Agrégation des Facultés de droit. Concours de 1898. Composition de droit romain. De la Quasi possession en matière de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Rousse, E.-Didier. Agrégation des Facultés de droit. Concours de 1898. Composition de droit romain. De la Quasi possession en matière de servitudes, par E.-Didier Rousse. 1898.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

DÉPOT LÉGAL
Loiret
R 157
18 98

AGRÉGATION DES FACULTÉS DE DROIT

(SECTION DE DROIT PRIVÉ ET DE DROIT CRIMINEL)

CONCOURS DE 1898

COMPOSITION

DE

DROIT ROMAIN

Faite en 7 heures, le 15 Avril 1898

PAR

E. DIDIER ROUSSE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

—

1898

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

4° F 22 (3486is)

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

De la quasi-possession en matière de servitudes.

Notre Code civil définit la possession dans son article 2228 : la détention ou la jouissance d'une chose ou *d'un droit* que nous tenons ou que nous *exerçons* par nous-même ou par un autre qui la tient ou qui l'*exerce* en notre nom.

Et à cette situation de fait, le Législateur attribue, sous des conditions qui varient suivant les cas, des effets très importants : l'acquisition du droit de propriété sur la chose détenue ou *le droit même qui est exercé* ; la protection des actions possessoires, l'acquisition des fruits (1) par le possesseur de bonne foi.

Ces divers effets de droit attachés à une situation de fait remplissant des conditions données, on les voit déjà apparaître dans le Droit romain, et c'est dans ce Droit, que notre Législateur a puisé les principales règles qui régisssent la matière de la possession.

Et pourtant. si nous prenons le Droit romain à la période classique, il est facile de remarquer que l'idée de possession telle que l'avait conçue les jurisconsultes romains, différait en un point essentiel de l'idée moderne telle qu'elle résulte de la définition du Code.

La possession chez nous est tout aussi bien l'*exercice d'un droit* que la détention d'une chose. Il n'en était pas de

(1) Sur le manuscrit, *au*

même en droit romain. Les Romains avaient de la possession une idée plus matérielle, plus concrète ; elle impliquait un pouvoir de fait sur une chose tangible : occupation d'un immeuble, maniement d'une chose mobilière. Les choses incorporelles ne pouvaient être possédées, c'est-à-dire : les *droits autres que le droit de propriété* (1).

Or, parmi les choses incorporelles, ainsi exclues du domaine de la possession, se rencontrent les servitudes tant personnelles que prédiales, qui, par définition sont des *droits* sur une *chose* appartenant à autrui : *inra in re aliena*.

Une personne est installée sur un bien, non à titre de propriétaire, mais d'usufruitière ; elle use du bien, en perçoit les fruits et cela, en son nom, pour elle-même. Nous dirions dans notre droit qu'elle *possède* le droit d'usufruit, puisqu'elle *l'exerce*. Le droit romain n'admet pas cette expression, repousse l'idée de possession relativement au droit de l'usufruitier, et ne voit dans la personne ainsi installée (du moins à l'origine) qu'un simple *détenteur* possédant pour autrui.

Et de même : une personne, possédant à titre de propriétaire un fonds de terre, exerce un droit de passage sur le fonds du voisin. Elle possède la servitude de passage, dirions nous avec le Code civil français. Le droit romain rejette comme impropre une telle expression. La possessiond'une servitude prise abstraction faite de la possession du fonds dominant, ne se comprenait point. Mais ajoutons immédiatement que la servitude prédiale, constituant au profit du fonds dominant une qualité inhérente à ce fonds, le possesseur du fonds était

(1) On sait que les Romains confondaient le droit de propriété et les choses sur lequel il porte.

censé avoir en même temps la possession des servitudes appartenant à celui-ci (1). C'est ce que nous dit très clairement Julien, dans le fragment 32 D. liv. VIII, titre 2 *in fine*.

« *Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere qui aedes possidet* ».

Les servitudes tant personnelles que prédiales ne pouvaient donc être possédées; celui qui les exerçait ne pouvait invoquer les effets attachés à la possession.

Ceci posé, les jurisconsultes romains, avec leur logique rigoureuse arrivèrent à formuler ces trois règles :

1° Les servitudes ne peuvent être créées par tradition (Gaius, fr. 43. D. (*de acq. rer. dom.*) (XLI, 1).

2° Les servitudes ne peuvent être usucapées (Paul, fr. 4 § 27 D. de *usurp, et usuc.* (XLI, 3).

La tradition comme l'usucapion, exigeait en effet un élément essentiel ; la possession (2).

3° Les interdits *possessoires* ne peuvent être accordés ni à l'usufruitier pour faire valoir *son usufruit*, ni au possesseur du fonds dominant pour protéger son droit à un service foncier. (arg. L. 20) D. de serv. (VIII, 1).

Ces trois règles présentaient les plus graves inconvénients. Tout d'abord, il en résultait que l'on ne pouvait acquérir une servitude que par des modes de droit très restreints :

a) Par legs *per vindicationem* soit que le testateur ait légué son bien *deducto usufructu*, ou avec réserve d'une servitude

(1) Sur le manuscrit : *lui appartenant.*

(2) Les servitudes prédiales rustiques, *res mancipi* avaient été à l'origine susceptibles d'usucapion ; mais une loi Scribonia avait interdit cette usucapion. On ignore la date de cette loi.

prédiale; soit qu'il ait légué directement l'usufruit ou la servitude.

b) Le second mode d'acquisition des servitudes était *l'in iure cessio*, simulacre d'un procès sur l'action confessoire ou négatoire.

c) l'usufruit pouvait s'établir aussi par une *mancipatio* de la *res mancipi* sur lequel il portait, opérée *deducto usufructu*.

Les servitudes prédiales étant des *res mancipi* pouvaient aussi se constituer directement par mancipation.

d) Enfin signalons un dernier mode d'acquisition des servitudes : l'*adjudicatio* dans les actions en partage. En vertu du pouvoir qui lui était donné, le juge de l'action pouvait établir des servitudes sur les biens sujets à partage. Par ce dernier moyen, les legs de servitudes *per præceptionem*, étaient rendus possibles.

On voit donc par cette seule énumération, quelles gênes apportait la théorie restreinte de la possession en droit romain, telleque nous l'avons exposée.

La mancipation et l'*in iure cessio* n'admettaient aucune modalité : on ne pouvait établir de servitudes ni conditionnellement, ni à partir d'un jour déterminé. Ces deux modes exigeaient la présence des propriétaires eux-mêmes : on ne pouvait constituer entre absents des servitudes. La mancipation et l'*in iure cessio* étant des modes spéciaux au sol italique, aux choses susceptibles de propriété romaine, aucun de ces modes ne permettait d'établir des servitudes sur le sol provincial. Par la même raison, les pérégrins ne pouvaient acquérir des servitudes. Les citoyens mêmes qui avaient acquis des servitudes d'un *non dominus ex iure quiritium* n'étaient pas protégés : ils ne pouvaient invoquér le bénéfice

de l'action Publicienne, puisque celle-ci reposait sur une fiction d'usucapion réalisée. Or, l'usucapion était impossible pour les servitudes.

En dehors de l'action confessoire, quels étaient les moyens de droit donnés aux titulaires de servitude ?

On leur refusait, avons-nous dit, et cela avec logique, les interdits possessoires. Mais, en revanche, le préteur créa des interdits *spéciaux* pour la protection des principales servitudes prédiales rustiques, et des servitudes urbaines les plus anciennes (interdit de *cloacis*) ; de plus, il étendit à l'exercice des servitudes l'interdit prohibitoire *quod vi aut clam*. Ajoutons que l'usufruitier pouvait obtenir à titre utile les interdits possessoires appartenant au propriétaire pour lequel il possédait.

Dans les provinces, à défaut de moyens juridiques, on s'ingénia pour créer des droits analogues aux servitudes par des expédients : on eut recours (1) à des pactes, à des conventions garanties par stipulations.

Les magistrats des provinces usèrent tout d'abord d'interdits pour protéger ces situations de fait existant depuis un certain temps, ou découlant des pactes par lesquels les intéressés avaient voulu se constituer des sortes de servitudes sur le sol provincial. En principe, ces pactes et stipulations n'auraient dû produire que des droits personnels, des obligations ; les magistrats des provinces, *encouragés par les rescrits impériaux*, déterminés du reste par les nécessités pratiques, reconnurent aux pactes et stipulations, effet pour faire naître

(1) Sur le manuscrit : *on usa de*.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS. R F

un droit réel spécial opposable à tout possesseur du bien soumis à la servitude.

Mais il ne faut voir dans ces premiers efforts que de simples expédients dont l'insuffisance ne tarda pas, d'ailleurs à se manifester (1).

Il fallait de toute nécessité élargir la théorie des modes d'acquisition de servitudes. Le progrès fut réalisé par l'introduction d'une idée nouvelle : l'idée de *quasi-possession*.

La possession, nous l'avons dit, est en droit romain la détention d'une chose corporelle. La quasi-possession, c'est l'*exercice d'un droit*, On reconnaît le possesseur à ce qu'il fait sur une chose des actes de maître, soit par lui-même, soit par ceux qu'il a sous sa puissance. On reconnaît le *quasi-possesseur* (2) à ce fait qu'il agit comme ayant un droit sur une chose ou contre une personne.

Cet état de fait, les jurisconsultes romains arrivèrent à comprendre qu'il devait être protégé comme l'état du détenteur d'une chose pour les mêmes motifs, et aux mêmes conditions, et qu'il importait d'attribuer à l'exercice d'un droit, des effets analogues à ceux que produit la possession.

Grâce à cette assimilation de la quasi-possession à la possession, toutes les imperfections signalées plus haut dans la théorie des servitudes furent peu à peu corrigées. Peu à peu, disons-nous, et le fait est à noter. Ce ne fut que très progressivement que l'idée de la quasi possession se dégagea avec toutes les conséquences que les jurisconsultes romains arrivèrent à en tirer. Et le progrès ne fut complètement réalisé

(1) Sur le manuscrit : *se révéler*.
(2) Le manuscrit porte par erreur « le possesseur ».

qu'à la dernière période du droit romain après de profondes et de durables controverses.

Quelle en fut l'origine ? Quelle cause juridique donner à la naissance de cette théorie nouvelle sur la quasi-possession ?

Il semble que la première idée de cette théorie nouvelle est due précisément à ces interdits spéciaux accordés par le préteur pour la protection des servitudes prédiales, et que nous avons signalés plus haut (*de itinere actu que privato, de rivis, de fonte, de aqna cottidiana et aestiva, de cloacis,* etc.)

Des interdits analogues par leurs formules étaient accordés aux possesseurs d'immeubles ou de meubles pour se maintenir en possession.

Un rapprochement naturel se fit entre l'exercice du droit de servitude et l'exercice du droit de propriété, rapprochement facilité du reste par le besoin fortement senti d'élargir les modes d'acquisition et de protection des servitudes.

Le cas peut-être le plus intéressant était celui d'une personne ayant acheté une servitude qui ne lui avait pas été cédée *in iure* ou qui ne lui avait pas été mancipé, (par exemple par suite de l'absence ou de la minorité du propriétaire ou pour toute autre cause). Quelle protection aura cet acquéreur ?

Labéon ne lui promettait encore au I^er^ siècle de notre ère que les interdits spéciaux prohibitoires.

Mais *Javolenus* plus audacieux accorde à l'acquéreur qui a payé le droit sur le fonds les actions *quasi possessoires.*

« *Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ; ideoque et interdicta veluti possessoria constita sunt* » (L. 20, D. de serv. VIII. 1). C'était insuffisant. L'interdit n'a lieu que durant un certain temps et contre certaines personnes. Aussi dut-on admettre cette décision dans

tous les cas où l'acquéreur avait exercé son droit du reçu le bien sujet à servitude.

Dès la fin du premier siècle, nous voyons donc apparaître pour la première fois la théorie de la quasi-possession en matière de servitudes, et cela par l'application des interdits possessoires donnés à titre utile aux titulaires de servitudes. Ce ne fut pas sans doute sans opposition. Il résulte de divers textes que même au milieu de la période classique, *Papinien* et surtout *Paul* fidèles aux principes, limitèrent très étroitement la portée de notre idée de quasi-possession.

Ce fut seulement dans les provinces et cela *necessitatis causa* que la théorie de Javolenus réussit tout d'abord à se développer, mélangée, il est vrai, avec ces pratiques déjà signalées de servitudes créées par simples pactes et protégées par des actions *in rem* utiles. Grâce à la quasi-possession tout paraît se régulariser.

On admet sans difficulté :

1° La possibilité d'une *quasi-traditio* remplaçant la *mancipatio* ou *l'in iure cessio* impossible.

2° La possibilité d'acquérir des servitudes par une *longue quasi-possession* (1).

3° La création d'une action analogue à la Publicienne, une Publicienne utile, pour la protection des acquéreurs de servitude *a non domino* et de bonne foi.

4° La possibilité de constituer des servitudes sous condition ou à terme.

Mais de la Province, ces principes et ces règles contraires à la pure notion des servitudes, revinrent en Italie, à Rome,

(1) Le manuscrit portait : *possession*.

et ne tardèrent pas à dominer avant la fin même de la période classique.

Cette solution s'impose à l'esprit d'abord, parce qu'à la même époque la *mancipatio* et l'*in iure cessio*, modes conventionnels d'établir les servitudes, ont cessé d'être en usage ; il a fallu les remplacer.

Les servitudes s'établissent par pactes et stipulations, même en Italie : la chose paraît résulter de nombreux textes du Digeste. On discute simplement le point de savoir si une *quasi-traditio* est exigée pour la naissance du droit.

Cette *quasi-traditio* dans tous les cas est devenue possible : elle produit des effets de droit. Elle donne d'abord une action *in rem* confessoire utile, et permet de plus à l'acquéreur d'une servitude même *a non domino* d'obtenir le bénéfice de l'action Publicienne.

Cela résulte d'un texte d'Ulpien (*lib. 12 ad Edict*, inséré au Digest fr. 11 § 1, D. *de Publ. in rem* act. VI. 2).

Mais quelle était la formule de cette action Publicienne ? Sur ce point il y a de grandes obscurités. La Publicienne est fondée sur la fiction qu'une usucapion est achevée. Or nous l'avons dit, on n'usucape pas les servitudes.

Un auteur,(Huschke) a imaginé que du moins pour les servitudes rustiques jadis susceptibles d'être usucapées, la formule reposait sur la fiction que la loi Scribonia n'aurait pas été rendue. Cette hypothèse ne saurait être acceptée. Au surplus elle ne résout qu'une partie, et encore très secondaire de la difficulté puisqu'elle laisse à part les servitudes personnelles et les servitudes prédiales urbaines. N'est-il pas plus simple et plus vraisemblable d'admettre l'existence d'une action confessoire utile accordée à l'acquéreur d'une servitude même par simple pacte ou par tradition, à laquelle s'ajoutera la

fiction de la prescription de longtemps dont nous devons maintenant parler ? (Voir en faveur de cette hypothèse le fragment d'Ulpien cité plus bas).

Nous l'avons vu en effet, dans les Provinces, les magistrats avaient reçu l'ordre de protéger les servitudes établies depuis longtemps. Ce principe fut aussi admis d'une façon générale par les Juris consultes classiques depuis Ulpien, et cela, grâce à la théorie *de la quasi-possessio.*

Ainsi l'ancienne impossibilité d'usucaper les servitudes se trouve tournée. C'est ce que nous apprend notamment un texte très important d'Ulpien inséré au (1) Digeste ainsi conçu. *Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est veluti ex legato, vel alio modo ; sed utilem habet actionem ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam.....*

Tempus defuit.

(1) Ces derniers mots « *Ulpien inséré au* » manquent sur le manuscrit.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
IMPRIMÉS.

Orléans. — Imp. MORAND, 47, rue Bannier.