Document generated on 04/24/2024 2:34 p.m.

Revue du notariat

DE QUELQUES INVARIABLES DE LA POSSESSION : LA POSSESSION TRANSSYSTÉMIQUE

Yaëll EMERICH

Volume 113, Number 2, September 2011

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1044778ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1044778ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)
2369-6184 (digital)

Explore this journal

Cite this article

EMERICH, Y. (2011). DE QUELQUES INVARIABLES DE LA POSSESSION : LA POSSESSION TRANSSYSTÉMIQUE. *Revue du notariat*, *113*(2), 299–333. https://doi.org/10.7202/1044778ar

Tous droits réservés © Yaëll Emerich, 2012

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

DE QUELQUES INVARIABLES DE LA POSSESSION : LA POSSESSION TRANSSYSTÉMIQUE

Yaëll EMERICH*

INTRODUCTION 301

1. LE FAIT ET LE DROIT 303

1.1 La possession comme fait en droit civil 303

1.2 La possession comme droit en common law ? 307

1.3 Vers un rapprochement des traditions. 313

2. LES MANIFESTATIONS DE LA POSSESSION 316

2.1 *Corpus* et *animus* en droit civil et en common law 317

2.2 Le débat entre Savigny et Ihéring 320

3. L'ESSENCE DE LA POSSESSION 324

3.1 Rose et la possession comme communication 325

3.2 Saleilles et la possession comme apparence de droit 326

3.3 Conceptualisation transsystémique de la possession. 327

CONCLUSION 332

* Yaëll EMERICH, Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université McGill.
L'auteure tient à remercier M. Xavier Phaneuf-Jolicœur, M. Jean-Thomas Brière et M. Steven Jégou pour leur aide au titre d'assistants de recherche.

INTRODUCTION

La possession exerce une étrange fascination sur les juristes, tant dans les systèmes romano-germaniques que dans la tradition de common law[1]. Alors qu'en droit civil, le Doyen Carbonnier dépeignait la possession comme conférant au possesseur « une série de béatitudes »[2], en common law, on l'a décrite comme une notion aussi difficile à définir qu'essentielle[3], naturelle[4] voire vitale pour l'homme[5], à un point tel qu'elle aurait pu se développer dans des sociétés préjuridiques, même en dehors de tout ordre ou structure sociale[6]. On a également remarqué, faisant ainsi le lien avec la philosophie de Hegel, que la possession mérite d'être protégée, car l'objet, une fois approprié par l'individu, fait partie de la sphère de sa volonté[7]. Encore plus souvent, on a invoqué Locke pour justifier la possession, celle-ci étant alors analysée comme la récompense d'un travail utile[8].

Néanmoins, selon certains auteurs, trouver une définition qui tiendrait compte de l'ensemble des acceptions du mot, valable pour toutes les traditions juridiques, serait demander l'impossible[9]. On a coutume d'opposer la tradition civiliste à la tradition de common law, en insistant sur la différence dans la façon dont ces traditions juridiques envisagent le rapport entre propriété et possession. À côté d'une distinction tranchée entre le fait et le droit, qui serait

1. D.R. HARRIS, « The Concept of Possession in English Law », dans Anthony Gordon GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 69.
2. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, « Les biens, les obligations », coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2004, nº 784, p. 1720.
3. Frederick POLLOCK et Robert S. WRIGHT, *Possession in the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1888, p. 3.
4. Jeffrey Evans STAKE, « The Property "Instinct" », dans Semir ZEKI et Oliver GOODENOUGH (dir.), *Law & the brain*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 185, dans lequel l'auteur défend l'idée selon laquelle il y aurait un fondement scientifique voire génétique à la possession, ainsi qu'un sens commun de la possession, fondé sur la nature.
5. John W. SALMOND et Patrick J. FITZGERALD, *Salmond on Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1966, p. 265 : « few relationships are as vital to man as that of possession ».
6. En ce sens : J.W. SALMOND et P.J. FITZGERALD, préc., note 5, p. 266.
7. Sur l'importance de HEGEL dans la théorie de la possession, voir : Oliver W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown and Co., 1881, p. 118.

caractéristique de la tradition civiliste, la common law aurait une vision beaucoup plus fusionnelle de la propriété et de la possession, l'une et l'autre étant indissociablement liées. Pourtant, la notion de possession est-elle aussi totalement et essentiellement différente dans les traditions civilistes et dans les traditions de common law que ce qui est souvent présenté ?

Dans un contexte de droit mondialisé et sujet aux questions d'harmonisation entre les traditions juridiques, est-il possible de penser et de construire une notion de possession qui soit transsystémique, autrement dit, au-delà des spécificités propres à chaque tradition juridique ? Peut-on identifier des invariables ou des grandes tendances dans la notion de possession en droit civil et en common law ? D'un point de vue méthodologique, il s'agit de tenter de dépasser une recherche ponctuelle et pratique sur la possession pour mieux comprendre le droit comme phénomène intégré et social[10]. Une telle possibilité serait d'autant plus pertinente que la notion de possession est essentielle en droit et pour les sociétés humaines, et qu'elle entretient une relation intime avec le concept de propriété, également fondamental pour les relations humaines.

Cet article a pour objectif principal de montrer qu'il est parfaitement possible d'identifier une notion de possession transsystémique, qui soit fonctionnelle et, autant que faire se peut, commune aux traditions de droit civil et de common law[11]. Par-delà la posses-

---

8. John LOCKE, *Two Treatises of Government*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 29.
9. J.W. SALMOND et P.J. FITZGERALD, préc., note 5, p. 268 : « to look for a definition [...] that will summarize the meanings of the term « possession » in ordinary language, in all areas of law and in all legal systems, is to ask for the impossible ».
10. Voir notamment, à propos de l'interdisciplinarité : Isobel M. FINDLAY, « Just Expression : Interdisciplining the Law and Literature », (2000) 63 *Saskatchewan Law Review* 49. Sur le transsystémisme : Harry W. ARTHURS, « Law and Learning in an Era of Globalization », (2009) 10 *German Law Journal* 639 ; Daniel JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », (2000) 52 *Revue Internationale de Droit Comparé* 781 ; Roderick A. MACDONALD, « The National Law Programme at McGill : Origins, Establishment, Prospects », (1990) 13 *Dalhousie Law Journal* 211 ; Glenn H. PATRICK, « Doin' the Transsystemics: Legal Systems and Legal traditions », (2005) 50 *McGill Law Journal* 863 ; Richard JANDA, « Toward Cosmopolitan Law », (2005) 50 *McGill Law Journal* 275 ; Shauna VAN PRAAGH, « Preface Navigating the Transsystemic : A Course Syllabus », (2005) 50 *McGill Law Journal* 701 ; Nicholas KASIRER, « Legal Education as *Metissage* », (2003) 78 *Tulane Law Review* 481.
11. Nous nous appuierons principalement dans cet article sur le droit civil québécois et français et sur la common law canadienne et anglaise.

sion du droit civil ou de la common law, nous tenterons de dégager une notion de la possession qui réponde aux principales fonctions de la possession, tant en matière mobilière qu'immobilière, dans ces deux traditions. Pour ce faire, l'article s'appuiera sur une perspective interdisciplinaire, tirée du courant droit et littérature et plus spécifiquement des travaux de Carol Rose, qui ont suggéré que la possession de la common law doit avant tout être envisagée comme une communication. Nous tenterons de montrer, en utilisant notamment les travaux de Raymond Saleilles, que cela vaut aussi, au moins en partie, pour le droit civil.

Nous montrerons d'abord que l'histoire du lien entre possession et propriété est celle d'une séparation progressive entre ces deux concepts, plus ou moins aboutie mais néanmoins présente dans les deux traditions. Nous verrons aussi que la définition de la possession comme la réunion d'un *corpus* et d'un *animus* est présente dans les deux traditions même si une telle définition est impuissante à cerner la véritable essence de la possession. Ainsi, après avoir rendu compte du lien entre la possession et la propriété en droit civil et en common law pour montrer que l'opposition entre les deux traditions à ce sujet n'est pas aussi tranchée que ce qui a parfois été soutenu (1), on évoquera les manifestations de la possession transsystémique, autrement dit, les deux éléments caractéristiques de la possession que sont le *corpus* et l'*animus* (2), avant de rendre compte de ce qui nous paraît être l'essence de la possession transsystémique (3).

1. LE FAIT ET LE DROIT

L'impression première peut être celle d'une opposition nette entre une notion relativement unitaire de la possession en droit civil – la possession étant alors décrite comme un fait détaché de la propriété – (1.1), et une notion plutôt éclatée de la possession en common law – la possession étant largement en symbiose avec la propriété (1.2). Nous tenterons toutefois de montrer que l'opposition entre la possession vue comme un fait en droit civil et la possession vue comme un droit en common law mérite d'être nuancée (1.3).

1.1 La possession comme fait en droit civil

La loi elle-même définit la possession. L'article 2192 du *Code civil du Bas Canada* la définissait, de façon similaire au Code Napo-

léon, comme la détention d'une chose ou la jouissance d'un droit[12]. Aujourd'hui, l'article 921 du *Code civil du Québec* dispose désormais que la possession est « l'*exercice de fait,* par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, *d'un droit réel dont on se veut titulaire* »[13]. Il est courant en droit civil de décrire la possession comme un fait et de la distinguer du droit de propriété[14] : alors que la première est le fait, soulignait le Doyen Carbonnier, le second est le droit[15]. Des auteurs comme Mazeaud et Chabas renchérissent en notant que la possession est « un simple pouvoir de fait : elle s'oppose à la propriété et aux autres droits réels, qui confèrent à leur titulaire un pouvoir de droit »[16]. La doctrine québécoise va dans le même sens, en affirmant que la possession est un fait, distinct du droit de propriété[17].

---

12. L'article 2192 C.c.B.C., qui reprenait les termes de l'article 2228 du Code Napoléon, disposait que : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Voir notamment sur la définition de la possession sous l'ancien code : Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 49 ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, nº 498, p. 199. La terminologie du C.c.B.C., comme celle du Code civil français, référait expressément à la fois à la détention matérielle d'une chose et à la jouissance d'un droit.
13. Nos italiques. Voir : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 921, p. 542 : « [c]et article reprend en substance les articles 2192 et 2194 C.c.B.C. Le mot « possession » est désormais employé dans le Code pour désigner exclusivement la possession juridique [et] le mot « détention » est employé pour désigner la possession qualifiée de précaire ou naturelle ». Voir aussi sur cette réforme : Denys-Claude LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil – Personnes, successions, biens*, t. I, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 465 ; François FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *Cahier de Droit* 991.
14. Voir déjà chez ROUSSEAU : « [...] *il faut bien distinguer* la liberté naturelle qui n'a de bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale, et *la possession qui n'est que l'effet de la force ou le droit du premier occupant, de la propriété qui ne peut être fondée que sur un titre positif* » : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1966, p. 55-56.
15. J. CARBONNIER, préc., note 2, nº 780, p. 1713-1714.
16. Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, « Biens – Droit de propriété et ses démembrements », 6e éd. par François GIANVITI, Paris, Montchrestien, 1984, p. 150. Voir aussi Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, 3e éd., Paris, Éditions juridiques associées, 2007, p. 137, qui voient dans la possession « l'exercice de fait d'un droit, qu'on en soit ou non titulaire ». Voir également : François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2002, nº 139.
17. P.-C. LAFOND, préc., note 12, nº 502, p. 200 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 299 ; Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 5.

Plus précisément, une double tendance s'observe dans les définitions doctrinales de la possession, tant en droit civil québécois qu'en droit civil français. Selon une première approche, la possession est décrite dans un sens relativement strict et unitaire comme étant très proche de la propriété. Ainsi, selon le Doyen Normand, la possession est « un pouvoir physique exercé par une personne sur un bien »[18]. Dans une sensibilité proche, le Doyen Carbonnier estime que la possession est « la *maîtrise de fait, le pouvoir physique exercé sur une chose* »[19]. Selon une seconde tendance doctrinale, il conviendrait de distinguer un double sens à la possession, selon que la définition adoptée est stricte ou large. Ainsi, le professeur Lafond estime que la possession désigne d'une part « la maîtrise matérielle d'une chose que l'on a, par soi-même ou par un autre, avec l'intention d'avoir cette chose pour soi, comme propriétaire ». D'autre part, elle désigne « le fait d'exercer [...] les prérogatives d'un droit avec la volonté de se comporter comme titulaire de ce droit »[20].

Le *Vocabulaire juridique* Cornu propose également une double définition de la possession, qui peut être vue, dans un premier sens, comme un « pouvoir de fait (*corpus*, détention matérielle) exercé sur une chose avec l'intention de s'en affirmer le maître (*animus domini*) [...] », ou bien, dans un second sens, comme un « pouvoir de fait consistant à exercer sur une chose des prérogatives correspondant à un droit réel autre que la propriété (ex. à se comporter en usufruitier ou en bénéficiaire d'une servitude) avec l'intention de s'affirmer titulaire de ce droit (*animus*) »[21]. En droit civil français comme en droit civil québécois, on retrouve donc une propension à distinguer une notion stricte de possession, visant spécifiquement la propriété, et une notion plus large de possession, visant l'exercice d'un droit réel quelconque.

La possession est souvent également distinguée de la détention, que l'on nomme parfois détention précaire, possession précaire ou encore possession naturelle[22]. Si l'ancienne définition du Code

18. S. NORMAND, préc., note 17, p. 299.
19. J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1714.
20. P.-C. LAFOND, préc., note 12, nº 503, p. 201.
21. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., Paris, P.U.F., 2005, vº possession.
22. Voir P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 242. Voir aussi : Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1997, nº 443, p. 649, selon lesquels, alors que la possession civile (souvent décrite en droit civil comme la seule véritable forme de possession en droit civil) exige du possesseur

(à suivre...)

civil québécois et l'actuelle définition du Code civil français référaient expressément, sous la terminologie « possession », à la détention matérielle d'une chose et à la jouissance d'un droit, la définition du *Code civil du Québec* réserve désormais la notion de possession à la possession juridique[23]. La détention comporte, à l'instar de la possession, un *corpus*[24]. Toutefois, à la différence du possesseur, le détenteur n'a pas l'*animus domini*, n'ayant pas la volonté de s'affirmer propriétaire[25]. Tel est le cas, par exemple, du locataire qui n'est pas considéré en droit civil comme un possesseur mais comme un simple détenteur : bien qu'il occupe l'appartement loué et qu'il en ait la maîtrise, il reconnaît le droit réel du propriétaire et n'a pas l'*animus domini*. Il n'en est donc pas à proprement parler possesseur, mais simple détenteur[26].

Il ressort des développements qui précèdent que la possession, en droit civil, peut être définie comme un *pouvoir de fait exercé sur un bien avec l'intention de s'en affirmer propriétaire.* Dans un sens plus large, elle désigne *l'exercice de fait d'un droit réel quelconque dont on se veut titulaire.* Quelle que soit la définition adoptée, la possession civiliste comporte un aspect matériel (*corpus*) et intentionnel (*animus*)[27] et elle est généralement analysée comme un fait, par opposition au droit de propriété.

(...suite)
qu'il possède « avec l'âme d'un propriétaire, *animo domini,* pour que sa possession puisse produire des effets au plan de la propriété », « [p]oint n'est besoin en revanche de conserver une telle exigence lorsqu'il s'agit simplement de faire produire effet au seul acte de possession, détaché de tout titre », comme c'est le cas dans la possession naturelle.

23. P.-C. LAFOND, préc., note 12, nº 504, p. 201.
24. J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1723 ; S. NORMAND, préc., note 17, p. 304 ; P.-C. LAFOND, préc., note 12, nº 627, p. 242 ; Gérard CORNU, *Droit civil, Introduction – Les personnes – Les biens*, 12e éd., Paris, Montchrestien, 2005, nº 1140 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 16, nº 153.
25. J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1723.
26. En ce sens : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 16, p. 153 ; S. NORMAND, préc., note 17, p. 304. Voir aussi : John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, nº 268.
27. Voir la section 2.1 *infra.*

1.2 La possession comme droit en common law ?

En common law, la possession est décrite comme à la fois fuyante[28] et omnipotente[29]. Il s'agit en effet d'une notion ambiguë[30], répondant à plusieurs définitions distinctes selon le contexte[31]. La diversité de la terminologie utilisée par les juristes anglo-saxons témoigne d'ailleurs de la difficulté qu'il y a à en cerner l'étendue[32]. Cela explique sans doute que, selon certains auteurs, la common law n'a jamais atteint une définition de la possession qui soit exhaustive et complète[33]. On trouve pourtant en doctrine plusieurs définitions traditionnelles de la possession et des auteurs ont admis que le concept peut être clarifié, au moins d'un point de vue fonctionnel[34]. On peut citer ici Pollock et Wright, selon lesquels il est possible de rendre compte d'une théorie de la possession en common law, même si elle s'est développée au moyen de plusieurs recours ou actions protégeant la possession[35]. Pour ces auteurs, la possession peut être définie comme une relation juridique entre un

---

28. Sur la difficulté de définir la possession, voir notamment : J.W. SALMOND et P.J. FITZGERALD, préc., note 5, p. 288. Voir aussi : Kevin GRAY et Susan F. GRAY, *Elements of Land Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 198.
29. Voir sur ce point : *Corp. of Kingston upon Hull* c. *Horner*, [1774] Lofft. 576, 591, [1774] 98 E.R. 807, 815 (j. Lord Mansfield). Voir aussi : Bruce ZIFF, *Principles of Property Law*, 5e éd., Toronto, Carswell, 2010, p. 131.
30. Voir par exemple : Lord HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 35, Londres, Butterworths, 1994, no 1211, p. 732.
31. Xavier THUNIS et François VAN DER MENSBRUGGHE, « À la recherche de la « possession » en droit anglais », (2000) 1 *Revue internationale de droit comparé* 77, 78. Voir aussi : *Lifestyles Kitchens et Bath.* c. *Danbury Sales Inc.*, 1999 CarswellOnt 2594 (S.C.J.), par. 12.
32. C'est ainsi que la terminologie « possession » se retrouve dans plusieurs expressions, telles que *legal possession*, *de facto possession*, *right to possession*, ou encore *actual possession*, *to take possession*, *interest in possession*, *estate in possession*, etc.
33. *United States of America & Republic of France* c. *Dollfus Mieg*, [1952] A.C. 582, 605, [1952] All E.R. 572 (j. Earl Jowitt), repris dans A.E.S. TAY, « The Concept of Possession in the Common Law : Foundations for a New Approach », (1963-1964) 4 *Melbourne University Law Review* 476, 493. Dans le même sens : D.R. HARRIS, préc., note 1, p. 69.
34. Voir en ce sens : Albert S. THAYER, « Possession », (1905) 18 *Harvard Law Review* 196 ; Burke SHARTEL, « Meanings of Possession », (1932) 16 *Minnesota Law Review* 611, 612.
35. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 2 : « [a] doctrine of possession exists, but it was developed by means of various remedies for wrongs to possessory rights, and was long thought of wholly or mainly as determining the conditions of those remedies ».

individu et un bien, distincte de la propriété, même si les deux concepts peuvent coïncider[36].

De façon plus précise, selon le *Halsbury's Laws of England*, la possession désigne un certain degré de contrôle sur une chose avec l'intention d'en exclure les tiers[37]. On trouve également une définition de la possession relativement proche dans un article intitulé « *The Idea of Possession* », paru dans la *Harvard Law Review* au début du XXe siècle, dans lequel Albert Thayer a défini la possession comme un pouvoir absolu d'agir sur une chose, en même temps qu'un pouvoir absolu d'exclure les autres de toute action sur cette chose[38]. Plus récemment, la doctrine contemporaine canadienne a pu identifier un sens fort de la possession, impliquant un contrôle physique sur une chose doublé d'une intention d'exclure les tiers[39], même si un tel schéma ne se retrouve pas nécessairement dans toutes les situations[40]. Sans doute peut-on percevoir dans ce sens fort de la possession en common law une forme de pendant à la définition stricte de la possession en droit civil, l'intention d'exclure les tiers pouvant s'analyser comme une variante de l'intention de s'affirmer propriétaire[41].

---

36. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 3 : « Yet, as the name of Possession is in these and other ways one of the most important in our books, so it is one of the most ambiguous. Its legal senses (for they are several) overlap the popular sense, and even the popular sense includes the assumption of matters of fact which are not always easy to verify ».
37. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1211, p. 732. Rapprocher avec Marie-France PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, coll. « bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, nº 160, p. 113, selon laquelle la possession en common law peut minimalement être définie comme le « rapport grâce auquel une personne exerce un *contrôle effectif*, direct ou par l'intermédiaire d'une autre personne, potentiel ou symbolique, *sur une chose avec l'intention d'en exclure les autres* » (nos italiques).
38. A. S. THAYER, préc., note 34, p. 196 : « To possess is to have absolute power of dealing with the thing oneself and absolute power of excluding the action of everybody else ».
39. B. ZIFF, préc., note 29, p. 118.
40. *Ibid.*
41. Sur l'importance de l'exclusion en matière de propriété, voir notamment : William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Londres, Cavendish Publishing, 2001, p. 2 ; J.E. PENNER, « The Bundle of Rights Picture of Property », (1996) 43 *U.C.L.A. Law Review* 711. Voir aussi : Thomas MERRILL, « Property and the Right to Exclude », (1998) 77 *Nebraska Law Review* 730 : « the right to exclude is the s*ine qua non* of property ». Voir également sur le sujet : Larissa KATZ, « Exclusion and Exclusivity in Property Law », (2008) 58 *University of Toronto Law Journal* 275 ; Yaëll EMERICH, « Propriété relation et exclusivité : étude de droit comparé », (2009) 4 *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1841, 1850.

Les auteurs de common law distinguent fréquemment la possession de fait de la possession de droit[42]. La possession de fait (*de facto possession* ou *possession in fact)* réfère à un « contrôle physique effectif »[43], ou encore à une « simple maîtrise factuelle »[44] et correspond à la notion civiliste de détention[45]. Quant à la possession de droit (*legal possession* ou *possession in law*), qui est une possession reconnue et protégée par le droit[46], elle est fondée sur la « reconnaissance juridique de ce fait »[47]. Pour que la possession soit qualifiée de possession de droit, elle doit impérativement être accompagnée d'une revendication juridique[48]. La possession de droit découle donc de la possession factuelle, à laquelle on ajouterait un élément mental. Autrement dit, l'intention d'exercer un contrôle exclusif et unique sur une chose que l'on possède physiquement emporte la possession de droit[49].

La possession de droit et la possession de fait se confondent jusqu'à un certain point, puisque la possession de droit est souvent simplement décrite comme le fait d'être considéré comme possesseur aux yeux du droit[50]. S'il est vrai qu'en principe la possession de droit suppose l'existence d'une possession de fait[51], ce n'est pas toujours le cas, si bien que les deux concepts demeurent distincts. En effet, tout comme le droit civil admet la possession *corpore alieno*, ou par l'intermédiaire d'autrui, et la possession symbolique[52], en com-

42. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 19.
43. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1211, p. 732.
44. Jacques VANDERLINDEN, Gérard SNOW et Donald POIRIER, *La common law de A à Z*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, vº possession.
45. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 8. La possession de fait, le contrôle physique et la détention seraient ainsi des synonymes selon ces auteurs. Voir aussi sur la distinction entre la notion de « custody » et celle de « juridical possession » : O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 124 et 132 ; Marjorie L. BENSON, Marie-Ann BOWDEN et Dwight NEWMAN, *Understanding Property: A Guide to Canada's Property* Law, 2e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2008, p. 24.
46. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1211, p. 732.
47. J. VANDERLINDEN, G. SNOW et D. POIRIER, préc., note 44, vº possession.
48. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 9.
49. *Ibid.*, p. 11.
50. B. SHARTEL, préc., note 34, p. 612.
51. O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 122 ; F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 11 : « Possession in fact is *prima facie* evidence of possession in law ».
52. Voir notamment sur la possession *corpore alieno* en droit civil : Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2010, p. 163 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 16, p. 141-142. Voir aussi : *Primeau* c. *Cardinal*, [1992] R.D.I 472 (C.S.) : le possesseur peut exercer la maîtrise de fait par le truchement d'une autre personne qui détient le bien pour lui (possession *corpore alieno*). Sur la possession symbolique en droit civil, voir notamment : Patrice JOURDAIN, *Les biens*, Paris, Dalloz, 1995, p. 20 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 16, p. 151.

mon law, une possession juridique peut exister sans possession *de facto*[53]. Tel est le cas d'une possession symbolique/*symbolic possession*[54] et, selon certains auteurs, d'une possession par l'intermédiaire d'autrui/*constructive possession*[55]. L'exemple typique d'une possession de droit est celui du propriétaire qui exerce une possession de fait, dans l'intention d'exclure toute interférence non autorisée. Dans une telle hypothèse, une seule personne exerce à la fois la possession de fait et la possession de droit[56]. Un voleur peut néanmoins avoir la possession de droit, même si elle est illégitime[57], le véritable propriétaire ayant seulement dans ce cas le droit à la possession/*right to possess*[58].

Le *right to possess* peut exister séparément de la possession de fait et de la possession de droit[59]. On parle ainsi de droit à la posses-

---

53. Gérard SNOW, *Les biens : Généralités – Biens personnels*, vol. 11, coll. « Common law en poche », Bruxelles, Cowansville, Bruyant, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 8. Voir aussi : X. THUNIS et F. VAN DER MENSBRUGGHE, préc., note 31, p. 84 : « Si la possession implique généralement le contrôle effectif par le possesseur lui-même, il arrive toutefois que la possession soit exercée de façon symbolique (*symbolic possession*) ou par l'intermédiaire d'autrui (*constructive possession*) ».
54. Sur la possession symbolique en common law : *State* c. *Thomas*, 1st Dist. nº C-020282, 2003-Ohio-1185 ; F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 2, p. 131.
55. Voir notamment sur la possession par l'intermédiaire d'autrui ou *constructive possession* en common law : *United States of America and Republic of France* c. *Dollfus Mieg et Compagnie SA and Bank of England*, [1952] A.C. 582, [1952] 1 All E.R. 572, 8 ; *Fletcher* c. *Storoschuk et al.*, [1981] 22 R.P.R. 75, [1981] 35 O.R. (2d) 722, [1981] 128 D.L.R. (3d) 59, 1981 CarswellOnt 549, par. 30. Albert H. OOSTERHOFF et Wesley B. RAYNER, *Anger and Honsberger Law of Real Property*, 2e éd., vol. 2, Aurora (ON), Canada Law Book, 1985, p. 1513 ; Leeanna IZUEL, « Property Owners' Constructive Possession of Treasure Trove: Rethinking the Finders Keepers Rule », (1991) 38 *U.C.L.A. Law Review* 1659, 1700-1702. Le concept de *constructive possession*, cependant, peut porter à confusion puisque certains auteurs le considèrent comme un autre visage du *right to possess* : F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 2, p. 14. Pour ces auteurs, le terme *constructive possession* fait référence aux fictions créées lorsque l'un des éléments de la possession (physique ou mental) fait défaut. Par exemple, un employeur pourrait être considéré en *constructive possession* d'un bien qu'il ne possède pas physiquement, mais qui est entre les mains de son employé. De même, un *adverse possessor* peut avoir la *constructive possession* de tout un terrain alors qu'il n'a eu de contrôle réel que sur une partie de celui-ci. Voir aussi sur ce point : B. ZIFF, préc., note 28, p. 133.
56. Voir F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 2, p. 17.
57. Voir F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 2, p. 14. Voir aussi sur ce point : *Halsbury's Laws of England*, préc., note 28, nº 1212, p. 734 ; B. ZIFF, préc., note 27, p. 134.
58. Voir *infra* sur ce concept de droit à la possession.
59. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 2, p. 14.

sion pour désigner la situation où une personne a le droit de revendiquer une possession, soit quand elle l'a perdu (une hypothèse typique étant celle du prêt d'un bien), soit lorsqu'elle ne l'a pas encore (comme dans l'hypothèse d'une vente d'un bien non encore livré)[60]. Par exemple, un propriétaire qui a perdu son bien ou se l'est fait voler sans droit, garde néanmoins le droit à la possession/*the right to possess*[61]. Au contraire, si le propriétaire a donné son bien à bail, ou qu'il a constitué un gage sur ce bien, ce droit à la possession est temporairement suspendu[62]. Finalement, dans le cas de la possession d'un fonds de terre, la common law octroie en principe au propriétaire foncier un droit à la possession sur les biens et effets attachés ou enfouis sous son fonds[63]. Au tableau qui oppose possession de fait et possession de droit, il semble donc inévitable d'ajouter le droit à la possession/*right to possession* ou *right to possess*, parfois traduit comme droit de possession ou possession (tout court), ce qui a pour effet d'augmenter les confusions en la matière et de rapprocher d'autant la possession de la propriété. Pris en ce sens, le droit à la possession peut être analysé comme un attribut de la propriété[64].

Ainsi, alors que la possession de fait désigne le contrôle effectif sur la chose, tel qu'il résulte de la situation de fait, la possession de

---

60. G. SNOW, préc., note 52, p. 8-9.
61. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1216, p. 737 ; F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 27. Voir aussi Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Londres, Cavendish Publishing, 2001, p. 160 ; Mary Jane MOSSMAN et William F. FLANAGAN, *Property Law : Cases and Commentary*, 2e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 2004, p. 125.
62. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 93. Voir aussi pour une analyse de décisions qui distinguent possession et droit de possession : William W. BUCKLAND et Arnold D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1965, p. 79.
63. Ceci à la condition toutefois qu'ils ne soient pas possédés par un tiers détenant un meilleur titre : F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 20 ; Leeana IZUEL, « Property Owners' Constructive Possession of Treasure Trove: Rethinking the Finders Keepers Rule », (1991) 38 *U.C.L.A. Law Review* 1659, 1683.
64. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1213, p. 735 : « The word "possession" is sometimes used inaccurately as synonymous with the right to possession [...]. This right to possess is a *normal incident of ownership*, but an owner's right to possess may be temporarily suspended, as, for example, where he has bailed the goods to a bailee for a term, and, conversely, the right to possession may exist temporarily in one who is not the owner, for example a bailee » (nos italiques). Voir aussi : Alan M. SINCLAIR et Margaret M. McCALLUM, *An Introduction to Real Property Law*, 5e éd., Toronto, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 20 : « One of the rights in the bundle of rights and obligations that makes up ownership is the right to immediate possession ».

droit exige non seulement que le possesseur ait le contrôle effectif de la chose, mais aussi qu'il prétende à un meilleur droit à la possession[65]. Quant à ce qui est parfois désigné comme le droit à la possession, il participe de la nature de la propriété[66] et peut ainsi être vu comme un titre, ou à tout le moins comme une prétention à un titre[67]. Cela explique sans doute que certains auteurs aient parlé de « degrés de la possession » pour désigner les situations de possession de fait, de possession de droit et de droit à la possession[68]. La notion de degré de possession est surtout avancée par ceux qui invoquent l'idée de la relativité du titre, souvent présentée comme caractéristique en common law. Ainsi, la doctrine a pu estimer que le concept même de possession montre que le titre sur un bien est toujours relatif à la valeur des prétentions des autres par rapport à ce bien[69]. Du côté de la jurisprudence, l'affaire *Costello* c. *Chief Constable of Derbyshire Constabulary*[70] a rappelé que la possession d'une automobile par un présumé voleur lui donne un titre de possession valable contre le monde entier, sauf contre le propriétaire qui est seul à avoir un meilleur titre[71]. Ainsi, la possession de la common law se mesurerait-elle toujours par degrés, relativement aux titres des autres. On peut toutefois se demander si une telle analyse ne constitue pas la simple réminiscence du lien fort entre propriété et possession.

---

65. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, n°s 175-176, p. 119.
66. Voir Anthony M. HONORÉ « Ownership », dans Anthony G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 113. Voir aussi : F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 66.
67. Voir M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, n° 177, p. 120 : « Le droit à la possession est ainsi un titre, à savoir une prétention à la possession de la chose. Toutefois, ce titre qui peut être acquis en prenant possession est relatif ».
68. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, n° 174, p. 119. Voir par exemple W.W. BUCKLAND et A.D. McNAIR, préc., note 62, p. 67. Voir aussi : Larissa KATZ, « The Moral Paradox of Adverse Possession : Sovereignty and Revolution in Property Law », (2010) 55 *McGill Law Journal* 47, par. 17, selon laquelle l'approche de la common law quant à la prescription acquisitive/ *adverse possession* suggère une différence de degré plutôt que de type entre la position du propriétaire et celle du possesseur, ce qui est contraire à une vision 'robuste' ou absolue de la propriété.
69. Mary Jane MOSSMAN et William F. FLANAGAN, *Property Law*, 2e éd, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2004, p 95. Voir aussi : H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, préc., note 55, p. 1404 : « title to land, as to chattels, is essentially relative and hierarchical in nature ».
70. *Costello* c. *Chief Constable of Derbyshire Constabulary*, 2001 E.W.C.A. Civ 381, [2001] 3 All E.R. 150, [2001] 1 WLR 1437, [2001] 2 Lloyd's Rep 216.
71. *Ibid.*, par. 3.

1.3 Vers un rapprochement des traditions

Nous avons vu plus haut que le droit civil oppose volontiers la possession comme fait au droit de propriété[72]. Au contraire, on a souvent invoqué le fait que la common law n'a jamais vraiment distingué la possession de la propriété[73]. Ainsi, selon Buckland, dès le droit romain, la propriété était nettement distincte de la possession, puisque la propriété désignait le titre, contrairement à la possession qui référait à la jouissance actuelle[74]. Pour cet auteur, cela représente une situation très différente de celle de la common law[75].

Il est vrai que d'un point de vue historique, la notion de propriété/*ownership* est relativement récente en common law[76]. Pendant longtemps, c'est la notion de possession qui a dominé le droit anglais des biens. Plus précisément, s'agissant de la relation à la terre, ou aux biens réels ou immobiliers, c'est la notion de possession de fait/*de facto possession*, autrefois appelée saisine[77], qui a joué un rôle essentiel[78]. Cela explique sans doute une certaine confusion doctrinale entre les deux notions, que l'on retrouve notamment chez des auteurs comme Holmes et Pollock[79]. C'est ainsi que pour Holmes, la possession est proche de la propriété, puisque l'une et l'autre sont protégées par une seule et même action, l'*action of ejectment*[80]. Simplement, alors que le propriétaire peut

72. Voir toutefois pour une analyse de la possession en un droit : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, Paris, Imprimerie générale, 1878, nº 479. Voir sur ce point : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, p. 655.
73. Ainsi la propriété est-elle souvent décrite comme un droit relatif et, plus précisément comme le meilleur droit à la possession. Voir par ex. : Robert MEGGARY et William WADE, *The Law of Real Property*, 5e éd., Londres, Stevens, 1984, p. 104 ; Robin HICKEY, *Property and the Law of Finders*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 123.
74. W.W. BUCKLAND et A.D. McNAIR, préc., note 62, p. 62.
75. *Ibid.*, p. 66.
76. Andrew REEVE, « The Meaning and Definition of "Property" in Seventeenth-Century England », (1980) 89 *Past and Present* 139.
77. Voir notamment sur la saisine : F.W. MAITLAND, « The Mystery of Seisin », (1886) 2 *Law Quarterly Review* 481. Voir aussi : David W. LAMBDEN, « The Concept of Adverse Possession : The Land Surveying Perspective (Part One) », (1993) 32(2) *Real Property Reports* 29. Rapprocher avec le droit civil : F. ZENATI- CASTAING et T. REVET, préc., note 22, p. 652 : « Au départ, comme dans tout droit primitif, la maîtrise juridique des biens ne se dissocie pas de leur possession. Telle est la signification initiale de la saisine ».
78. K. GRAY et S.F. GRAY, préc., note 27, p. 197.
79. En ce sens : Olivier RADLEY-GARDNER, « Civilized Squatting », (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies* 727.
80. Charles RUNNINGTON, *A Treatise on the Action of Ejectment*, Londres, W. Strahan et M. Woodfall, 1781, p. 9 et s.

exclure tout le monde, le possesseur peut exclure tout le monde sauf le propriétaire. Dans une sensibilité proche, Pollock avait défini la possession comme étant une forme de titre/« *a kind of title* »[81], autrement dit, une propriété relative puisqu'elle peut s'exercer contre tous sauf le propriétaire. Pourtant, de plus en plus, la propriété s'est détachée de la possession en common law.

Si, historiquement, l'importance de la saisine a fait en sorte que l'on avait tendance à analyser les droits sur la terre en termes de possession plutôt qu'en termes de titre de propriété[82], cette époque est désormais révolue. Au début des années soixante dix, Salmond différenciait la possession de la propriété, moins difficile à cerner par son caractère plus permanent, ultime et résiduel : contrairement à la propriété, qui consiste en un ensemble de droits, écrivait-il, la possession peut se définir comme un ensemble de faits et de gestes[83]. Cette tendance se confirme dans la doctrine actuelle, qui oppose de plus en plus couramment la possession, vue comme une relation factuelle, à la propriété ou au titre, décrit comme un concept plus abstrait[84].

La jurisprudence a d'ailleurs précisé que l'*animus possidendi* doit être distingué de l'*animus domini*, même si les deux notions peuvent coïncider dans certains cas. L'arrêt *Buckinghamshire County Council* c. *Moran* a ainsi précisé que l'*animus possidendi* ne doit pas être confondu avec l'intention d'avoir un droit de propriété, ou même celle de l'obtenir dans le futur[85]. En effet, dans le cadre de la possession, l'*animus* ne réfère qu'à l'intention de posséder, à l'exclusion de toute autre personne. On retrouve une approche similaire dans l'arrêt *Bridges* c. *Hawkeworth*[86], qui a pour sa part précisé qu'un commerçant ne peut avoir l'*animus domini* sur un bien perdu dans l'enceinte de son commerce s'il n'a pas connaissance de l'existence de ce bien. Toutefois, si le commerçant arrive à démontrer qu'il avait l'intention générale d'exclure les tiers de son emplacement (et par extension du bien perdu), la Cour pourra conclure qu'il avait un *animus possidendi* suffisant pour satisfaire l'élément subjectif requis pour la reconnaissance d'une protection possessoire.

---

81. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 10.
82. Voir K. GRAY et S. GRAY, préc., note 28, p. 200 ; F.W. MAITLAND, préc., note 77, p. 481.
83. J.W. SALMOND et P.J. FITZGERALD, préc., note 5, p. 266.
84. K. GRAY et S. GRAY, préc., note 28, p. 205-206.
85. *Buckinghamshire County Council* c. *Moran*, [1989] 2 All E.R. 225.
86. [1851] 21 L.J.Q.B. 75, [1851] 15 Jur. 1079.

Cela confirme donc que la possession est désormais distincte de la propriété en common law.

Par ailleurs, en droit civil, l'opposition entre possession et propriété est loin d'être aussi absolue qu'on pourrait le penser. Historiquement d'une part, le droit civil n'a pas toujours nettement distingué la possession de la propriété. En droit romain, le lien entre le droit et le fait était très étroit[87] et la possession ne s'est que progressivement détachée de la propriété, le fait s'étant peu à peu autonomisé du droit[88]. D'un point de vue théorique d'autre part, le lien entre les deux concepts n'a jamais été totalement rompu[89]. Aujourd'hui encore, la possession est l'apparence et l'indice de la propriété, en même temps qu'elle peut donner un titre de propriété lorsque certaines conditions sont réunies[90]. Il est donc faux de dire qu'en droit civil le fait de possession n'a rien à voir avec le droit de propriété. Le Doyen Carbonnier lui-même mentionnait que la possession « n'est sans doute pas un *pur* fait »[91] et que la possession se présente en

87. P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit : les biens*, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1957, p. 83 : « [...] à un moment où les institutions sont encore loin d'être classées et étiquetées, le rôle de la possession est considérable, les rapports de fait sont à la base de la plupart des actes juridiques ». Voir aussi, sur l'idée selon laquelle la possession permettait de concilier le principe du formalisme avec celui du consensualisme, comme en témoignent, dans le domaine immobilier, l'importance de la remise de la chose ou, dans le domaine mobilier, l'importance de la prise de possession : P. ORTSCHEIDT, *La possession en droit civil français et allemand*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université Strasbourg III, 1977, p. 32. Voir enfin : Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, n°s 276 et s.
88. Voir Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 197 : « [...] la différenciation entre possession et propriété s'est faite *graduellement*. Déjà en droit romain classique, la possession pouvait être définie de manière distincte de la propriété et exprimer l'idée qu'il s'agissait d'un élément de fait. Pour décrire la possession, le juriste Labéon prenait l'exemple d'une personne assise sur une chaise. Peu importe son droit d'être assis sur la chaise, tant qu'il y est, il la possède. C'est ainsi que tant que j'assoie ma puissance sur l'objet, j'exerce la maîtrise effective sur la chose et en suis alors le possesseur ».
89. P. ORTSCHEIDT, préc., note 87, p. 33. Voir cependant : Ulpien (D. 41, 2, 12, 1), qui affirmait qu'il n'y avait rien de commun entre possession et propriété : « [...] Les instances en matière de possession doivent être distinguées des instances en matière de propriété. Car il se peut faire qu'une des parties soit propriétaire et ne soit pas en possession, ou qu'une des parties soit propriétaire et ne soit pas en possession, ou enfin que la même personne soit en possession et propriétaire ». Traduit du latin dans P. PICHONNAZ, préc., note 87, p. 198.
90. CARBONNIER parle de l'*effet créateur* de la possession : « Une possession, du moins une possession utile, exempte de vices, peut faire acquérir la propriété ; le fait peut créer le droit » : J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1721.
91. J. CARBONNIER, préc., note 2, n° 127 p. 227. Rapprochez F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, p. 337.

droit civil comme l'« ombre »[92] sinon l'antichambre de la propriété. Un auteur qui a consacré sa thèse à la relation entre ces concepts notait d'ailleurs récemment que la distinction entre propriété et possession ne va pas de soi :

> [...] *la frontière entre la possession et la propriété semble assez floue,* ce problème de délimitation de frontière étant entretenu par la distinction, finalement peu évocatrice entre pouvoir de droit et pouvoir de fait.[93]

En conclusion, il est possible de soutenir que, dans les deux traditions, les concepts de possession et de propriété sont distincts bien qu'étroitement liés. Peut-être le sont-ils un peu plus en common law, notamment en raison du concept de *right to possession*, souvent confondu à la possession en tant que telle[94], mais encore ne s'agit-il que d'une question de degré. De plus, du point de vue de la politique juridique, il est selon nous préférable que les deux notions soient distinctes, ne serait-ce que pour protéger le possesseur qui n'est pas propriétaire, mais mérite néanmoins la protection du droit[95]. Finalement, quant au lien plus ou moins lâche entre la possession et la détention, on rappellera seulement ici que le *Code civil du Bas Canada* n'hésitait pas à traiter de la détention comme d'un type de possession, tout comme le fait aujourd'hui encore le Code civil français[96]. On a toutefois souligné en doctrine que l'on gagnerait à distinguer la possession naturelle de la possession civile, car « [o]n ne peut avoir les mêmes exigences à l'égard de la possession selon qu'elle est une technique au service de la propriété ou un instrument de paix civile »[97].

2. LES MANIFESTATIONS DE LA POSSESSION

En droit civil comme en common law, la possession comporte en principe un double élément, matériel et intentionnel. Nous soute-

92. Cette terminologie est celle de J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1714.
93. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, nº 18, p. 23.
94. Voir *supra*, section 1.2.
95. Voir notamment sur les justifications de la protection de la possession, notamment pour des motifs de paix civile et d'ordre social : J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1720. Voir aussi : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 440 ; P. JOURDAIN, préc., note 52, p. 17.
96. Voir *supra*, section 1.1.
97. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, nº 443, p. 648. C'est d'ailleurs ce qui a été fait par le *Code civil du Québec* avec sa nouvelle définition de la possession. Voir *supra*, note 13.

nons toutefois que, de même que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne cernent pas l'essence de la propriété mais en sont les manifestations[98], le *corpus* et l'*animus* sont de simples manifestations de la possession. Il est en effet possible de considérer que le *corpus* et l'*animus*, tous deux présents comme éléments de la possession en droit civil et en common law (2.1), sans doute à la suite de la pénétration des idées de Savigny et de Ihéring dans les deux traditions (2.2), sont des manifestations de la possession mais n'en cernent pas totalement l'essence (3).

2.1 *Corpus* et *animus* en droit civil et en common law

Tant en droit civil québécois que français, il est traditionnellement admis que la reconnaissance d'une possession exige en principe la présence de deux éléments constitutifs, soit le *corpus* et l'*animus*[99], que l'on a pu désigner comme étant la « formule sacramentale de la possession »[100]. Alors que le *corpus*, élément matériel de la possession, fait référence à « l'emprise matérielle »[101] ou à « l'exercice de fait d'un droit réel »[102], l'*animus* ou élément intellectuel de la possession renvoie à la « volonté du possesseur de se présenter aux yeux des autres, comme titulaire d'un droit réel »[103], ou autrement dit, à l'intention de se comporter comme le propriétaire ou comme le titulaire d'un droit[104]. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire *Bilodeau* c. *Dufour*, la Cour a estimé que le *corpus* désigne le fait d'avoir matériellement le bien en son pouvoir et d'être à même d'accomplir sur lui les actes matériels de détention d'usage ou de transformation[105]. Quant à l'*animus*, il a été jugé, dans cette même

98. Yaëll EMERICH, *La propriété des créances. Approche comparative*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 469, Paris, L.G.D.J., 2007, nº 261, p. 152.
99. S. NORMAND, préc., note 17, p. 300 : « L'existence de la possession exige la réunion de deux éléments : l'un matériel, le *corpus*, l'autre intentionnel, l'*animus* » ; P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 205 ; J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 1714. Voir aussi sur ce point : *Bilodeau* c. *Dufour*, [1952] 2 R.C.S. 264 ou encore *Tardy* c. *Touchette*, [2010] R.D.I. 617 (C.S.), 2010 QCCS 2139, qui rappellent que ces deux éléments, soit le *corpus* et l'*animus*, sont nécessaires pour posséder utilement.
100. Anne GUIGNERET-BROBBEL DORSMAN, « Lorsque la possession bat le titre », (1994) 52 *Petites affiches* 1, par. 3.
101. P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 205.
102. Art. 921 C.c.Q. Voir aussi : S. NORMAND, préc., note 17, p. 300.
103. S. NORMAND, préc., note 17, p. 301.
104. P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 207. Il convient de préciser ici que le seul fait du *corpus* entraîne la preuve d'une volonté d'agir dans son intérêt et non à titre de possesseur précaire. *Desjardins* c. *Montréal (Ville de)*, [1989] 30 Q.A.C. 76, J.E. 89-1254, [1989] nº AZ-89011751 (C.A.).
105. *Bilodeau* c. *Dufour*, préc., note 99.

affaire, qu'il s'agit de l'intention ou de la volonté chez le possesseur de soumettre une chose à l'exercice du droit auquel correspondent normalement les actes matériels d'usage et de transformation.

Plusieurs éléments sont généralement considérés comme caractéristiques de la possession de droit en common law. Tout comme en droit civil, on distingue couramment dans la possession un élément de contrôle physique et un élément intentionnel. La plupart des définitions de la possession prennent d'ailleurs en compte le *corpus* (parfois appelé *factum*)[106] et l'*animus*[107]. Le *Halsbury's Laws of England* précise que les éléments de la possession sont, d'une part, l'*intention de posséder* et, d'autre part, l'*occupation ou le contrôle* qui s'ajuste à la chose qui en est l'objet et qui est suffisante d'un point de vue pratique pour *exclure les tiers de toute interférence* avec cette chose[108]. Dans une veine proche, selon Holmes, la possession d'un bien implique une certaine relation physique avec un bien, ainsi qu'une intention vis-à-vis de ce bien et du reste du monde[109]. Finalement, pour un auteur contemporain comme Ziff, s'il est vrai que la possession a plusieurs sens, le cœur du concept est pourtant constitué de l'*animus possidendi*, soit l'intention de posséder un bien, et du *factum*, c'est-à-dire du contrôle physique de ce bien[110].

Dans la tradition de common law tout comme en droit civil, le *corpus* désigne le contrôle de la chose[111]. L'affaire *Clift* c. *Kane*[112] illustre l'importance du *corpus* comme élément constitutif de la possession en common law. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si le demandeur, un groupe de chasseurs qui avait préalablement entassé un millier de phoques selon la coutume locale[113], mais

106. B. ZIFF, préc., note 29, p. 132.
107. Voir par exemple : B. ZIFF, préc., note 29, p. 118. Voir *supra* sur les définitions de la possession de droit.
108. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, nº 1213, p. 735
109. O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 123 : « [t]o gain possession, [...] a man must stand in a *certain physical relation to the object* and to the rest of the world, *and must have a certain intent* » (nos italiques).
110. B. ZIFF, préc., note 29, p. 131.
111. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, nº 167, p. 116. Voir aussi B. ZIFF, préc., note 29, p. 132, qui y voit un contrôle physique/*physical control* sur la chose.
112. [1870] 5 Nfld. L.R. 327 (S.C., en banc).
113. Habituellement, les dépouilles des animaux sont nettoyées sur place par les chasseurs et sont par la suite entassées les unes sur les autres et signalées à l'aide de drapeaux et autres signes. Ces piles sont ensuite ramassées

(à suivre...)

n'ayant pas été capable de les ramasser tous sur une banquise à la dérive, pouvait exercer un recours possessoire contre un groupe rival qui s'était emparé de plusieurs phoques. En première instance, le jury estima que le demandeur n'avait pas été en mesure de maintenir un contrôle effectif sur les carcasses et refusa donc de lui octroyer un recours possessoire[114]. En appel, les juges Hoyles et Hayward conclurent toutefois que les carcasses avaient fait l'objet d'un contrôle suffisant selon les règles coutumières en vigueur et qu'un recours possessoire pouvait donc leur être accordé.

Quant à l'*animus*, il convient de noter que la doctrine et la jurisprudence ont employé, sans distinction, le terme *animus possidendi*, ou intention de posséder, pour indiquer l'intention de *contrôler* l'objet, de l'*utiliser* ou, encore, d'*exclure* les tiers de la jouissance ou de l'utilisation du bien[115]. Des auteurs, incluant Holmes, ont suggéré que l'élément intentionnel de la possession en common law peut être mieux compris en tant qu'intention d'exclure les tiers ou *animus excludendi*[116]. En effet, l'*animus possidendi*, élaboré par les auteurs romano-germaniques du XIXe siècle et importé en Angleterre à travers les écrits de Savigny, se révélait être particulièrement problématique dans les affaires impliquant des tenanciers à bail, qui ne pouvaient détenir l'objet en question pour leur propre compte et en leur propre nom[117]. La redéfinition de l'élément intentionnel comme la volonté d'exclure les tiers de la chose a permis notamment

(...suite)
plusieurs jours après la chasse. Les carcasses qui ne sont pas déposées sur ces piles sont considérées comme ayant été abandonnées. Voir aussi sur l'importance du contexte dans la détermination du degré de possession : B. ZIFF, préc., note 29, p. 133 ; sur l'importance de la coutume dans d'autres affaires de capture : O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 124. Rapprocher avec CARBONNIER selon lequel : « la détermination de ce qui forme ou non une possession implique toujours une certaine appréciation des faits à la lumière de la *coutume* » : J. CARBONNIER, préc., note 2, nº 119, p. 215.

114. *Clift* c. *Kane*, préc., note 112, par. 329.

115. B. SHARTEL, préc., note 34, p. 615. Voir aussi : *The Tubantia*, [1924] All E.R. 615 (High Court of England).

116. Voir en ce sens : O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 739 : « The idea of a self-regarding intention to have something for oneself as an owner would, was plainly too narrow. Wendell Holmes suggested that 'the intent which the law should require is the intent to exclude others'. The change from an *animus possidendi* to an a*nimus excludendi* put clear water between the Continental and the Common Law theorists, and equally created a theory of possession adapted for the common law world ». Voir également : Richard A. POSNER, « Savigny, Holmes and the Law and Economics of Possession », (2000) 86 *Virginia Law Review* 535, 547.

117. R.A. POSNER, préc., note 116, p. 545.

de résoudre ce problème[118]. La jurisprudence récente semble largement avoir repris à son compte cette conception de l'*animus domini* comme intention d'exclure les tiers. C'est ainsi que, dans l'affaire *Littledale* c. *Liverpool College*, l'*animus possidendi* a été défini comme l'intention d'exclure les tiers, incluant le véritable propriétaire si ce dernier n'est pas en possession[119]. De même, dans l'affaire *Madison Investment*[120], la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'intention d'exclure est nécessaire dans le contexte de la possession adversative/*adverse possession*, qui est l'équivalent de la prescription acquisitive du droit civil.

2.2 Le débat entre Savigny et Ihéring

La tradition civiliste de la possession a largement été influencée par le débat entre les deux célèbres jurisconsultes allemands du XIXe siècle que sont Savigny et Ihéring. Selon la théorie dite subjective de Savigny, le *corpus* désigne la détention matérielle de la chose ou le pouvoir physique exercé sur la chose, alors que l'*animus* fait référence à l'intention d'exercer le droit de propriété. Pour Savigny, l'*animus domini* est essentiel, puisqu'il permet de distinguer le possesseur du détenteur, ce qui ne peut pas toujours être fait simplement en regardant les actes du possesseur[121]. Ihéring a, au

118. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 10 ; O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 739 ; R.A. POSNER, préc., note 115, p. 547.
119. Cette définition a été formulée dans l'arrêt *Littledale* c. *Liverpool College*, [1900] 1 Ch 19, 23 (Chancery appeal). Voir aussi : *Powell* c. *McFarlane*, [1977] 38 P & CR 452, par. 43 : « the intention, in one's own name and on one's own behalf, to exclude the world at large, including the owner with the paper title if he be not himself the possessor, so far as is reasonably practicable and so far as the processes of the law will allow ». Voir également sur l'*animus possidendi* : M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, nº 167, p. 116 ; O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 220 et 125 : « Such being the direct working of the law in the case of possession, one would think that the animus or intent most nearly parallel to its movement would be the intent of which we are in search. If what the law does is to exclude others from interfering with the object, it would seem that the intent which the law should require is *an intent to exclude others. I believe that such an intent is all that the common law deems needful, and that on principle no more should be required* ». Voir aussi : B. ZIFF, préc., note 29, p. 118, qui voit dans l'*animus possidendi* « une intention de posséder/*an intention to possess* ».
120. *Masidon Investment* c. *Hall*, (1982) 39 O.R. (2d) 534 (Trial Division) ; (1984) 45 O.R. (2d) 563 (Court of Appeal). Voir également sur ce sujet Brian BUCKNALL, « Two Roads Diverged : Recent Decisions on Possessory Title », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 375.
121. Friedrich Karl VON SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, trad. par Ch. Faivre d'Audelange, Paris, Joubert, 1845, p. 259-260. Voir également James GORDLEY et Ugo MATTEI, « Protecting Possession », (1996) 44 *American Journal of Comparative Law* 294, 294 et s.

contraire, adopté une théorie dite objective de la possession. Pour cet auteur, le *corpus* consiste dans le fait d'exercer sur la chose les actes qu'exercerait un propriétaire, alors que l'*animus* réfère à la volonté d'exercer le *corpus*[122]. Cette vision fait en quelque sorte abstraction de l'*animus* puisque « l'*animus* s'efface derrière le *corpus*, au point de disparaître presque »[123]. Dans une telle conception, l'appréhension matérielle du bien importe peu, le fait de posséder consistant simplement à accomplir les actes d'un propriétaire ordinaire, la possession étant la simple extériorité ou manifestation du droit[124].

Même si cela est moins connu, ce débat a également influencé la common law. En effet, la common law du XIXe siècle a subi l'attirance du droit allemand, qui connaissait à l'époque son âge d'or avec sa « *science* légale ». Or, les jurisconsultes allemands de ce siècle, dont Ihéring et Savigny, ont eux-mêmes fortement subi l'ascendant du droit romain[125]. Cela explique la double influence du droit allemand et du droit romain sur les penseurs de common law de cette période, incluant Holmes[126]. Dans la préface de son traité sur la possession, Pollock lui-même affirme que son étude doit beaucoup aux textes romains classiques sur la possession et à leurs interprétateurs modernes allemands[127].

Dans son ouvrage sur le droit anglais des biens, Mme Papandréou-Deterville considère que la possession de la common law est « une *notion objective* qui met l'accent non sur l'exercice d'un droit, mais sur la *manifestation extérieure* de celui-ci, c'est-à-dire sur la détention et l'utilisation effective des choses, protégées en tant que telles »[128]. Ainsi, d'un point de vue notionnel, en dépit de la présence

122. Rudolf VON IHÉRING, *Du fondement de la protection possessoire ; du rôle de la volonté dans la possession, in Oeuvres choisies*, trad. O. de Meulenaere, A. Maresq, 1893, p. 215 et s. Voir aussi : O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 743.
123. P. JOURDAIN, préc., note 52, p. 18.
124. Voir Pierre-Julien RAVAIL, *De l'objet de la possession : Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1899, p. 50 ; voir aussi : P. JOURDAIN, préc., note 52, p. 18-19.
125. Voir : J. GORDLEY et U. MATTEI, préc., note 121, p. 295, 306-307 et 311 ; O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 736.
126. O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 734-741. R.A. POSNER, préc., note 116, p. 541. Voir O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 117.
127. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 2.
128. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, no 161, p. 114. L'analyse de la Cour dans l'affaire *The Tubantia* est révélatrice de cette tendance plus objective de la possession en common law. Dans cet arrêt, l'intention du possesseur est déduite des gestes posés par ce dernier (*The Tubantia*, [1924] All E.R. 615, 620 (High Court of England). On trouve la même tendance dans des affaires

(à suivre...)

du *corpus* et de l'*animus* dans la possession tant en droit civil qu'en common law, c'est le *corpus* qui est central en common law alors que c'est l'*animus* qui l'est davantage en droit civil. D'un point de vue pratique, la common law, qui reconnaît une notion davantage objective de la possession, admet un plus grand nombre de possesseurs que le droit civil, puisque certaines personnes, considérées comme simples détenteurs en droit civil, seront qualifiées de possesseurs en common law. C'est ainsi que les tenanciers à bail sont des possesseurs, au même titre que le voleur ou le squatter en common law[129].

La doctrine estime le plus souvent que le Code civil français a consacré, dans une large mesure, la théorie subjective de la possession[130]. Quant au droit civil québécois, on constate que, s'agissant du débat Savigny-Ihéring, la doctrine s'est faite plus silencieuse que son homologue français, faisant preuve d'un certain pragmatisme. En filigrane, on discerne cependant la tendance subjective du droit québécois. En effet, l'élément intentionnel y est, comme en droit civil français, prépondérant et renvoie à l'*animus domini*, à savoir à l' « intention de se comporter comme titulaire du droit que l'on exerce, à tort ou à raison »[131].

L'opposition pure et simple entre une conception objective de la possession en common law et une conception subjective de la possession en droit civil doit toutefois être nuancée. En effet, d'une part, « [t]out objective qu'elle soit, la notion anglaise de la possession ne peut se passer complètement d'un élément mental, ne fût-ce que pour distinguer le détenteur du possesseur »[132]. D'autre part, s'il est

(...suite)
relatives à l'occupation et notamment à l'acquisition par possession d'animaux sauvages, comme dans l'arrêt *Pierson* c. *Post*, (1805) 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct.). Voir aussi sur ce point : Ralph W. AIGLER, « Rights of Finders », (1923) 57 *American Law Review* 511, 524-526.

129. F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 62, 73, 75-77, 86 et 104. Sur ces exemples : M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, nº 161, p. 114 ; B. SHARTEL, préc., note 34, p. 635.

130. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 52, p. 153 ; P. JOURDAIN, préc., note 52, p. 19. C'est ainsi, par exemple, que l'article 2261 du Code Napoléon, relatif à la prescription acquisitive, exige, pour prescrire, une possession exercée « à titre de propriétaire ».

131. Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 43. Comparer avec POSNER, qui conçoit l'*animus domini* tel que formulé par SAVIGNY comme étant « an intention to own it in the lay sense of being able to use it, with no limitation of time, exclusively for your own benefit » : R.A. POSNER, préc., note 116, p. 544.

132. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, préc., note 37, nº 161, p. 114 ; O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 124. Voir aussi sur ce sujet : F. POLLOCK et R.S. WRIGHT, préc., note 3, p. 8.

vrai que le droit civil français et le droit civil québécois ont largement reçu la conception subjective de Savigny en matière de possession[133], tel n'est pas le cas de toutes les traditions civilistes. Notamment, en droit civil allemand, c'est plutôt la pensée de Ihéring qui s'est imposée[134], l'article 854 du Code civil allemand définissant la possession comme un pouvoir de fait sur la chose[135]. Même en droit civil français et québécois, une certaine influence de la théorie objective de la possession peut s'observer. On a notamment relevé en doctrine que la lettre du Code Napoléon, s'agissant de possession, est de tendance objectiviste[136], même s'il a été interprété de façon subjective par les romanistes modernes, qui étaient eux-mêmes influencés par le subjectivisme ambiant de l'époque[137]. De plus, s'agissant de la protection possessoire, la loi du 9 juillet 1975, consacrée par l'article 2279 du Code civil français, a étendu à la détention la protection jusque-là accordée au possesseur à proprement parler[138], ce qui a pour effet d'atténuer l'incidence de l'*animus domini*[139]. Si la même tendance à l'interprétation subjectiviste a pu s'observer en droit civil québécois, dont l'ancien Code reprenait la formulation du droit civil français[140], la doctrine actuelle n'hésite pas à importer certains éléments d'une conception plus objective de la possession,

133. Voir *supra.*
134. Voir notamment : O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 744 : « [t]his debate has been rather better discussed in mixed and civilian jurisdictions, and settled more in favour of Ihering than (a perhaps misrepresented) Savigny ».
135. *BGB* Code civil promulgué le 2 janvier 2002, *Federal Law Gazette* [*Bundesgesetzblatt*] I p. 42, 2909 ; 2003 I p. 738, amendé par la loi du 28 septembre 2009, art. 854. Ainsi, il suffirait d'exercer un pouvoir de fait sur la chose pour en être le possesseur, les auteurs allemands ayant refusé d'inclure l'*animus domini* dans la définition de la possession au *BGB*, signe d'une « opposition essentielle » avec le droit français : F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 16, p. 144-145. Voir toutefois P. ORTSCHEIDT, préc., note 87, p. 113 et s. selon lequel l'analyse comparative des droits positifs allemand et français conduirait cependant à nuancer les différences pratiques entre ces droits.
136. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, p. 653 : « Le Code civil ne reprend pourtant pas la conception subjectiviste de la possession, contrairement à ce qui est souvent enseigné. Il confond possession et détention [...] et loin d'attribuer à tout possesseur une âme de propriétaire, il se borne à l'exiger de celui qui veut prescrire ».
137. *Ibid.* : « Bien qu'étant manifestement objectiviste, le Code va être interprété à la lumière de la tradition, qui est d'inspiration contraire ».
138. L'article 2279 du C.c.f. intègre la loi du 9 juillet 1975 en prévoyant que « [l]es actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement ».
139. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 52, p. 154.
140. Le nouvel article 921 C.c.Q. définit désormais la possession comme l'« *exercice de fait*, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, *d'un droit réel* dont on se veut titulaire ».

notamment dans la reconnaissance de recours possessoires au détenteur[141].

Finalement, on a également souligné que l'opposition entre la pensée de Savigny et de Ihering a sans doute été, du moins en partie, exagérée[142]. C'est ainsi qu'en réalité, la différence entre les deux théories serait davantage une différence de degré que de nature. Alors que la vision attribuée à Savigny pourrait être qualifiée de théorie de l'intention forte/« *strong will theory* », puisqu'elle met l'accent sur l'élément intentionnel, la vision de Ihéring pourrait plutôt être caractérisée comme théorie de l'intention faible ou présumée/« *weak or implied will theory* », car elle est davantage basée sur la conduite du possesseur. Cela explique que l'élément intentionnel soit présent à la fois dans la tradition civiliste et dans celle de common law. Quant au nombre de possesseurs reconnus dans les deux traditions, ce qui rejoint la question de la distinction entre possession et détention, Holmes a pu estimer, notamment s'agissant de l'« anomalie » du cas du tenancier à bail, qui est considéré comme un possesseur en common law[143], qu'aucune « justification logique ou doctrinale » n'existerait pour justifier ces anomalies, hormis des raisons historiques propres au droit anglais[144]. Aussi, le dépassement de la controverse semble-t-il ouvrir la voie à la découverte d'une « nature homogène » à la possession[145].

3. L'ESSENCE DE LA POSSESSION

Au-delà de la simple réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel, l'essence de la possession peut être trouvée dans

141. Voir par exemple : S. NORMAND, préc., note 17, p. 307, qui souligne que le détenteur peut être perçu par les tiers comme un possesseur et qu'il peut donc intenter contre eux une action possessoire. Voir aussi : D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 95, p. 445-446 : « Si le détenteur précaire n'est pas un possesseur vis-à-vis le propriétaire – en ce sens qu'il ne peut prescrire contre lui – il est possesseur à l'égard des tiers, pour autant qu'il soit *titulaire d'un droit réel principal* (autre que le droit de propriété) (921 C.c.Q., *ibid.* 2202 C.c.B.-C.). C'est donc dire qu'il pourra intenter les actions possessoires ».
142. Selon RADLEY-GARDNER, s'il semble que Ihéring ait critiqué la vision davantage subjective de Savigny, le débat entre les deux hommes au sujet de l'objectivité du critère n'en serait pas un véritablement puisque la vision que IHÉRING critique ne semble pas réellement être celle adoptée par Savigny : O. RADLEY-GARDNER, préc., note 79, p. 743.
143. Voir préc., note 129.
144. O.W. HOLMES, préc., note 7, p. 132. Voir aussi : R.A. POSNER, préc., note 115, p. 548.
145. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 52, p. 155.

l'idée de la communication d'un message aux tiers. Les travaux du courant droit et littérature, et spécifiquement ceux de Carol Rose sur la possession et la communication (3.1) ne sont pas sans trouver un certain écho en droit civil dans les idées de Saleilles (3.2), si bien qu'une définition transsystémique de la possession peut être proposée à partir de cette idée (3.3).

3.1 Rose et la possession comme communication

Carol Rose a montré que le concept de possession en common law est avant tout fondé sur la *communication*[146]. Selon cette conception, la possession serait en fait une forme de discours, revenant à communiquer un message du type « ceci m'appartient ! » à tous ceux qui auraient un droit ou intérêt dans le bien[147], mais également à tous les tiers[148]. Cette théorie explique particulièrement bien le mécanisme juridique de l'*adverse possession* et son pendant civiliste, la prescription acquisitive, tous deux fondés sur la possession. En effet, dans ce contexte, le droit oblige les parties à continuer à produire un discours, au risque de perdre leur titre par possession adversative/*adverse possession* si elles se taisent[149]. Cela souligne du même coup une certaine relativité du titre de propriété, et ce, dans les deux traditions de droit civil et de common law, puisque le propriétaire peut perdre son titre si un tiers l'acquiert par voie de prescription acquisitive[150]. Cette théorie explique également bien le

146. Voir notamment : Carol M. ROSE, « Possession as the Origin of Property », (1985) 52 *University of Chicago Law Review* 73, 78. Voir aussi : Henry E. SMITH, « The Language of Property : Form, Context, and Audience », (2003) 55 *Stanford Law Review* 1105, 1115-1125.
147. C.M. ROSE, préc., note 146, p. 81.
148. Dans l'affaire *Pierson* c. *Post*, [1805] Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct.), le juge Tompkins insiste sur l'importance des gestes non équivoques. Voir aussi : Andrea McDOWELL, « Legal Fictions in *Pierson* v. *Post* », (2007) 105 *Michigan Law Review* 740.
149. Voir à propos de l'adverse possession : C.M. ROSE, préc., note 144, p. 81. Voir aussi : Kevin GRAY, « Legal Order of the Queue », 2007, en ligne : <http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/techniquesofownership/tech-gray.pdf>, p. 28 (page consultée le 21 juin 2011). Voir également : Thomas W. MERRILL, « Property Rules, Liability Rules, and Adverse Possession », (1984-1985) 79 *Northwestern University School Law Review* 1122
150. Micheal BRIDGE, *Personal Property* Law, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, p. 16. En common law, le droit accordé au *finder* est relatif, et peut être sujet aux revendications du *true owner*. De plus, dans le cas d'un objet abandonné ou égaré par son propriétaire et « attaché » à un terrain, il peut être également sujet aux revendications du propriétaire foncier ou d'un de ses occupants : Ralph W. AIGLER, « Rights of Finders », (1923) 57 *American Law Review* 511, 516.

contexte des *finders* et son pendant civiliste, l'acquisition des choses sans maître ou *res nullius*, qui s'acquièrent par occupation[151]. En effet, dans les deux cas, le premier à communiquer un tel message remporte une forme de récompense en voyant son droit protégé contre ceux qui le contrediraient[152].

L'affaire *Pierson* c. *Post*[153] est un cas classique en la matière, sur lequel Rose s'appuie pour fonder sa théorie. En l'espèce, Post avait poursuivi un renard durant toute une journée. Alors qu'il tenait pratiquement l'animal à portée de tir, un intrus surgit, tua le renard et se sauva avec sa carcasse. Post poursuivit l'intrus en justice, en réclamant la valeur de la bête, affirmant que sa poursuite du renard aurait établi sa propriété sur celui-ci. La majorité de la Cour rejeta ses arguments en se fondant sur une série d'autorités, affirmant que la possession va à celui qui tue l'animal, le blesse mortellement ou le capture. Des gestes établissant un *certain contrôle* devaient donc être posés pour soutenir une prétention à un titre de propriété sur l'animal. Rose en conclut que la possession nécessite, pour être reconnue, la présence d'un *acte clair* par lequel le monde comprend que le poursuivant a l'intention non équivoque de s'approprier l'animal pour son usage individuel[154].

3.2 Saleilles et la possession comme apparence de droit

Si Rose se sert principalement de la common law comme système de référence, il est possible de trouver des idées proches en droit civil. Dans son *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Saleilles écrivait, dans une sensibilité proche de celle de Ihéring[155], que le possesseur était « celui qui apparaissait dans le monde des faits extérieurs, comme le maître de fait de la chose et qui

151. Art. 935 C.c.Q. ; art. 713 C.c.f.
152. Cependant, si le premier communicateur permet aux tiers de croire un *intrus* qui affirme être le propriétaire, celui-ci le deviendra, selon la doctrine de l'adverse possession.
153. *Pierson* c. *Post*, [1905] 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct.).
154. C.M. ROSE, préc., note 146, p. 12 : « Possession thus means a clear act, whereby all the world understands that the pursuer has « an unequivocal intention of appropriating the animal to his individual use » ». Voir également : A. McDOWELL, préc., note 148, p. 735 ; M.L. BENSON, M.-A. BOWDEN et D. NEWMAN, préc., note 45, p. 26.
155. Il s'en distingue toutefois en ce que « le fait sur lequel porte l'animus n'est pas le simple fait d'avoir la chose et d'en jouir ; c'est le fait d'en être le maître » : Raymond SALEILLES, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantière, 1894, p. 192.

voulait l'être »[156]. Plus précisément, pour Saleilles, la possession est « la réalisation consciente et voulue de l'appropriation économique des choses »[157] et cette maîtrise de la chose ne saurait être « un fait brutal de domination matérielle », car « c'est un rapport durable, et par suite un rapport qui résulte de la volonté d'avoir la chose à soi et pour soi »[158].

Des idées proches de Saleilles, et de la théorie objective de la possession, se retrouvent chez plusieurs auteurs civilistes. Dans une thèse récente portant sur la possession et la propriété en droit civil, un auteur a estimé que d'un point de vue fonctionnel, la possession constitue la manifestation, visible aux yeux des tiers, d'un droit[159]. Or, cette idée d'une possession comme manifestation ou représentation d'un droit aux yeux des tiers est très proche de celle de Rose sur la communication. Dans une autre thèse récente consacrée à la possession des meubles corporels, Mme Anne Pélissier a redéfini le pouvoir de fait comme un « *rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers* »[160]. Ici encore, cette idée évoque l'importance fondamentale de la communication en matière de possession. Le pouvoir de fait doit être exposé aux tiers à travers un ensemble de signes spécifiques, les tiers jouant un rôle de catalyseur de la possession[161]. C'est la compréhension de ces signes par les tiers qui donne naissance à une certaine conscience chez eux et qui, par la suite, donne lieu à la possession[162]. Ainsi, l'idée de communication, essentielle à la possession, peut s'appliquer tant en droit civil qu'en common law.

3.3 Conceptualisation transsystémique de la possession

Nous avons vu que la possession transssytémique se manifeste en principe par un double élément, à savoir le *corpus* et l'*animus*, même si le poids respectif de ces deux éléments varie d'une tradition juridique à l'autre, chacune adoptant une conception plus ou moins objective ou subjective de la possession. Toutefois, ces éléments

156. R. SALEILLES, préc., note 155, p. 376.
157. *Ibid.*, p. 113.
158. *Ibid.*, p. 187.
159. F. DANOS, préc., note 93, n° 262, p. 289.
160. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse de doctorat, Montpellier, Montpellier I, 2000, n° 177, par. 220.
161. *Ibid.*, par. 227.
162. *Ibid.*

sont parfois malléables. La doctrine a dénoncé le fait qu'en définitive, toutes les définitions du *corpus* et de l'*animus* seraient vagues, voire dépourvues de sens[163], cette imprécision et ce flou résultant d'un *éventail d'intentions et de gestes* rassemblés sous ces définitions[164]. C'est ainsi qu'en common law, l'appréciation du *corpus* varie en fonction de la nature du bien possédé et peut se manifester de différentes manières, qu'il s'agisse de l'occupation, de la détention, de l'usage ou de la jouissance d'un bien[165]. Plusieurs arrêts se sont penchés sur les éléments qui remplissent les critères du *corpus*. L'un des plus fondamentaux est l'affaire *The Tubantia*, où il s'agissait de déterminer si une équipe d'exploration d'épaves pouvait se voir reconnaître une certaine possession, malgré son absence de contrôle absolu sur l'épave[166]. Or, dans cette affaire, les juges ont établi qu'il suffisait que les membres de cette équipe soient en mesure d'exclure des intrus pour remplir les critères du *corpus*[167]. Ainsi, en common law, on a déjà noté à propos de la possession d'un bien meuble corporel que la possession peut être prise par un contact physique, mais que *ce contact n'est pas essentiel* lorsque l'intention des parties est présente. Dans tous les cas, la possession dépend de la possibilité physique qu'un possesseur soit en relation exclusive avec la chose[168], comme cela a été jugé dans l'affaire *Tubantia*[169].

Dans sa thèse précédemment évoquée, Mme Pélissier a proposé, dans une veine similaire, une révision de l'analyse traditionnelle du *corpus* possessoire en droit civil français, pour davantage tenir compte de la dimension intellectuelle de la possession. Selon cette auteure, en réalité, « ce qui est déterminant dans la possession n'est pas que l'homme saisisse la chose, mais que par cette action de sai-

163. B. SHARTEL, préc., note 34, p. 615.
164. B. SHARTEL, préc., note 34, p. 616. Voir aussi B. ZIFF, préc., note 28, p. 131-132 : la possession est un concept caméléon, car la common law n'a jamais tenté d'établir une définition exhaustive et logique de cette notion. Voir également en droit civil : J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers, nature et fondement*, Paris, Economica, 1981, p. 17-181.
165. *Ibid.*
166. *The Tubantia*, [1924] All E.R. 615, 617 (High Court of England). Voir aussi : *Keron* c. *Cashman*, (1896) 33 A.2d 1055 (Court of Chancery of New Jersey) ; *Pierson* c. *Post*, [1905] 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct.).
167. *The Tubantia*, [1924] All E.R. 615, 620 (High Court of England).
168. *Halsbury's Laws of England*, préc., note 30, n° 1221, p. 740. Voir aussi : W.W. BUCKLAND et A.D. McNAIR, préc., note 73, p. 75 : « [...] even in English Law it is no longer possible to say that possession always depends on actual control ».
169. *The Tubantia*, [1924] All E.R. 615, 620 (High Court of England).

sir, il marque son pouvoir sur une chose »[170]. Ainsi, le *corpus* est moins le rapport matériel avec la chose que « la possibilité d'agir directement sur la chose »[171]. Le *corpus* possessoire peut ainsi être vu comme « un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers »[172]. Une telle définition de la possession rapproche d'autant la possession de la conception objective de Ihéring, lequel mettait l'accent sur le fait de se comporter comme un propriétaire.

Quant aux mérites respectifs des deux conceptions répandues de la possession, le Doyen Carbonnier a observé que l'analyse plus objectiviste de la possession, notamment répandue par Saleilles, « a été très généralement jugée supérieure à celle du [Code civil français] »[173]. Dans le même sens, nous avons montré ailleurs qu'une conception purement subjective de la possession ne permet de prendre en compte la totalité de situations de possession et notamment la possession des droits[174]. Il est d'ailleurs notable que les jurisconsultes romains eux-mêmes « ont été conduits à reconnaître que l'on ne pouvait se contenter de parler de possession d'une chose et que tout droit portant sur une chose pouvait faire l'objet d'une possession ou tout au moins d'une 'quasi-possession' [...] »[175]. Au contraire, la conception plus objectiviste de la possession le permettrait. En effet, si le *corpus* possessoire est redéfini comme un pouvoir de fait, lequel n'est pas nécessairement un pouvoir matériel sur une chose, mais plutôt « la possibilité d'agir directement sur la

170. A. PÉLISSIER, préc., note 160, nº 177, p. 136.
171. *Ibid.*, p. 162.
172. A. PÉLISSIER, préc., note 160, nº 214, p. 162.
173. J. CARBONNIER, préc., note 2, nº 788, p. 1726. Carbonnier cite notamment à l'appui de son affirmation les travaux de Josserand, et de Planiol et Picard.
174. Yaëll EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *Cahiers de droit* 793, 927-928. Cette analyse vaut encore plus aujourd'hui avec la proposition de réforme du livre II du Code civil français, qui reconnaît la possession des créances (art. 557) et consacre la « possession des meubles incorporels » (art. 558) : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 52, p. 161-162.
175. P. ORTSCHEIDT, préc., note 87, p. 33-34. Voir également Raymond MONIER, *Manuel de droit romain*, t. 1, Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1947, p. 385 : « Le domaine d'application de la théorie de la possession s'est progressivement étendu, tant au point de vue des choses susceptibles d'être possédées, qu'au point de vue des situations juridiques entraînant la qualité de possesseur chez celui qui avait une chose entre les mains : on finit par considérer comme pouvant faire l'objet de la possession, tous les fonds de terre, puis les choses mobilières, et, d'une manière générale, tous les biens soumis à la propriété privée [...] ».

chose »[176], alors la possession peut englober à la fois les choses et les droits. Dès lors, la possession est davantage vue comme l'extériorité du droit, ou encore, comme le fait de se comporter en propriétaire.

Une conception transsystémique de la possession devrait ultimement s'appuyer, selon nous, sur une conception plus objective de la possession et sur cette idée de communication, qui est présente tant en common law qu'en droit civil. L'essence de la possession et sa définition transsystémique peut être trouvée dans l'idée de communication ou de manifestation d'un droit aux yeux des tiers. En effet, la possession vise avant tout à communiquer aux tiers qu'une personne exerce un contrôle sur un bien. La possession transsystémique pourrait ainsi être décrite comme le fait de se comporter comme un propriétaire. Toutefois, cette définition entretient une certaine ambiguïté par rapport à la notion d'apparence de droit. Or, il convient de distinguer le possesseur du propriétaire apparent : alors que le propriétaire apparent est la personne que les tiers *croient* propriétaire, le possesseur est celui qui *agit* comme un propriétaire. De plus, alors que les effets de la possession bénéficient au possesseur en tant que tel, les effets de la propriété apparente visent les tiers qui ont été trompés par l'apparence[177]. Ainsi, pourrait-on plutôt tenter de définir la possession transsystémique comme le pouvoir de fait sur une chose ou l'exercice d'un droit communiquant aux tiers la volonté d'en être titulaire et l'intention de les exclure[178]. Une telle définition a l'avantage de mettre l'accent sur la possession

176. A. PÉLISSIER, préc., note 160, nº 215, p. 162. Rapprocher avec la common law et l'affaire *The Tubantia*, [1924] All E.R. 615 (High Court of England).

177. Sur cette distinction : J. CARBONNIER, préc., note 2, nº 789, p. 1727 : « la propriété apparente a son centre de gravité dans la psychologie des tiers, tiers de bonne foi agissant sous l'empire de l'erreur commune [...], non pas dans le comportement du pseudo-propriétaire ». Sur la théorie de la propriété apparente en droit civil québécois, voir notamment : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 846-847.

178. Voir notamment sur cette idée d'exclusion en droit civil : P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 16, p. 146-147, qui parlent de « possession équivoque quand les actes accomplis par le possesseur ne manifestent pas clairement un *animus possidendi* exclusif ». À rapprocher de *Paquette* c. *Robillard*, B.E. 2005BE-831, [2005] nº AZ-50324177 (C.Q.), où il a été jugé que « Celui dont la possession n'est ni certaine ni exclusive ne possède pas l'*animus* nécessaire pour prescrire ». C'est à dessein que nous n'avons pas précisé qu'il s'agit nécessairement d'un droit réel, car rien ne s'oppose fondamentalement à la possession des droits, y compris personnels. Voir sur ce point : Yaëll EMERICH, préc., note 98, nos 607 et s.

comme mode de communication, tout en tenant compte de la double manifestation de la possession par un élément matériel au sens large, qui n'exclut pas nécessairement les droits, et par un élément intentionnel. De façon plus succincte, on peut voir dans la possession transsystémique la *communication aux tiers de l'intention d'exercer un pouvoir de contrôle sur un bien.*

En outre, sans entrer ici dans le détail des effets de la possession transsystémique, il convient néanmoins de noter que ses principaux effets s'expliquent par cette idée de communication aux tiers[179]. Ce message fondamental de communication est en effet étroitement lié aux principaux effets de la possession, qui sont de prouver la propriété[180] (la possession jouant alors le rôle d'une forme primitive de publicité des droits[181]) et d'acquérir la propriété, soit de façon originaire (par la voie de l'occupation en droit civil[182] oudes *finders* en common law[183]), soit de façon dérivée (par la voie de

179. Nous réservons la question des effets de la possession transsystémique pour un traitement dans un article ultérieur. Toutefois, on peut d'ores et déjà souligner que la notion de possession transsystémique telle qu'elle est proposée rend parfaitement compte des principaux effets de la possession transsystémique.

180. Sur la possession comme preuve de la propriété en droit civil, voir notamment : J. CARBONNIER, préc., note 2, p. 122 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 95, nº 654. Voir aussi : Victor-Napoléon MARCADÉ et Paul PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 12, Paris, Typographie de J. Best, 1874, p. 92. Sur la possession comme preuve de la propriété en common law, voir notamment : Richard EPSTEIN, « Possession as the Root of Title », (1978-79) 13 *Georgia Law Review* 1221.

181. Voir sur ce point : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, nº 442, p. 647 : « La fonction essentielle que remplit la possession est d'assurer la publicité des relations qu'ont les personnes avec les biens ». Voir également l'impact de la possession adversative sur le registre des droits fonciers : Alan M. SINCLAIR et Margaret E. McCALLUM, *An Introduction to Real Property Law*, 5e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 46.

182. Voir notamment sur l'occupation en droit civil : J. CARBONNIER, préc., note 2, nº 789, p. 1727 ; P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 1014 à 1024 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 95, p. 9-19 ; S. NORMAND, préc., note 17, p. 65-66.

183. Voir notamment sur les *finders* en common law : *Armory* c. *Delamirie*, (1722) 1 Stra 505, (1722) 93 E.R. 664 ; *Bridges* c. *Hawkesworth*, (1851) 21 L.J.Q.B. 75, (1851) 15 Jur. 1079 ; *Moffatt* c. *Kazana*, [1969] 2 Q.B, 152 ; *Parker* c. *British Airways Board*, [1982] 1 Q.B. 1004. David RIESMAN, « Possession and the Law of Finders », (1939) 52 *Harvard Law Review* 1105 ; Robin HICKEY, *Property and the Law of Finders*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

la prescription acquisitive en droit civil[184] ou par la possession adversative en common law[185]).

CONCLUSION

Cet article a tenté de montrer qu'en dépit des inévitables particularités qu'il peut exister d'une tradition juridique à l'autre, il est possible de penser et de construire une notion de possession qui soit transsystémique et valable à la fois pour les traditions civilistes et de common law. Nous avons vu que le débat entre Savigny et Ihéring est présent dans les deux traditions, de même que l'analyse de la possession comme réunissant un élément matériel, le *corpus* et un élément intentionnel, l'*animus.* Toutefois, il nous a semblé qu'une telle analyse de la possession était insuffisante pour cerner l'essence de la possession et que, au-delà de la présence du *corpus* et de l'*animus*, la possession transsystémique peut être comprise avant tout comme une communication. Ainsi avons-nous pu définir la possession transsystémique comme la communication aux tiers de l'intention d'exercer un pouvoir de contrôle sur un bien.

Toutefois, si l'on accepte cette analyse, il convient de rappeler que le texte, tout comme la communication, n'a pas un sens absolu et qu'il est nécessairement sujet à diverses *interprétations* selon le contexte où il est rédigé et, pourrait-on ajouter, selon la tradition juridique dans laquelle il s'inscrit. Les travaux de Derrida ont déjà montré qu'un texte ne peut avoir un seul sens fixe et absolu[186]. Les mots n'ayant pas de signification intrinsèque, leur sens provient du

---

184. Voir notamment sur la prescription acquisitive en droit civil : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 22, p. 345-364 ; P.-C. LAFOND, préc., note 12, p. 1072 à 1138 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 95, p. 465-494 ; S. NORMAND, préc., note 17, p. 311-320.

185. Voir notamment sur la possession adversative en common law : *Powell* c. *McFarlane*, (1977) 38 P & CR 452 ; *Buckinghamshire County Council* c. *Moran*, [1989] 2 All E.R. 255 ; *Littledale* c. *Liverpool College*, [1990] 1 Ch 19 ; *JA Pye (Oxford) Ltd.* c. *Graham*, [2003] 1 A.C. 419. Henry W. BALLANTINE, « Title by Adverse Possession », (1918) 32 *Harvard Law Review* 135.

186. Selon Derrida, l'histoire de la pensée n'a été qu'un « enchaînement de déterminations du centre » autour desquels la pensée gravitait. Éventuellement, on a commencé à penser « qu'il n'y avait pas de centre ». En l'absence de centre, « tout [est devenu] discours [...] c'est-à-dire système où le signifié central, originaire ou transcendantal, n'est jamais absolument présent hors d'un système de référence. L'absence de signifié transcendantal étend à l'infini le champ et le jeu de la signification » : Jacques DERRIDA, « La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines », dans Jacques DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 409, à la p. 410.

contexte, constitué du langage, des circonstances historiques de l'auteur et du lecteur, ainsi que des distinctions logiques relatives au fonctionnement de l'esprit humain[187].

L'affaire *Johnson* c. *McIntosh*[188] peut être vue comme un exemple frappant de la relativité du texte, dont le sens est déterminé par la communauté qui l'interprète. Dans cet arrêt, les juges ont décidé que les actes posés par les nomades ne correspondent pas à ce qui pourrait réellement engendrer une possession. Rose a souligné à ce titre qu'il paraît improbable que les prétentions d'un peuple nomade puissent satisfaire aux exigences de la common law quant à la possession nécessaire pour établir un titre. On se rend ainsi compte que la common law, mais cela vaudrait aussi sans doute pour le droit civil, vise un groupe particulier et sédentaire, dont les activités nécessitent une délimitation claire de la propriété et un contrôle durable sur celle-ci, permettant de gérer et d'échanger les biens[189]. Peut-être s'agit-il là de l'une des limites que la possession transsystémique devra encore dépasser, afin de tendre vers une juste interprétation de ce qui constitue une communication suffisante, relativement à une communauté particulière d'interprètes.

187. Catherine ZUCKERT, « The Politics of Derridean Deconstruction », (1991) 23 *Polity* 335, 337.
188. *Johnson* c. *McIntosh*, (1823) 21 U.S. 543.
189. Voir C.M. ROSE, préc., note 146, p. 87.