

**La construction clandestine :  
D. 43, 24, 7, 2 (Ulp. 71 *ad ed.*)**

par Fernando BETANCOURT  
(Séville)

Il est bien connu que, dans la doctrine, la distinction entre l'interdit *quod vi aut clam* et l'interdit *demolitorium* qui suit la *novi operis nuntiatio* n'est pas encore très nette. Et cela, à cause de la confusion des deux recours dans les sources. En ce qui concerne la différence entre les deux, ce qu'on accepte, généralement, c'est de réserver l'interdit *quod vi aut clam* pour les constructions faites *in alieno*, et de garder l'interdit *demolitorium* ou *ex operis novi nuntiatione* ou *de opere restituendo* pour les constructions *in suo* mais qui violent un droit de servitude. La doctrine est moins unanime lorsqu'il s'agit d'établir à quelle époque la confusion des deux recours s'est produite (1).

---

1) Ainsi, tandis que certains auteurs situent cette confusion à l'époque postclassique (vid. en général, A. D'ORS, *DPR*<sup>6</sup> [Pamplona, 1986], 203, n. 6), d'autres, au contraire, la font reculer jusqu'à l'époque de Julien [II<sup>ème</sup> s. apr. J.-C.] (vid. en général, J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* [Barcelona, 1983], 53, n. 8; p. 59 ss. Affirmation que l'auteur précise en disant [p. 63] que : "La confusión final entre la *operis novi*

Dans l'exposé qui suit, nous allons mettre l'accent sur une nuance qui, à notre avis, peut introduire une nouvelle perspective, non seulement sur la différence entre les deux interdits (*quod vi aut clam* et *demolitorium*) mais encore - secondairement - sur l'époque où la confusion des deux interdits s'est produite.

Notre base textuelle est le fragment D. 43, 24, 7, 2 (Ulp. 71 *ad ed.*) :

*Ait Iulianus : qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, [duobus] interdict[is] <o> tenebitur, [uno] quod ex operis novi nuntiatione competit [altero quod vi aut clam], remissione autem facta intellegendus non erit vi [aut clam] facere, quamvis prohibeatur : licere enim debet aedificare ei, qui satisdederit <nec interdictum quod vi aut clam dari potest> cum <is cui nuntiatio facta est> possessor hoc ipso constituatur : clamque facere nec ante remissionem nec postea existimandus est, cum is, qui opus novum nuntiat, non possit videri celatus [et praeoccupatus] antequam controversiam faceret.*

Passage qui doit se compléter avec Bas. 58, 23, 7 (éd. HEIMBACH) :

---

*nuntiatio* y el interdicto *quod vi aut clam* comenzó en el siglo II d. de J.C. y culmina en el período postclásico").

Ὁ μετὰ κάλυψιν καινο- τομῶν καὶ τῇ ὑπηρεσιῶν νέων παρραγγελία, καὶ τῷ περὶ βίας ἢ λάθρα κατέχεται. Οὐ μὴν μετὰ παραχώρησιν δοκεῖ λάθρα ποιεῖν.	<i>Qui post factam prohibitionem          novum opus facit, tam ex novi          operis nuntiatione, quam          interdicto quod vi aut clam          tenetur. Non tamen post          remissionem clam facere          videtur.</i>
--	--

En 1901, O. KARLOWA (2) fit de notre passage du Digeste l'interprétation suivante. Les compilateurs - dit-il - ne traduisent pas ici la vraie et parfaite pensée de Julien/Ulprien. En effet, signale l'auteur, Julien/Ulprien aurait dû indiquer, dans ce texte, que deux interdits en rapport avec le décret de *remissio* d'effectuer un *opus* n'étaient pas possibles, mais uniquement un : l'interdit *ex operis novi nuntiatione*, qui présuppose un *ius prohibendi* de la part du dénonciateur (3).

En général, et bien qu'une importante partie de la doctrine ait fait une critique d'interpolation du passage depuis P. BONFANTE, à notre avis, on n'a pas suffisamment considéré - dans son essence - cette interprétation de KARLOWA (4). A notre

---

2) O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II. Privatrecht und Civilprozeß. Strafrecht und Strafprozeß, I. Teil : Privatrecht* (Leipzig, 1901), 1230.

3) O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1230, complète son interprétation du passage en ajoutant que l'interdit *quod vi aut clam* était même exclu quand le dénoncé avait demandé la *remissio*, car alors il n'agissait pas arbitrairement (*vi*). Et cela, à condition que le dénoncé n'eût pas donné la *satisfactio ex operis novi nuntiatione*, car, dans ce cas, les deux interdits seraient exclus.

4) En effet, P. BONFANTE, en premier lieu, déjà dans sa note à BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de GLÜCK*, Lib. 39, 1 - Parte I. Tradotta ed annotata da Pietro BONFANTE (Milano, 1903), 284 n. m; en particulier à la p. 286 s., nie que le passage soit interpolé et accuse

connaissance, ces derniers temps, c'est J. PARICIO qui s'est occupé à fond de notre passage. Cet auteur, se basant uniquement sur D. 43, 24, 7, 2, et sans tenir compte de Bas. 58, 23, 7, comme presque tous les auteurs cités, émet les affirmations suivantes :

1. Le passage n'est pas interpolé (5).

---

l'interprétation de KARLOWA de plus ou moins "artificieuse". Selon BONFANTE, sur la base d'un auteur précédent (NABER), KARLOWA ne fait pas de distinction, dans ce passage, entre la *remissio* prétorienne et la *remissio* privée (D. 2, 14, 1, 14 [Ulp. 4 ad ed.]). BONFANTE ajoute que notre passage (D. 43, 24, 7, 2) doit parler de la *remissio* privée car, dans ce cas seulement, on peut expliquer le lien établi avec la *satisfactio ex operis novi nuntiatione*. En second lieu, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II. La proprietà, Parte I* [Ristampa corretta della I edizione Roma, 1926] (Milano, 1966), 458 ss., soutient et développe son opposition à l'interprétation de KARLOWA. Mais déjà dans cet ouvrage, il critique, comme étant des interpolations, les expressions [*remissione autem facta*] et [*licere enim debet aedificare ei, qui satisfecerit*]. Laissant de côté la critique globale de CICOGNA, nous avons celle de NABER qui pense que l'expression [*aut clam facere*] est interpolée; cfr. pour ces deux auteurs *Index Interp.* s.l. De son côté, BERGER, *RE. IX 2* (1916), s.v., *interdictum*, col. 1609 à 1707; en particulier sub n° 47 I. *quod vi aut clam*, col. 1662 à 1665; plus spécialement à la col. 1665, il semble accepter la concurrence des deux interdits dans D. 43, 24, 7, 2, même s'il mentionne l'opinion contraire de KARLOWA. Doutent aussi de l'authenticité du passage, NIEDERMEYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der 'vis'*, dans *Studi in onore di S. RICCOBONO I* (Palermo, 1936), 259, et G. BRANCA, *La 'prohibitio' e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, en *SDHI. 7* (1941), 316 ss., qui critique l'expression [*licere - constituatur*]. De son côté, J.A. ARIAS BONET, *Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, dans *AHDE. 42* (1972), 296 ss., suit BONFANTE en ce qui concerne la *remissio* (privée) mais accepte aussi l'opinion de KARLOWA quand il affirme que "el texto original ha sido inhabilmente resumido". Ainsi donc, nous pouvons constater que presque toute la doctrine, à propos du D. 43, 24, 7, 2, a concentré son attention sur le rapport *remissio* (privée) - *cautio*, sans avoir souligné le problème de la concurrence des deux interdits dont parle ce texte.

5) J. PARICIO, *op. cit.*, p. 220. L'auteur nie, bien sûr, les critiques d'interpolation qu'on a faites au texte.

2. C'est à partir de Julien, bien qu'on puisse encore affirmer que l'interdit *quod vi aut clam* était possible contre celui qui construisait *in alieno*, qu'on commence à considérer que celui qui construit *in suo*, contre une *nuntiatio* déjà effectuée, agit *vi* ou *clam*. Partant de cette prémisse, la confusion avec l'interdit *demolitorium* n'était qu'une conséquence logique (6).

3. A partir du II<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C., c'est-à-dire à partir de Julien, l'*operis novi nuntiatio* sera aussi utilisée contre une construction *in alieno*; l'*operis novi nuntiatio* envahissant, ainsi, la spécialité propre à l'interdit *quod vi aut clam*. C'est pour cela que l'interdiction de construire, que l'*operis novi nuntiatio* contenait implicitement, put s'utiliser avec l'interdit *quod vi aut clam*, envahissant, donc, le domaine spécifique de l'interdit *demolitorium* (7).

4. Si, à partir du II<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C., l'interdit *quod vi aut clam* n'absorba pas l'*operis novi nuntiatio*, ce fut parce que l'arrêt de la construction n'était possible qu'à travers cette dernière (8).

Pour notre part, et acceptant avec J. PARICIO (9) que la *remissio* dont parle le D. 43, 24, 7, 2, est une *remissio* prétorienne, nous allons concentrer notre attention sur la concurrence des interdits *quod vi aut clam* et *ex operis novi nuntiatione*. En dehors du fait que la concurrence de deux

---

6) J. PARICIO, *op. cit.*, p. 60.

7) J. PARICIO, *op. cit.*, p. 221 s.

8) J. PARICIO, *op. cit.*, p. 221.

9) J. PARICIO, *op. cit.*, p. 167 ss.

procédures poursuivant le même but, la démolition de ce qui avait été construit (*opus*), est en elle-même douteuse, car elle viole le principe d'économie de la procédure, cette concurrence nous pose les questions suivantes :

1. Comment est-il possible qu'on accorde l'interdit *quod vi aut clam*, ainsi qu'on l'affirme au début du passage, pour nier par après la possibilité du *facere clam* ?

2. Comment est-il possible que Julien/Ulprien accorde les deux interdits, pour parler ensuite uniquement de l'interdit *quod vi aut clam*, et cela dans le but de l'exclure en raison de l'impossibilité d'un *facere clam* en cas de *nuntiatio* ?

3. Comment se fait-il que Julien dise, selon Ulprien, qu'après la *remissio*, il n'y a pas de *vi aut clam facere*, pour ensuite exclure de nouveau, et en toute hypothèse, le *clam facere* avant ou après la *remissio* ?

Nous ne croyons pas que la réponse à ces trois questions se trouve dans l'opinion qui soutient la confusion des deux interdits à partir de l'époque de Julien. En effet, si cela était, la fin du passage (*antequam controversiam faceret*) révélerait une contradiction chez Julien lui-même, car il est inadmissible que la *nuntiatio*, avant ou après sa rémission, puisse exclure le *clam facere*, et qu'on parle d'une controverse qui ne peut s'expliquer que lorsqu'il existe une contestation portant sur la *vindicatio servitutis* ou sur l'action négatoire correspondante. Et cela, en laissant de côté le cas de la *nuntiatio* relative à l'usage public. Donc, à notre avis, les compilateurs ont modifié le texte en lui donnant un sens contraire à celui de Julien/Ulprien, mais sans

supprimer cette absurdité. Le vrai texte d'Ulpien qui consignait l'opinion de Julien aurait donc le sens suivant : une fois accomplie l'*operis novi nuntiatio* - qui arrêta immédiatement la construction - la clandestinité était exclue, c'est-à-dire le *facere clam*. Mais le *facere vim* serait également exclu, car la *vis* était implicite dans la propre *prohibitio* de la *nuntiatio*. Cette exclusion opérait d'une manière absolue, c'est-à-dire avant ou après la *remissio nuntiationis* ; cela signifie, en d'autres termes, que la clandestinité et la violence étaient exclues aussi bien avant qu'après la fourniture de la *cautio ex operis novi nuntiatione* ou *de opere restituendo*.

Il est bien connu que si le dénoncé ne donnait pas de *cautio*, l'interdit *demolitorium* avait lieu immédiatement. Si le dénoncé donnait la *cautio*, alors il pouvait continuer la construction et, en même temps, il était protégé par l'interdit (prohibitoire) *ne vis fiat aedificanti*. De son côté, le dénonciateur était assuré par la *cautio*. Dans cette deuxième hypothèse, le résultat final de l'*operis novi nuntiatio* et de la *cautio de opere restituendo* — en vertu de laquelle le dénoncé s'obligeait à remettre ce qui avait été construit dans son état primitif — était conditionné par le résultat final de l'action réelle (*vindicatio servitutis* ou action négatoire correspondante) intentée par le dénonciateur. C'est à cette action réelle du dénonciateur que Julien/Ulpien fait allusion à la fin du passage : *antequam controversiam faceret*, élément que, sans se gêner, les compilateurs du passage n'ont pas exclu, et qui ne s'harmonise pas avec l'interdit *quod vi aut clam*, réservé pour les constructions *in alieno* — *res privata* ou *res publica* (D. 39, 2, 15, 6/9 [Ulp. 53 *ad. ed.*]) — mais avec l'interdit *demolitorium*,

réservé pour les constructions *in suo* mais qui violent un droit de servitude ou le droit de propriété.

D'autre part, le fait même de la *nuntiatio* conduit à reconnaître le dénoncé comme possesseur du terrain sur lequel il a construit. On ne court pas ce risque avec l'*operis novi nuntiatio* et l'interdit *demolitorium* correspondant, si on réserve les deux recours pour les constructions *in suo* (mais quand on a violé un droit de servitude ou le droit de propriété).

Ainsi donc, nous basant sur notre passage D. 43, 24, 7, 2, nous excluons l'idée de construction clandestine là où il y a eu *operis novi nuntiatio*. Par conséquent, du point de vue négatif, il n'y a pas de construction clandestine s'il y a eu *nuntiatio*, ce qui exclut la possibilité d'exercer l'interdit *quod vi aut clam*. Dans ce sens, l'interprétation que KARLOWA a faite du passage nous semble correcte. En d'autres termes, l'interdit *quod vi aut clam* ne serait possible que contre les constructions *in alieno* (sur mon propre terrain), par un autre, soit utilisant la violence, soit clandestinement; et de même, contre les constructions *in publico* (qui impliquent aussi *in alieno*). D'autre part, nous croyons que ce sont les compilateurs qui ont provoqué la confusion de l'interdit *quod vi aut clam* et de l'interdit *demolitorium* ou, en tout cas, nous ne situons pas cette confusion à l'époque de Julien (ou Ulpien).

La confusion entre les deux interdits a pu se produire de la façon suivante : l'*operis novi nuntiatio* étant une forme de *prohibitio*, ce qu'on accomplit en violant cette *prohibitio* est considéré *vi factum*, ce qui fait penser à l'interdit *quod vi aut clam*



(10), de telle sorte que, comme le dit Julien/Ulprien au D. 43, 24, 7, 2, il n'y pas de *clam facere* quand il y a eu *nuntiatio*, car il serait absurde que celui qui fait la *nuntiatio* prétende que la construction est clandestine (*cum is qui opus novum nuntiat, non possit videri celatus...*). Si, comme certains l'affirment, l'interdit *quod vi aut clam* avait pu être utilisé, à l'époque postclassique, contre une construction *in suo*, cela aurait impliqué la disparition de la *nuntiatio* préalable et l'identification de celle-ci avec la propre demande de l'interdit.

En ce qui concerne l'*opus iam factus in suo* - légitime, donc, mais qui viole un droit de servitude - dans le cas de construction (*opus*) achevée, on ne peut, à notre avis, exercer que

---

10) On le déduit de D. 39, 1, 17 (Paul [57] <67> *ad. ed.*), que nous reconstruisons ainsi : *Si procurator opus novum facientem [prohibuerit] <nuntiaverit>, domino competit [quod vi aut clam] <ex operis novi nuntiatione> interdictum*. J. PARICIO, *op. cit.*, p. 197, n. 4, est surpris par le fait que Paul ne parle pas de l'interdit *demolitorium* dans ce passage. Mais, d'autre part, il refuse d'accepter que le passage ait été modifié à l'époque postclassique. Et cela, à cause de ses préjugés envers la concurrence des deux interdits à partir du II<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C., c'est-à-dire à partir de Salvius Julianus (Ulprien), époque à partir de laquelle - dit l'auteur - "quand on violait la prohibition que la *nuntiatio* portait implicitement il était possible d'exercer n'importe lequel des deux interdits. Cette double possibilité était sûrement si nette que Paul ne vit pas d'inconvénient à consigner uniquement l'*interdictum quod vi aut clam*". On peut le déduire aussi de D. 39, 2, 13, 10 (Ulp. 53 *ad ed.*) : *Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat, Iulianus tractat. et magis probat caveri oportere : nam et ei, qui egerit ius adversario non esse alius tollere aedificum, caveri debere. item eum, adversus quem interdictum [quod vi aut clam] <ex operis novi nuntiatione> competit, cavere debere Iulianus ait, quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis*. J. PARICIO, *op. cit.*, p. 40, n. 37, n'étudie pas le texte par rapport au problème qui nous occupe. Il l'analyse uniquement pour nier l'existence de l'*operis novi nuntiatione damni depellendi causa* à l'époque de Salvius Julianus. L'auteur préfère la situer à l'époque de Sextus Pedius (D. 39, 1, 5, 9). D'après J. PARICIO, Pedius "élabora son oeuvre un peu après Julien, ou du moins à la même époque que lui".

la *vindicatio servitutis* et non la procédure préventive de la *nuntiatio (novi operis iuris nostri conservandi causa)*.

Une dernière observation critique sur notre passage (D. 43, 24, 7, 2) est celle qui fait allusion au terme *praeoccupatus* (à la fin du texte). Cette expression nous semble impossible chez un juriste classique comme Julien. En tout cas, on devrait donner ici à *praeoccupatus* le sens de "surpris".

En rapport avec cette expression, nous voulons formuler la considération suivante sur le Droit des Successions. On lit dans D. 34, 3, 21, 2 (Terent. 12 *ad leg. Iul. et Pap.*) : *Sed si sub condicione dato legato heres [praeoccupaverit et] exegerit debitum, aliud dici oportet, quia in arbitrio heredis esse non debet, ut quandoque condicione existente neque ipsi legatario debeatur legatum, si tum vivat et capere possit, neque ei, ad quem hoc commodum pervenit, si legatarius capere non possit*. Il s'agit d'un legs libératoire conditionnel d'une créance non-conditionnelle du *de cuius*. L'héritier ne doit pas "s'avancer" et exiger la créance, mais attendre que la condition du legs libératoire fasse défaut. A la fin du passage (... *ad quem hoc commodum pervenit, si legatarius capere non possit*), on fait allusion à la part "caduque", supprimée par Justinien, mais qui a laissé ici un vestige camouflé.