

dont parle Gaius, le défendeur seul promettait, et cette promesse n'avait pas le caractère d'une peine, puisqu'on ne l'exigeait pas. Ainsi, selon toute apparence, quand le défendeur avait été condamné, s'il ne restituait pas volontairement la chose, les fruits et les accessoires, le défendeur pouvait agir immédiatement contre lui et ses cautions, en vertu de la stipulation *pro præde litis et vindiciarum*; et peut-être, sous ce rapport, la procédure *per sponsionem* était-elle plus expéditive que celle suivie dans la *formula petitoria*?

Quand le procès devait être porté devant les Centumvirs, on procédait toujours par *sponsio*, seulement elle était alors de 125 sesterces au lieu de 25, et l'on agissait *sacramento*.

Au surplus, en comparant ensemble la revendication *per sacramentum* et la revendication *per sponsionem*, on ne peut manquer d'être frappé de l'analogie qui existe entre ces deux procédures; et on est porté à croire que la seconde n'a été qu'une imitation de la première.

2° *Actio per formulam petitoriam*. — Cette seconde manière de procéder nous est beaucoup mieux connue que la *sponsio*, qu'elle avait complètement remplacée au temps de Justinien. La formule était ainsi conçue: LUCIUS OCTAVENUS JUDEX ESTO: SI PARET FUNDUM CAPENATEM DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE, NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUATUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO

AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (1). Le défendeur ne donnait pas, comme dans la sponsion, la caution *pro præde litis et vindiciarum*, mais bien la caution *judicatum solvi*, qui renfermait trois clauses: *de re judicata*, *de re defendenda*, *de dolo malo* (2). — Si le défendeur refusait de donner cette caution, le demandeur obtenait du magistrat l'interdit *Quem fundum*, qui obligeait le possesseur à transférer à son adversaire la possession de la chose litigieuse. Or, le demandeur une fois nanti de la possession, les rôles changeaient: le demandeur primitif, devenu défendeur, n'avait plus rien à prouver, et pouvait attendre en repos que le défendeur originaire prit l'offensive et fournit les preuves de sa propriété (3). Si, au contraire, la caution est fournie, les parties vont devant le

(1) Cicer., *in Verr.*, de *Jurisd. sicil.*, 12; Gaius, *Comm.* IV, § 51.

(2) Ulpian., L. 6, ff., *Judic. solv.*

(3) L'interdit *Quem fundum* n'est connu que depuis la découverte, faite à Vienne en 183., d'un fragment d'Ulpien ainsi conçu: «Sunt etiam interdicta tam adipiscendæ quam recipiendæ possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM et QUAM HÆREDITATEM: nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.» — M. Pellat conjecture avec beaucoup de vraisemblance que l'interdit *Quem fundum* était aussi donné en cas de refus de la caution *pro præde litis et vindiciarum* dans l'action en revendication *per sponsionem*.

juge, qui, conformément à la formule, examine si la chose appartient au demandeur.

VI. Cette action était arbitraire: aussi, comme nous le verrons dans la IX<sup>e</sup> division, quand le juge reconnaît que la prétention du demandeur est fondée, il ne procède pas immédiatement à la condamnation (*sententia*); mais il rend un interlocutoire (*jussus*), par lequel il ordonne au défendeur de restituer au demandeur. Cette restitution doit être telle que le demandeur se trouve dans la même position que si la chose lui eût été rendue au moment de la *litis contestatio* (§ 209): elle doit donc comprendre non-seulement la chose elle-même, mais tous les fruits (*fructus*) et les accessoires (*causa*), à partir de la délivrance de la formule. Le défendeur doit encore céder au demandeur toutes les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose qu'il restitue, et lui donner, en outre, la caution *de dolo*, qui assure au demandeur une indemnité pour tout le préjudice que le défendeur aurait pu lui causer par son dol.

Si le défendeur restitue, ou s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, par exemple, parce qu'il a perdu la possession, le juge doit l'absoudre (1). Si le défendeur prétend de pouvoir opérer présentement restitution et ne demande un délai, on doit le lui accorder si, toutefois, cette demande ne paraît pas faite dans une

(1) Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.*; Paul., L. 41, § 1, *de Re judicat.*

intention frauduleuse, et à la charge par lui de garantir par fidéjusseur le paiement de l'estimation du litige, dans le cas où il ne restituerait pas à l'expiration du délai. — Enfin, si le défendeur refuse d'obéir, on peut l'y contraindre de force (*manu militari*) (1), si le demandeur l'exige. Si le demandeur ne l'exige pas, ou si le défendeur, ayant perdu la possession par sa faute, se trouve dans l'impossibilité physique de restituer, le juge le condamne à une somme d'argent qui est fixée tantôt par le serment du demandeur, tantôt par le juge lui-même (2).

Quoique les règles que nous venons d'exposer soient plus particulièrement applicables à la revendication proprement dite, cependant elles s'appliquent en grande partie aux autres actions *in rem*. Il est certain, notamment, que la pétition d'hérédité et l'action confessoire pouvaient l'une et l'autre être exercées soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam*.

Au surplus, sous Justinien, la forme d'action *in rem per sponsionem* était complètement tombée en désuétude, et on agissait toujours *per formulam petitoriam*, en ce sens que le demandeur énonçait toujours directement l'objet de sa demande, sans recourir à aucune gageure préjudicielle (3).

(1) Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.*; Paul., L. 58; L. 1, § 2, *Si vent. nom.*

(2) Diocl. et Max., L. 21, C., *de Rei vind.*; — Paul., L. 71, L. 46; L. 47, ff., *de Rei vind.* — Cf., § 177.

(3) § 2, *Instit., de Off. jud.*; Gaius, L. 10; Nerat., L. 57,

## § 279. — Actions réelles civiles : — ACTION CONFESSOIRE.

Les démembrements de la propriété, connus sous le nom de *servitudes* réelles ou personnelles, sont protégés, comme la propriété elle-même, par une action réelle dans laquelle celui à qui appartient la servitude affirme qu'il a tel droit sur la chose d'autrui. Cette action est nommée *confessoire* ou *affirmative*, par opposition à l'action *négative* ou *négatoire*, dont il sera question dans le § suivant.

Les formes de l'action confessoire étaient les mêmes que celles de la revendication de propriété : celui qui revendique une servitude peut agir ou par *sponsion*, ou par formule *pétitoire*. Dans le premier cas, le défendeur doit donner la caution *pro præde litis et vindiciarum*; dans le second, la caution *judicatum solvi* : en cas de refus, par le défendeur, de donner l'une ou l'autre caution, le demandeur est envoyé en possession par un interdit analogue à l'interdit *Quem fundum* (1).

ff., de *Petit. hæred.*; Ulpian., L. 9; Gaius, L. 15, ff., de *Except. rei jud.*; § 2, Instit., de *Actionib.*; Paul., L. 7, et 9, *Si servit. vindic.*

(1) Vaticana Fragmenta : « 92. Ulpianus, lib. IV, de Interdictis, sub titulo *A quo ususfructus petetur, si rem nolit defendere* : Sicut corpora vindicanti, ita et jus satisfari oportet : et ideo necessario exemplo interdicti *Quem fundum*, « proponi etiam interdictum *Quem usumfructum vindicare* « velit de restituendo usufructu. — 93. Post pauca, sub titulo supra scripto : Restitutus ex hoc interdicto usus-

La formule pétitoire pour l'action confessoire devait être ainsi conçue : *SI PARET A. AGERIO ESSE JUS UTENDI FRUENDI* (ou toute autre servitude) *FUNDO CAPENATE, NEQUE ARBITRIO TUO RESTITUATUR; QUANTI EA RES ERIT, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.*

Quant à la sponsion préjudicielle, elle était sans doute formulée à peu près en ces termes : *SI JUS UTENDI FRUENDI FUNDO CAPENATE MIHI EST, SESTERCIVM XXV NUMMOS DARE SPONDES?*

L'action confessoire peut être intentée soit contre le propriétaire du fonds servant, soit contre toute autre personne qui apporterait quelque obstacle à l'exercice de la servitude. Toutefois, nous verrons, en parlant des interdicts, que celui qui est troublé dans la jouissance de la servitude n'est pas toujours obligé de recourir à l'action confessoire; et qu'il peut, soit au moyen d'interdicts spéciaux à certaines servitudes, soit au moyen des interdicts *Uti possidetis*, *Utrubi*, ou *Unde vi*, se faire maintenir dans la possession de la servitude, ou s'y faire réintégrer si elle lui a été extorquée par violence.

L'action confessoire est une action *in rem* qui ne peut être intentée avec succès que par celui qui a

« fructus intelligitur quum petitor in fundum admissus sine « periculo interdicti *UNDE VI* ad eam rem propositi depelli « non potest. » — Ce texte ne parle, il est vrai, que de l'usufruit; mais il est probable qu'il y avait un procédé analogue pour les autres servitudes personnelles (usage et habitation), et aussi pour les servitudes réelles ou prédiales. Cf. Scævola, L. 45, ff., de *Damno infecto*.

une véritable servitude, c'est-à-dire un droit réel (*jus in re*). Ceci conduit à examiner, au moins très-sommairement, comment se constituaient les servitudes. Au temps des jurisconsultes classiques, les servitudes prédiales rurales pouvaient se constituer par mancipation ou tout autre mode civil; quant aux servitudes prédiales urbaines et aux servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation), elles se constituaient par *cessio in jure* ou tout autre mode civil, à l'exception de la mancipation qui ne leur est pas applicable, puisqu'elles sont *res nec Mancipi* (1). Il est digne de remarque que les modes du droit des gens, qui suffisaient pour acquérir le domaine quiritaire sur les choses *nec Mancipi*, ne pouvaient jamais servir à constituer la servitude, qui cependant n'est qu'un démembrement de la propriété (2). Justinien semble pourtant dire que la servitude peut se constituer *par pactes et par stipulations* : « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus, id efficere debet » (3). Ce texte fait naître de sérieuses difficultés. Il semble contrarier ce principe général du droit romain d'après lequel les conventions sont insuffisantes pour constituer des droits réels (4).

(1) Gaius, *Comm.* II, §§ 28-33.

(2) Cela est dit expressément pour l'usufruit (*Fragmenta Vaticana*, § 45); et il n'y a aucune raison de croire qu'il en fût autrement pour les servitudes prédiales.

(3) § 4, *Instit.*, de *Servitut.*

(4) *Voy.* ce qui a été dit ci-dessus, § 274, p. 58 et

D'autre part, la réunion des mots *pactes et stipulations* n'est pas moins difficile à expliquer : si le ET doit être pris conjonctivement, à quoi bon ajouter un pacte (*convention non obligatoire*) à une stipulation (*convention obligatoire*)? S'il doit être pris disjonctivement, comment concevoir qu'un pacte, qui ne peut pas même créer une simple obligation (*jus ad rem*), ait cependant la vertu de constituer une servitude (*jus in re*) (1)? — Pour lever toutes ces difficultés, il faut remonter à l'origine de ce texte : il est tiré de Gaius; mais il faut remarquer que ce jurisconsulte présente ce mode de constitution comme propre aux fonds provinciaux. Or, comme les particuliers ne pouvaient jamais avoir la propriété du sol provincial, il était conséquent qu'ils ne pussent y établir des démembrements d'une propriété qu'on ne leur reconnaissait pas. Ainsi placés dans l'impossibilité d'avoir des servitudes proprement dites, les possesseurs de fonds provinciaux avaient dû chercher à se procurer au moins quelque chose d'équivalent : ils y arrivaient en réglant par un pacte la nature et l'étendue de la servitude; mais comme une telle convention n'avait rien d'obligatoire, l'acquéreur *stipulait* immédiatement une peine de l'autre partie pour le cas où celle-ci refuserait d'exécuter le

suiv. — On pourrait objecter que l'hypothèque, droit réel si important, se constituait aussi par simple pacte : mais on répond que l'hypothèque proprement dite n'est qu'une institution prétorienne. (*Voy.* § 286.)

(1) *Voy.* la note précédente.

pacte ou bien le rendrait illusoire en aliénant à des tiers. Comme on avait soin de stipuler à titre de peine une somme très-supérieure à la valeur réelle de la servitude, celui qui l'avait consentie avait intérêt à la respecter, tant qu'il conservait lui-même la possession du fonds servant; et quand il venait à l'aliéner, il prenait sans doute des précautions pour placer ses acquéreurs dans la même position. De cette manière, bien qu'en théorie le stipulant eût acquis, non une véritable servitude, mais une simple obligation, il avait néanmoins en pratique un résultat très-analogue à celui qu'il aurait obtenu par une constitution proprement dite (1). Mais il me paraît impossible d'admettre qu'en vertu d'un tel arrangement, on pût jamais exercer l'action réelle confessoire. Peut-être, cependant, dans les derniers temps, avait-on fini par donner aussi, dans ce cas, une action confessoire utile, à peu près comme on avait donné la revendication utile aux possesseurs des fonds provinciaux, bien qu'ils ne pussent prétendre au titre de propriétaire.

(1) Cf. Gaius, *Comm.* II, § 31; § 1, *Instit.*, de *Usufructu*, et § 19, de *Inutilib. stipul.*; et remarquez que, dans tous ces textes, l'expression *Si quis velit hoc facere* paraît indiquer la position de celui qui, voulant faire une chose impossible en droit, cherche les moyens d'obtenir au moins un équivalent.

§ 280. — Actions réelles civiles : — III. ACTION NÉGATOIRE.

L'action *négatoire* ou *négative* (1) se rapporte aussi aux servitudes, mais son but est diamétralement opposé à celui de l'action confessoire. La confessoire est donnée à celui qui *affirme* avoir une servitude sur le fonds d'autrui : elle tend, par conséquent, à faire proclamer l'existence d'une servitude au profit du demandeur; la négatoire, au contraire, est donnée au propriétaire qui nie que sa chose soit grevée d'une servitude au profit du défendeur : elle tend, par conséquent, à faire proclamer la liberté du fonds du demandeur.

I. Le propriétaire agit négatoirement contre quiconque l'empêche de disposer librement de sa chose, ou se permet sur elle des entreprises qu'une servitude seule peut autoriser (2).

Il semble, au premier abord, que l'action négatoire ne soit qu'une superfétation : au lieu de s'attacher ainsi au droit du défendeur *pour le nier*, le demandeur ne pourrait-il pas aller plus directement au but par l'action en revendication, *en affirmant purement et simplement que le fonds lui appartient*? Comme les fonds sont présumés libres jusqu'à preuve contraire, il semble que le propriétaire

(1) § 2, *Instit.*, de *Actionib.* — Ulpian., L. 2, ff., *Si serv. vindic.*

(2) Ulpian., L. 4, § 7; — Procul., L. 13; — Pompon., L. 14, § 1; — Alfen., L. 17, ff., *Si ususfr. petat.*

arriverait ainsi au but qu'il veut atteindre; sauf à discuter la question d'existence ou de non-existence de la servitude, si le défendeur à la revendication venait à en alléguer une, pour justifier les entreprises qu'il a pu commettre contre la liberté du fonds du demandeur. Cette marche paraîtrait aussi devoir procurer au propriétaire un avantage inestimable: celui de n'avoir point à prouver un fait négatif, preuve toujours fort difficile et le plus souvent tout à fait impossible. — Cette observation a certainement quelque chose d'assez spécieux; toutefois, en y réfléchissant un peu, on ne tarde pas à se convaincre que l'action négatoire est absolument nécessaire. Pour cela, il suffit de se reporter à la formule de la revendication: *SI PARET REM A. AGERII ESSE EX JURE QUIRITIIUM*; cette formule met en question la propriété, abstraction faite des servitudes qui peuvent l'avoir démembrée; en d'autres termes, elle n'implique nullement la négation des servitudes que le défendeur peut avoir sur la chose revendiquée; si donc le défendeur ne prétend point à la propriété; s'il soutient seulement avoir une servitude, il n'y a pas de contradiction véritable entre les deux plaideurs; leurs prétentions ne se rencontrent pas, ne se heurtent pas; ils peuvent avoir raison tous deux à la fois. Ainsi donc, alors même que le juge reconnaîtrait que le demandeur est propriétaire, il n'y aurait rien à en conclure contre un défendeur qui n'a jamais contesté la propriété à son adversaire et qui s'est borné à soutenir que, lui défendeur, avait un droit de

servitude. — Au premier abord, cette raison paraît moins tirée du fond des choses que des termes dans lesquels est conçue la formule romaine; et, sous ce rapport, si elle justifie suffisamment la création d'une action négatoire dans une procédure réglée au moyen de formules inflexibles, elle semble insuffisante pour rendre raison de cette action dans une procédure qui, comme la nôtre, permettrait au demandeur de formuler sa demande comme il le trouve le plus utile à ses intérêts. Il semble donc que, pour éviter l'usage de l'action négatoire, il suffirait au demandeur de formuler ainsi sa revendication: « Je soutiens que j'ai la propriété *libre et franche* de tel fonds. » Mais ce n'est là qu'un pur jeu de mots; et, dans la réalité, par l'addition de ces mots *franche et libre*, la prétendue revendication serait une véritable action négatoire, puisqu'après avoir établi sa propriété *in genere*, le demandeur aurait encore à prouver que cette propriété est *franche et libre*, ce qui n'est autre chose que la négation de la servitude prétendue par le défendeur. — Quant à la preuve, si le défendeur est en possession de la servitude, il serait inique qu'à l'aide d'un détour de langage, on pût lui imposer une obligation qui, en toute justice, doit retomber sur celui qui tend à déranger l'état de choses existant (1).

(1) Les principes sur la possession des servitudes sont exposés ci-après dans le chapitre VI consacré aux *interdits*.

II. Les réflexions qui précèdent montrent que, pour distinguer la confessoire de la négatoire, il ne faut pas s'attacher aux mots, mais au fond des choses. De même, en effet, que nous venons de voir qu'il serait possible de formuler une action négatoire avec une forme affirmative de langage, de même il arrive fréquemment que l'action confessoire (*affirmative*) soit rendue par une tournure négative. Cela arrive toutes les fois que la servitude revendiquée consiste à empêcher le propriétaire du fonds servant d'user de la propriété comme tout propriétaire a le droit de le faire, d'après la loi du pays. Ainsi, à Rome, où chacun pouvait planter à fin d'héritage, c'était une action confessoire que de dire : *Je soutiens que Titius ne peut planter à moins de six pieds*. Sous notre Code civil, une telle action serait négatoire; car la propriété étant constituée de façon à ce que, *jure communi*, nul propriétaire ne puisse planter les arbres de haute tige à moins de deux mètres de la limite; quand je soutiens que mon voisin n'a pas le droit de planter en deçà de cette distance, ce n'est point une servitude que je réclame sur lui, c'est une action négatoire que j'exerce pour faire reconnaître la liberté de mon fonds (1). Mais il y aurait action confes-

(1) C'est à tort, et non sans grand dommage pour la netteté des idées, que notre Code civil a qualifié *servitudes naturelles* ou *légales* les restrictions par lesquelles il a cru devoir limiter le droit de propriété (C. C., art. 640 à 685). Ces restrictions constituent l'état normal de la propriété en

soire, si je soutenais que mon voisin ne peut planter à moins de trois mètres; car pour cela, il faudrait que son fonds fût grevé de servitude à mon profit.

III. La revendication de propriété n'est jamais accordée au possesseur; *sufficit ei quod possideat* (§ 278, n° 2). Les raisons données à l'appui de cette règle paraissent parfaitement applicables aux actions confessoire et négatoire; cependant il est certain que l'action confessoire pouvait être exercée même par celui qui se trouvait en possession de la servitude qu'il venait revendiquer; et que, pareillement, l'action négatoire n'était point refusée au propriétaire, alors même qu'il aurait eu la possession libre de son fonds (1). Cette anomalie, qu'il serait, je crois, difficile de justifier en raison, s'explique, en droit romain, par des circonstances toutes locales.

Quant à la confessoire, il faut se rappeler que les Romains n'avaient point d'abord admis que les servitudes fussent susceptibles de possession; en conséquence, dans l'origine, les divers interdits créés par le préteur pour protéger la possession

---

France; et, par conséquent, ne méritent pas le nom de *servitudes*. Cette remarque est importante pour distinguer l'action négatoire de l'action confessoire, et aussi pour la décision de cette question : à qui incombe l'obligation de prouver?

(1) Ulpian., L. 5, § 7, ff., *Si ususfruct. petat.* — L. 6, § 1, *Si serv. vindic.*

ne se réfèrent qu'à la possession complète : celle dans laquelle le possesseur aspire à la propriété (*animo domini*). A cette époque donc, celui qui avait l'exercice d'une servitude ne trouvant, ni dans le droit civil, ni dans le droit prétorien, aucun moyen légal pour protéger cet exercice, en tant que possession, n'avait d'autre ressource que d'agir au pétitoire, par action confessoire, contre ceux qui le troublaient dans l'exercice de son droit (1). Et quand, plus tard, on étendit les interdits à la quasi-possession des servitudes, on ne songea pas à abroger la règle qui s'était établie comme conséquence forcée du régime antérieur; mais comme il est, en général, bien plus commode d'agir au possessoire qu'au pétitoire, il est vraisemblable que les possesseurs de servitudes devaient bien rarement user de la permission d'agir *de plano* par action confessoire.

Cette explication ne paraît point d'abord applicable à la difficulté considérée par rapport à l'action négatoire. En effet, de deux choses l'une : si le propriétaire n'est point troublé dans la libre possession de la chose, ne peut-il pas attendre que celui qui prétend avoir une servitude sur cette chose vienne l'attaquer par action confessoire?

(1) C'est aussi ce qui arrive en droit français pour les servitudes qui ne réunissent pas le double caractère de *continues* et d'*apparentes* : comme de telles servitudes ne sont pas susceptibles d'une possession légale, celui qui est troublé dans leur exercice ne peut agir qu'au pétitoire.

et si, au contraire, il est troublé par des voies de fait, pourquoi n'aurait-il pas recours à l'interdit direct *Uti possidetis* ; puisque cet interdit a été précisément imaginé pour ceux qui, comme le propriétaire dont il s'agit, possèdent un immeuble *animo domini*? — Il faut remarquer que, par sa formule même, l'interdit *Uti possidetis* suppose que chacun des plaideurs prétend également posséder *animo domini* ; qu'ainsi il est inapplicable, du moins directement, au cas où l'une des parties, n'élevant aucune prétention à la possession proprement dite, invoque seulement la quasi-possession d'une servitude : en réalité donc, il y avait ici pour le propriétaire même disette de moyens possessoires (1) que pour le possesseur de servitude, et, par conséquent, même nécessité, pour lui, de recourir à l'action pétitoire négatoire pour faire cesser le trouble qu'apporteraient à sa libre possession ceux qui prétendraient exercer sur le fonds des actes constitutifs de servitude.

IV. Mais, de ce que le propriétaire en *libre* possession de son fonds se trouvait, par suite des lacunes du droit en matière possessoire, dans la nécessité de prendre au pétitoire le rôle de demandeur, s'ensuit-il qu'il dût, comme tout autre de-

(1) Nous ne voulons parler ici que du trouble de nature à donner lieu à l'interdit *UTI POSSIDETIS* ; car si le trouble avait dégénéré en *actes de violence*, le propriétaire aurait eu incontestablement l'interdit *UNDE VI*. — Voyez, au chap. vi de ce livre, la matière des interdits possessoires. — Cf. Pellat, ouvr. cit., pag. 77 et suivantes.