacun. Donc il faut que les biens circulent et, pour cela, le contrat est l'outillage le plus important.

Dans quelques systèmes juridiques, comme en France et en Italie, le contrat suffit pour opérer la circulation des biens. Pour que le transfert de la propriété des biens s'accomplisse, rien d'autre n'est nécessaire que les contrats appelés translatifs de biens, sans remise de la chose aux acquéreurs<sup>1</sup>.

Toutefois, en droit romain, dont la tradition est d'ailleurs suivie jusqu'à aujourd'hui par d'autres systèmes juridiques<sup>2</sup>, il n'en allait pas de même : valait plutôt la règle des empereurs Diocletien et Maximien : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*<sup>3</sup>. Toutefois, cette loi ne faisait pas effet seule à

---

\*Communication présentée lors de la 62<sup>me</sup> Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (Fribourg, septembre 2008).

<sup>1</sup> R. SAVATIER, *La Théorie des Obligations*, Paris, 1974<sup>3</sup>, p. 191 ; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1971<sup>18</sup>, p. 693.

<sup>2</sup> P. ex., Code Civil du Brésil, art. 1245 et 1267 ; Code Civil Allemand, §§ 873 et 929.

<sup>3</sup> C. 2, 3, 20.

seule, selon ce qu'atteste la sentence de Paul : *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa præcesserit, propter quam dominium sequeretur*<sup>4</sup>. Par suite, s'il est vrai que le seul contrat ne réalisait pas de soi-même le transfert de la propriété des biens, il n'était pas moins indispensable pour assurer leur mise en circulation.

Dans ce contexte, la maxime *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*<sup>5</sup> relève toute son importance, car on ne peut transmettre à autrui que ce qui est à soi et seul le propriétaire peut dresser efficacement les contrats indispensables pour la transmission de ses biens.

Cependant, maintes et maintes fois, il n'est pas possible de connaître l'origine du droit de propriété de quelqu'un. Il résulte de ceci une grave incertitude, assez gênante, du commerce juridique lié à la circulation des biens, dans la mesure où on ne sait jamais si le droit de celui qui se présente comme propriétaire de la chose qu'on veut acquérir existe effectivement. À travers le temps, les systèmes juridiques, chacun à sa façon, ont cherché à trancher ce problème en protégeant l'acquéreur de bonne foi, sur base de la confiance faite en l'apparence de droit de l'aliénateur. Les solutions furent différentes, mais les résultats similaires.

#### *L'usucapio romaine*

Lorsque l'économie romaine était à prédominance rurale, il parut impensable de laisser les acquéreurs des biens liés à l'exploitation de la terre sans protection. Le paysan romain, qui dépendait de ces biens pour vivre, voulait être sûr de son droit de propriété. Il ne pouvait pas tolérer l'existence d'un doute l'obligeant à démontrer à tout moment l'origine de son domaine, c'est-à-dire à justifier non seulement la cause de sa propre acquisition, mais aussi celles de ses devanciers, l'une et les autres, le plus souvent, trop éloignées dans le temps. La preuve de la légitimité du domaine de tous les devanciers est ce qu'on

<sup>4</sup> D. 41, 1, 31.

<sup>5</sup> Le trait qui se trouve au D. 50, 17, 54 est *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*; il provient d'un fragment de Ulpien, au livre 46 de son Commentaire à l'édit, sur la *bonorum possessio ab intestato*, probablement sous la rubrique *unde legitimi*, dont la reconstitution serait *Heres non plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, si hereditatem adisset*, mais les compilateurs auraient oublié de passer le subjonctif imparfait *haberet* pour l'indicatif présent *habet*.

nommera plus tard *probatio diabolica*<sup>6</sup>. Pour soustraire l'acquéreur à une telle preuve, la *mancipatio* fut conçue, comme forme de transfert de la propriété des biens essentiels aux travaux agricoles. C'était une *imaginaria quaedam venditio*, qui s'accomplissait lorsque l'acquéreur, devant cinq témoins, tous citoyens romains, jetait dans le plateau d'une balance portée par le *libripens* une petite monnaie (*mancipatio nummo uno*) ou une petite pièce de cuivre (*raudusculum*), en affirmant : HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA<sup>7</sup>. La large publicité de l'acte permettait l'abstraction de la cause respective lorsqu'on réalisait le transfert de la propriété des *res Mancipi*, i.e. de celles qui étaient liées aux activités rurales, comme le sol italique, les esclaves et les animaux domestiques. Un éventuel défaut, voire le manque total de l'*emptio venditio*, de l'échange, de la donation ou d'un autre contrat ou fait juridique quelconque, n'affectait en rien la validité de la *mancipatio* régulièrement accomplie. À celui qui avait subi un dommage en raison du transfert indu de la chose, il restait seulement le recours à la *condictio*. Celle-ci, toutefois, était de nature purement personnelle, n'assurant que la purge de l'enrichissement injuste, sans attaquer nullement la cause du négoce, puisque le transfert de la chose lui-même demeurait intact.

Toutefois, les *res nec Mancipi* n'étaient pas aliénées au moyen de la *mancipatio*. Pour le transfert de ces choses, on devait recourir à la *traditio* conditionnée à une juste cause effective et dépourvue de vices. Or l'importance de telles choses s'est développée considérablement avec l'évolution des coutumes et des conditions de vie. En conséquence, son exposition aux hasards du négoce causal est devenue toujours plus incommode. C'est pourquoi est apparue l'*in iure cessio*, une vindication fictive dont l'accomplissement avait lieu

<sup>6</sup> Sur la *probatio diabolica*, voire B. WINDISCHEID, *Lehrbuch des Paddenktenrechts*, I, 9. Aufl., Frankfurt a.M., 1906, p. 1001.

<sup>7</sup> GAIUS 1, 119-120 ; B. WINDISCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 171, n 3, p. 863 ; R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts*, I, § 11 b, p. 149 et III, § 46, pp. 573 ss., 5. Aufl., Leipzig, 1989 (Neudruck, Darmstadt, 1968) ; M. KASER, *Römisches Privatrecht*, § 24 II, 1, 7. Aufl., München, 1972, p. 97. Selon C. OLIVECRONA, *Law as Fact*, 2nd Ed., London, 1971, pp. 227 ss., la totale passivité imposée par la formule de la *mancipatio* fait qu'elle ressemble non à un acte consensuel entre les parties, mais à un acte unilatéral de l'acquéreur, similaire à l'assujettissement des prisonniers réduits par un *bellum iustum ac pium* à l'esclavage, avec la bienveillance des dieux.

*apud magistratum populi Romani*, magistrat devant qui les parties comparaissaient comme si elles étaient en litige, de telle sorte que, l'acquéreur prononçant la formule *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*<sup>8</sup>, - ce que l'aliénateur confirmait, le cas échéant, en gardant le silence, - le magistrat adjugeait la chose à l'acquéreur, qui devenait propriétaire sans avoir besoin de se préoccuper de la cause de son acquisition. En d'autres termes, l'*in iure cessio* était une vindication fictive où, de même, on faisait abstraction de la cause<sup>9</sup>.

Cependant, ces deux mesures seules ne suffisaient pas pour assurer la propriété des biens. Des doutes et des difficultés relatives à l'acquisition pouvaient subsister que ni la *mancipatio* ni l'*in iure cessio* n'étaient en mesure de lever. La raison en était que ces institutions étaient réservées aux citoyens romains. Or l'élargissement du commerce avec les étrangers faisait que, souvent, l'aliénateur d'un bien était un *peregrinus*. N'étant pas un *civis Romanus*, il ne pouvait pas réaliser la *mancipatio* ni l'*in iure cessio*, ces deux institutions appartenant au *ius Quiritium* auquel les *peregrini* ne participaient pas. L'*usucapio* entra alors en scène pour parachever le souci d'assurer la paix et la sécurité des relations juridiques relatives au droit de propriété. Ce fait est attesté par de nombreux passages du Digeste. Pour les juristes auxquels la paternité de ces fragments est attribuée, l'*usucapio* fut adoptée afin que l'incertitude et la dissension sur les domaines ne puissent durer éternellement<sup>10</sup>.

*La primitive usucapio et ses antécédents : voies de fait, vol, proie*

Dans l'ancien droit romain, le fait de reprendre la chose soustraite subrepticement et de punir le coupable étaient intimement liés. Ce n'était pas l'autorité publique qui recouvrait la chose et châtiât le voleur. Cette tâche incombait à l'offensé qui, aidé par ses parents et amis, récupérait la chose et exerçait son droit de vengeance contre le malfaiteur. Par la *manus iniectio* il s'emparait du voleur surpris en

<sup>8</sup> GAIUS 2, 24

<sup>9</sup> R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts*, III, § 46, p. 528, et IV, § 55, p. 212.

<sup>10</sup> GAIUS (D. 41, 3, 1) : *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*. NERATIUS (D. 41, 10, 5pr) : *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset*.

flagrant délit, le *fur manifestus*. Celui-ci pouvait être mis à mort si le forfait s'était produit de nuit ou à main armée<sup>11</sup>.

Si, toutefois, il réussissait à soustraire la chose sans être pris sur le fait, il fallait, pour la recouvrer, que la victime suivît, sans tarder, ses traces de pas. Cela s'explique car, en ce temps-là, les bestiaux jouaient un rôle capital dans l'économie romaine, essentiellement agraire, et on ne pouvait pas conduire le bétail d'un lieu à l'autre sans laisser des traces de pas. La victime arrivait à l'endroit où ces vestiges l'amenaient et, là, elle procédait à une recherche domiciliaire solennelle, nommée *quæstio licio et lance*. Cette expression dérivait du fait que la victime devait entrer dans la maison du suspect portant seulement un tissu, nommé *linteum*, pour se draper les parties intimes du corps, et un *lanx*, une sorte d'assiette. On ne connaît pas bien la signification de ce rituel que Gaius trouvait ridicule<sup>12</sup>.

Anciennement, les traces de pas disparaissant ou la victime tardant à les suivre, cette recherche solennelle ne pouvait plus avoir lieu. La victime perdait alors le droit de récupérer la chose et de punir le voleur. Cependant, plus tard, fut instituée une modalité de recherche simple, devant des témoins, nommée *furtum conceptum*<sup>13</sup>, qui était une forme primitive du *furtum nec manifestum*.

S'il n'y avait pas eu de flagrance ni de recherche domiciliaire solennelle, celui chez qui la chose avait été retrouvée pouvait effacer le soupçon de vol par la présentation de témoins du contrat d'acquisition fait au moyen de la *mancipatio*. Mais il ne lui était pas permis de retenir la chose si celui qui la demandait réussissait à prouver qu'elle avait été volée. Le possesseur devait restituer la chose et demander à son auteur (l'aliénateur) la réparation du dommage. Celui-ci devait être convoqué pour participer à la procédure de restitution, pour éviter qu'il vînt à alléguer qu'elle ne fut pas volée et, de cette façon, la restitution par l'ayant cause aurait été indue. Tous les auteurs successifs devaient être convoqués, jusqu'au commettant du vol<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> U. VON LÜBTOW, *Hand wahr Hand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag*, in Berlin, von 7. – 10. September 1965, Berlin, 1965, p. 144.

<sup>12</sup> GAIUS 3, 192-193 : *Quæ res ridicula est*.

<sup>13</sup> GAIUS 3, 186 : *Conceptum furtum dicitur, cum (apud) aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita et inventa sit*.

<sup>14</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 123 ; M. KASER, *op. cit.*, §27, 12, p. 127.

Le seigneur de la maison où la chose était retrouvée au moyen de cette recherche simple qui ne réussissait pas à écarter le soupçon de vol se considérait *fur nec manifestus*. Néanmoins, contre lui, l'offensé ne pouvait pas exercer la vengeance, comme dans les autres cas. Il subissait seulement une amende. S'il niait faussement la possession de la chose volée, il répondait pour le triple de sa valeur, par voie de l'*actio furti concepti*. De quelque façon, il retenait le droit de recours vis-à-vis de son auteur par la voie de l'*actio furti oblati*<sup>15</sup>.

Selon Jhering, aux origines de Rome, lorsque sa population se composait principalement d'aventuriers et de brigands, c'était la force qui générait le droit. L'acquisition des biens s'opérait par le *capere* : on prenait la propriété par ses propres mains (*manu-captum*<sup>16</sup>). C'est pourquoi dérober n'était pas une action répréhensible, mais, au contraire, une vertu qui avait le prestige de conférer le droit de propriété sur la chose<sup>17</sup>. En ce temps-la, le concept de *furtum* ne comprenait pas la proie. La distinction entre *fur manifestus* (pris en flagrant délit) et *fur nec manifestus* (qui ne se faisait pas surprendre) était adéquate pour le vol, non pas pour la proie<sup>18</sup>. Et alors que le vol, comme action subreptice, était très répréhensible – ce dont atteste l'expression *fur improbus* – la proie n'était même pas un délit autonome. Contre l'enlèvement manifeste, commis avec force brute, chacun pouvait se défendre par sa propre vertu, *i.e.* par sa propre virilité<sup>19</sup>.

La *lex Atinia*, du II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., ne faisait référence qu'aux choses prises en cachette. Ce fut seulement la *lex Plautia de vi* (précédée d'une *lex Iulia de vi*) qui assimila la proie au vol, dans le but d'exclure la proie de la prescription acquisitive. Plus tard, au dernier siècle de la République, l'édit du préteur M. Lucullus créa, avec l'*actio vi bonorum raptorum*, le délit privé de *rapina*.

<sup>15</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.* ; GAIUS 3, 187 : *Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria aduersus eum, qui optulit, quamuis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati.*

<sup>16</sup> C'est de ce fait que dérivent les expressions *mancipium*, *mancipatio*.

<sup>17</sup> R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts*, I, § 10, p. 107.

<sup>18</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 127 ; pour R. VON JHERING, *op. cit.*, 111, note 13, la proie n'entraîne pas dans le concept de *furtum nec manifestum*, parce que c'était le brigand qui dominait la victime, et non pas le contraire.

<sup>19</sup> R. VON JHERING, *op. cit.*, p.111 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 134.

Cependant, ce furent les juristes de l'époque du Principat qui apprirent le péril commun représenté par la prise violente des choses et étendirent le concept de *furtum* à la rapine. Ce fut peut-être Julien qui acheva ce travail, considérant le brigand « plus pervers » (*fur improbius*)<sup>20</sup>. Vis-à-vis du droit pénal, dans les derniers temps de la République, la *lex Plautia de vi* et les *leges Iuliae de vi privata et de vi publica* envisageaient déjà la rapine comme un crime, en la soumettant au droit pénal public<sup>21</sup>.

En somme, pendant longtemps, la prise manifeste n'était regardée ni comme délit privé ni comme délit pénalement réprimé. Cela n'empêchait toutefois pas que le possesseur spolié pût récupérer la chose par la voie procédurale, en raison du dommage subi par l'acte dont il fut la victime. Tel acte constituait une *iniuria*, une chose contraire au *ius*. Il donnait lieu à une action réelle, dont le but était de *iniuria vindicare*. Cependant, puisqu'elle n'était pas encore détachée du concept général d'acte illicite, il n'y avait pas lieu à vengeance ni à amende<sup>22</sup>.

Le clivage entre l'*actio furti* et de la *rei vindicatio* ; l'*usus auctoritas*

Les mesures conjointes de punition du malfaiteur et de récupération de la chose volée n'ont pas duré à jamais. Avec le temps, l'offensé ne cherchait pas à la fois à recouvrer la chose volée et à se venger du voleur. Chaque finalité avait sa propre procédure. Pour la punition du malfaiteur, il y avait l'*actio furti*, à laquelle pouvait se conjindre la *conditio ex causa furtiva*<sup>23</sup>, et, pour recouvrer la chose, il y avait la *rei vindicatio*. Cette dernière était une action réelle basée, non pas sur la réprobation du vol, mais d'abord sur la perte involontaire de la chose et, plus tard, sur la perte découlant d'un acte volontaire du propriétaire<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Ulpian, 12 *ad ed.*, D. 4, 2, 14, 12 : *Qui vim lit, cum possessionem a me sit consecutus, fur non est : quamvis qui rapuit, fur improbius esse videatur, ut Iuliano placet.*

<sup>21</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 125.

<sup>22</sup> *Ibidem.*

<sup>23</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, M. KASER, *op. cit.*, § 51 I 4, p. 199 .

<sup>24</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 126 ; GAIUS 3, 195. *Furtum autem fit non solum, cum quis intercepti causa rem alienam amouet, sed generaliter, cum quis rem alienam inuito domino contrectat.* 196. *Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur,*

Mais les traces de l'origine délictuelle de la poursuite de la chose n'ont pas totalement disparu de la procédure relative à la propriété. Aux premiers temps, le défendeur devait convoquer les témoins du contrat d'acquisition de la chose pour se libérer de l'accusation de vol. Plus tard, le demandeur pouvait exiger qu'il démontrât le fondement de son acquisition, selon la formule de la *legis actio sacramentum in rem* : POSTULO ANNE DICAS EX QUA CAUSA VINDICAVERIS<sup>25</sup>. Pour ne pas être vaincu, le défendeur devait indiquer son auteur (l'aliénateur) et le demandeur exigeait de celui-ci la reconnaissance de cette qualité, avec la formule : QUANDO IN IURE TE CONSPICIO POSTULO ANNE FUAS AUCTOR. La preuve était donc surtout à charge du défendeur. Le demandeur devait seulement démontrer que la chose avait quitté ses mains sans sa volonté<sup>26</sup>.

À ce contexte appartient probablement la règle de la loi des XII Tables : *Usus auctoritas fundi biennium ... cetararum rerum omnium annus est usus*<sup>27</sup>. C'est dans cette règle que se trouve l'origine de la prescription acquisitive, dont les contours furent fixés de façon plus précise par la suite. A l'origine, elle n'avait de sens que procédural, pour imposer au défendeur qu'il invoquât la garantie de son auteur (*auctoritas*) si sa possession n'avait pas encore atteint deux années pour les immeubles, ou un an pour les meubles. Mais cette règle ne devait pas persister toujours. Pour le défendeur qui avait eu la possession de la chose pendant le temps nécessaire, il suffisait d'affirmer : REM MEAM ESSE EX IURE QUIRITIUM. Il ne devait pas indiquer la *causa* ni présenter l'*auctor* de son droit<sup>28</sup>. La jonction de l'*usus* avec l'*auctoritas* purgeait le défaut du pouvoir de disposition

---

*furtum committit ; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, ueluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam inuitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod ueteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset. 197. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se inuito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum ; at si permissurum credant, extra furti crimen uideri, optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

<sup>25</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 126 ; M. KASER, *op. cit.*, § 27 I 2, p. 107.

<sup>26</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 126.

<sup>27</sup> Tab. VI, 3, *apud* MAX KASER, *op. cit.*, p. 100. C'était l'une des exceptionnelles distinctions de traitement entre les biens meubles et immeubles trouvées dans le droit romain, R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts*, II, § 29, pp. 107/108

<sup>28</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 126.



de l'auteur, puisque, sauf les exceptions légales, la possibilité de récupérer la chose par la voie judiciaire disparaissait pour celui qui souffrait le dommage. Le possesseur obtenait une position procédurale trop avantageuse, inaccessible aux attaques du spolié<sup>29</sup>.

#### Evolution de l'*usucapio*

À vrai dire, ce n'était pas que le possesseur devenait propriétaire de la chose simplement grâce à la règle de l'*usus auctoritas* et que tombait le droit du propriétaire antérieur. Dans la dispute avec un tiers auquel l'*usus auctoritas* ne bénéficiait pas, le propriétaire pouvait invoquer son meilleur droit. D'abord, la *rei vindicatio* était exclue. Ce fut seulement plus tard que fut consolidée la règle selon laquelle, dans les cas où la revendication n'était pas permise, le possesseur acquérait et le propriétaire perdait la propriété. Ce principe s'affirma peu à peu, avec le détachement du litige pour la possession de la chose de son origine délictuelle. De cette façon, il ne suffisait pas que le demandeur démontre que la chose était sortie de ses mains contre sa volonté, mais il fallait aussi qu'il justifie du *meum esse*, avec l'indication de la cause de l'acquisition et de son auteur. Mais, puisqu'il ne pouvait être laissé dans une position pire que celle de son adversaire, la même exigence s'imposait à celui-ci. Les effets de cette controverse ont débordé la procédure et donné lieu, indirectement, à la prescription acquisitive, comme mode d'acquisition de la propriété. Grâce à l'*interpretatio prudentium*, la règle procédurale s'est convertie en règle de droit matériel. Elle reçut le nom technique d'*usucapio* (prescription acquisitive), qui faisait allusion d'emblée à la forme primitive d'acquisition de la chose par son appréhension manuelle (*capio*) et sous les conditions établies par la loi des XII Tables pour la protection légale de celui qui la possédait (*usus*)<sup>30</sup>.

#### Exclusion des choses volées et dérobées

En cas de vol, la règle de l'*usus auctoritas* n'était pas appliquée. Ce serait la *lex Atinia*, de la fin du III<sup>e</sup> ou du commencement du II<sup>e</sup> siècle av. J.C., qui aurait établi son exclusion, avec ce

<sup>29</sup> IDEM, pp. 128-129.

<sup>30</sup> M. KASER, *Römisches Privatrecht*, § 25 II, p. 101 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 132 ; R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts*, I, p. 110 ; F. SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, n° 622, p. 355.

règlement : *Quod subruptum erit, nisi in potestate eius, cui subruptum est revertatur, eius rei aeterna auctoritas esto*. Quoique sans référence expresse, y était comprise la prohibition de l'*usucapio* des choses volées et, comme conséquence nécessaire, son assujettissement à l'*aeterna auctoritas*. Sur ce sujet il n'y avait aucun doute entre les juristes romains. La *Lex Plautia et Julia* étendit la même prohibition aux choses dérobées (*vi possessæ*)<sup>31</sup>.

L'empêchement ne se bornait pas à l'auteur du vol ou de la proie, mais il s'étendait à tous les acquéreurs successifs des choses volées ou dérobées. En ce temps-là, Rome n'était plus la petite commune des origines et, de ce fait, il n'était pas facile de retrouver la chose volée pendant le délai de l'*usucapio*. De son côté, le sens juridique était déjà plus raffiné, de telle sorte que la réprobation du dommage subi par la victime du vol était plus intense. Ce fait amenait à empêcher à jamais l'acquisition de l'auteur du délit et même celle de tous ses successeurs. La bonne foi ne profitait même pas à ceux-ci. Le vice empêchant la prescription acquisitive ne pouvait être purgé que par le retour de la chose auprès de son seigneur, alors même que celle-ci n'avait pas été soustraite directement à son pouvoir, du fait qu'elle se trouvait chez une autre personne qui en était légitimement détentrice<sup>32</sup>.

Il incombait au demandeur de prouver la qualité de *fur* du défendeur pour éviter que, par la voie d'une accusation perfide de *furtum*, il mît en échec l'effet de la règle de l'*usus auctoritas* favorisant le défendeur<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> M. KASER, *op. cit.*, § 25 I 2 b, p. 100 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 133 ; F. SERAFINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 1969, § 66, p. 282 ; Justinien, *Inst.* 2, 6, 2 : *Furtivæ quoque res et quæ vi possessæ sunt, nec si praedicto longo tempore bona fidei possessæ fuerint, usucapi possunt ; nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessorum lex Iulia et Plautia.*

<sup>32</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 135 et 138 ; P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Xa ed., Torino (s/date), § 90, p. 234 .

<sup>33</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 128.

### Les étrangers

L'*usus auctoritas* ne profitait pas aux étrangers (*hostes*) n'ayant pas le *commercium*, parce que la loi des XII Tables (3, 7) disposait : *Adversus hostem aeterna auctoritas*<sup>34</sup>.

### Étendue du concept de *Furtum*

A l'époque de la loi des XII Tables, l'appropriation indue n'était pas encore considérée comme un *furtum*. Ne laissent aucun doute sur ce point les deux actions existant à cette époque qui, autrement, ne seraient pas nécessaires. Ces actions étaient l'*actio in duplum* contre le dépositaire infidèle et l'*actio rationibus distrahendis* contre le tuteur ayant détourné les biens du pupille. Quoique l'infidélité de celui à qui la chose avait été confiée fût un délit spécial, elle n'était pas encore considérée comme *invito domino contrectare rem*. Puisque le maître, en livrant la chose au dépositaire, au commodataire, au locataire ou à un autre en situation juridique similaire, s'était volontairement dépouillé de l'*usus* (dont l'idée était encore intimement liée à celle d'avoir, d'user de la chose), il n'y avait pas lieu de penser qu'elle lui avait été dérobée. D'ailleurs, l'économie romaine de cette période était essentiellement domestique. De ce fait, la livraison des choses meubles en confiance n'était pas commune et, d'autre part, il était possible de choisir les personnes à qui on confiait et de les maintenir sous surveillance<sup>35</sup>.

Pendant, par la suite, le développement du commerce, des professions et la progressive utilisation de monnaie a effacé l'économie domestique fermée et imposé l'idée de la division du travail. Le commerce exigeait toujours plus que les choses fussent livrées à des tiers, pour les raisons les plus diverses, comme le louage, le dépôt, la conservation, le transport et bien d'autres. La possession était devenue abstraite, libre de l'élément physique. Elle n'était plus une simple relation de fait en dehors du droit et son exercice est devenu possible par l'intermédiaire d'une autre personne, dans

<sup>34</sup> M. KASER, *Römisches Privat Recht*, § 25 I 2 a, p. 100 ; FILIPPO SERAFINI, *op. cit.*, § 66, p. 282 ; B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1956, § 65, p. 284 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 127-128.

<sup>35</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 139-143.

l'intérêt de celui à qui appartenait les droits et les obligations correspondants. La possession entra dans le monde du droit<sup>36</sup>.

Ce concept de possession avait une connotation avant tout sociale, qui permettait au propriétaire de rester possesseur en dépit de la livraison temporaire de la chose à autrui. Gaius disait : *alieno nomine in possessione esse*<sup>37</sup>. Il devait conserver la chose pour le propriétaire. Sans rupture du principe *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*, le chemin était ouvert pour le clivage entre possession directe et indirecte que connaît le droit moderne.

Il en résulta naturellement l'insertion de l'appropriation indue dans le concept de *furtum*, par l'œuvre de la jurisprudence. La chose appropriée indument commença à être considérée *res furtiva*<sup>38</sup>. Mais l'appropriation indue n'avait lieu que lorsque le fiduciaire infidèle transmettait la chose à un tiers, par exemple, lorsqu'il la vendait et la livrait entre les mains de l'acheteur<sup>39</sup>. Alors seulement, elle anéantissait la *civilis possessio* du propriétaire. Il ne suffisait donc pas d'avoir l'intention de détourner la chose, trahissant ainsi la confiance reçue, mais la translation effective de la chose entre les mains du tiers était indispensable. Sans le *loco movere*, la *contractatio* n'avait pas lieu. Donc, il n'y avait *furtum*. Ceci ne se produisit qu'avec la livraison de la chose à l'acquéreur, c'est-à-dire avec détournement effectif qui seul réalisait le *furtum*<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Quoique Paul (D. 41, 2, 1, 3) ait dit que la possession ne serait pas une chose de droit, mais de fait (*eam enim rem facti, non iuris esse*), Ulpien (D. 41, 2, 1, 3) soutint qu'elle était non seulement matérielle, mais aussi juridique (*possessio non tantum corporis, sed iuris est*).

<sup>37</sup> GAIUS 4, 153 : *Possidere autem uidemur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerimus aut quibus commodauerimus aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere uidemur. Et hoc est, quod uolgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. Quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut, quamuis neque ipsi simus in possessione neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersuri inde discesserimus, retinere possessionem uideamur. Apisci uero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus; nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem apisci non possimus.*

<sup>38</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 143.

<sup>39</sup> IDEM, ps. 141-142.

<sup>40</sup> PAUL (D. 41, 2, 3, 18) dit : *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaueris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum*

Cette expansion du concept de *furtum* amena à pouvoir revendiquer des choses livrées de plein gré par leur propriétaire à celui qui se les était appropriées. Ces situations furent régies par la *Lex Atinia*. De ce fait, même l'acquéreur de bonne foi ne pouvait bénéficier de la prescription acquisitive. La possibilité de l'*usucapio* des meubles devint très restreinte et réduite à fort peu de cas, comme celui où la chose était livrée entre citoyens romains par voie de simple *traditio* et non pas par la *mancipatio* ; ou lorsque celui qui transmettait à un citoyen romain était un étranger, sans le *ius commercii* et qui, de ce fait, ne pouvait réaliser la *mancipatio*. Gaius mentionne quelques autres cas où le tiers de bonne foi ne pouvait bénéficier de l'*usucapio* puisque, l'intention de voler faisant défaut, il n'y avait pas *furtum*<sup>41</sup>.

#### Conditions de l'*usucapio*

Les éléments primitifs de l'*usucapio* étaient seulement le temps, comme condition positive, et l'inexistence de prohibition spécifique, comme condition négative. Cependant, peu à peu, la jurisprudence en ajouta d'autres :

*Res habilis* – Pour être objet de prescription acquisitive, la chose ne pouvait pas compter parmi les choses légalement défendues. Ainsi, elles ne pouvaient pas être au nombre des choses volées (*res furtivæ*) qui, vu le concept très large de *furtum*, comportaient toutes les choses indûment appropriées, jusqu'à l'esclave fugitif, considéré *fur sui*<sup>42</sup>. Étaient aussi exclues les choses dérobées (*res vi possessæ*), les choses interdites aux magistrats par la *lex Iulia repetundarum*, les choses de l'État (*res fiscales*), celles du Prince, des pupilles, des mineurs, des églises, et, d'une manière générale, toutes les choses inaliénables<sup>43</sup>.

---

*habeas, plerique veterum et sabinus et cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*

<sup>41</sup> On lit en GAIUS 2, 50 : *Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem uendit et tradidit, furtum committit ; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam uel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam, uendiderit aut donauerit, furtum non committit ; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partem etiam suam esse credens uendiderit aut donauerit, furtum non committit ; furtum enim sine affectu furandi non committitur. aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

<sup>42</sup> F. SCHULTZ, *op. cit.*, n° 623, p. 355.

<sup>43</sup> B. BIONDI, *op. cit.*, § 3, p. 257 ; P. BONFANTE, *op. cit.*, § 91, p. 289.

*Possessio* – La possession était la puissance de fait que quelqu'un exerçait sur une chose déterminée. Primitivement elle s'appelait *usus*<sup>44</sup>. *Possessio* est une dénomination postérieure, dérivée de *sedeo* (« être assis, demeurer »), ce qui montre une connotation immobilière, quoiqu'elle fût aussi utilisée pour les meubles<sup>45</sup>.

La *possessio* pouvait être exercée personnellement ou par l'intermédiaire d'autrui<sup>46</sup>, mais elle devait être une possession et non une simple détention.

*Iusta causa* ou *iustus titulus* – La *iusta causa* ou *iustus titulus*, comme élément de l'*usucapio*, était objet de controverses entre les juristes romains. Cependant, on pourrait dire qu'il s'agit de la relation juridique entre l'acquéreur et son auteur, qui puisse justifier, sous l'aspect formel, de l'acquisition de la chose. D'autre part, si l'aliénateur n'était pas le *dominus*, s'il n'avait pas le pouvoir d'aliéner (vice de fond), ou en cas de vice de forme, l'acte ne produisait pas d'effet translatif, mais constituait la justification de l'*usus*. En d'autres termes, il y avait *iusta causa* ou *iustus titulus* dans le fait ou acte juridique qui était susceptible *in abstracto* d'opérer le transfert de la propriété, mais n'amenait pas *in concreto* à ce résultat en raison d'un vice<sup>47</sup>. Comme règle, il devait être un *verus titulus*, mais on a admis ce que les commentateurs ont nommé le *titulus putativus*, c'est-à-dire un titre apparent à l'existence duquel l'intéressé a cru, bien qu'il n'existât pas réellement<sup>48</sup>.

La *iusta causa* ou *verus titulus* n'était pas une catégorie générale, mais ses espèces variaient conformément aux différents actes de transfert possibles : s'il y avait un contrat de vente, le titre était *pro emptore* ; en cas de donation, il était *pro donato* ; *pro legato* en cas de legs. Le titre *pro herede* pouvait provenir de la simple prise de possession de l'héritage par quelqu'un, quoiqu'il ne fût pas héritier, ce

<sup>44</sup> F. SCHULTZ, *op. cit.* ; B. BIONDI, *op. cit.*, p. 255.

<sup>45</sup> M. KASER, *Römisches Privatrecht*, § 19, II 2, p. 80 ; R. VON JHERRING, *Geist des Römischen Rechts*, III, § 47, p. 572, n. 776.

<sup>46</sup> GAIUS (D. 41, 2, 9) : *Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur.*

<sup>47</sup> F. SERAFINI, *op. cit.*, pp. 289-290.

<sup>48</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 155 et 158. Parmi les juristes qui, malgré l'opposition de Celse (D. 41, 3, 27), admettaient le titre putatif, se trouvaient Africain (D. 41, 4, 1) et Neratius (D. 41, 10, 5), mais P. BONFANTE, *op. cit.*, §91, p. 293 et U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 15, soutiennent que les textes d'Africain et Celse furent interpolés.

qui primitivement était toléré pour éviter que le retard dans l'adition d'hérédité ne portât préjudice au culte domestique et aux intérêts des créanciers<sup>49</sup>. L'acceptation de la chose en paiement donnait lieu au titre *pro soluto*. S'il manquait une qualification spéciale, on disait que le titre était *pro suo*<sup>50</sup>.

*Bona fides* – La bonne foi était un concept moral dont la loi reconnaissait la pertinence juridique<sup>51</sup>. On considérait de bonne foi celui qui avait conviction de ne porter préjudice à personne en prenant possession d'une chose, car il croyait l'avoir reçue de son propriétaire ou du représentant de celui-ci, ou du moins avec son consentement<sup>52</sup>. Cependant, il ne fallait pas croire que l'acte était apte à transférer la chose acquise. De ce fait, celui qui recevait la *res mancipi* par *traditio* ne laissait pas d'être considéré de bonne foi, quand il y avait la *iusta causa*. De la même façon, était considéré de bonne foi celui qui recevait d'une femme la chose que le mari lui avait donnée (celui-ci restant toutefois propriétaire, à cause de la prohibition des dons entre époux), parce que, dans ce cas, il y avait le consentement de celle-là<sup>53</sup>.

D'abord, la bonne foi n'était exigée qu'au moment de recevoir la possession de la chose. La règle était : *mala fides superveniens non nocet*. Cependant, en cas de vente, les Proculiens (en opposition aux Sabinien) exigeaient la présence de la bonne foi au moment du contrat, et non pas lors de la tradition et de la prise de possession. Justinien résolut la controverse de façon conciliatoire, en exigeant la bonne foi dans les deux cas.

*Tempus* – Le temps était l'exigence la plus fondamentale de l'*usucapio*. Cela découlait de son propre concept, comme acquisition de la propriété par la possession prolongée pendant le délai défini par la loi<sup>54</sup>. Selon la loi des XII Tables, il fallait deux années pour

<sup>49</sup> F. SCHULTZ, *op. cit.*, n° 628, p. 359 ; Gaius 2, 55 : *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

<sup>50</sup> B. BIONDI, *op. cit.*, § 65, p. 257.

<sup>51</sup> IDEM, p. 258.

<sup>52</sup> Modestin (D. 50, 16, 110) : *“bonae fidei emptor” esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*

<sup>53</sup> M. KASER, *op. cit.*, § 25 II c, p. 101.

<sup>54</sup> Modestin (D. 41, 3, 3) : *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit.*

l'*usucapio* des immeubles, mais une année suffisait pour les autres choses. Sous l'Empire, spécialement depuis Sévère, s'est développée une *exceptio*, ou *praescriptio, longae possessionis* - ou *longi temporis* - dont le délai était de dix ans *inter praesentes* (gens demeurant dans la même ville) et de vingt ans *inter absentes* (gens demeurant dans des villes différentes). Cette prescription, qui apparut dans la période du droit vulgaire post-classique, comme défense contre la revendication du propriétaire, devint une forme d'*usucapio*. Avec le temps, toutefois, elle disparut et fut remplacée par une *praescriptio* de quarante ans (réduits à trente ans par la suite), qui n'exigeait ni juste titre ni bonne foi. Justinien restaura les principes classiques de l'*usucapio*. Cependant, le terme *usucapio* (dont le délai était de trois ans) s'employait uniquement pour les meubles. Pour les immeubles, la désignation était *longi temporis praescriptio* et le délai était de dix ans *inter praesentes* (ceux qui demeuraient dans la même province, et pas seulement les habitants de la même ville) et de vingt ans *inter absentes* (les habitants de provinces différentes). La prescription de trente ans (ou parfois de quarante ans) s'est transformée en une modalité d'*usucapio extraordinaria*, avec le nom de *longissimi temporis praescriptio*, qui exigeait la *bona fides*, mais pas la *iusta causa*, et pouvait concerner aussi les choses volées.

#### *Synthèse*

Parmi les Romains, par l'œuvre des règles *nemo dat quod non habet* et *nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet*, on pouvait recevoir la propriété seulement de son seigneur ou de celui qui avait le pouvoir d'aliéner le bien. D'ailleurs, pour l'efficacité du transfert, l'effective livraison de la chose ne suffisait pas, mais il fallait aussi un fait ou acte, avec le rôle de *causa*, le plus souvent un contrat. De cette façon, il arrivait que l'acquisition efficace d'une chose puisse rencontrer ces deux obstacles :

- l'inexistence du domaine dans le chef de l'aliénateur ou du pouvoir de le transférer à un nouveau titulaire ;
- l'inexistence, le vice ou l'inefficacité du fait ou du contrat provoquant l'essor des mutations de la maîtrise des biens.

Pour pallier ces défauts, l'ordre juridique romain institua l'*usucapio*, qui favorisait l'acquéreur de bonne foi en lui permettant, sauf quelques exceptions, de devenir légitime *dominus* de la chose



quand il maintenait sa possession pendant le temps défini par la loi. De cette façon, il était possible de minimiser le sacrifice de la sécurité statique des relations juridiques déjà consolidées, lorsqu'il s'agissait d'une acquisition *a non domino*. En ce cas, même sans les garanties formelles de la *mancipatio* et de l'*in iure cessio*, ou sans preuve du titre ou de la cause, la sécurité dynamique des nouvelles situations, que le commerce juridique engendrait pouvait prévaloir grâce à la vertu curative de l'*usucapio*.

#### La *Gewere* germanique

Selon les sources allemandes médiévales, la *Gewere* était une relation externe de la personne vers la chose, reconnue par l'ordre juridique comme manifestation du droit de domaine<sup>55</sup>. Elle n'était donc pas qu'un simple fait ; elle était aussi un droit, au moins « le droit provisoire à l'exercice d'un droit réel présumé »<sup>56</sup>, dont la manifestation se produisait par l'action d'un pouvoir perceptible extérieurement sur une chose déterminée. Pour qu'elle fût efficace, il fallait qu'elle s'extériorisât et, pendant le temps où elle se manifestait sous l'apparence d'un droit, elle avait une efficacité juridique propre. En d'autres termes, la *Gewere* revêtait l'apparence d'un droit réel et, quoique ce droit n'appartînt pas à celui qui l'exerçait, parce qu'il s'agissait d'une simple relation factice de pouvoir, elle se superposait au vrai droit d'autrui. Cela découlait de ce que le domaine de fait, bien que sa légitimité fût très douteuse, équivalait toujours à un pouvoir et, cela, aucun ordre juridique ne pouvait le méconnaître. C'est pour cette raison qu'on attribuait à la *Gewere*, comme exercice de fait d'un droit sur la chose, une protection équivalente à celle que le droit correspondant conférait, s'il était véritable, tant que personne ne justifiait d'un meilleur droit sur la chose. La perception de tout ceci était toutefois plus ou moins inconsciente. C'est pourquoi l'opposition entre le droit réel effectif et la prévalence du simple pouvoir de fait n'était pas très visible<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht, II (Sachenrecht)*, § 113, Leipzig, 1895, p. 187 ; A. HEUSLER, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885-86, § 81, pp. 20 ss.

<sup>56</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 281 ; A. HEUSLER, *loc. cit.*

<sup>57</sup> BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, §54, Berlin, 1853, pp. 141 ss.

La *Gewere* avait quelques affinités avec la *possessio* romaine, mais les deux notions n'étaient pas totalement identiques. La *possessio* avait un élément spirituel (*animus domini*) et un élément matériel (*corpus*). L'*animus* manquant, il y avait une simple *detentio*, et non la *possessio*. Les Germains ne méprisaient pas l'élément volitif extériorisé par le pouvoir (*Gewere*) affirmé par le possesseur sur la chose<sup>58</sup>, mais ils n'attachaient pas beaucoup d'importance au pouvoir absolu du propriétaire, parce que le pouvoir relatif, consistant en la détention autonome de la chose, avait plus d'importance à leurs yeux. Quelqu'un pouvait avoir la *Gewere* même s'il connaissait et reconnaissait la propriété d'autrui sur la chose, ce qui, en droit romain, était réputé une simple *detentio*, comme dans les cas du fermage et du bail<sup>59</sup>.

#### *Teneur de la Gewere*

C'était celui qui jouissait de l'utilité de la chose, également des fruits naturels et civils, qui avait la *Gewere*. Selon les sources anciennes, c'est celui qui a le bien *in nut und geld* qui a la *Gewere*<sup>60</sup>. Mais ce n'était pas pour avoir la *Gewere* qu'on avait le droit à l'utilité de la chose ; à l'inverse, on avait la *Gewere* parce qu'on profitait de la chose avec droit ou sans droit<sup>61</sup>. Si le bien était un immeuble, la *Gewere* se manifestait par son utilisation économique (*brauchen*) ; s'agissant d'un meuble, c'était son maintien (*haben*) qui la manifestait, lorsqu'on exerçait sur elle une puissance physique.

#### *Espèces de Gewere*<sup>62</sup>

La *Gewere* caractérisée par la puissance matérielle sur la chose se qualifiait comme corporelle (*leibliche Gewere*) ; les sources la nommaient *hebbende* ou *brukende Gewere*.

Les immeubles comportaient aussi une *Gewere* incorporelle ou idéale (*ideelle Gewere*). Il était possible de ce fait que le domaine

<sup>58</sup> *Ibidem* ; de cette façon ne serait pas correct ce que J.-M. TRIGEAUD affirme, lorsqu'il dit que sur le terrain des effets la saisine était du tout identique à la possession romaine.

<sup>59</sup> O. VON GIERKE, *loc. cit.*

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.*

<sup>62</sup> Sur les diverses espèces de *Gewere*, O. VON GIERKE, *op. cit.* § 113, n° III, pp. 190 ss.

immobilier provint toujours d'une attribution originaire de la communauté, que contrôlait et garantissait son transfert. De cette manière, seul celui qui avait le domaine reconnu par une telle voie pouvait être maître de l'immeuble. L'investiture publique assurait aussi la *Gewere*, qui subsistait donc indépendamment du pouvoir matériel et se transmettait immédiatement aux héritiers du titulaire décédé selon la maxime : « le mort saisit le vif ». Du reste, cette *Gewere* ne s'éteignait pas par le retrait violent ou de quelque façon anti-juridique.

La *Gewere* exercée publiquement, constamment et sans conteste, se disait *rechte*. Originellement, la détention corporelle de la chose pendant trois jours suffisait pour consolider la *Gewere*, mais il fallait l'écoulement d'un an et un jour, sans réclamation du gène, pour purger la *Gewere* obtenue de manière illégitime. L'expiration du délai d'un an et un jour rendait aussi la *Gewere* légitimement obtenue très solide. À l'origine, cette légitimation arrivait par adjudication judiciaire, précédée des avis publics. Plus tard, cette formalité fut supprimée. Pour la défense judiciaire de la *Gewere*, il suffisait d'affirmer ce fait sous serment. Pour autant, la *Gewere* ne devenait pas absolument inattaquable, mais restait vulnérable vis-à-vis de la prétention du vrai titulaire.

À côté de la *Gewere* actuelle (*gegenwärtige*), il y avait la *Gewere* endormie (*ruhende*), c'est-à-dire celle mise hors de fonction par l'exclusion temporaire de l'utilité de la chose. De même, il y avait la *Gewere* en expectative (*anwartschaftliche*), dont l'existence était éventuelle ou conditionnelle, puisqu'elle dépendait de l'acquisition future de la puissance de fait sur la chose.

D'autres classifications de la *Gewere* faisaient état de quelques particularités comme : la pertinence du droit auquel elle se référait ; son extension ; son sujet individuel ou collectif ; et d'autres.

#### *Acquisition et perte*

La *Gewere* était acquise dès qu'il était possible d'exercer la puissance de fait sur la chose et d'en retirer l'utilité. Pour son transfert, il y avait un acte juridique entre-vifs, la succession *mortis causa*, ou l'adjudication. La *Gewere* de la chose obtenue par violence ou subrepticement s'obtenait seulement avec l'écoulement du délai d'un an et un jour, qui n'excluait pas la revendication judiciaire de la

chose. Mais, d'un autre côté, seule une décision judiciaire (*mit Urteil und Recht*) permettait de retirer la *Gewere* à celui qui l'avait reçue par une investiture régulière<sup>63</sup>.

#### *Défense*

La *Gewere*, comme exercice effectif et actuel du pouvoir sur la chose, assurait sa défense judiciaire par les actions appropriées et par l'auto-défense. Le titulaire pouvait défendre par sa propre force sa *Gewere* sur les biens meubles, ainsi que sur les immeubles.

Par rapport aux meubles, si la victime du vol trouvait le voleur chez elle, elle pouvait simplement le tuer. Cependant, s'il avait réussi à sortir, pour que l'*Anefang* (l'acte de récupérer la chose volée ou dérobée) puisse avoir lieu, il fallait réaliser d'abord le *Gerüft* ou *Gerücht*<sup>64</sup>. Ceci consistait en une bruyante proclamation, qui se réalisait avec l'aide des *Schreimänner* (hérauts). Les voisins de la victime jouaient généralement ce rôle. Avec leur aide, le seigneur cherchait le délinquant et, s'il le trouvait, il le prenait et aussitôt le présentait au tribunal avec la chose attachée sur le dos. Commençait alors le procès, nommé *Anefangsklage*. Devant le juge la victime, aidée par six personnes, jurait que la chose lui appartenait. Cela suffisait comme preuve du fait, peut-être parce qu'on ne pouvait pas concevoir la fausseté du serment d'un homme de bien, confirmé par six autres personnes, spécialement quand l'accusé était de mauvaise réputation. Il n'était permis à ce dernier de rien dire pour sa défense. Si l'accusation échouait, comme parce que la chose, le bétail spécialement, n'avait pas la marque de la victime, et seulement par l'*intertiatio*, c'est-à-dire l'indication d'une tierce personne de qui l'accusé avait acquis la chose, celui-ci pouvait se libérer du blâme de vol. Il devait chercher cette personne, qui pouvait indiquer l'aliénateur antérieur, et ainsi de suite. Si le possesseur avait acquis la chose d'une personne inconnue ou dont le lieu de séjour était ignoré, il pouvait en attester sous serment (*Verklarungseid*). Cependant, le seigneur jurait aussi, lui-même, que la publicité de la soustraction avait été faite pour établir la présomption de vol (*Gefährdungseid*). Pour ces serments, on observait un rituel qui avait quelque trait de magie et dont l'effet était

---

<sup>63</sup> O. VON GIERKE, *loc. cit.* ; A. HEUSLER, *loc. cit.*

<sup>64</sup> H. MEYER, *Gerüft, Handhaftverfahren und Anefang*, in ZSS 37 (1916), pp. 382 ss. ; R. HUEBNER, *A History of Germanic Private Law*, Boston, 1918, pp. 407 ss.

de libérer le possesseur de l'accusation de vol et de la vengeance du maître, à qui toutefois il devait livrer la chose<sup>65</sup>.

Cependant, le *Gerüft* pouvait avoir lieu également quand un certain temps s'était déjà écoulé depuis la soustraction de la chose et même quand il était devenu impossible de la récupérer. Dans ce cas, on amenait l'accusé pris avec une chose semblable attachée sur le dos et, aussitôt, se réalisaient les proclamations publiques. Cette mise en scène, suivie par les dits serments, valait comme preuve matérielle (*lipliche bewise*) du fait<sup>66</sup>.

Il était commun de faire la récupération de la chose par indication et même par l'œuvre de quelqu'un qui, de ce fait, avait droit à une prime, nommée *delatura* ou *meldfeoh* (*Meldvieh*). S'il y avait eu procès, on considérait que la restitution avait été faite par l'intermédiaire du juge et, de ce fait, il touchait également une rémunération (*schub* ou *Fürfang*<sup>67</sup>, *merces indicis*<sup>68</sup>).

Depuis le XV<sup>ème</sup> siècle, cette procédure a lieu de façon générale, non pas seulement pour les cas de soustraction de la chose, mais toutes les fois qu'il y a eu perte involontaire de la *Gewere*. Avec un serment corroboré par d'autres personnes, l'intéressé prouvait qu'il avait eu la possession de la chose et qu'elle n'était pas sortie de ses mains par sa propre volonté. Par cette voie, la publicité de la perte de la chose par vol s'est transformée en publicité de la *Gewere* antérieure, en faveur de la subsistance du droit correspondant de l'intéressé<sup>69</sup>. Donc, l'*Anefang*, qui était d'abord un moyen d'auto-défense pour la récupération par main propre de la *Gewere*, dont la violation constituait aussi un attentat contre la paix publique, est devenu également un moyen de récupération de choses dont l'enlèvement n'était déjà pas si évident, assujetti à des exigences plus rigoureuses<sup>70</sup>.

Il y a traces de pratiques similaires à l'*Anefang* des Germains entre les peuples anglo-saxons, nordiques et slaves, où il était nommé *lice*.

---

<sup>65</sup> H. MEYER, *loc. cit.*

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> J.-Chr. SCHMID, *Schwäbisches Wörterbuch*, 1844 (recherche par Internet); H. MEYER, *loc. cit.*

<sup>68</sup> J. GRIMM, *Deutsche Rechts Alterthümer*, p. 656 (recherche par Internet)

<sup>69</sup> H. MEYER, *loc. cit.*

<sup>70</sup> *Ibidem*; A. SCHULZE, *Publizität und Gewährung im Deutschen Fahrnisrecht*, in *Jherings Jahrbücher* 49 (1905), pp. 159 ss.

Sa ressemblance avec la *quæstio licio et lance* du droit romain et avec une institution similaire du droit hellénique amène à supposer que son origine aurait été commune entre les peuples indo-germaniques<sup>71</sup>.

Aux côtés de l'*Anefangsklage*, instaurée avec l'*Anefang*, il y avait une action simple (*schlichte Klage*), sans l'*Anefang*. Elle avait l'avantage de ne pas exposer le demandeur, en cas de défaite, aux peines prévues pour la saisie indue du défendeur et pour la fausse accusation. D'un autre côté, toutefois, compte tenu des singularités de la procédure germanique, elle était moins avantageuse en matière de preuve<sup>72</sup>.

#### *Effets*

Puisque la *Gewere* consistait dans le pouvoir de fait sur la chose, avec l'affirmation du droit correspondant sur elle, il était naturel de considérer que le possédant était également le maître de la chose. La conséquence en était la légitimation pour le transfert du droit réel. Le domaine formel amenait au pouvoir formel de disposition. La *Gewere* pouvait être transmise avec le même contenu et selon la même proportion du pouvoir de celui qui en disposait. Ce pouvoir ne trouvait pas obstacle dans le manque du pouvoir de disposition de l'aliénateur. Celui à qui elle était accordée obtenait aussi le droit dont elle constituait l'apparence. De cette apparence provenait la présomption de ce que le droit correspondant existait, avec toutes les conséquences attachées à ce droit. Cette présomption avait donc la vertu de faire que le droit correspondant à la *Gewere* existât effectivement pour l'acquéreur, même s'il n'en était que l'apparence dans la personne de l'aliénateur<sup>73</sup>.

Cependant, ceci n'arrivait que lorsque le vrai seigneur avait livré la chose à autrui et l'avait, de cette façon, spontanément laissée sortir de ses mains. Vis-à-vis des tiers, la *leibliche Gewere* régulièrement octroyée à une autre personne prêtait à cette dernière, en préjudice du vrai seigneur, l'apparence de légitimation concernant le droit qu'elle proclamait. C'était la conséquence juridique à laquelle conduisait naturellement l'idée primitive du droit de propriété, qu'on envisageait seulement où il était matériellement perceptible, comme puissance de

---

<sup>71</sup> H. MEYER, *loc. cit.*

<sup>72</sup> R. HUEBNER, *op. cit.*, § 58, I, 2, E, pp. 414-415.

<sup>73</sup> O. VON GIERKE, *op. cit.*, p. 208.

fait sur la chose<sup>74</sup>. Seul celui qui avait la possession extérieure et visible de la chose était réputé exercer le domaine sur elle. Lorsque le maître déplaçait cette position de soi vers une autre personne, à qui il livrait la chose, par exemple à cause de gage, de prêt ou de dépôt, la publicité du domaine disparaissait. De ce fait, par rapport à lui, la propriété devenait sans efficacité vis-à-vis d'un tiers, qui, trompé par l'apparence, avait acquis la chose de celui à qui elle avait été confiée<sup>75</sup>.

Néanmoins, cela n'avait aucun rapport avec la conception délictuelle du droit germanique au sujet des biens patrimoniaux. On donnait alors à la chose, qui était objet d'un crime contre le patrimoine, le nom de *duve*. Son concept, qui recouvrait toutes les formes d'appropriation indue de la chose d'autrui, était aussi large que la *res furtiva* du droit romain. De ce fait, il ne se bornait pas du tout à l'objet du vol (comme soustraction clandestine) ou de la proie (comme prise ostensible et violente de la chose), mais il s'étendait à l'appropriation indue par celui qui avait l'obligation de la restituer à son propriétaire. Il s'agissait, dans cette mesure, d'un concept assez flou, insuffisamment clair et défini. Par conséquent, il n'offrait pas d'appui sûr au régime juridique de la protection des droits réels sur les meubles. Une chose n'était pas revendicable, simplement parce qu'elle était une *duve*, et, dans l'hypothèse contraire, on ne pouvait pas exclure sans plus ni moins qu'elle fût revendiquée. Une telle solution n'avait aucun équivalent avec la conception juridique populaire ni avec les nécessités du commerce concernant la circulation des biens meubles. Il fallait en adopter une autre, basée sur ce que l'acte produisant la perte de la possession par le seigneur de la chose fut volontaire ou involontaire, pour lui assurer ou lui dénier le droit de revendiquer la chose. C'était la solution offerte par le *Sachsenspiegel*<sup>76</sup>. Elle fut accueillie par les droits de divers pays et fut finalement consolidée dans les adages: *Trau, schau, wem; Hand muss Hand wahren; Wo jemand seinen Glauben gelassen hat, da muss er ihn wieder suchen; Habe hat kein Gefolg; Mobilia non habente*

<sup>74</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 187 ; E. GOLDSCHMIDT, *Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, vol. 8, pp. 246 ss.

<sup>75</sup> A. SCHULZE, *op. cit.*, p. 166.

<sup>76</sup> E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 247-248.

*sequela*. Ces adages donnèrent origine à la fameuse règle du droit français : « En fait de meubles la possession vaut titre »<sup>77</sup>.

#### *Questions incertaines*

On doute de savoir si l'acquisition du tiers, qui a acquis la chose confiée par son seigneur à autrui, obtenait immédiatement la propriété, ou si l'ancien seigneur restait propriétaire. Du fait que, dans ces conditions, la possession du tiers était inattaquable, il apparaissait pratiquement comme le vrai propriétaire. S'il perdait la chose involontairement, on n'est pas sûr s'il pouvait la revendiquer de l'ancien seigneur. Cependant, dans les cas où la revendication était admise, l'acquéreur ne pouvait empêcher la restitution de la chose ni demander aucune indemnisation. Ni le titre ni la bonne foi ne lui profitaient<sup>78</sup>.

Maints cas demeuraient dans la zone de voisinage entre perte de possession volontaire et involontaire, comme la prise de possession des choses emportées par les eaux, ou des choses trouvées et pas annoncées publiquement, des choses livrées aux valets ou aux artisans pour être réparées, puisque ceux-ci travaillaient généralement dans les cours, sous la dépendance des maîtres ; quelques statuts permettaient la revendication contre les dépositaires, les commissaires et les tenants de professions analogues, qui reçoivent la chose pour la revendre<sup>79</sup>.

C'était une autre question controversée de savoir si seules les choses sorties de la possession du maître, sans sa volonté, pouvaient être revendiquées, ou si on pouvait aussi revendiquer celles qu'un tiers de mauvaise foi avait acquises de celui à qui elles avaient été confiées. Quelques-uns nient ceci, disant qu'en ce cas-là il n'y aurait eu un attentat contre la *leibliche Gewere* du maître, car elle serait déjà défaite par lui même, avec la livraison volontaire de la chose à celui qui a trahi sa confiance et contre qui il pourrait seulement agir en justice, sur le fondement du contrat. C'était la règle expresse et claire

---

<sup>77</sup> E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 248-251 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 184, qui est sévère pour ces adages, disant qu'ils protègent la *mala fides* du tiers acquéreur au préjudice de la *bona fides* du propriétaire qui confia la chose à celui qui a trahi sa confiance.

<sup>78</sup> E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 255-256 ; O. VON GIERKE, *op. cit.*, p. 208.

<sup>79</sup> E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 252-255.



du *Sachsenspiegel*<sup>80</sup>, mais il y avait aussi l'opinion selon laquelle le possesseur de bonne foi n'était pas obligé de restituer la chose quand il réussissait à prouver qu'elle avait été acquise de bonne foi au moins par l'un de ses auteurs<sup>81</sup>.

#### *Conclusion*

Pour résumer cet exposé, on pourrait dire que, dans le droit romain, c'était l'*usucapio* qui légitimait l'acquisition *a non domino*. Elle se fondait d'abord uniquement dans la possession (*usus*), exercée sur une *res habilis*, pendant le *tempus* défini par la loi. Plus tard, s'ajoutèrent à ces éléments primitifs la *iusta causa* ou *iustus titulus* et la *bona fides*. L'acquéreur devait donc être de bonne foi et posséder une chose susceptible d'être acquise par *usucapio*, et le titre de l'acquisition devait être juste, *i.e.* formellement idoine pour le transfert de la propriété.

Dans le droit germanique, la *Gewere* volontairement octroyée à celui qui aliénait la chose à l'acquéreur, suffisait pour que celui-ci fût son propriétaire ; il ne fallait ni titre, ni bonne foi, ni délai.

Les points de convergence entre les deux systèmes étaient que :

- tous deux veillaient à ce qu'aucune incertitude ne perdurât sur le domaine des choses, puisque, si les effets de la *Gewere* étaient immédiats, ceux de l'*usucapio* de l'ancien droit romain se produisaient dans un délai assez court ;
- les choses qui étaient sorties du pouvoir du maître, sans qu'il le voulût, étaient exclues de ce procès.

Au-dessus de tout, la fonction fondamentale des deux institutions était de suppléer le fait ou l'acte juridique, principalement le contrat, qui servait de titre ou cause pour le transfert des biens. On serait face au phénomène qu'aujourd'hui certains auteurs allemands, suivant Günther Haupt, nomment *faktisches Vertragsverhältnis*. Ce serait une relation juridique qui se forme comme s'il y avait un contrat, quoiqu'il n'y aût aucun contrat, du moins aucun contrat valide. Cependant, en dépit de cela, des conséquences juridiques similaires à celles produites par les contrats se produisent, basées simplement sur

---

<sup>80</sup> E. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 256.

<sup>81</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 177-178.

un fait ou sur un comportement plus spécifique<sup>82</sup>. S'agissant de l'*usucapio* et de la *Gewere*, ce fait serait la possession de la chose sans aucune opposition, comme si elle appartenait vraiment au possesseur.

---

<sup>82</sup> W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – II – Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992, p. 96.