

§ 282. — Actions réelles prétoriennes : — I. ACTION PUBLICIENNE.

On a déjà parlé, au § 265, de l'action publicienne (1), et de la fiction sur laquelle cette action repose; il faut maintenant compléter ce premier aperçu.

Comme sa formule l'indique si nettement, la publicienne n'est autre chose qu'une revendication fondée sur la supposition que, au moment où il a perdu la possession de la chose qu'il revendique, le demandeur aurait déjà accompli une usucapion qui n'était en réalité que commencée. Cette notion conduit naturellement à cette règle: que le demandeur par action publicienne doit, en général, prouver qu'il réunissait toutes les conditions requises pour l'usucapion, sauf la *durée* (2) de la possession dont cette action a précisément pour but de lui faire remise. Il faut donc que celui qui agit par publicienne prouve: — 1° que la chose était susceptible d'usucapion (3); — 2° qu'elle lui avait été livrée *ex justa causa*, c'est-à-dire avec

(1) Cette action est ainsi appelée du nom de son inventeur, le préteur Publicius, que l'on croit avoir été contemporain de Cicéron.

(2) On sait que l'usucapion s'accomplissait par une possession de *deux ans* pour les immeubles, et d'un an pour les meubles (Gaius, *Comm.* II, § 41).

(3) Voy. cependant, ci-après, le n° III du présent paragraphe.

l'intention de lui en transférer la propriété (1); — 3° enfin que lui, demandeur, était de *bonne foi* (2) au moment où cette tradition lui a été faite.

(1-2) Plusieurs auteurs pensent que la *justa causa* (ou *justus titulus*) et la *bonne foi* ne forment qu'une seule et même condition; ou, en d'autres termes, que la *justa causa* n'est que l'un des éléments de la bonne foi (Blondeau, *Chrestom.*, pag. 315 et 317. — Du Caurroy, *Instit. expliq.*, nos 375 et 377). M. Pellat y voit, au contraire, deux conditions distinctes (*Princip. génér. sur la prop.*, page 18, note 2). — Ces deux opinions diffèrent peut-être plus par les mots que par les choses. En effet, si j'ai bien compris l'opinion de MM. Blondeau et Du Caurroy, ces deux professeurs, en soutenant que la bonne foi est la seule condition requise, admettent en même temps que le possesseur doit en prouver l'existence; et que, pour ce faire, il faut qu'il établisse qu'il a acquis *ex justa causa*. D'après M. Pellat, celui qui invoque l'usucapion doit seulement prouver qu'il possède *ex justa causa*; mais il n'a pas à prouver sa bonne foi: la preuve de sa mauvaise foi est à la charge de son adversaire. Ainsi, tous sont donc d'accord sur ce point, que celui qui invoque l'usucapion doit prouver la *justa causa*; mais ils diffèrent en ce que, suivant MM. Blondeau et Du Caurroy, la preuve de la *justa causa* n'aurait d'autre but que d'arriver à celle de la bonne foi; tandis que, d'après M. Pellat, la bonne foi étant présumée, la preuve de la *justa causa* serait exigée pour elle-même, et sans égard à la bonne foi. Mais, s'il en est ainsi, quel si grand intérêt y a-t-il donc à distinguer si la présomption de bonne foi découle de la *justa causa*, ou si, au contraire, c'est une présomption ayant une existence indépendante? Le résultat pratique ne sera-t-il pas toujours le même? — Notre Code civil paraît en cette matière calqué sur le droit romain: il exige aussi *juste titre* et *bonne foi*; mais quant

Ainsi le but de la publicienne est d'assurer, par anticipation, à celui qui est en voie d'acquérir la propriété par usucapion, un avantage que le droit civil ne lui accorderait qu'au bout d'un an ou de deux ans. Habitué que nous sommes à des prescriptions de 10, 20 et 30 années, nous avons peine à comprendre que le prêteur ait pu sentir le besoin de venir au secours du possesseur, en abrégeant encore en sa faveur les délais, pourtant si courts, de l'usucapion romaine : ce fait s'explique par la remarque que l'action publicienne n'a jamais pour but de dépouiller, malgré lui, le propriétaire contre lequel court l'usucapion : nous allons le montrer en parcourant les diverses positions auxquelles s'applique cette action.

I. Ainsi qu'on l'a vu plus haut (§ 277), la tradition était insuffisante pour transférer la propriété des choses *mancipi* : en conséquence, alors même que la tradition d'une chose de cette nature avait été faite *par le propriétaire*, avec intention et pouvoir d'aliéner, la propriété quiritaire, et avec elle l'action en revendication, continuait à appartenir à l'auteur de la tradition, qui pouvait ainsi, dès le lendemain de l'aliénation, revendiquer, contre toute équité, ce qu'il avait vendu ou donné la veille. L'usucapion était sans doute un premier remède à ce mal, mais un remède bien

à la bonne foi, il la présume (Code civil, art. 2265 et suiv.). Il est fâcheux, seulement, que notre législateur n'ait pas donné plus de soin à la définition du *juste titre*.

imparfait; puisque l'acquéreur se trouvait ainsi livré, sans défense, pendant un an ou deux ans, aux injustes caprices de son vendeur. Un tel état de choses appelait l'intervention du prêteur; et l'exception *rei venditæ et traditæ* vint fournir au possesseur de la chose *mancipi*, livrée *a domino*, le moyen de repousser une revendication conforme à la rigueur du droit civil (1). — Mais l'exception n'est qu'un moyen de défense; et dès lors, si elle suffit à protéger celui qui possède, elle ne saurait jamais être employée par qui a cessé de posséder (§ 182). L'acquéreur par tradition d'une chose *mancipi*, qui en avait perdu la possession avant que l'usucapion fût accomplie, n'aurait donc eu aucun moyen (2) de la recouvrer, si le droit prétorien ne fût venu à son secours en créant l'action publicienne.

Considérée dans cette première application, l'action publicienne peut être intentée, avec un égal succès, contre tout possesseur. Si le possesseur se trouvait être le propriétaire même qui a fait la tradition, il pourrait opposer à la publicienne l'exception *justi domini*; mais le deman-

(1) Voir au Digeste le titre : *de Exceptione rei venditæ et traditæ*.

(2) Je suppose que l'acquéreur a perdu la possession *nec vi, nec clam, nec precario*; car, autrement, il pourrait, comme tout autre possesseur, la recouvrer, sans recourir à la publicienne, et au moyen des interdits possessoires, mais seulement contre ceux qui auraient usurpé *vi, clam* ou *precario*. (Voy. le chap. IV, ci-après.)

deur écarterait facilement cette exception, en faisant insérer dans la formule la réplique *rei venditæ et traditæ*. Ainsi, la circonstance que la chose a été vendue et livrée par le propriétaire vient toujours, tantôt comme exception, tantôt comme réplique, protéger efficacement celui auquel ces actes n'ont pu transférer le domaine quiritaire. — C'est ainsi que la possession, d'abord si fragile, résultant pour l'acquéreur de la tradition des choses *mancipi*, avait fini par être protégée tout aussi énergiquement que le domaine quiritaire lui-même, et 'était ainsi arrivée à former, sous le titre de *in bonis*, une véritable propriété du droit des gens.

Au temps de Justinien, l'*in bonis* n'étant plus distingué de l'*ex jure Quiritium*, cette première application, soit de l'usucapion, soit de la publicienne, ne présentait plus aucun sens (1) : aussi n'en retrouve-t-on dans le Digeste que les faibles tra-

(1) Cela a conduit Justinien à altérer le texte de l'édit, qui est ainsi rapporté au Digeste, L. 1, de *Public. in rem* : « Ait prætor : *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petit, judicium dabo.* » Il est évident que ces mots *non a domino* ont été interpolés. Cela résulte de trois raisons : — D'abord, sous cette forme, l'action publicienne n'aurait pas été applicable à celui qui avait la chose *in bonis* ; et cependant, selon toute vraisemblance, c'est pour ce cas précisément qu'elle fut introduite. — En second lieu, tous les termes de l'édit se trouvent longuement commentés dans la suite du titre, et il n'est rien dit des mots *non a domino*. — Enfin, et cela lève toute difficulté, le texte de Gaius, découvert à Vérone,

ces qui ont échappé à l'attention des compilateurs.

II. L'usucapion et l'action publicienne s'appliquaient à un second cas très-différent, celui où une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, avait été vendue et livrée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire (*a non domino vendita et tradita*). Naturellement l'action était alors d'une application plus restreinte que dans l'hypothèse qui vient d'être examinée ; car, si l'équité autorise à ne pas tenir compte des prétentions d'un propriétaire, quand, abusant d'une simple absence de forme, il entend revenir sur une aliénation librement consentie ; rien n'autorise à traiter de même le propriétaire qui, n'ayant jamais aliéné, aurait accidentellement perdu la possession de la chose dont un usurpateur aurait ensuite trafiqué. Dans ce cas, tant que l'usucapion ne sera pas accomplie au profit de l'acquéreur de bonne foi, je pourrai revendiquer contre lui, sans avoir à craindre l'exception *rei venditæ et traditæ*, qui n'a été imaginée que pour un cas tout différent. A plus forte raison, si la chose est revenue en ma possession, pourrai-je repousser victorieusement, par l'exception *justi domini*, l'action publicienne que l'acquéreur tenterait d'exercer contre moi.

En écartant même le légitime propriétaire, et en supposant que la publicienne soit dirigée contre un possesseur ordinaire, serait-il juste qu'elle

nous donne la formule de la publicienne, et les mots *non a domino* ne s'y rencontrent pas.

amenât toujours le triomphe de celui qui ne peut invoquer d'autre titre que celui-ci : « La chose m'a été vendue et livrée ? » Non, sans doute ; car il pourrait très-bien se faire que le possesseur attaqué eût lui-même acheté et reçu avec une égale bonne foi *a non domino* ? Les positions étant égales, auquel donner la préférence ? A cet égard, les jurisconsultes romains n'étaient pas bien d'accord. — Neratius donnait, dans tous les cas, la préférence à la tradition la plus ancienne. Julien, dont l'avis a été adopté par Ulpien, distinguait l'origine des deux acquisitions. La chose a-t-elle été vendue et livrée successivement aux deux acquéreurs par le même auteur (*ab eodem non domino*), il donnait la préférence à la tradition la plus ancienne. Les deux traditions émanent-elles d'auteurs différents, il maintenait le détenteur actuel, sans égard à l'antériorité (1). Il me paraît plus logique de préférer toujours le détenteur actuel. *In pari causa potior causa possidentis* ; cette parité ne me semble nullement altérée par l'antériorité de l'une des deux traditions : du moment que l'une et l'autre émanent également *a non domino*, l'antériorité n'a conféré aucun droit, hors la possession ; et la possession actuelle doit l'emporter sur une possession évanouie. Qu'importe d'ailleurs que les deux acquéreurs aient traité avec un même auteur ou avec des auteurs différents ?

(1) Neratius, L. 31, § 2, ff., de *Act. empt.* — Ulpian., L. 9, § 4, ff., de *Public. in rem.*

Quoi qu'il en soit, on voit que, relativement aux choses vendues et livrées *a non domino*, la publicienne, toujours inefficace contre le propriétaire, l'était même souvent encore contre un autre possesseur ayant titre et bonne foi : c'était donc seulement contre ceux qui auraient possédé sans cause ou sans bonne foi que la publicienne assurait le triomphe du demandeur.

III. Jusqu'ici on a vu l'usucapion et la publicienne soumises aux mêmes conditions, comme deux institutions dont l'une serait seulement destinée à compléter l'autre. Ce parallélisme n'est pas absolu ; car la publicienne pouvait être aussi exercée pour des choses non susceptibles d'usucapion, et notamment pour les servitudes personnelles ou prédiales, rurales ou urbaines, dont la loi Scribonia avait prohibé l'acquisition par usucapion (1). Pothier explique cette anomalie en disant que si les servitudes ne pouvaient être acquises par usucapion, elles pouvaient du moins l'être par la possession *longi temporis* (2). Mais cette explication n'est nullement satisfaisante : d'abord, parce que l'édit qui a établi l'action publicienne se sert positivement du mot *usucaptum*, et non des mots *longo tempore possessum* ; ensuite, parce que, à la différence de l'usucapion, la longue possession ne faisait pas acquérir un droit positif proprement dit, mais donnait seulement un interdit ou une action

(1) Paul., L. 4, § 29, de *Usucap.*

(2) Pothier, *ad Pand.*, de *Public. in rem*, n° XIV.

utile pour protéger la possession (1). La difficulté serait expliquée plus logiquement, soit en supposant que l'application de la publicienne aux servitudes avait été déjà établie avant la loi Scribonia, et que cette loi n'a pas voulu détruire un usage établi (2); soit en supposant, ce qui me semble plus vraisemblable, que, relativement aux servitudes, l'action publicienne n'était qu'une action utile, donnée par extension, *ob utilitatem publicam*.

IV. Après avoir indiqué les divers rapports auxquels s'appliquait la publicienne, il reste à faire quelques dernières observations sur l'utilité pratique de cette action.

Bien qu'elle eût été imaginée en faveur de ceux qui n'avaient point la propriété quiritaire, elle devait être fort souvent utile à ceux-là mêmes qui avaient acquis cette propriété. En effet, pour agir avec succès par la revendication proprement dite, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore être en mesure de le prouver. Or, cette preuve est difficile; et même, à parler rigoureusement, elle n'est presque jamais complètement possible. Prouver que la chose m'a été transférée par l'un

(1) Ulpian., L. 11, § 2, ff., de *Public. in rem*. — L. 10, Si *serv. vindic.* — Scævola, L. 26, ff., de *Aqu. et aq. plu.*

(2) On ne connaît exactement ni la date de la loi Scribonia ni celle de l'édit de Publicius : on croit que la loi Scribonia est de l'an 720 de Rome, c'est-à-dire dix ans après la mort de Cicéron : elle pourrait donc être antérieure à l'édit (voy. page 142, note 1).

des modes réglés par la loi, ce n'est point prouver que je suis devenu propriétaire; car, pour cela, il faudrait qu'il fût d'ors et déjà constant que mon auteur l'était lui-même; à son égard, la même difficulté oblige à remonter à l'auteur précédent, et ainsi de suite jusqu'au premier occupant. Il est vrai qu'en remontant suffisamment, on arrive le plus souvent à se placer sous la protection de l'usucapion; mais l'usucapion ne se constitue pas seulement de conditions positives susceptibles de tomber en preuve, elle est encore subordonnée à des conditions négatives (1), à l'égard desquelles toute preuve est impraticable. Enfin, alors même que tous ces points seraient éclaircis, la preuve offrirait encore une lacune; car qui peut répondre que mon auteur, avant de consentir l'aliénation dont je me prévau, ne s'était pas déjà dépouillé par une aliénation antérieure, restée secrète? — La preuve mathématique de la propriété étant donc impossible (2), on a été

(1) Par exemple, en droit romain, l'usucapion ne pouvait s'accomplir par aucun laps de temps sur les choses volées, ou dont la prise de possession était entachée de violence (§ 2, *Instit., de Usucap.*). En France, certaines choses sont imprescriptibles (C. C., 2226); et relativement aux choses prescriptibles elles-mêmes, le cours de la prescription peut se trouver suspendu pendant un temps indéfini par un enchaînement de *minorités* et de constitutions dotales (C. C., 2252, 2255).

(2) Il faut excepter, en effet, un petit nombre de cas dans lesquels l'acquéreur obtient immédiatement la propriété, alors même que son auteur ne serait pas proprié-

conduit, dans la pratique judiciaire, à considérer cette preuve comme suffisamment faite, du moment que le demandeur a prouvé qu'il s'est accompli à son profit l'un des événements qui, habituellement, font acquérir la propriété. A vrai dire, cependant, c'est là bien moins une preuve qu'une présomption; mais c'est une présomption telle qu'elle doit l'emporter sur la simple possession du défendeur. Il est bien entendu, au reste, que celui-ci est admissible *de plano* à combattre la preuve du demandeur, en établissant l'existence des causes qui, dans chaque espèce, ont pu empêcher que l'événement translatif de propriété, invoqué par le demandeur, ne produisît son effet ordinaire.

Au reste, même en la ramenant ainsi dans les termes de ce qui est praticable, la preuve de la propriété était encore assez difficile, pour que l'acquéreur, même le plus légitime, dût souvent désirer de s'en épargner l'embarras : on laissait donc souvent de côté la revendication pour recourir à la publicienne. Si le résultat de cette dernière est moins satisfaisant, moins complet, en ce sens qu'elle ne conduit pas, comme la revendication, à une déclaration de propriété en faveur du de-

---

taire : telles étaient, d'après une constitution de Zénon, les ventes faites par le fisc (§ 14, Instit., *de Usucap.*); et, en France, les ventes de biens nationaux (Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 94. — Voir, cependant, un arrêt de cassation du 26 décembre 1825).

mandeur, elle est d'un usage bien plus commode, puisque, pour obtenir gain de cause au moyen de la publicienne, il suffit au demandeur de prouver que la chose lui a été *vendue et livrée*, deux faits dont la preuve ne peut offrir de difficulté sérieuse.

A ce sujet, on peut se demander quel est, en droit français, le véritable caractère de notre revendication de propriété, et à quoi elle ressemble le plus, de la publicienne ou de la revendication romaine? — D'abord il est certain que, d'après notre Code civil, la preuve de la propriété est plus difficile encore qu'elle ne l'était en droit romain : dès qu'on admet que la propriété peut être transférée, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute tradition ou transcription<sup>(1)</sup>, par la seule vertu d'un contrat clandestin, il est par trop évident qu'en saine logique le contrat d'acquisition établit à peine une présomption de propriété au profit de celui qui le produit. Cependant, malgré cet état de choses, ou plutôt à cause de lui, notre pratique n'a pu se montrer rigoureuse au sujet des preuves à administrer par le demandeur en revendication : ainsi, en général<sup>(2)</sup>, le revendiquant gagne son procès par cela seul qu'il prouve que la chose lui a été vendue, donnée ou

---

(1) Voyez, ci-dessus, § 274, n° III, pag. 58 et suiv.

(2) Je dis *en général*, car le possesseur peut avoir des titres qui balancent ceux du demandeur : on se trouve alors dans une position analogue à celle dont il a été question à la fin du n° II de ce paragraphe.

aliénée à tout autre titre. Sous ce rapport, notre action pétitoire de propriété paraît bien plus ressembler à la publicienne qu'à la revendication des Romains. Il n'en est rien cependant : dans la publicienne, le demandeur aurait pu avouer impunément que son auteur n'était point propriétaire; tandis qu'en France, si le demandeur au pétitoire avait l'imprudence de faire un tel aveu, ou si le défendeur pouvait établir ce fait, la demande serait inévitablement repoussée; à moins, bien entendu, que le demandeur n'eût, par lui-même, possédé assez longtemps pour prescrire. Notre action pétitoire est donc bien une revendication proprement dite, en ce sens que celui qui l'intente doit prétendre à la propriété (*intendere rem suam esse*); mais, en réalité, on se contente de preuves si peu rigoureuses, que cette revendication n'est pas plus gênante que ne l'était à Rome l'action publicienne.

§ 283. — Actions réelles prétoriennes : — II. ACTION CONTRE-PUBLICIENNE.

La fiction sur laquelle repose la publicienne étend le principe de l'usucapion, puisqu'elle en fait jouir, par anticipation, un demandeur qui, en réalité, n'a point usucapé. L'action dont nous avons maintenant à nous occuper a un but tout contraire, à savoir, de restreindre le principe de l'usucapion dans diverses circonstances, où cette manière d'acquérir conduirait à des résultats ini-

ques. A cet effet, et à l'aide d'une fiction inverse de la précédente, le prêteur tient pour non avenue l'usucapion accomplie au profit du possesseur, et permet à l'ancien propriétaire de revendiquer, comme si l'usucapion n'eût pas transféré la propriété à celui contre lequel l'action est intentée (1). La contre-publicienne reçoit deux applications très-distinctes.

I. Le premier cas est celui où l'usucapion se serait accomplie au préjudice d'un propriétaire absent ou empêché par un motif légitime. L'ex-propriétaire, ainsi dépouillé, sera admis par le prêteur à revendiquer la chose comme si elle n'eût pas été usucapée (*rescissa usucapione*). Toutefois, s'il est équitable de venir au secours de celui qui n'a pas pu agir, il ne serait pas juste de déroger aux principes du droit civil en faveur de l'homme qui, pouvant réclamer en temps utile, aurait laissé, par une négligence blâmable, l'usucapion s'accomplir à son préjudice. En conséquence, sont seuls admis à revendiquer par contre-publicienne ceux qui étaient absents pour un service public, ou qui étaient retenus par une crainte raisonnable, les prisonniers de guerre, les hommes libres, indûment retenus comme esclaves, enfin, généralement, ceux qui sont détenus d'une manière quelcon-

(1) §§ 3 et 5, *Instit.*, de *Actionib.* — Cf. § 265, n° 4. — Quelques commentateurs ont donné à l'action que nous appelons contre-publicienne le nom d'action publicienne *rescisoire*.

que (1). Sous ce rapport, notre Code civil est plus sévère que le droit prétorien ; car s'il admet la maxime *Contra non valentem agere non currit prescriptio*, c'est seulement au profit des mineurs et de la femme mariée dans un petit nombre de cas ; l'absence du propriétaire, même pour un service public, sa captivité, et les autres obstacles qui peuvent l'empêcher d'agir, ne sont considérés ni comme interrompant le cours de la prescription, ni même comme autorisant une action en rescision de l'usucapion accomplie (2). Cette différence entre les deux droits s'explique d'ailleurs facilement par l'inégalité des délais de l'usucapion. A Rome, où l'usucapion s'accomplissait par un an ou deux ans, le propriétaire se trouvait bien plus souvent victime de l'usucapion qu'il ne peut l'être chez nous, où la prescription exige dix, vingt ou trente ans de possession.

II. Des considérations d'équité d'une nature analogue avaient aussi fait accorder la contre-publienne dans une situation entièrement différente, celle où l'usucapion s'était accomplie au profit d'un absent, au préjudice d'un présent. Pour comprendre cette seconde application de la contre-publienne, il faut se rappeler une lacune de la procédure romaine déjà signalée dans cet ouvrage au § 195 : nous y avons vu que le droit

(1) Ulpian., L. 1, § 1 ; L. 10 et L. 15, ff., *Ex quib. causis maj.* — Callistrat., L. 2, § 1 ; L. 9 ; L. 11, L. 14, *cod. tit.*

(2) C. C., 2251 et suiv.

civil ne donnait aucun moyen d'obtenir une action, ni par conséquent un jugement, contre celui dont on ne pouvait rencontrer la personne. En supposant donc qu'un individu, qui possédait la chose d'autrui (1), fût absent pour une cause quelconque (2), légitime ou illégitime, ou que même il se cachât pour se soustraire à l'action qu'il soupçonnait devoir être dirigée contre lui par le propriétaire, ce dernier n'aurait eu aucun moyen (3) d'empêcher l'usucapion de s'accomplir à son préjudice, au profit d'un possesseur contre lequel il n'était pas possible d'agir. Or, si l'usucapion paraît contraire à l'équité, lorsqu'elle s'est accomplie en l'absence et par le fait du propriétaire, à plus forte raison doit-elle paraître inique, alors que c'est par le fait même du défendeur que le propriétaire n'a pu revendiquer. En conséquence, et nonobstant l'usucapion (*rescissa usucapione*), le prêteur admet l'ex-propriétaire à revendiquer, comme si la chose n'eût pas été usucapée (4).

(1) Par exemple, par ses esclaves.

(2) Les Institutes citent notamment le cas où le possesseur serait prisonnier chez l'ennemi : cet exemple est mal choisi ; car, dans ce cas, l'usucapion étant interrompue (Paul., L. 11, ff., *de Usucap.*), le secours de la contre-publienne est inutile. — Il en était autrement cependant lorsque l'esclave du prisonnier de guerre possédait la chose d'autrui à titre de *pécule*. Labeo, L. 29, ff., *de Captiv.*

(3) Voyez cependant ce qui est dit, ci-après, de la *missio in possessionem*.

(4) Ulpian., L. 1, § 1 ; L. 21, pr., §§ 1 et 2 ; L. 23, pr., et