

Textes de droit romain  
expliqués : à l'usage  
des élèves de la Faculté  
de droit de Paris pour le  
premier examen de [...]

Machelard, Eugène. Textes de droit romain expliqués : à l'usage des élèves de la Faculté de droit de Paris pour le premier examen de licence / par M. E. Machelard,.... 1856.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).

INVENTAIRE  
F.39.271

**TEXTES**  
**DE DROIT ROMAIN**  
**EXPLIQUÉS**

A L'USAGE DES ÉLÈVES DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,  
POUR LE PREMIER EXAMEN DE LICENCE.

PAR

**M. E. MACHELARD,**  
PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN.

ANNÉE 1855-1856.

**PARIS**

**AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,**  
RUE DES GRÈS, 7.

—  
1856.



# TEXTES

## DE DROIT ROMAIN

EXPLIQUÉS.

---

### PREMIÈRE PARTIE.

#### TEXTES SUR LA POSSESSION.



§1<sup>er</sup>. Divers sens du mot *possessio*, — *possessio civilis*,  
— *possessio naturalis*, — *in possessione esse*.

ULPIANUS, lib. 24, *ad Edictum*.

I. Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum : non solum eum , qui civiliter, sed et eum , qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem , qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. L. 3, § 15, *ad Exhib. D.* (10-4).

POMPONIUS, lib. 6, *ad Sabinum*.

II. Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest. L. 4, *ad Exhib. D.* (10-4).

JAVOLENUS, lib. 4, *ex Plautio*.

III. Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est : quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possi-

©

39271

det. Quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accipit, possidet : adeo ut addici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. L. 16, *de Usurp.*, D. (41-3).

ULPIANUS, lib. 69, *ad Edictum*.

IV. Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat ; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit : poterit interdicto uti, non tamen, si colonus. L. 1, §§ 9 et 12, *de Vi*, D. (43-16).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum*.

V. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam : quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem? L. 1, § 4, D. *de Adq. Posses.* (41-2).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum*.

VI. Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intervenerit : cessare usucapionem, Cassius respondit : quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. Alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat. L. 1, § 2, *pro Donat.* D. (44-6).

JULIANUS, lib. 44 *Digestorum*.

VII. Quod vulgo respondetur, *causam possessionis neminem sibi mutare posse*, sic accipiendum est : ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et

propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. L. 2, § 1, *pro Hered.*, D. (41-3).

PAULUS, lib. 6, *ad Sabinum*.

VIII. Sed eum, qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti, placuisse Pomponius scripsit : quoniam nihil tua interesset ; ut pote eum nec commodati teneris. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris : etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem ; quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit. L. 15, § 2, *de Furt.*, D. (47-2).

### § 2. Comment s'acquiert la possession.

PAULUS, lib. 51, *ad Edictum*.

I. Et adipiscimur possessionem corpore et animo ; neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, *et corpore, et animo adquirere nos debere possessionem*, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet : sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. L. 3, § 1, *de Adq. Posses.*, D. (41-2).

CELSUS, lib. 23 *Digestorum*.

II. Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit ; aut si vicinum mihi fundum mer-

cato venditor in mea turre demonstret, vacuumque possessionem tradere dicat : non minus possidere cœpi, si pedem finibus intulissem. L. 18, § 2, *de Adq. Posses.*, D. (41-2).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum*.

III. Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit : videri mihi traditam Priscus ait : idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare : *non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*. Et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas : nam pro traditis eas haberi, si in re præsentia consenserint : et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint. L. 1, § 21, *de Adq. Posses.* D. (41-2).

PAPINIANUS, lib. 19 *Questionum*.

IV. Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint : quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea : quod si venditoris merces non fuerant, usucapio confestim inchoabitur. L. 74, *de Cont. Empt.*, D. (18-1).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum*.

V. Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus ; sicut diximus per colonum et servum. Nec movere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quos servi peculiariter paraverunt : nam videmus eas eorundem et animo, et corpore possidere. L. 3, § 12, *de Adq. Posses.*, D. (41-2).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum*.

VI. Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent : nobis non possunt acquirere. Alioquin, si dicamus, per eos acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt ; futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis : neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem. L. 1, § 20, *de Adq. Posses.*, D. (41-2).

CALLISTRATUS, lib. 2 *Questionum*.

VIII. Res ex mandato meo empta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit. L. 59, *de Adq. Dom.* D. (41-1).

CELSUS, lib. 23. *Digestorum*.

IX. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere ; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienæ possessioni præstat ministerium. L. 18 *pr. de Adq. Posses.* D. (41-2).

ULPIANUS, lib. 17, *ad Edictum*.

X. Quædam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit. Possede defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur : quæ res sufficiebat ad traditam possessio-

nem, licet conductio non intervenisset. L. 77, *de Rei Vind.* D. (6-1).

JULIANUS, lib. 13 *Digestorum*.

XI. Qui pignoris causa fundum creditori tradidit, intelligitur possidere. Sed et si eundem precario rogaverit, æque per diutinam possessionem capiet. Nam cum possessio creditoris non impediat usucapionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse debet; cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet. L. 36, *de Adq. Posses.* D. (41-2).

ULPIANUS, lib. 72, *ad Edictum*.

XII. Meminisse autem nos oportet, cum qui precario habet, etiam possidere. L. 4, § 1, *de Precar.* D. (43-26).

PAULUS, lib. 34, *ad Edictum*.

XIII. Item adquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino, et Cassio, et Juliano placuit; quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans, et furiosus adquirunt possessionem, et usucapiunt: et heres, si hereditarius servus emat. L. 1, § 3, *de Adq. Posses.* D. (41-2).

PAULUS, lib. 15, *ad Sabinum*.

XIV. Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit: nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Utilitatis enim causa hoc receptum est: non alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem.

Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest. L. 32, § 2, *de Adq. Posses.* D. (41-2).

IMP. SEVERUS ET ANTONINUS A A et C C. *Attico.*

XV. Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est. L. 1, *de Adq. Posses.* C. (7-32).

IMP. DECIUS. A. RUFINO.

XVI. Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita, corpore queritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. L. 3, *de Adq. Posses.* (C. 7-32).

§ 3. — *Comment se perd la possession.*

PAULUS, lib. 65, *ad Edictum.*

I. Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. L. 8, *de Adq. Posses.* D. (41-2).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum.*

II. Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri; id

est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Disimiliter atque si sub custodia, mea sit nec inveniatur: quia presentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. L. 3, § 13, *de Adq. Posses. D.* (41-2).

POMPONIUS, lib. 23, *ad Quintum Mucium.*

III. Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrum ne usque eo possidemus donec alius, corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? An vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes non aliquis repellat; aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et videtur utilius esse. L. 25, § 2, *de Adq. Posses. D.* (41-2).

PAPINIANUS, lib. 23, *Questionum.*

IV. Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus; tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quæri adsolet; ita non debet ignorantia tolli possessio, quæ solo animo tenetur. L. 46, *de Adq. Posses. D.* (41-2).

ULPIANUS, lib. 70, *ad Edictum.*

V. Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit: et dum ille a nundinis rediit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere. Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si

revertentem dominum non admiserit, si magis intelligi possidere. non clam L. 6, § 1, *de Adq. Posses. D.* (41-2).

GAIUS, lib. 2, *Institutionum.*

VI. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem : quæ vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. L. 37, § 1, *de Usurp. D.* (41-3).

PAULUS, lib. 54, *ad Edictum.*

VII. Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedissee. L. 4, § 28, *de Usurp. D.* (41-3).

---

## EXPLICATION.

§ 1<sup>er</sup>.

Le mot *possessio*, que le jurisconsulte Paul, d'après Labéon, l. 1 pr. de *Adq. Posses.*, fait dériver de *pes* (pied), *a pedibus* (1) indique, suivant cette étymologie (2), le rapport matériel d'une personne avec une chose, rapport consistant en ce que cette chose serait en contact avec une personne, de manière à être soumise à l'empire de celle-ci. L'image la plus complète de cette soumission se trouverait dans le fait de mettre le pied sur l'objet possédé, ou, si l'on adopte le texte de la Florentine, dans le fait de se placer corporellement sur cet objet, *quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit (ibid.)*. On ne doit voir cependant dans cette définition qu'un moyen de rendre sensible l'élément principal de la possession, l'assujettissement de la chose possédée vis-à-vis du possesseur. L'examen de la matière nous amènera, en effet, à reconnaître que la nécessité de cette relation corporelle, dont les commentateurs se sont fait souvent une idée exagérée, était entendue avec une grande latitude par les jurisconsultes romains.

On rencontre souvent dans les textes l'expression *pos-*

(1) Telle est la leçon de la *Vulgate*, tandis que la leçon Florentine porte : « *Sedibus.* »

(2) Cette étymologie est contestable, et a été contestée. On a proposé, avec assez de vraisemblance, de rattacher le mot *possessio* au verbe *posse*, à raison du pouvoir que confère la possession à celui à qui elle appartient.

*sessio* employée isolément ; mais d'autres fois elle est accompagnée des épithètes *civilis* ou *naturalis*, sur le sens desquelles les auteurs sont loin d'être d'accord. Enfin, on dit aussi qu'une personne est *in possessione*, ce qui semblerait avoir la même portée que *possidere*. Il faut néanmoins se garder d'accepter la synonymie, puisqu'il y a, au contraire, opposition entre ces deux choses. Nous devons commencer par nous fixer sur la véritable signification de ces diverses expressions.

M. de Savigny, qui a tant mérité de la science du droit, et auquel nous devons un traité si précieux de la possession, s'est attaché à préciser la valeur des différentes locutions que nous venons d'indiquer. Son système, bien qu'il ait suscité des adversaires, est cependant celui qui a en général rallié les suffrages. On peut le considérer comme dominant aujourd'hui. Les attaques dont il a été l'objet ne sont pas parvenues à le renverser ; et nous croyons qu'il est le plus propre à fournir l'explication de la théorie romaine, telle que nous la révèlent les fragments du *corpus juris*.

La possession, selon M. de Savigny, consiste d'abord dans un état de fait, qui permet à celui qui possède d'exercer à son gré son empire sur une chose. Elle est constituée, indépendamment de toute appréhension et de tout contact avec la chose, par cela seul que celle-ci est à la disposition de quelqu'un, qui peut à sa volonté, et sans obstacle, réaliser à son égard des actes de jouissance. La conscience acquise de ce pouvoir immédiat suffit à la possession, du moins en ce qui concerne le fait. Ce n'est là, effectivement qu'un des éléments de la possession, celui qui est physique et matériel, que l'on désigne sous le nom de *corpus*. Pour que cet état de fait

mérite en droit d'être appelé possession, il faut en outre que la personne qui se trouve dans ce rapport avec une chose ait l'intention de la traiter comme sienne, qu'elle entende faire tourner à son avantage la possibilité qu'elle a de disposer de la chose. C'est cet esprit que les commentateurs caractérisent ordinairement par les expressions *animus sibi habendi* ou *animus domini*. Peu importe, remarquons-le bien, que le possesseur soit propriétaire, ou même qu'il croie l'être. Le voleur, par exemple, possède ; car il est à même d'agir en maître sur ce qu'il a volé, et son intention est de tirer profit de ce pouvoir qu'il a obtenu déloyalement. Au contraire, le dépositaire, le commodataire, le locataire ne possèdent pas. En fait, le dépositaire est vis-à-vis de la chose déposée dans la même relation que le voleur quant à la chose volée. Ils détiennent tous les deux ; mais le dépositaire reporte sur une autre la qualité de propriétaire qu'il ne s'arroge point. Il y a chez lui le *corpus*, mais non l'*animus* nécessaire à la possession.

La *possessio civilis*, dit M. de Savigny, est celle qui produit des effets reconnus par le *jus civile*, c'est-à-dire par les sources du droit autres que le *jus gentium* ou l'édit du préteur. Or, le seul effet que le *jus civile* accorde à la possession est la faculté d'usucaper, dont la possession est le moyen, pourvu qu'elle s'accompagne des conditions voulues pour cette sorte d'acquisition, c'est-à-dire qu'il y ait *justa causa et bona fides*. *Possessio civilis* est donc synonyme de *possessio ad usucapionem*. Toutes les fois que la possession n'a pas les qualités requises pour l'usucapion, elle est dite *naturalis*. Seulement, la négation de la possession *civile*, qui est toujours comprise sous l'expression *possessio naturalis*, est susceptible de

deux degrés. Quelquefois la *possessio naturalis* n'est pas exclusive d'une possession juridique, à laquelle protection est assurée. C'est ce qui a lieu pour tous ceux qui détiennent une chose avec l'*animus domini*, qu'ils aient juste titre ou non, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi. Ces personnes trouvent dans le droit prétorien, par la voie des interdits possessoires, le moyen de faire respecter le rapport où elles sont placées quant à la chose qu'elles détiennent. Mais ce rapport est surtout un rapport de fait, puisqu'il ne peut se convertir en propriété par le laps du temps. Aussi la *possessio ad interdicta* n'est-elle qu'une *possessio naturalis*. A plus forte raison, ne peut-on parler que de l'élément matériel de la possession à l'égard de ceux qui, tout en détenant, n'ont pas l'*animus domini*, comme le fermier ou le commodataire. Extérieurement, ils se présentent comme des possesseurs ; mais, au fond et intentionnellement, ils ne le sont point. Aussi dit-on, quant à eux, tantôt en envisageant ce défaut d'*animus* : *non possident, in possessione sunt* ; tantôt en s'arrêtant à leur position de fait, qui les assimile pour le *corpus* au véritable possesseur : *corporaliter* ou *naturaliter possident*. Plusieurs textes ne permettent pas de révoquer en doute cette seconde signification donnée à la *possessio naturalis*. Elle est de nature, il faut l'avouer, à jeter de la confusion sur la matière, et elle accuse un vice dans la terminologie scientifique des jurisconsultes romains en cette partie. Ce n'est que par l'examen particulier de chaque hypothèse où se rencontre l'expression *possessio naturalis* qu'on peut décider si elle est employée dans l'un ou l'autre sens.

Cette théorie se fonde sur les fragments qui suivent :

Il est de règle que l'action *ad exhibendum* se donne contre le possesseur, *sciendum est*,.... (n° I). Mais pour y jouer le rôle de défendeur, la qualité du possesseur est sans importance. Non-seulement celui qui possède *civilliter* pourra être poursuivi, mais encore celui qui n'a qu'une possession naturelle, *qui naturaliter incumbat possessioni*. Comme exemple d'un pareil possesseur (l'expression *denique* se trouve souvent employée pour lier à une proposition précédente une phrase qui n'en est que le complément et la démonstration), le jurisconsulte cite le créancier gagiste. Enfin, la loi 4 (n° II) ajoute que le dépositaire, le commodataire et le locataire sont passibles de l'action *ad exhibendum*.

Nous trouvons ici indiqués trois ordres de possesseurs, à l'égard de chacun desquels est admise l'action *ad exhibendum*. Celle-ci atteint effectivement quiconque est en position d'exhiber, c'est-à-dire de mettre la chose sous les yeux de son adversaire, *presentiam corporis præbere* (l. 22 de *Verb. Signif.*). Cette faculté existe même pour ceux qui détiennent sans *animus domini*, comme le dépositaire, etc.... On les regardait également comme passibles de la revendication, qui se gouvernait par la même règle, en ce sens qu'elle s'intentait aussi contre le possesseur. La loi 9 de *Rei Vindicatione* mentionne néanmoins sur ce point une controverse. Quelques jurisconsultes ne voyaient pas dans le dépositaire, le commodataire, etc., des possesseurs (*quia hi omnes non possident*); et ils ne leur permettaient pas de défendre à la revendication. Mais Ulpien s'arrête au fait extérieur de la possession, qui se rencontre chez eux. *Puto ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse*.

La loi 4 *ad Exhib.* ne dit pas positivement que les

personnes qu'elle indique soient des possesseurs. Cependant elle l'implique, puisqu'elle accorde contre elles l'action *ad exhibendum*, et que le point de départ fixé par la loi 3, est que cette action compète *adversus possessorem*. On peut donc conclure de là qu'un simple détenteur était quelquefois appelé possesseur. Quant à la loi 3, elle distingue celui qui possède *civiliter* de celui qui possède *naturaliter*, tel qu'est le créancier gagiste. Or, il est constant qu'à Rome celui au profit duquel un *pignus* était constitué, acquérait la possession de la *res pignoratita*. C'était lui qui pouvait exercer les interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis causa*. Mais, d'un autre côté, sa possession n'était pas de nature à le conduire à l'usucapion. Si donc on lui refuse le *civiliter possidere*, n'est-on pas amené à penser que cette expression ne s'applique qu'à celui qui est en position d'usucaper? Cette supposition est merveilleusement confirmée par un autre texte, relatif également à l'action *ad exhibendum*, la loi 16 *de Usurp.* (n° III). Javolenus nous apprend que, quand un esclave a été engagé, c'est contre le créancier et non contre le débiteur que doit être dirigée l'action *ad exhibendum*. Le débiteur, dit-il, n'est considéré comme possesseur qu'à ce point de vue, qu'il conserve la faculté d'usucaper. Hors de là, *quod ad reliquas omnes causas pertinet*, le véritable possesseur, c'est le créancier. A lui donc la défense à l'action *ad exhibendum*; car c'est lui qui en fait peut exhiber. Mais nous savons qu'on dit de lui: *naturaliter incumbit possessioni*. Il ne possède pas *civiliter*, parce que l'avantage de l'usucapion, reconnu par le droit civil, profite à un autre, au débiteur.

Nous laissons de côté pour le moment l'explication de cette division des bénéfices de la possession entre le

créancier et le débiteur, ainsi que ce qui concerne l'adjonction de possession, dont parle la fin du texte. Nous aurons à en parler plus bas.

La séparation, assez nettement dessinée par les textes précédents, entre la *possessio civilis* (*ad usucapionem*) et la *possessio naturalis* (*ad interdicta*), se trouve corroborée par le rapprochement d'autres passages des jurisconsultes romains.

Ulpien, dans la loi 1, § 9 et 10 *de Vi* (n° IV), enseigne que, pour être *dejectus*, expulsé, ce qui est la condition voulue pour exercer l'interdit *Unde vi*, il n'est pas nécessaire que le *dejectus* possède *civiliter*. La *possessio naturalis* est aussi protégée par cet interdit. Aussi, ajoute-t-il, (l'expression *denique* a ici le même sens que dans la loi 3, *ad exhib.*), la femme, qui a été expulsée d'un fonds à elle donné par son mari, a la ressource de l'interdit *Unde vi*, bien qu'elle n'aie que la *possessio naturalis*. Il ne faudrait pas en dire autant, continue le jurisconsulte, du *colonus*. Celui-ci n'a pas la possession apte aux interdits; il est dans une position inférieure à celle de la femme donataire, de sorte qu'il faut refuser la *possessio naturalis* au simple détenteur, quand celle-ci est prise comme possession propre aux interdits.

Le droit romain, on le sait, prohibait les donations entre époux; et cette prohibition, dont la portée fut tempérée par un sénatus-consulte rendu sous Sévère, était entendue avec tant de rigueur, qu'on disait que ce qui avait été fait en contravention avec cette règle était en droit civil dépourvu de toute valeur, *ut ipso jure nihil valeat quod actum est*, l. 3, § 9, *de Don. Int.* Cependant la plupart des jurisconsultes pensaient que, s'il y

avait eu de la part du mari tradition à la femme *donationis causa*, celle-ci devait être considérée comme possédant (1). La possession, disaient-ils, est un fait que les principes du droit civil ne peuvent anéantir *res facti*.... (n° V). D'ailleurs, à quoi servirait-il de refuser la possession à la femme? Ce serait sans utilité pour le mari, qui a renoncé à la possession en se dessaisissant de l'objet donné (*Ibid.*).

Cette possession, acquise contrairement au droit, n'est qu'un fait; elle est *naturalis* et non *civilis* (l. 26, *de Don. int.*); car elle est impuissante pour fonder l'usucapion, *cessat usucapio* (2) (n° VI). Donc pas d'usucapion sans *possessio civilis*. Paul ajoute, (n° VI), que la survenance du divorce n'ouvrira pas la voie à l'usucapion. *Cessare usucapionem* signifie non que l'usucapion s'arrête; ce qui est impossible, puisqu'elle n'a pas commencé à courir, mais qu'elle est toujours écartée, qu'elle n'a pas lieu, nonobstant le divorce. On aurait pu en douter, parce que, le divorce dissolvant le mariage, il n'y a plus de prohibition, et qu'il semble que dès lors la donation devient une *justa causa*. Mais ici se rencontre cette règle, suivant laquelle le possesseur ne saurait se changer à lui-même la cause de sa possession. La femme, qui possédait *ex injusta causa*, ne peut, bien que n'étant plus

(1) Cette décision n'est pas contrariée par la loi 46, *de Don. int.*, suivant laquelle : *inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*. Cette loi signifie, suivant l'explication très satisfaisante de M. de Savigny, que la femme donataire ne pourra profiter de la possession du mari donateur, de manière à invoquer les effets de l'*accessio possessionis*, soit pour usucaper, soit même pour être *potior adversario* dans l'interdit *Utrubi*.

(2) Cette interdiction d'usucapion n'était pas absolue. Elle souffrait des restrictions indiquées dans la loi 25, *de Don. int.* et 3, *pro Donat.* Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ce point.

mariée au donateur, posséder désormais par cela seul *ex justa causa*. Il faut remonter à l'origine de sa possession. Toutefois, l'interversion est possible, s'il y a titre nouveau, même de donation, autorisée maintenant, puisque la prohibition est levée. Aussi, dit le jurisconsulte, après le divorce, l'usucapion sera admise, si le mari exprime encore la volonté de donner. C'est comme si la donation était faite *ab initio*, originairement, *quasi nunc donasse intelligatur* (n° VI). Du reste, Paul partage l'opinion commune, d'après laquelle la femme, quoique inhabile à usucaper, possède cependant ce qui lui a été donné, mais seulement *naturaliter*, de manière à pouvoir recourir aux interdits.

Nous avons vu la qualification de *naturalis possessio* appliquée à ceux qui possèdent *pro suo*, et qui ont droit aux interdits. Il n'est pas sans exemple de trouver la même expression dans la bouche des jurisconsultes, pour désigner aussi celui chez lequel ne se rencontre que l'un des éléments de la possession, le *corpus*. C'est ainsi que, dans la loi 2, § 1, *pro Hered.* (n° VII), Julien, expliquant la règle : *causam possessionis nominem sibi mutare posse*, dit qu'elle doit s'entendre non-seulement de la *possessio civilis*, mais encore de celle qui est *naturalis*. Par conséquent, ajoute-t-il, ni le fermier, ni le dépositaire, ni le commodataire ne pourront convertir leur possession, qui est *naturalis*, en une possession *pro herede*, qui serait *civilis*, et qui leur permettrait de faire un gain en usucapant à ce titre. Sans doute, cette attribution de la possession au simple détenteur est loin d'être constante. Le même Julien, à l'occasion de la même règle, dans la loi 33, § 1, *de Usurp.*, après en avoir fait l'application à l'acheteur, qui a véritablement la possession,

puisqu'il détient *animo sibi habendi*, trouve un à *fortiori* pour étendre cette règle à celui qui *nec ullam possessionem habet*, tel qu'est le *colonus*. Ce n'est donc qu'abusivement, en faisant abstraction de l'absence d'intention, pour ne s'attacher qu'au rapport physique, qu'on dit quelquefois du détenteur qu'il a une *possessio naturalis*; le plus souvent, au contraire, on écarte quant à lui l'idée de *possidere*. Il n'en a que les apparences; il est seulement *in possessione*, de même que celui qui est *in libertate* ou *in servitute* paraît être libre ou esclave, sans que l'une ou l'autre des conditions soit la sienne (1).

La loi 2, § 1, *pro Hered.*, que nous avons invoquée, pour fixer la seconde signification donnée aux mots *possessio naturalis*, a de l'importance à un autre point de vue, parce qu'elle nous rend compte de l'origine probable de cette maxime que *le possesseur ne peut se changer la cause de sa possession*, maxime dont on fait dériver un obstacle à l'usucapion. Il semble que cela est inutile à dire, puisque, l'usucapion exigeant le *titulus* et la *bona fides*, ces conditions manqueraient dans l'espèce. Mais l'ancienne jurisprudence romaine connaissait des hypothèses d'usucapion, dite *lucrative*, pour lesquelles il n'était pas besoin de *bona fides*. Le cas principal était celui où quelqu'un s'emparait de choses héréditaires, sachant bien qu'il n'y avait aucun droit. Il pouvait en

(1) Julien n'est pas le seul juriconsulte qui parle de *possessio naturalis* pour indiquer la détention. Ainsi Ulpien, l. 33, § 7, *de Verb. Oblig.*, valide la stipulation faite par l'esclave pour sa personne en ces termes : *possidere mihi licere*, en l'entendant de la *possessio naturalis*, du *tenere* dont l'esclave est capable. De même Paul, l. 38, § 10, *de Usurp.*, à propos de l'action dirigée contre le dépositaire ou le commodataire, dit : *Si possessionem naturalem revocem*. On pourrait multiplier les exemples.

acquérir la propriété par un an de possession, sans distinction de meubles ou d'immeubles. Toutefois, cette *improba usucapio* était interdite à ceux qui avaient déjà la possession ou même la détention des objets de l'hérédité, dont ils auraient voulu se rendre propriétaires par cette voie. Il ne pouvaient se constituer possesseurs *pro herede, lucri faciendi gratia*. De même celui qui avait mancipé une chose, avec obligation de lui en retransférer la propriété, *causa fiduciar*, pouvait l'usucaper, fût-elle *res soli*, par la possession annale, quoiqu'il n'ignorât point que la *res* était *aliena*. Cependant, si un débiteur avait fait une semblable mancipation au profit de son créancier, et qu'il eût la *possessio naturalis* de la chose, à la suite d'une *conductio* ou d'un *precarium*, il ne lui était pas permis d'usucaper. en abdiquant cette possession pour posséder *civiliter*, tant qu'il n'avait pas désintéressé son créancier. Gaius, 2-60.

En dehors de la faculté d'usucaper et de celle d'user des interdits, M. de Savigny n'attribue aucun effet de droit à la possession. Sous ce point de vue, nous ne pouvons partager la doctrine du savant jurisconsulte. Elle a l'inconvénient de ne pas tenir compte d'un autre avantage important, découlant de la possession ; celui de conférer au possesseur le droit de rétention, et de lui permettre, au moyen de l'exception de dol, d'obtenir un remboursement pour lequel toute autre voie pourrait lui manquer. Ainsi, le possesseur de bonne foi, tant qu'il conservera la possession, pourra forcer le propriétaire qui revendique à l'indemniser des impenses qu'il aura faites, tandis que, s'il ne possède plus, suivant l'opinion qui paraît avoir prévalu parmi les jurisconsultes ro-

mains, toute action lui aurait été fermée. A cet égard, il faut remarquer que la possession du simple détenteur, à laquelle M. de Savigny refuse souvent tout effet juridique, pour ne la considérer que comme un pur état de fait, prend le caractère d'un droit, dont la violation peut être réprimée par une action. C'est ce que met bien en relief la loi 15, § 2, de *Furt.* (n° VIII). En principe, nous dit Paul, le commodant qui soustrait la chose par lui prêtée, n'est pas passible de l'action *furti*. Sans doute, par cet acte indélicat, il prive le commodataire de la faculté d'user de la chose ; mais le commodant ayant rendu un service au commodataire, on ne permet pas à celui-ci de se plaindre d'un *furtum* de la part de son bienfaiteur, s'il n'éprouve pas d'autre préjudice. Il lui suffit d'être libéré de l'action *commodati*. Il n'en serait pas de même si le commodataire, ayant fait des dépenses, dont le remboursement lui est dû, il était privé par le fait du commodant du bénéfice de rétention, au moyen duquel ce dernier pourrait être contraint plus facilement à fournir une indemnité. Il y a ici un droit violé, et ce droit reposait sur une *possessio naturalis*, en prenant ces mots dans leur seconde signification. On pourra dire qu'il y a *furtum possessionis* ; car, à raison de la détention, la chose prêtée était entre les mains du commodataire *quasi pignoris loco*. Sans doute il n'existait pas un véritable *pignus*. Le droit de se payer en vendant ne compétait pas au commodataire, dépourvu également des interdits possessoires ; mais il n'en est pas moins vrai que cette espèce de *possessio* lui attribuait un avantage reconnu par la loi, et dont il a été injustement dépouillé.

## § 2. — *Acquisition de la possession.*

La véritable possession exige, comme nous l'avons dit, la réunion de deux circonstances, savoir : la possibilité de disposer d'une chose, et l'intention de s'attribuer les avantages de cette faculté. Ces deux conditions sont désignées par les expressions *corpus* et *animus*. Leur ensemble est nécessaire pour l'acquisition de la possession ; l'une ou l'autre isolée serait impuissante à cet effet. *Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*, l. 3, § 1 (1), n° 1.

Le premier de ces éléments, *corpus*, a été généralement entendu par les commentateurs d'une manière beaucoup trop littérale. Ils ont vu dans ce *corpus* un rapport physique, qui ne pouvait exister qu'au moyen d'un contact. Pour les immeubles, il faudrait mettre le pied sur le fonds qu'on veut posséder, pour les meubles les saisir avec la main. Cependant, comme il est impossible de méconnaître que souvent la possession était admise par les Romains, bien que la chose n'eût pas été touchée, on regardait ces divers cas comme autant d'exceptions qu'il fallait expliquer par des fictions. Pothier n'a pas échappé à l'influence de cette doctrine à peu près universelle, dont les traces se retrouvent dans les art. 1603 et 1606 C. Nap.

Si ces idées ont longtemps prévalu, grâce à la traduction rigoureuse du mot *corpus*, la faute n'en est pas aux jurisconsultes romains, qui s'attachent à faire remarquer plus d'une fois que le contact n'est pas nécessaire pour

(1) Nous mentionnerons simplement par l'indication de la loi et du paragraphe les fragments cités, quand ils appartiendront au titre : *De adquirenda vel amittenda possessione*.

acquérir la possession, et que l'on possède par cela seul que l'on peut à son gré agir matériellement sur un objet, quoique cette faculté ne se soit pas encore traduite en faits extérieurs. C'est ce point de vue exact que les rédacteurs du Code Napoléon expriment nettement, quand, pour définir, à l'occasion de la vente, la délivrance, qui n'est que la remise de la possession, ils disent (art. 1604) que c'est le transport de la chose vendue en la *puissance* de l'acheteur.

La loi 3, § 1 (n° I), dont nous avons rapporté tout à l'heure les premiers termes, précise dans sa seconde partie en quoi consiste le *corpus* exigé pour la possession d'un immeuble. Si l'on ne possédait un fonds de terre qu'autant qu'on aurait marché sur ce fonds, il faudrait, pour le posséder en entier, parcourir ses différentes parties (*omnes glebas circumambulet*), ce qui serait aussi gênant qu'inutile. Aussi le jurisconsulte nous dit-il que, dès qu'on a mis le pied sur une portion quelconque du fonds (*sufficit quamlibet partem ejus fundi introire*), on le possède dans toute son étendue, si telle est l'intention de l'acquéreur. Il faut sous-entendre, comme l'indiquent d'autres textes, que la *possessio est vacua*, c'est-à-dire que personne ne fait obstacle à ce que le nouveau possesseur se porte sur telle partie du fonds qu'il voudra, et y fasse des actes de maître. La possession requiert donc uniquement la *possibilité* de réaliser un contact avec la chose, et non le contact même effectué.

La loi 18, § 2 (n° II), fait ressortir en propres termes l'inanité de ce contact réputé indispensable, puisqu'elle en dispense positivement celui qui veut acquérir la possession. Quand le vendeur, dit-elle, a déposé la chose vendue au domicile de l'acheteur, la possession est dès

à présent indubitable (*possidere me certum est*), bien que cette chose n'ait pas été touchée (*quanquam id nemo dum attigerit*). De même, quand le vendeur d'un fonds a montré à l'acheteur du haut d'une tour le terrain vendu, qui est à proximité, et qu'il déclare à l'acheteur que désormais celui-ci peut en jouir librement, il y a prise de possession, sans que l'acheteur soit obligé de se porter personnellement sur le fonds.

La même doctrine est énoncée dans la loi 1, § 21, (n° III). Si j'ordonne à mon vendeur de remettre à mon procureur l'objet vendu, qui est présent, j'en deviens possesseur, quoique je n'aie pas appréhendé la chose, parce que j'ai la faculté d'en disposer, et que j'en dispose en effet. Ici, à la vérité, on pourrait objecter que le procureur s'emparant de l'objet, l'acte corporel ne manque pas; car nous verrons que, quand il émane de quelqu'un qui appréhende au nom d'autrui, d'un mandataire, par exemple, c'est comme si le mandant avait agi lui-même. Mais telle n'est pas la pensée du jurisconsulte, puisqu'il ajoute qu'il faut en dire autant. lorsque des écus m'étant apportés par mon débiteur on doit sous-entendre, ici, les mots : *in presentia* (exprimés pour la première espèce), je les fais compter à un autre que je veux rendre propriétaire (*alii dare*). Je n'ai pas besoin de mettre la main sur cette somme. Elle est devenue miëne par tradition, dès que j'ai pu en disposer; et je transmets immédiatement la possession et la propriété que j'avais acquises sur des écus que je n'ai jamais maniés (1). Du reste, pour qu'on ne se méprenne

(1) Telle est aussi la décision de Javolenus dans la loi 79 *de Solut.* D (46-3). « *Pecuniam*, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam; efficitur, ut et tu statim liber eris, et mea esse incipiat.

pas sur le motif de sa solution, Paul, prend la peine de l'indiquer. Il n'est pas nécessaire, dit-il, qu'il y ait contact, pour acquérir la possession (1). Du moment qu'une chose est sous mes yeux, et que rien ne s'oppose à mon intention de me l'approprier, il y a dans ces circonstances tout ce qu'il faut pour opérer une prise de possession. On ne peut contredire plus formellement le système qui voit dans un contact la condition *sine qua non* de l'acquisition de la possession. On dirait que le jurisconsulte a pressenti l'abus que les interprètes feraient du mot *corpus*, et qu'il a voulu mettre en garde contre une pareille erreur. Il fait d'ailleurs ressortir les inconvénients pratiques qui s'attacheraient à l'opinion contraire. Quand il s'agit d'objets d'un grand poids, se borner à les toucher serait quelque chose d'insignifiant. Il faudrait donc les emporter, ce qui peut présenter des difficultés d'exécution, les moyens manquant actuellement. Aussi, quand une colonne a été vendue, il suffira, pour effectuer la tradition, que le vendeur montre cette chose à l'acheteur, en l'autorisant à l'enlever à son gré. Cette faculté d'agir sur la chose, qui est le cachet de la possession, sera

« Nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita  
« mihi, et quodam modo *manu longa* tradita existimanda est. » Ce texte est celui sur lequel se sont fondés les commentateurs pour expliquer comment, à défaut d'un contact, se justifiait, en pareil cas, à l'aide d'une fiction, l'acquisition de la possession. C'est là exagérer l'expression de Javolenus. Tout ce qu'il veut dire, c'est que, quand je n'ai qu'à allonger la main pour saisir une chose mise à ma portée par son propriétaire, qui consent à s'en défaire en ma faveur, je suis aussi avancé que si je la tenais réellement.

(1) La leçon des Pandectes porte : *Non est enim corpore et actu necesse...* M. de Savigny fait remarquer, après Favre, Noodt et autres, que, sur la foi des Basiliques, il est vraisemblable de conjecturer, que Paul avait écrit : *Corpore et tactu*, ce qui donne un sens plus clair.

encore plus clairement constituée, si, des pièces de vin étant vendues, les clefs du cellier où elles sont contenues sont remises à l'acheteur. Il acquiert ainsi la possibilité de disposer quand il lui plaira de ces pièces de vin. Dès lors il les possède, et l'on comprend qu'il serait ridicule de lui accorder ou de lui refuser la possession, suivant qu'il aurait ou non apposé sa main sur les tonneaux.

Il est vrai que la doctrine ancienne explique ce dernier cas de tradition au moyen d'une fiction, en disant que les clefs sont un symbole, et qu'elles représentent les marchandises. Mais précisément les jurisconsultes romains ont eu la précaution d'exprimer que c'était bien en réalité et non fictivement que la tradition était accomplie par la remise des clefs, attendu qu'il y a faculté pour celui qui possède des clefs de faire acte de maître sur les objets contenus dans les magasins, dont ces clefs lui ouvrent l'accès. Ces deux idées ne se lient en effet, qu'autant que les magasins se trouvent à la portée de celui qui tient les clefs. Papinien nous dit, (l. 74, de *Cont. Empt.*, (n° IV), que la remise des clefs d'un grenier emportera tradition des marchandises y contenues, si cette remise s'opère dans le lieu même où est situé le grenier (*si claves apud horrea traditæ sint*). C'est alors seulement que celui qui a les clefs est à même d'exercer, aussitôt qu'il le voudra, son pouvoir sur les marchandises. Cette faculté immédiate et prochaine suffit pour qu'il possède de suite (*confestim*), bien qu'il n'en ait pas encore usé, (*et si non aperuerit horrea*).

En ce qui concerne le *corpus* exigé pour l'acquisition de la possession, la jurisprudence romaine, dérogeant à ses principes rigoureux, avait admis la représentation de

l'acquéreur par une personne libre agissant au nom d'autrui. Cette exception célèbre, mentionnée au § 5, lit. 9, liv. 2, des Institutes, est ainsi précisée par Paul, dans la loi 3, § 12, (n° V). *Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus*. L'application à la possession de la maxime ordinaire : *per extraneam personam nihil acquiri posse*, eut été fort gênante. Les besoins de la pratique conduisirent la doctrine à se départir en cette matière des règles générales relatives à l'acquisition des droits. *Tam ratione utilitatis quam jurisprudentia receptum est*, l. 1, C. (n° XV). On se trouvait ici plus à l'aise, parce qu'on n'était pas en présence d'un droit pur. Si la possession n'est pas uniquement *res facti*, bien qu'elle soit quelquefois qualifiée de la sorte, elle l'est du moins en grande partie, suivant l'expression plus exacte de Papinien, *plurimum facti habet*, l. 19, *ex Quib. Caus. Maj.* Peu importe, en effet, que je détiens personnellement un objet, ou qu'il soit déteu par un autre, qui me reconnaît pour propriétaire, et qui n'a appréhendé que dans mon intérêt. Il est vrai, dans l'un et l'autre cas, que la chose est à ma disposition, par conséquent, que je la possède.

On peut, sans doute, pour acquérir la possession, se servir du ministère d'autrui ; mais cette facilité n'est accordée que relativement au *corpus*. *Animo nostro possidemus*, nous a dit Paul. Il faut donc, en principe, sauf les exceptions que nous aurons à signaler, que celui auquel l'appréhension doit profiter, ait connaissance de ce qui se passe. Le tiers a-t-il agi *sponte sua*, et non par suite d'un mandat, la tradition qui lui a été faite ne confèrera la possession au représenté qu'autant qu'il y aura de sa part ratification, l. 42, § 1. Il n'y a rien de contraire à ces idées dans le § 5 des Institutes, suivant le-

quel : *placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem*, non plus que dans la loi 1, C. (n° XV), qui contient la même proposition, si l'on entend, suivant l'opinion commune, ces derniers textes en ce sens que celui qui sait que la possession doit être prise en son nom, n'a pas besoin pour posséder d'être informé de l'exécution donnée à son mandat. C'est sur ce point seulement que l'ignorance ne fait pas obstacle à la possession, à la différence du cas où il y aurait ignorance absolue de l'affaire. Quand le futur possesseur a autorisé à l'avance l'acte qui interviendra, il n'y a pas chez lui défaut d'*animus*. Toutefois, si la propriété ne résultait pas de la possession, si l'usucapion était nécessaire, celle-ci ne commençait à courir que du moment où il y avait connaissance acquise de la possession (l. 1, n° XV)(1). On ne doit pas s'étonner que, pour arriver à dépouiller quelqu'un de sa propriété, les Romains se soient montrés plus exigeants sur les conditions de la possession, qui, au fond, consiste dans la conscience que l'on a une chose à sa disposition. Lorsqu'il ne s'agit, au contraire, que de la *possessio naturalis*, pourquoi, comme le fait observer la loi 1, § 20 (n° VII), ne l'accorderait-on pas immédiatement au mandant, puisque la possession est perdue par celui qui a livré, et qu'elle ne peut, d'ailleurs, appartenir au mandataire, faute d'*animus* ?

Il n'y a pas de difficulté à reconnaître la possession au profit du mandant, toutes les fois que l'intention du représentant est conforme à cette acquisition. Mais quand ce dernier entend agir pour son propre compte, *suo no-*

(1) Voir aussi l. 49, § 2; l. 47, D. de Usurp (41-3).

mine, la loi 1, § 20 (n° VII), est positive pour refuser la possession au mandant. Cependant Ulpien, dans la loi 13, *de Donat.*, D. (39-5), décide que, si le procureur est infidèle à son mandat, et, qu'au lieu de recevoir pour celui auquel une donation doit être faite, il reçoive pour lui-même, le donataire n'en acquiert pas moins la possession. Il en est de même, suivant ce jurisconsulte, si l'esclave commun à deux maîtres, chargé de prendre possession au nom de l'un d'eux seulement, reçoit pour l'autre, ou pour tous les deux à la fois. M. de Savigny prétend que, dans le cas où la possession résulte d'une tradition, c'est l'intention du *tradens* qui prévaut, malgré la résistance du procureur; et pour mettre Ulpien d'accord avec Julien, qui, dans la loi 37, § 6, *de Adq. Dom.*, prévoyant les mêmes hypothèses, les résout en disant : *nihil agetur*, il faudrait, d'après cet auteur, ajouter aux expressions de Julien cette explication restrictive : *ex mente procuratoris*. Nous inclinons, quant à nous, à penser qu'il y avait sur ce point divergence entre les jurisconsultes. On comprend qu'il n'est pas sans difficulté de considérer le mandant comme ayant à sa disposition une chose que le mandataire prend pour la retenir à son profit. M. Wangerow, tout en reconnaissant que les deux jurisconsultes romains étaient d'avis opposé, admet que, pour sauver l'antinomie, on doit supposer que les compilateurs des Pandectes ont extrait le texte de Julien dans le sens que lui prête M. de Savigny, c'est-à-dire conformément à l'opinion d'Ulpien.

On a essayé de soutenir que l'opinion, d'après laquelle une personne libre pourrait acquérir la possession pour autrui, n'avait pas été unanimement adoptée, et

L'on a invoqué, comme constatant un dissentiment à cet égard la loi 39, *de Adq. Dom.* (n° VIII). Il est facile de faire disparaître toute contrariété, si l'on songe que le mandat peut être donné de différentes façons. Rien n'empêche de convenir que le mandataire acquerra comme pour lui-même, sauf à transférer ensuite le bénéfice de son acquisition. Il s'assurera ainsi la propriété de la chose, pour le cas où le prix, dont il aura fait l'avance, ou qu'il doit s'engager à payer au vendeur, ne lui serait pas remboursé par le mandant.

Toute personne étant capable de faire acquérir la possession à une autre, bien qu'elle ne fût pas sous la dépendance de ce dernier, on déduit logiquement de ce point de départ la possibilité que cette aptitude fût exercée même par l'ancien possesseur, qui, en abdiquant l'*animus domini* au profit d'un nouveau possesseur, resterait dans le même rapport physique avec la chose, mais ne ferait plus que la détenir, puisque désormais il posséderait *alieno nomine*. C'est ce que décide fort clairement la loi 18 pr. (n° IX). Au fond, c'était supprimer la tradition en la dépouillant de tout caractère extérieur, et en lui ôtant ainsi l'utilité qu'elle peut présenter pour opérer la transmission de la propriété, à raison de la publicité qu'elle donne à cette transmission. Cette transformation du possesseur en simple détenteur, qui résulte uniquement de la volonté de deux personnes, n'était que la contre partie de ce qui se passait, quand le détenteur, par suite d'une convention avec le propriétaire, d'une vente par exemple, était autorisé à traiter dorénavant comme sienne la chose qu'il détenait. Les Institutes, au § 44, tit. 1, liv. 2, nous disent qu'alors la propriété se

transfère *nuda voluntate et sine traditione*. C'est sans doute toujours par la possession que s'accomplit la mutation ; mais cette possession, qui change de mains, reste en apparence la même dans l'un et l'autre cas. La modification ne porte que sur l'intention de celui qui avait et qui continue d'avoir la chose en son pouvoir. Il y a chez lui tantôt abdication de l'*animus domini*, tantôt prétention légitime à cet *animus* qui manquait d'abord. Pour arriver à ce résultat, l'accord des volontés suffit, comme nous l'avons fait observer, de sorte que les tiers restent dans l'ignorance de l'acquisition qui s'est effectuée.

Ulpien, dans la loi 77, *de Rei Vind.*, (n° X), nous fournit un exemple d'une semblable acquisition, en matière de donation. La volonté de donner a été exprimée par une lettre adressée de la part de la donatrice à un autre que son mari, particularité que relève le jurisconsulte, pour indiquer que dans l'espèce il n'y avait pas d'obstacle à la libéralité, celle-ci étant interdite entre conjoints. De plus, la donatrice a pris à bail de son donataire le fonds dont elle faisait donation, (*fundum ab eo conduxit*). Cette circonstance permet, suivant Ulpien, d'accorder la revendication au donataire. C'est comme s'il y avait eu tradition. Ce fonds est à présent détenu par la femme qui s'est constituée fermière, au nom du donataire, lequel ayant l'*animus domini*, se trouve réunir tous les éléments de la possession. Le même texte ajoute que, dans le cas prévu, l'argument tiré de la *conductio* est surabondant, parce que, en fait, le donataire était présent sur le fonds donné, quand il a connu les intentions de la donatrice. Il lui a donc été possible de prendre possession par lui-même. Mais si on le supposait absent, et, par conséquent, hors d'état d'appréhen-

der personnellement, il aurait pu invoquer avec succès la *conductio*, pour s'attribuer la possession exercée désormais en son nom par la donatrice, devenue sa *colona*, et par suite prétendre à la propriété. (*Posse defendi in rem ei competere.*)

Nous trouvons la même idée exprimée dans la loi 28, *C. de Donat*. Quand quelqu'un se propose d'aliéner, à quelque titre que ce soit, qu'il veuille donner, constituer une dot, vendre, s'il retient la chose en qualité d'usufruitier, il est censé par cela seul, dit cette constitution, avoir fait tradition. L'usufruitier, en effet, bien qu'il ait une *juris possessio* correspondant à son droit d'usufruitier, ne possède pas la chose dont il jouit ; il la détient seulement pour le compte du nu-propriétaire. Se poser en usufruitier d'une chose qu'on veut aliéner, c'est donc en opérer la tradition (1).

Cette espèce de tradition, dont la validité était reconnue par les jurisconsultes, a pris dans la bouche des commentateurs le nom de *constitut possessoire*, qui n'appartient pas à la langue du droit romain. On sait que, sous l'ancienne jurisprudence, une pareille clause était devenue de style dans les contrats qui emportaient obligation d'aliéner ; que dès lors l'aliénation se trouvait immédiatement consommée, de sorte qu'elle résultait en définitive du contrat même. C'est donc avec grande raison que les auteurs de la loi du 11 brumaire an 7, pour entourer de publicité la transmission des immeubles,

(1) *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, usum fructum ejus retinuerit : etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur : nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio : sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.*

avaient remplacé la tradition, qui désormais était une opération secrète, par la nécessité de l'insertion de l'acte d'aliénation sur des registres ouverts à tous; et si l'interprétation donnée au Code Napoléon avait dû faire regarder ce progrès comme abandonné, dans la plupart des cas, une loi récente, du 25 mars 1855, est venue satisfaire aux besoins du crédit, en donnant à la transcription une portée encore plus large que ne l'avait fait le législateur de l'art. 7 (1).

Les règles du droit romain, relatives à l'*animus domini*, exigé comme second élément de la possession, présentent quelques difficultés.

On conçoit que celui qui entend s'attribuer la propriété complète d'une chose, aie véritablement l'*animus domini*, et que sa possession, qui n'est que l'exercice du droit qu'il s'arroe, corresponde à cet *animus*. Mais il est possible que quelqu'un prétende uniquement avoir un démembrement de la propriété, par exemple, un droit d'usufruit; qu'en outre il jouisse de ce démembrement, parce qu'il occupe la chose à ce titre, et qu'il a l'habitude d'en percevoir les fruits. Il y a là évidemment un état de fait, qui a la plus grande analogie avec la conduite tenue ordinairement par le propriétaire. Que l'on fasse des actes d'usufruitier ou des actes de maître, la détention existe dans les deux cas; et à cette détention se joint un *animus* de même nature, qui varie seulement dans sa portée, parce que tantôt il se restreint à une partie du *dominium*, tantôt

(1) Pour les meubles, la maxime de l'art. 2379. *En fait de meubles possession vaut titre*, ôte beaucoup de ses inconvénients à la règle qui fait découler l'aliénation de la simple volonté des parties.

il l'embrasse tout entier. On serait donc tenté de croire que la possession a dû être admise dans l'une et l'autre hypothèse. Cependant les juriconsultes romains ne regardaient comme véritable possesseur que celui qui avait l'*animus domini* plein. Le droit allégué s'étendant alors à tous les avantages compris dans la propriété, il pouvait être indiqué matériellement, en désignant la chose même qu'il absorbait en quelque sorte, et avec laquelle il semblait se confondre. Il apparaissait donc comme portant directement sur un objet corporel. La possession était possible, d'après cette règle : « *Possideri possunt quæ sunt corporalia,* » l. 3, pr. Quant à l'usufruitier, sa prétention ne pouvait se traduire d'une manière aussi sensible. Il fallait, pour la comprendre, décomposer le *dominium*, c'est-à-dire s'adresser nécessairement à l'intelligence. Le signe visible manquant, on se trouvait uniquement en présence d'un *droit*, d'une chose incorporelle, pour laquelle il n'y avait pas, disait-on, de possession possible. Aussi l'usufruitier, parce qu'il n'aspirait pas à la chose entière, ne possédait pas. Il y avait simple détention de sa part : « *Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet ;* » l. 12, pr. (1).

Néanmoins, comme l'usufruit est susceptible d'un exercice, tout aussi bien que la propriété, et qu'il y a, ainsi que nous l'avons fait observer, la plus grande analogie entre les deux cas, la jurisprudence reconnut que la position de l'usufruitier en jouissance réelle était digne de protection. Toutefois, elle n'admit à son égard qu'une *quasi possessio* ou une *juris possessio* ; mais, sauf la diffé-

(1) M. Pellat, dans son *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, etc., n<sup>os</sup> 6 et 7, fait très bien sentir la confusion que l'on peut reprocher sur ce point, aux juriconsultes romains.

rence dans les noms, cette *juris possessio* participait aux faveurs de la *possessio corporis*. Les mêmes interdits servaient à la maintenir et à la recouvrer ; seulement ils étaient appelés *utiles* et non directs (1). En définitive, quand il y avait nue-propriété et usufruit, il était vrai de dire au fond que deux possessions distinctes coexistaient, l'une *corporis*, l'autre *juris*, et que, loin de se nuire et de s'exclure, elles s'aidaient et s'unissaient. L'usufruitier, en effet, tout en exerçant sa *juris possessio*, en *quasi possédant*, quant à son usufruit, exerçait en même temps la *possessio corporis* pour le nu-propriétaire, qui détenait par ses mains (2).

L'explication de la possession, admise incontestablement par les textes dans la personne du créancier gagiste, devient plus délicate. Nous avons déjà vu à l'occasion de la loi 16 de *Usurp.* (n° IV), que le débiteur, qui a constitué un *pignus*, ne se dépouille pas entièrement de la possession. Il continue, nonobstant le *pignus*, l'usucapion, s'il en a besoin ; mais il n'est réputé posséder qu'à ce point de vue ; hors de là, c'est le créancier qui possède. Il est clair, dit-on, cependant, que ce dernier n'a pas

(1) C'est une question que de savoir si cette *quasi possessio* ne pouvait, sinon fonder une usucapion, au moins faire acquérir par le *longum tempus* un droit réel d'usufruit. L'affirmative est très soutenable.

(2) L'usage, à l'instar de l'usufruit, donnait lieu à une quasi-possession. — Les servitudes prédiales étaient également des démembrements de propriété, qui pouvaient s'exercer par des actes de diverse nature accomplis sur le fonds même. Aussi leur usage était-il considéré comme engendrant une *possessio juris*, une quasi-possession, protégée par des interdits, et pouvant, au moyen du *longum tempus*, créer une sorte de droit réel, *vicem servitutis*. On comprend que cette *possessio juris* ne fait aucun obstacle à une *possessio corporis* concomitante de la part de celui qui prétend à la propriété de la chose, propriété possible sous charge de servitudes.

*l'animus domini*, puisqu'il reconnaît le débiteur comme propriétaire. Voilà donc deux positions qui contrarient des règles également certaines en droit. D'une part, le débiteur usucape sans posséder, au mépris de la maxime : pas de possession, pas d'usucapion (1); d'une autre part, le créancier est tenu pour possesseur d'un objet dont il ne s'attribue pas la propriété, dont il s'est rendu comptable envers le propriétaire.

Le parti le plus simple pour sortir d'embarras semble être, au premier abord, de songer pour ce cas à un développement de la *juris possessio* dont nous avons parlé; et d'admettre quelque chose d'analogue à ce qui se passe en matière d'usufruit. Ne peut-on pas dire qu'il y a ici deux droits distincts, susceptibles tous deux de possession? Le débiteur n'abdique pas ses prétentions à la propriété; il conserve la *corporis possessio*, comme le nu-propriétaire, seulement il l'exerce par l'intermédiaire du créancier. Quant à ce dernier, il n'a qu'un *jus in re*, un démembrement de la propriété; sa possession n'est qu'une *quasi possessio*, compatible avec la possession du débiteur.

L'examen des textes doit faire renoncer à cette solution, qui ne répond pas aux idées adoptées par les Romains. Suivant eux, le débiteur abandonne la *corporis possessio*. Cela ne peut être douteux, puisque les interdits possessoires lui sont positivement refusés, tandis qu'ils compètent au nu-propriétaire. On faisait cependant une réserve, en ce qui touchait l'usucapion, réserve qui profitait en définitive au véritable possesseur,

(1) *Sine possessione usucapio contingere non potest. L. 25 de Usurp. (41-3).*

au créancier, dont elle consolidait le *pignus*. Pour cela, on supposait, contrairement aux principes, la possession chez le débiteur. *Intelligitur possidere*, dit la loi 36, (n° XII). Mais, au fond, il possède si peu que ce n'est qu'en vertu d'un *precarium* qu'il peut obtenir du créancier l'avantage de la possession. Grâce à ce *precarium*, il aura la possession proprement dite, *ad interdicta*, ce qui ne l'empêchera pas d'usucaper, ajoute la loi 36. Il serait absurde, en effet, que celui *qui precario rogavit*, et qui dès lors possède, eût moins de droits que celui qui ne possède en aucune façon, *qui omnino non possidet*. On refuse donc au débiteur toute possession, s'il ne l'a reprise au créancier, à titre de précariste. Aussi supposez qu'il n'y ait eu qu'une *locatio* du *pignus* faite au débiteur, la possession reste au créancier, par suite de la *locatio*, qui n'a pas pour effet, à la différence du *precarium*, de transférer la possession (l. 37).

Si telle est la position du débiteur, en revanche, on ne peut voir chez le créancier une simple *juris possessio*. Les interdits possessoires lui appartiennent ; ils sont directs, et non *utiles* dans sa personne. Quand les Romains admirent le *pignus*, ils ne lui donnèrent pas les avantages d'un *jus in re* proprement dit, et ne l'accompagnèrent pas d'une action réelle. Ils se bornèrent à y rattacher la faculté d'user des interdits. Mais ceux-ci ne supposent de la part de celui qui les exerce qu'un droit d'obligation à l'encontre de celui qui a violé sa possession. Il n'a pas un droit réel, dans toute son énergie, puisque, s'il a été dépouillé, il ne peut agir que contre le *dejiciens*, et non contre les tiers qui ont reçu la chose de ce dernier (l. 7, *de Vi*). Il est vrai que l'introduction de l'hypothèque a élevé à la portée d'un droit réel la position du

créancier gagiste. Mais cette innovation prétorienne est assurément postérieure à la création du *pignus*, et ne peut servir à expliquer un rapport que les Romains avaient réglé avant l'invention de l'action quasi-servienne.

Faut-il accepter sur ce point le système de M. de Savigny, consistant à soutenir que le créancier gagiste n'a qu'une possession *dérivée* (*abgeleiteter Besitz*) ? Le contrat de gage contient, dit-il, aliénation immédiate du *jus possessionis* qui appartenait au débiteur. Celui-ci se dépouillant de la possession, pour la transférer au créancier, elle est acquise à ce dernier, telle qu'elle existait chez le débiteur. Il y a donc transmission d'une *corporis possessio*. Mais cette possession ne s'appuie, quant à l'*animus*, que sur les intentions du débiteur, parce que c'est là seulement que se rencontre la prétention à la propriété.

Bien que ce système compte beaucoup de partisans, nous ne pouvons le trouver satisfaisant. La possession, de l'aveu de tous, exige un *animus*. Cet *animus* doit être personnel au possesseur. On peut bien posséder *alieno corpore*, mais non *alieno animo*. Si le créancier ne fait qu'emprunter l'*animus domini* du débiteur, il est difficile de comprendre qu'il possède *pro suo*, condition sans laquelle il n'y a pas de véritable possession. En réalité, telle n'est pas la situation du créancier gagiste. Il songe d'abord à son intérêt. Il veut conserver la chose à son profit, pour l'aliéner et en prendre le prix ; par conséquent, pour faire l'acte le plus éclatant qu'autorise la propriété. En vain objecte-t-on que cette faculté ne lui appartient qu'éventuellement, pour le cas de non paiement ; et que, devant s'exercer en un seul instant,

elle n'est pas susceptible de possession. En bonne logique, l'incertitude d'un droit ne l'empêche pas d'exister. Sans doute, la mise en pratique de la faculté d'aliéner, qui se consomme *uno momento*, ne se prête pas à une possession. Mais, pour être à même de trouver des acquéreurs, de réaliser l'aliénation par la tradition, il faut avoir la chose à sa disposition. Cette garde du *pignus*, qui est une préparation à l'aliénation, est un état permanent, susceptible de possession. Or, détenir un objet, en vue de l'aliéner, c'est, à notre avis, se comporter comme maître.

Il est vrai que le créancier gagiste est loin de ressembler en tout à un propriétaire ; qu'il ne peut, comme celui-ci, régler à son gré le sort de la *res pignerata*. Il ne lui est pas permis de la conserver pour son compte ; il faut qu'il la vende, pour se payer. D'ailleurs il doit la restituer, s'il est désintéressé. C'est ce dernier point de vue qui frappait les juriconsultes, et qu'on retrouve dans ces expressions appliquées par eux au créancier : « *Non opinione domini possidet* » (l. 22, § 1, de *Nox. Act.*). N'est-ce pas abuser des mots, quant on est d'accord sur le fonds ? Nous renonçons volontiers à dire que le créancier gagiste se tient pour *dominus* absolu, pourvu qu'on avoue qu'il peut prétendre à la prérogative la plus éminente du *dominium*. Or, comme, à nos yeux, la propriété consiste en définitive dans les avantages qu'elle procure, nous croyons que, si l'on se rend bien compte des intentions du créancier gagiste, on est autorisé à soutenir qu'il n'est pas étranger à l'idée de propriété. La vérité est qu'il s'attribue, quoique sous condition, l'élément le plus important de la propriété. Si ce n'est pas là l'*animus domini* dans son entier, c'est au moins l'*ani-*

*mus rem sibi habendi*, l'*animus* de s'approprier la valeur vénale de la chose ; et un pareil *animus* suffit bien pour fonder la possession. Nous trouvons donc chez le créancier un *animus* qui lui est propre, et qui ne se confond pas avec l'*animus* du débiteur. Une fois le *pignus* constitué, le créancier n'a pas besoin d'emprunter les intentions du débiteur. Il est à l'abri des changements de volonté qui pourraient se produire chez ce dernier. Il ne lui manque rien pour qu'on puisse dire justement qu'il possède *animo et corpore suo*.

Nous ajouterons que le créancier gagiste possède la chose intégralement, et non un simple démembrement, dans le sens ordinaire de ce mot (1) ; car il prétend bien transporter cette chose tout entière à l'acheteur avec lequel il traitera. En réalité, la possession du créancier, reconnue sans difficulté par les jurisconsultes, et celle du débiteur, qu'ils admettent, au moins quant à l'usucapion, ne sont qu'une seule possession tendant au même but, de sorte qu'on peut les accepter l'une et l'autre, sans contrarier la règle, d'après laquelle plusieurs personnes ne sauraient posséder *in solidum*. Des deux côtés il y a intérêt à ce que la chose fasse partie du patri-

(1) C'est encore une controverse de nos jours que de savoir si le droit d'hypothèque, droit qui a fini par être virtuellement contenu dans le *pignus* romain, peut être appelé un démembrement de propriété. Nous admettons bien que le créancier hypothécaire n'a pas la somme des avantages compris dans le droit de propriété, qu'il ne peut disposer de la chose que d'une façon déterminée ; et en ce sens, il est vrai de dire que son droit réel ne lui confère pas la propriété avec tous ses attributs. Mais, à la différence des autres *jura in re aliena*, qui s'exercent sans dépouiller entièrement le *dominus*, le droit d'hypothèque est de telle nature que, quand il vient à se réaliser, il absorbe tout l'émolument de la propriété, pour ne rien laisser au propriétaire, si cela est nécessaire à la satisfaction du créancier.

moine du débiteur, sous affectation spéciale au créancier. Leurs prétentions réciproques, loin de s'exclure mutuellement, se concilient parfaitement. Tous deux veulent avoir la chose à leur disposition, mais chacun dans une hypothèse inverse. Il y a quelque chose d'analogue à la situation de deux propriétaires sous condition contraire. Le débiteur n'a plus sur l'objet qu'il a engagé qu'un droit résoluble malgré lui, pour le cas où il ne satisferait pas à son obligation ; mais dès à présent il se dessaisit de la chose, et n'a plus que l'expectative de la reprendre en payant. Quant au créancier, bien qu'il n'acquière qu'une faculté d'aliéner, dont l'exercice est suspendu jusqu'à l'échéance de la dette, contrairement à ce qui se passe habituellement pour ceux qui n'ont qu'un droit conditionnel, il prend de suite la possession, parce qu'il se défie du débiteur, et qu'il veut se ménager à l'avance la possibilité en fait d'aliéner, s'il a besoin d'en user. C'est trop peu que d'admettre seulement une translation de la possession. Il y a aussi translation, sinon de la propriété, du moins de l'avantage principal qu'elle donne, et qui a été abandonné éventuellement par le débiteur. En somme, l'*animus sibi habendi* ne fait pas défaut chez le créancier gagiste ; mais l'*animus domini* n'est pas non plus perdu par le débiteur.

Nous n'irons pas cependant jusqu'à prétendre que ce point de vue, que nous tenons pour seul exact, fût adopté franchement par les romains. Ils ne voyaient pas, paraît-il, dans le créancier gagiste qui vendait, un individu exerçant son propre droit. Dans leurs idées, c'était le débiteur même (*voluntate debitoris*) qui aliénait par les

mains d'un intermédiaire réputé uniquement son mandataire. Mais donner irrévocablement le mandat de vendre à quelqu'un qui fera cette vente dans son intérêt, c'est en réalité aliéner dès à présent ; et les jurisconsultes ne s'y trompaient pas, quand ils faisaient avec raison découler de l'impossibilité d'aliéner celle d'engager ou d'hypothéquer. N'est-ce pas une illusion que de considérer le créancier gagiste qui vend comme n'étant que l'instrument de la volonté du débiteur ? Il sert d'abord d'instrument à sa propre volonté. Il agit *animo suo*, sans pouvoir être arrêté par l'opposition de celui dont il ne serait cependant que l'organe.

Nous concluons, en disant que les Romains, envisageant uniquement la position immédiate du créancier gagiste, qui ne disposera de la chose que dans un avenir incertain, se sont contentés de lui attribuer le droit de possession, en l'excluant formellement de toute participation au droit de propriété. Cette appréciation nous semble incomplète. Mais du moins lui reconnaissait-on un *jus possessionis*, indépendant des caprices du débiteur, protégé en sa personne par des voies légales, et par suite une possession, qu'on doit qualifier *suo nomine*, et *non alieno nomine*.

Nous rencontrons chez les Romains l'idée de possession admise dans un autre cas, où l'*animus domini*, fait défaut d'une manière bien plus certaine que dans le *pignus*. Cette hypothèse était connue sous le nom de *precarium*. Il y avait *precarium*, quand quelqu'un, condescendant aux prières d'un autre, lui abandonnait une chose pour en user, ou même pour en jouir, mais à la condition d'obtenir, dès qu'il l'exigerait, la restitution de la chose ainsi

abandonnée. La nature du *precarium*, est indiquée, pour ses traits principaux, dans les textes suivants :

« *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* (L. 1, pr. de *Precar.* D. (43-26).

« *Et distato a donatione : eo, quod qui donat sic dat, ne recipiat : at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus cum sibi licuerit precarium solvere,* » l. 1, § 2, de *Precar.*

Que le concessionnaire, en vertu d'un *precarium* ne pût pas élever de prétention à la propriété, cela va de soi, puisque le concédant n'avait pas entendu lui faire une pareille position. L'*animus domini* fait assurément défaut dans l'espèce. La situation du précariste est bien différente de celle du gagiste, quoique les jurisconsultes les rapprochent souvent l'un et l'autre, quant à l'absence de tout *animus domini* (1). Cette assimilation, que nous croyons loin d'être exacte, confirme ce que nous avons dit sur l'appréciation incomplète, suivant nous, que faisaient les Romains des droits du créancier gagiste.

Quelle que fût l'instabilité de la position du précariste, soumis incessamment au caprice du concédant, à tel point, que celui-ci ne pouvait abdiquer la faculté de révocation arbitraire (2), on n'hésitait pas à reconnaître qu'il y avait ici possession transférée. « *Meminisse autem oportebit...* » n° XII (3). Du reste, pas d'action réelle, pas

(1) L. 13, § 1, de *Publ. Act.* D. (6-2); l. 22, § 1, de *Nox. Act.* D. (9-4).

(2) L. 12 Pr. de *Precar.* D. (46-28).

(3) Tel est l'effet naturel du *precarium*. Cependant l'intention des parties, si elle est formelle, peut être de réserver la possession au concédant, comme l'établit M. de Savigny, § 25, en invoquant la loi 10 de *Adq. Poss.* et la loi 6, § 2, de *Precar.*

de revendication, ni de Publicienne. S'il y avait plusieurs concessionnaires, ils n'auraient pu faire déterminer, par l'action *communi dividundo*, une jouissance séparée pour chacun d'eux. Ils avaient sans doute une *justa possessio*, *sed quæ non pergat ad judicii vigorem*, dit la loi 7, § 4, *Comm. Divid.* La seule ressource qui appartenait au précariste pour assurer sa tranquillité, était de recourir à la voie des interdits *retinendæ ou recuperandæ possessionis causa* (1). C'était le concessionnaire, en effet, qui possédait seul, et non le concédant. Ce qui le prouve, c'est que ce dernier jouissait d'un interdit, appelé *de Precario*, dans le but de recouvrer la possession. Seulement, dans ses rapports avec le précariste, le concédant n'avait rien à craindre de l'abandon qu'il lui avait fait de la possession. A son égard, celle-ci était *injusta*, de telle sorte, que le trouble qu'il aurait apporté à la jouissance du précariste, n'aurait pu être écarté par celui-ci, *qui precario ab adversario possidebat*. Nous pensons même que l'interdit *uti possidetis* aurait été exercé avec succès vis-à-vis le précariste par le concédant (2). Entre eux, toutes les fois qu'un débat s'élevait sur la possession, c'était le concédant qui devait triompher, parce qu'il n'était pas permis de retourner le bienfait contre le bienfaiteur (3).

(1) Les droits du précariste étaient entendus d'une manière si étroite qu'on lui refusait l'action *furti*. C'est la décision de la loi 44, § 14 *de furtis*. Il n'était pas, disait-on, responsable du *furtum* vis-à-vis le concédant, qui n'avait aucune action contre lui; dès lors on ne voyait pas chez lui un intérêt lésé, bien qu'il fût dépouillé de la possession. Il faut se rappeler ici ce que nous avons dit plus haut : *Justa possessio, sed quæ non pergat ad judicii vigorem*.

(2) L. 1, § 2, *Uti Possid.* D. (43-47).

(3) Le *precarium*, avec ses règles bizarres : la révocabilité qui est de son essence (l. 42, pr.), le défaut de toute action civile pour assurer la restitu-

Mais si le précariste ne se trouvait pas en rivalité avec le concédant, sa possession était un droit environné de protection, dans les limites du moins de la portée des interdits possessoires, son unique ressource, comme nous l'avons dit. Cela suffit pour que le précariste, à l'égard de tous, un seul excepté, eût la faculté de se maintenir en jouissance de la chose qu'il détenait, et même de se la faire restituer. Il avait donc l'intention de s'attribuer sur cette chose un avantage permanent, pour la conservation duquel il n'avait besoin de s'adresser à personne, de se faire céder aucune action, à la différence du fermier, par exemple. Dès lors, il y avait chez lui *animus rem sibi habendi*, volonté de garder la chose pour en retirer un émolument. Sans doute cet émolument est loin d'être la prétention à la propriété. Mais quelque modeste qu'il soit, il se défend par lui-même. C'est là tout ce qu'il faut pour constituer la possession, à l'égard de laquelle aucun texte ne dit que l'*animus domini* soit indispensable, bien qu'il se rencontre le plus souvent (1). Or,

tion (l. 44), la responsabilité du concessionnaire limitée au dol (l. 8, § 31), nous apparaît, suivant l'observation de M. de Savigny, comme une véritable énigme. Cet auteur adopte l'explication assez plausible fournie par Niebuhr, d'après lequel le *Precarium* aurait été imaginé à l'occasion des concessions de terrains que les patriciens faisaient à leurs clients. Mais, si telle est son origine, il faut reconnaître qu'à l'époque des juriconsultes, il avait dévié de sa première application. Aussi voit-on que le *Precarium* est admis quant aux meubles (l. 4 pr.). D'un autre côté, on finit par lui adapter une action civile, l'action *praescriptis verbis* (l. 2, § 2), indépendamment de la voie de l'interdit de *Precario*. Le domaine du *precarium* a tout à fait changé. Ulpien nous dit (l. 6, § 1) qu'il est fréquent de voir le créancier gagiste restituer, au moyen d'un *Precarium*, la possession au débiteur, bien que la régularité de cette pratique ait soulevé quelques difficultés.

(1) M. de Savigny, qui donne pour cachet nécessaire à l'intention du possesseur l'*animus domini*, reconnaît que nulle part les juriconsultes romains n'ont énoncé formellement cette condition. Il faut, pour trouver à cet

l'intention, que nous avons reconnue chez le précâriste, lui est propre; elle est l'expression de sa prétention. Donc il possède *animo suo*.

Cependant ici encore M. de Savigny, et beaucoup d'auteurs après lui, parlent de *possession dérivée*. Ce système serait certainement plus acceptable pour le *precarium* que pour le *pignus*. Mais il nous paraît inutile, inexact même, ou plutôt inintelligible; et nous craignons qu'il ne soit propre qu'à embrouiller les idées. Aussi cette théorie a-t-elle été l'objet de vives attaques de l'autre côté du Rhin. L'auteur, dans ses dernières éditions, a entrepris de répondre à ces attaques, et de préciser le sens qu'il donnait aux mots : *possession dérivée*. Mais nous doutons qu'il soit parvenu à les rendre clairs; et nous répétons qu'ils ne nous paraissent servir qu'à compliquer gratuitement un rapport assez simple.

Que se passe-t-il en effet lors de la concession d'un *Precarium*? Quelqu'un dit à un autre : « Prenez cette chose, et possédez-la. Je renonce en votre faveur à la possession. Maintenez-vous-y par les voies de droit. Seulement je n'entends vous accorder cette possession qu'aussi longtemps que je le voudrai bien. Elle cessera à mon gré. » Par suite de cette convention, le concessionnaire est autorisé à s'attribuer sur la chose les avantages de la possession. C'est là son intention, qui lui est propre, et qui est légitime, *justa*, tant qu'il n'apparaît pas d'une révocation. Jusqu'à ce mo-

égard une autorité, recourir à la paraphrase de Théophile sur le § 2, tit. 29, liv. 3 des *Institutes*. Mais Théophile, voulant indiquer la différence entre le détenteur et le possesseur, s'est arrêté au cas le plus ordinaire; et il est incontestable qu'habituellement celui qui possède prétend à la propriété même.

ment, la possession est dans le patrimoine du précariste. C'est sa chose qu'il défend. Il a un *animus* dans son intérêt. A quoi bon dire que sa possession n'est que *dérivée*? Et qu'entend-on par là? Assurément ce n'est pas l'antithèse d'une possession *transmise*, résultant d'une tradition, par opposition à une possession acquise par voie d'occupation, qu'on veut exprimer ainsi; autrement l'acheteur, après livraison, n'aurait qu'une possession *dérivée*, ce qui n'est pas la pensée de M. de Savigny. Il ne songe pas à dire non plus que le précariste possède *alieno nomine*, comme un mandataire; qu'il sert d'instrument à la possession d'autrui. Car alors il n'aurait pas les interdicts possessoires; ceux-ci appartiendraient au concédant, qu'on avoue cependant en être privé. Ils ne lui reviennent qu'autant que le *Precarium* est rompu, comme on peut l'induire de la loi 13, § 7 (1). Or, nous ne voyons pas de milieu entre posséder *suo nomine* ou *alieno nomine*, position intermédiaire qui serait cependant celle du précariste.

(1) Cette loi 13, § 7, décide que, si le concédant n'a pas recouvré la possession (*recepit possessionem rupto precario*), il ne peut réussir dans l'interdit, en invoquant la possession du précariste. Il s'agit ici de l'interdit *Utrubi*, qui était donné *retinendæ possessionis causa*, et dans lequel il y avait lieu à une *accessio possessionis*. On oppose à ce texte la loi 15, § 4, de *Prec.*, dans laquelle Pomponius, tout en accordant sans difficulté la possession au *rogans*, parce qu'il possède *corpore*, ne la refuse pas néanmoins au *rogatus*, qui a conservé l'*animus*, *quia non discesserit animo possessione*. On peut voir dans cette décision une trace de l'opinion de certains jurisconsultes énoncée dans la loi 3, § 5, d'après laquelle le concours de deux possessions était admis, quand l'une était *justa*, l'autre *injusta*. Mais ce système ayant été repoussé, comme l'indique la loi précitée, le texte de Pomponius doit être appliqué seulement à la possession *ad usucapionem*, qui, n'appartenant pas au précariste, revient uniquement au concédant. Il y aurait ici encore cette décomposition de la possession que nous avons signalée à l'occasion du *pignus*.

Qu'importe la révocabilité de son droit, tant qu'elle n'est pas exercée? Cette possibilité d'être dépouillé n'empêche pas le concessionnaire de la possession d'être, en attendant, possesseur pour son propre compte. Supposez la propriété même concédée sauf révocation arbitraire. Tel peut être le cas du donataire à cause de mort, si la propriété lui a été transférée du vivant du donateur, sous la réserve du *jus pœnitendi*. Des jurisconsultes allaient même jusqu'à admettre que la propriété faisait retour *ipso jure* au donateur qui se repentait, et lui donnaient en conséquence la revendication (1). Il ne viendra cependant à l'esprit de personne de dire que, tant qu'il est sous le coup d'une révocation éventuelle, le donataire à cause de mort, investi de la propriété, n'a pas l'*animus domini*, qu'il ne lui est pas permis de revendiquer en son nom. Eh bien, le *Precarium* est une aliénation révocable de la possession, de même que la donation *mortis causa* peut contenir aliénation révocable de la propriété. Dans un cas comme dans l'autre, il y aura, jusqu'à la révocation, attribution de l'*animus sibi habendi* autorisant, suivant les hypothèses, pour le bénéficiaire, en sa propre qualité, le droit aux interdits, apanage de la possession, ou même le droit à la revendication, apanage de la propriété.

Nous terminerons en faisant observer que le *Precarium* peut porter non-seulement sur une *corporis possessio*, mais encore sur une *possessio juris*. C'est la règle que nous trouvons énoncée dans la loi 2, § 3, *de Precario*.

« Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est, ex hoc solummodo causa.

(1) L. 29 *de Mort. Caus. Don. D.* (39-6).

« quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere  
« aut uti liceat. »

Par application de cette idée, nous voyons dans les lois 3 et 15, § 2. *eod. tit.*, que l'exercice d'une servitude peut être concédé *precario*. En pareil cas, il y aura possession d'une servitude, qui donnera des interdicts opposables à tous ceux qui, sauf le concédant, apporteraient un obstacle à la jouissance de la servitude. Or, est-il possible de dire alors que la possession du précariste sera celle du concédant par dérivation? Conçoit-on que le propriétaire du fonds asservi par tolérance possède des servitudes grevant son fonds, et qu'il transmette cette possession au propriétaire du fonds dominant (1)?

(1) Les auteurs allemands disputent beaucoup, pour savoir si l'on doit reconnaître à l'emphytéote et au superficiaire une *corporis possessio*, qui devrait rentrer alors dans la classe des *possessions dérivées*, puisque ni l'un ni l'autre n'a l'*animus domini*; ou s'il faut se borner à leur donner, comme à l'usufruitier, une *possessio juris*. L'intérêt de la controverse est que, dans le premier système, on refusera les interdicts possessoires au *dominus*, tandis que, dans l'autre opinion, il devrait les avoir, à l'instar du nu-propriétaire. On est forcé cependant de convenir que cette distinction ne doit pas être faite quant au propriétaire du sol sur lequel se trouve la *superficies*, puisque la loi 3, § 7, *Uti Poss.*, accorde au *superficiaire* un interdict spécial, en réservant au *dominus* l'interdict direct. Quant à l'emphytéote, nous serions disposé à ne lui accorder qu'un *jus in re aliena*; encore ne l'avait-il que d'après le droit prétorien. En droit civil, c'était le bailleur qui était considéré comme seul *dominus*. Il nous paraîtrait dès lors conséquent de lui accorder les interdicts possessoires. Nous n'entrerons pas dans l'examen de la discussion qui s'est engagée sur ce point, la question n'offrant, à nos yeux, qu'un médiocre intérêt. Si nous avons parlé avec quelques détails du *Precarium*, c'est qu'il fournissait l'occasion de préciser en quoi consistait l'*animus* exigé en droit romain pour la possession; et qu'il nous a semblé utile d'expliquer ce que cette législation entendait par posséder *precario*. L'idée moderne, qui s'attache à ces expressions, est en effet bien différente. Chez nous, on nie, quand on les emploie, la possession proprement dite, pour indiquer une simple détention; tandis qu'à Rome le *Precarium* avait précisément pour but de transférer la possession proprement dite.

Nous avons vu que, d'après les principes du droit romain, si la possession était acquise *corpore alieno*, elle ne pouvait l'être *animo alieno*. Il y avait cependant, sur ce dernier point, différentes exceptions, sur lesquelles nous aurons quelques observations à présenter.

La loi 3, § 12 (n° V), qui pose la règle, indique elle-même une première exception, relative au pécule des esclaves, ce qui doit être étendu au pécule des fils de famille, comme le dit le même jurisconsulte, dans la loi 1, § 5 (n° XIII). Le motif qui a fait admettre cette doctrine nous est donné par Papinien, dans la loi 44, § 1; c'est là, dit-il, un *jus singulare*, qui a été établi *utilitatis causa*. On n'a pas voulu que le maître fût obligé de s'inquiéter à chaque instant des opérations que pourrait faire l'esclave mis à la tête d'un pécule « *ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere.* » Il semble que, dès lors, l'exception n'existe pas d'une façon absolue. L'*animus* du maître ne fait pas complètement défaut; seulement, il est donné d'une manière générale. La constitution d'un pécule emporte intention d'acquérir en masse tout ce qui proviendra de la gestion de l'esclave pour les biens qui lui sont confiés. Telle est l'observation que fait Paul, dans la loi 1, § 5 (n° XIII), quand il dit: *quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.* Mais ce jurisconsulte n'est-il pas en contradiction avec lui-même, puisque, d'après la loi 3, § 12 (n° V), *videmur eas eorumdem (c'est-à-dire servorum) et animo et corpore possidere?*

Il est difficile, en effet, de concilier ces deux explications. Pour nous, la dernière nous paraît seule exacte. et nous ne voyons, dans la ressource tirée de la *volun-*

*tas domini*, qui a autorisé le pécule, qu'une tentative pour essayer de sauver le caractère exceptionnel de cette disposition avoué franchement par Papinien. Il n'est pas nécessaire de recourir à un *jus singulare*, si l'*animus* du maître se rencontre ici; puisqu'alors on se trouvera dans les conditions normales de l'acquisition de la possession. Au fond, pour concevoir un *animus* sérieux, ne faut-il pas se reporter aux intentions de l'esclave? Cette valeur donnée aux actes de l'esclave n'a rien d'étonnant, si l'on songe que, quand il a reçu un pécule, il est censé avoir un patrimoine (*quasi patrimonium, pusillum patrimonium*), et qu'il joue en quelque sorte le rôle d'un homme libre, puisqu'il peut contracter des dettes qui engagent le pécule. Aussi, l'exception s'applique-t-elle même quand la *voluntas* du maître est impossible, parce que ce maître est incapable de tout *animus*; comme si c'est un *infans*, un insensé, une hérédité jacente, ainsi que le reconnaît Paul, dans loi 1, § 5 (n° XIII). On allait même jusqu'à permettre ici l'usucapion à l'insu du maître, ce qui n'avait pas lieu dans le cas où la possession aurait été acquise *ignoranti* par un procureur, suivant l'observation que fait encore Paul, dans la loi 47, de *Usurp.* Ce qui prouve enfin que l'*animus servi* était pris en considération, c'est que, s'il était de mauvaise foi, l'usucapion était impossible, nonobstant la bonne foi du *dominus*. Aussi les juriconsultes disaient-ils : « *In his, quæ nomine domini possideantur, domini potius, quam servi voluntatem spectandam : quod si peculiari, tunc mentem servi querendam.* » l. 2, § 12, *pro Empt.*

Une seconde exception à la nécessité de l'*animus* de la part du possesseur avait été admise au profit des cités. Pour concevoir la possession dans un corps de citoyens,

en rapportant cette possession à la masse des citoyens, il aurait fallu que chacun d'eux eût la volonté de posséder, ce qui, en fait, était impraticable. C'est la pensée qu'exprime Paul, dans la loi 1, § 22 : « *Municipes per se nihil possidere possunt quia uni consentire non possunt.* » Ne pouvait-on échapper à cet inconvénient, par suite des principes admis sur les acquisitions par l'intermédiaire des esclaves ? Nous savons que, si l'esclave avait un pécule, la possession et l'usucapion *peculiari nomine*, n'exigeaient pas la *scientia domini*. Or, une cité peut avoir des esclaves, et profiter, comme un simple particulier, de la capacité spéciale que leur attribue la constitution d'un pécule. C'est ce qui fut admis, en effet, par les jurisconsultes. Paul ajoute : « *sed Nerva filius ait, per servum quæ peculiariter adquisierint, et possidere et usucapere posse.* » Ce système rencontra cependant des adversaires ; il y avait des esprits qui le repoussaient, en faisant observer qu'il n'y a pas de la part des *municipes*, possession des esclaves de la cité : « *quoniam ipsos servos non possideant.* »

On voit percer dans cette objection, l'idée de la distinction de la personne morale, et des individus qui servent à former cette personne, idée devenue si commune aujourd'hui, mais beaucoup moins familière aux Romains, bien qu'elle ne leur leur fût pas inconnue. C'est la cité qui doit être réputée propriétaire et possesseur de l'esclave public ; ce ne sont pas les citoyens pris individuellement (1). Aussi, disait-on que, quand l'esclave

(1) Il suit de là que c'est une erreur de penser, comme le font quelques auteurs, que l'emploi d'un esclave public pour stipuler dans l'intérêt de celui qui ne pouvait le faire lui-même, par exemple un *infans*, sauvait la difficulté résultant de la règle qui ne permettait pas d'acquérir *per extraneam*

d'une cité avait été affranchi, il n'avait pas besoin de la permission du magistrat pour appeler *in jus* un citoyen quelconque, chacun d'eux n'étant pas son patron; tandis que, s'il avait voulu plaider contre la cité même, il n'aurait pu le faire sans y être autorisé. Telle est l'observation très juste que fait Ulpien, dans la loi 10, § 4, de *in Jus Voc.* Mais s'il en est ainsi, l'objection tirée de l'impossibilité d'un consentement universel doit s'évanouir. Il suffira de la volonté de la personne morale, qui, à la vérité, est rigoureusement impossible, mais qui sera censée exprimée par le représentant de cette personne, l'*actor*, le *syndicus*. Aussi, l'opinion prévalut-elle qu'une cité pouvait acquérir la possession, non-seulement par ses esclaves, mais encore par une *libera persona*, qui avait mission de manifester l'*animus* supposé à la cité, et non le sien propre, de sorte qu'ici encore la possession se trouvait acquise *alieno animo*. C'est ce que nous apprend Ulpien dans la loi 2 :

« *Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere*  
 « *municipes possint; idque eis et per servum, et per li-*  
 « *beram personam adquiratur (1).* »

*personam*, parce que le stipulant aurait été considéré comme l'esclave de l'*infans*, membre de la cité, et qu'on aurait pu dire : « *Vox servi tanquam vox domini.* » Aussi les textes nous disent-ils qu'on ne donnait au pupille, en vertu d'une pareille stipulation, qu'une action *utile*. L. 4, *Rem Pupill.*, D. (46-6).

(1) Ce que nous disons des cités doit être appliqué à toutes les associations, qui jouissaient de la faveur d'être considérées comme personnes morales, qui pouvaient *corpus habere*. Mais c'était là, en droit romain, un privilège qui devait résulter d'une concession formelle de l'autorité. *Nam et legibus, et senatus-consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur, paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora.* L. 4, pr. *Quod Cujusc.*, D. (3-4).

La difficulté la plus grave, en cette matière, consiste à se rendre bien compte des décisions du droit romain sur l'acquisition de la possession de la part des pupilles. Le tuteur étant, par rapport au pupille, une *extranea persona*, il sera, si l'on s'en tient aux principes rigoureux, incapable d'acquérir par lui seul la possession au pupille; il ne lui rendra d'autre service que celui qui serait possible de la part de toute autre *libera persona*. Bien qu'il fût reçu en effet que la possession était de nature à s'acquérir *per extraneum*, comme cette dérogation n'avait trait qu'au fait de la détention, et que régulièrement l'*animus* du possesseur est indispensable, ce ne serait que quant au *corpus* que le pupille pourrait utiliser l'intermédiaire de son tuteur, absolument comme il userait du secours de toute autre personne, qui appréhenderait la chose pour exécuter la volonté du pupille.

Remarquons qu'il n'y aura nul embarras, toutes les fois que le pupille aura dépassé l'*infantia*; il est alors, avec l'*auctoritas tutoris*, aussi capable qu'un pubère; cette capacité sera applicable à l'acquisition de la possession, comme à tous les actes juridiques. On peut ajouter que le pupille, au-dessus de l'*infantia*, n'a pas besoin de l'*auctoritas tutoris* pour devenir possesseur, la règle étant que l'intervention du tuteur n'est exigée qu'autant que le pupille fait sa condition pire, non quand il la rend meilleure, c'est-à-dire quand il s'agit d'acquérir quelque chose, notamment la possession. Mais cette *auctoritas tutoris*, qui suppose seulement la présence du tuteur à côté du pupille agissant personnellement, de même que l'action isolée du pupille sans l'*auctoritas*, sont également impossibles chez le pupille encore *in-*

*infans*, parce que, dans cet état, il n'y a chez lui nulle volonté susceptible d'être dirigée ou de se produire par elle-même. Peu importe qu'il soit mis en contact avec l'objet dont il s'agit d'acquérir la possession. Ce fait ne constitue qu'un rapport matériel, auquel aucune intention ne vient imprimer un caractère de droit : « *Affectio-nem tenendi non habent*, dit-on, en parlant de l'insensé et du pupille (sous-entendu *infans*). C'est comme si l'on plaçait quelque objet dans la main d'une personne qui dort; celle-ci ne posséderait pas assurément. Ces diverses propositions sont contenues dans la loi 1, § 3, qui appartient au jurisconsulte Paul.

D'après ces propositions, qui ne sont que l'expression des principes bien connus sur la capacité du pupille, et sur le domaine et le sens de l'*auctoritas tutoris*, il faudrait dire que toute acquisition de possession est impossible pour l'*infans*, sauf les cas où l'*animus* du possesseur est inutile, par exemple, *ex peculiari causa*. Quant à la ressource de l'*auctoritas* du tuteur, elle serait impuissante, puisqu'elle n'est pas praticable durant l'*infantia*; et que, d'ailleurs, l'*animus possidendi* devant exister *suo nomine*, de la part de celui qui acquiert la possession, l'intention exprimée par le tuteur resterait étrangère au pupille, qui ne pourrait la comprendre et se l'approprier.

On conçoit que de graves inconvénients seraient résultés d'un pareil état de choses, et que les exigences de la pratique durent faire sentir le besoin de les écarter; c'est ce qui arriva en effet. Aussi, trouvons-nous dans la loi 32, § 2 (n° XIV), une décision, qui vient, ce semble, contrarier directement la doctrine exposée tout à l'heure.

*Infans possidere recte potest*, nous dit ce texte, qui émane

encore de Paul, et qui est tiré de ses Commentaires sur Sabinus, tandis que, dans ses ouvrages sur l'édit, le même auteur, comme nous l'avons vu, refusait à l'*infans* la faculté d'acquérir la possession (1). Comment le jurisconsulte arrive-t-il à cette nouvelle décision, dont l'utilité est incontestable? en invoquant l'influence de l'*auctoritas tutoris* (*si tutore auctore cœpit*). Mais n'est-ce pas faire produire à l'*auctoritas* des effets qui ne lui appartiennent pas? Quand il y a absence radicale de capacité, un complément, une augmentation (suivant l'étymologie ordinaire du mot *auctoritas*) peuvent-ils se concevoir? Le jurisconsulte nous dit que le *judicium infantis* sera suppléé par l'*auctoritas tutoris*. On peut répondre que cette *auctoritas* ferait plus que suppléer, qu'elle remplacerait le *judicium*, qui fait entièrement défaut. Rappelons-nous que Paul a comparé l'*infans* à un insensé, à une personne endormie, dans la main de laquelle on placerait un objet, en vue de le lui faire posséder.

Ces objections sont fondées en doctrine rigoureuse. Elles n'échappent pas à notre auteur, qui les a fait lui-même ressortir ailleurs. Aussi se hâte-t-il d'ajouter que cette *auctoritas* est admise en dehors des règles du droit pur; mais qu'il faut s'y résoudre *utilitatis causa*. Ce qui veut dire, au fond, que l'*auctoritas* joue le rôle principal, et n'est pas seulement un accessoire. Il y a nécessité, dit le jurisconsulte, de se contenter de l'acte du tuteur pour trouver un *animus*. Tout *animus* est impossible de la

(1) M. de Savigny, § 21, sur la foi d'Alciat, attribue, il est vrai, la loi 32 à Papinien. Mais cette conjecture se trouvant démentie, de son aveu, par tous les manuscrits des *Andectæ*, il n'y a aucune raison pour l'admettre; d'autant plus que l'autorité d'Alciat, en pareille matière, est très suspecte, suivant la remarque de Cujas.

part de l'*infans*, qui ne saurait avoir la pensée de recevoir la possession. *Nam alioquin...* Ces derniers termes, sur lesquels il y a diverses leçons, mais qui nous semblent pouvoir être acceptés avec la version ordinaire (1), nous fournissent la véritable explication de l'affaire. S'il n'y a chez l'*infans nullus sensus*, c'est donc l'*animus tutoris* qui donne un sens à l'opération. C'est là sans doute plus qu'un complément ; l'*auctoritas tutoris* dépasse sa portée habituelle. Aussi doit on reconnaître qu'on s'est écarté forcément des principes qui gouvernent l'*animus possidendi*, et avouer nettement que les besoins pratiques ont fait admettre que le pupille *infans* acquerrait la possession, grâce uniquement à l'*animus tutoris* (2).

Faut-il, toutefois, ajouter cette restriction, que l'acquisition ne sera valable qu'autant que le pupille aura fait ce qu'il peut faire, en touchant la chose à posséder ; qu'à défaut de contact de sa part, et si on le laisse complètement étranger à l'acte, l'intervention isolée du tuteur res-

(1) M. de Savigny, § 22, en invoquant divers manuscrits, s'écarte du texte de la Florentine et de la Vulgate, pour lire : *Nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti (sous-entendu tutori) possessionem*. Cette correction, fort douteuse, a pour but d'établir, au moyen de la loi en question, cette proposition controversée, sur laquelle nous nous expliquerons bientôt, que le tuteur pouvait en principe acquérir seul la possession au pupille *infans*, sans que celui-ci participât à l'appréhension.

(2) Puchta, *Rhein. Mus.*, V. p. 36 et suiv., pense qu'il faut distinguer entre les *infantes* chez lesquels il existerait un commencement d'intelligence, et ceux qui en seraient totalement dépourvus. C'est, à l'égard des premiers seulement que l'*auctoritas tutoris* aurait été admise exceptionnellement : Mais une subdivision de l'*infantia* est étrangère aux textes du droit romain. Cette distinction, d'ailleurs, ne pourvoit pas complètement à ce qu'exige l'*utilitas*, puisqu'elle laisserait un grand nombre d'*infantes* hors d'état d'acquiescer la possession. Toute ressource serait aussi fermée en cette matière aux *furiosi* ; tandis que, si l'on admet que, pour un *infans* quelconque, le tuteur seul peut acquérir la possession, il sera raisonnable d'étendre ce *jus singulare* aux curateurs des insensés.

tera sans effet? De bons esprits le soutiennent. Ils veulent tout au moins que l'*infans* ait l'apparence de manifester une prétention. Sans doute il manque à cette manifestation une intention sérieuse, efficace en droit strict. On fermera les yeux là dessus. Mais le fait extérieur du pupille serait indispensable. — Nous sommes disposé à croire que tel fut, en effet, le point de départ; qu'on exigea d'abord la coopération du pupille, pour sauver dans l'origine une déviation trop éclatante aux règles générales. C'est en présence de cette supposition que Paul établit sa doctrine *utilitaire* (pour nous servir d'une expression moderne) (*si tutore auctore cæpit*). Mais le raisonnement et l'analyse de l'opération, d'après lesquels l'*animus tutoris* était le seul à prendre en considération, durent faire renoncer à un vain simulacre, et écarter la nécessité d'un acte personnel de l'*infans*, puisque celui-ci ne pouvait contribuer à l'affaire que quant au *corpus*, condition surabondante; car le premier venu pouvait détenir au nom du pupille, à *fortiori* le tuteur. Nous estimons par conséquent que le *jus singulare*, admis *utilitatis causa*, fut accepté avec sa véritable signification, c'est-à-dire à ce point de vue que le tuteur seul put acquérir la possession au pupille.

Ce système, qui est en définitive le seul raisonnablement satisfaisant, ne nous paraît pas résulter de certains textes invoqués ordinairement par les partisans de notre doctrine, notamment par M. de Savigny. Nous voulons parler des lois 13, § 1, *de Adq. Dom.*, 1, § 20, *de Adq. Poss.*, qui, à notre avis, sont loin d'être concluantes. Mais on peut, suivant nous, s'étayer en ce sens de la loi 3, C. (n° XVI). Cette constitution nous semble même établir que la jurisprudence romaine est allée plus loin

qu'on ne le pense en général dans cette idée, que l'*infans* peut acquérir la possession, bien qu'il soit incapable d'*animus*, et qu'elle avait admis d'autres équivalents que l'*animus tutoris*, réputé indispensable dans l'opinion commune. Cependant le texte auquel nous faisons allusion a donné lieu à de vives controverses. Les commentateurs l'ont entendu diversement. Il a même été allégué par ceux qui exigent la coopération du pupille. Il importe donc de rechercher la portée qu'on doit donner à cette loi fort discutée.

L'auteur de cette constitution, l'empereur Décius, pour valider une donation faite à un *infans*, décide que, quand il y a tradition effectuée, la possession est acquise à l'*infans corpore* (*vacua possessio tradita corpore queritur*). Ces expressions ont été entendues de telle sorte, qu'elles indiqueraient que dans l'espèce le donataire *infans* avait été mis en contact avec l'objet donné, ce qui prouverait, dit-on, la nécessité de l'intervention personnelle du pupille. Mais nous croyons que ce n'est pas la pensée qu'on a eu l'intention d'exprimer. Tout ce que veut dire la constitution, c'est que, quand il s'agit de faire acquérir la possession à un *infans*, il faut renoncer à l'*animus* ou à l'*affectus tenendi*, qui est impossible. Il y aura possession, dès que la chose sera librement et sans obstacle au pouvoir de l'*infans*. Pour cela, l'objet donné devra être remis à ses esclaves, qui ne sont que les instruments de leur maître, et qui, ayant cet objet à leur disposition, le détiendront dans l'intérêt de l'*infans*. On n'aura, il est vrai, constitué ainsi que l'élément de la possession désigné sous le nom de *corpus*; cela devra suffire provisoirement (*interim*). Le plus simple serait sans doute de faire tradition au tuteur; mais il est à

présumer que, dans le cas soumis à l'empereur, le tuteur, absent peut-être, ou pour toute autre cause, n'avait pas pris part à l'affaire : c'est ce que nous paraît établir la suite du texte. Malgré les divergences des auteurs, ajoute la constitution, sur les difficultés qu'entraîne le défaut d'*animus* de la part de l'*infans*, il est plus sage d'admettre (Consultius) qu'il faudra se passer de cet *animus*, et déclarer la possession acquise *corpore*. Car, si l'on tient à la condition de l'*animus*, on serait obligé de dire, comme l'a fait observer Papinien, que le tuteur lui-même, en appréhendant une chose au nom du pupille *infans*, ne pourrait l'en rendre possesseur, puisque dans ce cas aussi on ne trouve point d'*affectus* chez le pupille. Cette manière de raisonner nous autorise à tirer une double conclusion. D'une part, la possession pouvait être acquise par le tuteur au pupille *infans*, nonobstant tout défaut d'*animus* chez ce dernier, c'est-à-dire par l'acte seul du tuteur : d'autre part, dans l'espèce, le tuteur n'était pas intervenu, sans quoi il n'y aurait pas eu de difficulté, puisqu'il était reçu, probablement sur l'autorité de Papinien, que l'acte du tuteur devait profiter au pupille. — Ce qui nous confirme dans cette interprétation, c'est que nous trouvons un autre texte, qui, en matière de donation, admet la validité de la prise de possession par l'esclave de l'*infans*. Ce texte est la constitution 26, C., *de Donat.*, qui émane de Constantin. Il s'agissait de savoir comment une donation pourrait être faite à un émancipé, *priusquam fari possit*. L'empereur décide qu'il faudra d'abord dresser acte de la donation. Il faut se rappeler que Constantin avait prescrit la rédaction d'un *instrumentum* pour la régularité de la donation. Quant au transport de la propriété, on se ti-

rera d'affaire, nous dit la constitution, en livrant à un esclave du donataire, qui acquerra pour celui-ci, de sorte que l'*infans* n'aura aucun rôle à jouer, « *per servum transigi placuit.* » Quel est le service que l'esclave rend ici à son maître ? ce sera de lui procurer la propriété au moyen de la tradition qui lui sera faite. On ne peut songer à une mancipation ; la validité de l'intervention de l'esclave n'aurait pas été l'objet d'un doute ; on n'aurait pas dit : *per servum transigi placuit.* Mais, sous Constantin, si la mancipation n'était pas législativement abolie, du moins elle n'était plus pratiquée ; c'est au moyen de la tradition que, d'après les prescriptions de cet empereur, la donation devra être consommée. La constitution, qui a réglé les formes nouvelles des donations, constitution dont la teneur se retrouve dans les *fragmenta vaticana*, § 249, si elle laisse beaucoup à désirer en général sous le rapport de la clarté et de la concision, est très nette, du moins, quant à la condition de la tradition, qui doit être faite solennellement *advocata vicinitate*. Voilà évidemment le mode d'acquérir *per servum*, auquel fait allusion la constitution 26, contemporaine de celle qui avait réglé les formes des donations.

### § 3. — *Comment se perd la possession.*

La possession, pour être acquise, exigeant la réunion de deux éléments, le fait de la détention et l'intention des'approprier la chose elle doit cesser dès que l'une ou l'autre de ces conditions ne se rencontre plus. Elle peut donc se perdre indifféremment *animo solo*, ou *corpore solo*. Ainsi, bien que je continue à détenir, si j'ai abdiqué l'*animus domini* ; si, par exemple, je me suis rendu

vis-à-vis de mon acheteur locataire de ce que je lui ai vendu, ce qui est un cas de *constitut possessoire*, je n'ai plus véritablement la possession. Je ne suis désormais que l'instrument de la possession d'autrui, comme nous l'avons vu, au sujet de la loi 18 pr. (n° 1, § 2). En sens inverse, quand un meuble m'a été volé, ou que j'ai été expulsé de mon fonds, je cesse de posséder, quoique je conserve l'*animus domini*.

La règle que nous venons d'énoncer, et qui n'est qu'une conséquence naturelle de l'idée de la possession, semble, au premier abord, contrariée par la loi 8 (n° I), d'après laquelle on pourrait croire que la possession n'est perdue qu'autant que les deux éléments qui ont servi à la constituer font également défaut l'un et l'autre. Si ce texte devait être entendu de la sorte, le jurisconsulte Paul serait en opposition avec lui-même, puisqu'il admet ailleurs soit la perte *animo solo* (l. 3, § 6), soit la perte *corpore solo*, comme le prouve la loi 3, § 13 (n° II). Tout dépend de l'interprétation donnée au mot : *uterque*. Cette expression n'est-elle susceptible que d'un sens conjonctif; faut-il toujours la traduire par : *l'un et l'autre*, comme l'avaient fait les commentateurs, on ne peut arriver à sauver la contradiction qu'en restreignant la loi 8 à une hypothèse exceptionnelle. Telle était autrefois l'opinion commune, notamment celle de Cujas et de Pothier, qui appliquent la décision de Paul uniquement aux immeubles, pour lesquels l'éloignement du possesseur ne lui fait pas perdre, ainsi que nous le verrons, la possession, tant qu'il conserve l'*animus*. Aussi dit-on quelquefois que la possession se retient alors *solo animo*, c'est-à-dire indépendamment du *corpus*. Mais cette explication ne peut satisfaire, puis-

que ses partisans sont forcés d'admettre la perte de la possession *solo animo*, par conséquent à défaut d'une seule des deux conditions. D'un autre côté, la manière dont s'exprime le jurisconsulte prouve bien qu'il a voulu poser une règle générale, et qu'il n'a pas eu en vue un cas particulier.

La difficulté a été, croyons-nous, parfaitement résolue par M. de Savigny, qui a très bien démontré que le mot *uterque*, dans la langue des Romains, indiquait non-seulement un rapport commun à plusieurs sujets et existant simultanément, mais encore un rapport alternatif pouvant s'appliquer indistinctement à l'un ou à l'autre, sans qu'il dût se rencontrer chez tous à la fois. Parmi les preuves apportées figure précisément un fragment d'un autre ouvrage de Paul (1). Ce jurisconsulte a donc voulu dire que la possession se perd, soit qu'on ne puisse plus agir sur la chose (*corpus*), soit qu'on ait perdu l'intention de l'avoir pour soi (*animus*). Peu importe que ce soit l'une ou l'autre (*utrumque*) de ces circonstances qui, en fait, se soit produite.

Remarquons, avant de quitter la loi 8, qu'elle exige, pour la perte de la possession par l'un quelconque des événements indiqués, qu'il y ait eu quelque chose de contraire aux conditions voulues pour l'acquisition de la possession (*in contrarium actum*). Ce n'est pas précisément la persistance de ces conditions qui est néces-

(1) Paul s'exprime ainsi, dans la loi 10, § 13, de *Grad. et Adfin.* D. (38-10) : *Frater quoque per utrumque parentem accipitur id est aut per matrem tantum, aut per patrem, aut per utrumque, id est ex utroque parente eodem.* Il est évident que l'expression *uterque* est employée dans un double sens. Elle signifie d'abord l'un ou l'autre indifféremment, puis l'un et l'autre à la fois.

saire pour conserver la possession ; c'est le défaut de transition à un état opposé. Cette observation est surtout importante quant à l'*animus*. S'il devait se maintenir sans interruption, pour qu'il y eût durée de la possession, il faudrait dire qu'un simple oubli suffit pour faire perdre la possession ; qu'elle devient impossible quand le possesseur est atteint de folie, tandis que les Romains décidaient le contraire (1). L'*animus possidendi* s'est éclipsé ou s'est évanoui ; mais on ne trouve point l'*animus non possidendi*, il n'y a rien *in contrarium actum*. On peut conclure de là, suivant une observation faite souvent par les auteurs qui ont écrit sur cette matière, que les conditions de conservation de la possession sont moins rigoureuses que celles exigées pour l'acquisition.

Il y a quelque chose d'analogue quant au *corpus* ; seulement la tolérance accordée à cet égard est plus ou moins grande. Nous avons vu que, pour acquérir la possession, il fallait être à même d'agir immédiatement et à son gré sur la chose. Si, pour conserver la possession, on devait se maintenir constamment dans cette position, il en résulterait une gêne insupportable ; et la durée de la possession deviendrait presque impossible, particulièrement pour les immeubles ; aussi le droit romain a-t-il tenu compte de ces considérations d'utilité. Il est même allé peut-être, quant aux immeubles, si l'on admet l'opinion commune, au-delà de ce que réclamait la protection due raisonnablement au possesseur pour qu'il ne fût pas trop facilement dépouillé. Les règles admises à ce sujet varient, en effet, suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

(1) L. 27, de *Adq. Poss.* ; l. 31, § 4, de *Usurp.* D. (44-3).

Pour les premiers, la loi 3, § 13 (n° II), nous apprend dans quelles circonstances sera perdue la possession. Il faut se demander si la chose est encore *sub custodia nostra*, c'est-à-dire si, par nous-même ou par ceux qui nous représentent, nous exerçons une surveillance qui nous permette de nous saisir à notre gré de la chose « *id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.* » Cette *naturalis possessio*, c'est la détention de fait, qui suppose la présence de l'objet. Il n'est pas nécessaire que cette détention physique existe d'une manière continue ; il suffit qu'on puisse la réaliser dès qu'on le voudra. Les termes que nous avons transcrits ne nous paraissent que l'explication de la *custodia*, ou pour mieux dire, de ses conséquences. M. de Savigny, qui admet facilement des modifications au texte ordinaire, lit, sur la foi de certains manuscrits *idem*, au lieu de : *id est*. Suivant lui, le juriconsulte suppose deux moyens distincts de conservation de la possession : 1° la *custodia* ; 2° la possibilité d'appréhender à volonté, même si l'on n'a pas pris des précautions pour s'assurer cette faculté. La correction se justifierait par la dernière partie de la loi, où il est dit que, si le possesseur a recours à des mesures de conservation particulières ; si par exemple, il a placé la chose en un lieu secret, pour la mettre à l'abri d'un vol, s'il a enfin organisé un mode de *custodia*, il reste possesseur, bien que, ayant oublié l'endroit où l'objet est caché, il ait besoin de faire des recherches pour la retrouver ; doctrine, qui se rencontre, d'ailleurs, dans la loi 44, *Pr.* Nous croyons cette correction inutile. L'effet naturel de la *custodia* est de procurer la facilité de jouir de ce qui est gardé, et de garantir ainsi la possession, qui consiste dans la possibilité d'exercer à son gré son

empire sur un objet. Il peut bien arriver que le défaut de *custodia* ne soit pas nuisible, et qu'une chose n'échappe pas à son possesseur, malgré la négligence de celui-ci. Mais c'est là un hasard sur lequel il est prudent de ne pas compter; et pour avoir la certitude de posséder, il faut veiller, *custodire* (1). La *custodia* n'a-t-elle pas été exacte, un animal s'est-il enfui, un objet inanimé a-t-il disparu par suite d'une chute inaperçue, *de rheda currente* (§ 48, Instit., *de Div. Rer.*), de manière qu'il soit impossible de retrouver l'un ou l'autre, plus de possession, même avant que quelqu'un se soit emparé de l'animal ou de l'objet inanimé. On ne saurait dire, en effet, en pareil cas, qu'on a la chose à sa disposition, que l'on peut à son gré *naturalem possessionem nancisci*. Il est également vrai qu'il n'y a plus *custodia*. Sans doute le juriconsulte n'exige pas le pouvoir immédiat de se saisir de la chose à chaque instant. Autrement, comme le fait observer Papinien, l. 44, *Pr.*, on ne posséderait que ce que l'on a sous les yeux. Il faut se contenter de l'espoir fondé de réaliser prochainement l'appréhension. Un oubli passager, *infirmitas memoriæ* (l. 44 *Pr.*) ne détruit donc pas la possession, parce que les précautions prises garantissent l'utilité de la recherche. Mais, au fond, c'est toujours la possibilité, du moins vraisemblable, de faire acte de maître qui est la condition de la possession. Le juriconsulte ne songe qu'à une difficulté

(1) La règle posée par Paul, l. 3, § 13, est tirée des ouvrages de Nerva. Or nous savons par une autre source, par un fragment de Papinien (l. 47, *de Poss.*), qui invoque textuellement l'opinion de Nerva, que ce juriconsulte liait ensemble, quant aux meubles, l'idée de *custodia* et celle de durée de la possession : *Reru n mobilium neglecta atque omissa custodia, quam is eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit.*

transitoire. Il est certain, en effet, que si, malgré tous ses efforts, on ne pouvait réussir à faire reparaître l'objet trop bien caché, ce serait une illusion que de s'imaginer que l'on possède. On doit donc toujours en revenir à cette question : est-il possible d'appréhender la chose à son gré? Seulement cette faculté doit s'entendre avec une certaine latitude.

Notre texte mentionne toutefois une exception en ce qui concerne les esclaves (*excepto homine*). Les Romains ne voulaient pas qu'un esclave, en prenant la fuite, pût priver le maître de sa possession (*ne ipse nos privet possessione*, l. 13, *Pr.*), de même qu'en volant son maître il ne lui enlevait pas la possession de l'objet volé (l. 15). Ce que l'esclave détient est censé détenu par le maître; dès lors, tant qu'il n'est possédé par personne, ou qu'il ne se prétend pas libre, comme il a la possession de lui-même, celle-ci continue pour le maître. Quelques jurisconsultes, les Proculétiens, paraît-il, limitaient l'effet de cette possession au point de vue de l'usucapion, qui n'en restait pas moins possible. Les Sabinien allaient jusqu'à admettre que le *dominus* pouvait acquérir la possession par un esclave fugitif (l. 1, § 14).

Bien que la possession d'un meuble soit représentée comme perdue, dès qu'il n'y a plus faculté d'agir à son gré sur la chose, qu'ainsi un vol ou une perte amènent immédiatement cette position, et semblent dès lors dépouiller de la possession, cependant il était encore possible de ressaisir la chose, en invoquant simplement la possession, grâce aux règles particulières de l'interdit possessoire relatif aux meubles, c'est-à-dire de l'interdit *Utrubi*. Il est vrai que cet interdit est qualifié *retinendæ possessionis causa*; d'où il semblerait résulter que celui

qui ne possède plus ne saurait y recourir avec succès ; mais il n'en était pas ainsi, au temps des jurisconsultes, comme nous l'apprennent Gaius, 4, § 150, et Paul, Sent., liv. 5, tit. 6, § 1, et comme le reconnaît Justinien, Institut., § 4, de *Interd.* Nous savons que le triomphe était assuré, dans l'interdit *Utrubi*, à celle des deux parties qui avait possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année écoulée avant le débat (1) ; et encore ne devait-on pas tenir compte d'une possession qui aurait été entachée de l'un des trois vices relatifs désignés par ces expressions : *vi, vel clam, vel precario*. En réalité, on ne considérait pas comme dépossédé celui qui pouvait recouvrer la possession, de même qu'en sens inverse des textes nous disent (l. 23) que celui-là ne doit pas être regardé comme possesseur, auquel la possession peut être ravie. Il y avait dans cette théorie un point de vue raisonnable, qui ne faisait pas dépendre la possession du simple fait actuel, et qui l'érigait en un droit subsistant par lui-même, indépendamment du *corpus*. Malheureusement cette disposition protectrice de la possession des meubles n'existe plus sous Justinien, ainsi que l'attes-

(1) Pour arriver, dans l'interdit *Utrubi*, à une possession supérieure en durée à celle de son adversaire, on pouvait se prévaloir de la possession de son auteur. Il y avait lieu, en pareil cas, à une *accessio possessionis*. Gai. 4, § 151. C'est d'une application de cette *accessio* qu'il faut entendre les derniers mots de la loi 16, de *Usurp.* (n° III, § 1<sup>er</sup>). Le créancier gagiste, auquel reviennent les avantages de la possession, aura la faculté, en usant de l'interdit *Utrubi*, d'ajouter à sa propre possession celle du débiteur qui lui a livré le *pignus*. Javolenus songeait à l'exercice de cet interdit. Il n'est pas besoin de supposer, avec Cujas, que le créancier, défendeur à la revendication, cherchera à repousser cette action, en invoquant l'usucapion accomplie au profit du débiteur. — Au lieu de : *Addici*, le manuscrit de Florence porte : *Adici*, que Cujas transforme en *adjici*. On peut conserver la leçon ordinaire, qui signifie que la possession du débiteur devra être *attribuée* au créancier.

tent ses Institutes. Si cette innovation est due à cet empereur, ce dont on peut douter (1), puisqu'il ne s'en fait pas honneur, on ne saurait l'en louer. La possession des meubles est devenue désormais bien précaire, puisqu'un seul jour la fera perdre, et que la victoire appartiendra à celui qui est présentement nanti, quelque soit le peu de durée de sa possession ; il faudra donc recourir à la voie du pétitoire, malgré ses difficultés quant à la preuve (2).

La perte de la possession des immeubles sera, en général, régie par les mêmes principes que celles des meubles. Il suffira de l'absence de l'une des conditions requises pour l'acquisition, ou plutôt de la transformation de l'une de ces conditions en la condition contraire. Ainsi, dès qu'il y aura *animus non possidendi*, la possession cessera immédiatement, bien que celui qui y renonce, continue à se trouver physiquement en rapport avec l'immeuble. C'est ce que nous dit Paul, dans la loi 3 §, 6 : « *In amittenda quoque possessione, affectio*

(1) Les Institutes disent, en comparant les interdits *Uti Possidetis* et *Utrubi* : *Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam APUD VETERES habebat.*

(2) Sans doute il arrivera souvent qu'un *furtum* accompagnera la perte de la possession d'un meuble, ce qui ouvrira au volé une action pour laquelle le droit de propriété n'est pas exigé ; mais le voleur insolvable peut avoir transmis la chose à un tiers de bonne foi. D'ailleurs, si le vol atteint un possesseur de mauvaise foi, celui-ci n'aura pas l'action *furti* (l. 12, § 1, de *Furt.* D. (47, 2) ; tandis qu'autrefois la voie de l'interdit *Utrubi* lui aurait été ouverte. Il n'y aura plus de protection efficace pour le possesseur de mauvaise foi d'un meuble qu'autant qu'il aura été victime d'une violence, d'après la constitution 7 C. *Unde vi*, rapportée par Justinien au § 4<sup>or</sup> *Instit. de Bon. vi rapt.* En revanche, la protection est ici exagérée, puisqu'elle fournit au possesseur de mauvaise foi un moyen légal d'arriver à la propriété.

*ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere; protinus amittes possessionem. Igitur amitti et solo animo potest, quamvis adquiri non potest.* » C'est ainsi que nous avons vu précédemment, que le possesseur, en devenant locataire du fonds dont il voulait faire donation, en transférait la propriété. La possession se trouve acquise au donataire par l'intermédiaire de l'ex-possesseur, qui désormais, ne fait plus que détenir, et qui, dès lors, ne possède plus dans le vrai sens du mot.

D'un autre côté, malgré la conservation de l'*animus domini*, si l'ancien possesseur est mis dans l'impossibilité d'agir à son gré sur l'immeuble qu'il possédait, il en aura perdu la possession. C'est ce qui arrivera, si le possesseur est expulsé par violence (*vi dejectus*), quand même le *dejiciens* ne s'emparerait pas de l'immeuble (l. 4, § 22, *de Usurp.*); de même, si s'étant éloigné du fonds qu'il possédait, il le trouve occupé à son retour, et qu'il soit empêché par la force d'y rentrer (l. 1, § 24, *de Vi*); enfin, restât-il corporellement sur le fonds, s'il y était retenu malgré lui, soit enchaîné, soit obligé de travailler dans l'intérêt du nouvel occupant (l. 1, § 47, *de Vi*). Dans tous ces cas, même dans le dernier, où cependant l'ancien possesseur est présent sur le fonds, il ne le possède plus, parce qu'il lui est toujours impossible d'agir en maître, ce qui est la condition de la possession, au point de vue du *corpus*.

Néanmoins, si la possession d'un immeuble est perdue à la suite d'une *dejectio*, elle ne l'est pas irrévocablement. Le préteur vient au secours de l'expulsé, en lui permettant d'intenter contre le *dejiciens* l'interdit *Unde vi*, dans lequel il aura seulement à prouver qu'il avait

la possession, et que les violences exercées par son adversaire l'en ont dépouillé. Toutefois, pour profiter pleinement de cette ressource, il devra avoir soin d'agir *intra annum utilem*, l. 1, § 39, *de Vi*, D. (43-16). Après une année *utile* écoulée, il ne lui restera qu'une action *in factum*, dont le *dejiciens* ou ses héritiers ne seraient tenus que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis (*de eo quod ad eos pervenit*), L. 1, pr. et § 48, *de Vi*. L'ancien droit admettait encore une restriction importante à la légitimité de cet interdit. Il fallait que le plaignant n'eut pas lui-même précédemment usé de violence vis-à-vis de son adversaire, pour se procurer la possession qu'il avait à son tour perdue par suite de représailles. Aussi les juriconsultes décidaient-ils que celui qui avait été expulsé, pouvait *impunément*, par l'emploi d'une force supérieure, se réintégrer en possession du fonds dont il avait été chassé : « *Si modo is qui dejectus est, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideret rem vel fundum; quod si aut vi, aut clam, aut precario possideret, esset impune dejectus*, Gai., 4-154 (1). » *Qui vi aut clam, aut precario possidet, ab adversario impune dejicitur*, Paul. Sent., liv. 5, tit. 6, § 7 (2). Il n'y avait exception à cette règle qu'autant que l'expulsé avait repris la possession à main armée. « *Interdum tamen etiam ei quem vi dejecerim, quamvis a me vi, aut clam, aut precario possi-*

(1) Le texte du manuscrit de Gaius présente quelques lacunes ; mais elles sont trop peu importantes pour laisser du doute sur la proposition énoncée par le juriconsulte. Je suis la leçon donnée par M. Pellat dans son *Manuale juris synopticum*.

(2) Remarquons que la violence était aussi autorisée pour expulser un possesseur clandestin, ou pour vaincre la résistance du précariste.

*deret, cogor restituere possessionem, velut si armis cum vi dejecerim.* » Gai., 4-155. De là, l'ancienne distinction de l'interdit *de vi* simplement, ou suivant l'expression de Cicéron, *de vi quotidiana*, et de l'interdit *de vi armata*; distinction qui figure encore dans la rubrique du titre 16 au livre 43 des *Pandectes*. Mais, sous Justinien, on ne s'arrête plus à cette différence. Le *dejectus* peut toujours recourir à l'interdit *Unde vi*, bien qu'il ait joué antérieurement, par rapport à son adversaire, le rôle de *deiciens*; bien qu'il n'eût qu'une possession clandestine ou précaire. « *Cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui deiecit vi, vel clam, vel precario possideret.* Instit., liv. 4, tit. 15, § 6. M. de Savigny, qui a signalé, avec sa sagacité habituelle, diverses traces de la doctrine abrogée, dans les fragments insérés aux *Pandectes*, rattache, avec beaucoup de vraisemblance, ce changement au principe introduit par la constitution de Valentinien (l. 7, C. *Unde Vi*), d'après laquelle la *dejectio* faisant perdre à son auteur la propriété même, il était naturel de ne pas tenir compte d'un simple droit de possession. Tant pis pour le *spoliatus*, qui, au lieu de recourir aux voies légales, a préféré se faire justice à lui-même. On n'alla point cependant jusqu'à interdire à celui qui venait d'être expulsé par violence la faculté de s'efforcer de reprendre immédiatement la possession par le même moyen. S'il y réussissait, on ne voyait pas là, dit M. de Savigny, une double *dejectio*, mais un acte unique et indivisible, dans lequel le possesseur défendait sa position, qu'il était censé n'avoir jamais perdue. Justinien a consacré ce système, en donnant force législative à la décision de Julien, qui s'exprimait ainsi sur ce point : « *Qui posses-*

*sionem vi ereptam, vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est. L. 17, de Vi.*

Cette possibilité de reprendre par la voie de l'interdit *Unde vi*, la possession ravie par violence, fait dire à Ulpien, l. 17, Pr., que le *dejectus* doit être considéré comme possédant encore, à raison de la faculté qu'il a de recouvrer judiciairement la possession. Nous pensons qu'il faut adopter pleinement cette idée, et admettre que l'emploi de l'interdit *Uti possidetis*, bien qu'il soit qualifié *retinendæ possessionis causa*, est permis au *dejectus*. En effet, comme on ne tient pas compte dans cet interdit de la possession, qui n'est que le fruit d'une violence exercée contre son adversaire, le possesseur de fait ne pourra triompher, puisque sa possession est vicieuse (1). Il est vrai que quelques auteurs limitent cette proposition au cas où le possesseur actuel, qui s'est établi sur l'immeuble par violence, serait troublé par l'ex-possesseur, et voudrait user de l'interdit *Uti possidetis*, qui non seulement devrait alors rester infructueux pour lui, mais qui aboutirait au contraire à lui faire perdre son injuste possession. Nous repoussons cette restriction, qui nous semble contraire au caractère de *duplicité* appartenant à cet interdit. Cela signifie que les parties sont dans une position identique ; qu'il n'y a pas précisément un demandeur et un défendeur. Écoutons ce que nous dit Gaius à ce sujet, Comm. 4, § 160 : « *Duplicia sunt, velut uti possidetis interdictum et utrubi; ideo autem duplicia vo-*

(1) La formule de l'interdit *Uti possidetis* contient encore sous Justinien ces expressions : *Nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero*; tandis que la mention des *vitia possessionis* a disparu dans la rédaction de l'interdit *Unde vi*. Comparez la loi 1, pr. de *Vi*, et la loi 1. pr. *Uti Possid.*

*cantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam precipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe prætor pari sermone cum utroque loquitur.* Le juge doit régler la possession entre les deux contendants, de manière à assurer la libre jouissance de celui dont le droit est supérieur au droit de son adversaire. Cette issue du procès peut d'autant moins faire doute, que l'avantage de la possession ne restait pas nécessairement pendant l'instance à celui qui possédait en fait, *interdicti tempore*. Nous savons par Gaius, 4, § 166 et suivants, qu'il y avait lieu à une *fructus licitatio*, et que la possession intérimaire était attribuée au plus fort enchérisseur des deux. N'est-il pas évident que si le plaignant est resté adjudicataire, et qu'il prouve que son adversaire avait employé la violence pour l'expulser, il serait absurde de lui faire restituer la possession? On ne peut tirer contre notre opinion aucune objection de l'impossibilité admise de la possession simultanée de plusieurs personnes *in solidum*, si l'on songe que cette règle exprime seulement une impossibilité de fait, et que ce n'est que par une fiction juridique fort équitable que l'ancien *justus possessor* est regardé comme encore possesseur vis-à-vis de celui *qui ab eo injuste possidet*. C'est là enfin ce qui nous paraît résulter clairement de divers passages d'Ulpien, en dehors de la loi 17, Pr. h. t., notamment des lois 1, § 9 et 3, Pr. *Uti Possid.*, D. (43-17).

Il est cependant une observation qui se présente naturellement pour faire la critique de système que nous adoptons; elle consiste à dire que ce système rend inutile l'interdit *Unde vi*, puisque l'interdit *Uti possidetis* en aurait tenu lieu. Or, les jurisconsultes romains séparent

nettement ces deux voies, et paraissent en faire l'application à deux hypothèses bien distinctes, qu'ils opposent l'une à l'autre, au lieu de les confondre. C'est ainsi qu'Ulpien nous dit, dans la loi 1, § 4, *Uti Possid. D. (43-17)*, en parlant de l'interdit *Uti possidetis* : « *et consequenter proponitur post interdictum unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem; hoc tuetur ne amittatur possessio...* — Nous répondrons que l'interdit *Unde vi*, comparé à l'interdit *Uti possidetis*, présentait des avantages considérables, qui devaient le faire préférer toutes les fois qu'il y avait *dejectio*, de telle sorte que, dans la pratique, la ressource de l'interdit *Uti possidetis* n'était sans doute employée que par celui dont la possession avait été simplement *troublée*. Par suite, il était vrai de dire que chacun des deux interdits avait son domaine particulier.

Le parallèle suivant nous semble établir la proposition que nous venons d'énoncer.

En premier lieu, l'interdit *Uti possidetis* n'est utile qu'autant que l'adversaire est encore en possession. Il a pour but, en effet, de régler un état de possession contesté entre deux personnes, dont chacune prétend posséder; et la mission du juge est de rechercher *uter possidet*. On ne comprendrait pas d'ailleurs la mise aux enchères entre les plaideurs de la possession intérimaire, si l'immeuble était possédé par un tiers. Il en est autrement de l'interdit *Unde vi*, qui est donné contre le *dejectus*, quand bien même il aurait cessé de posséder à son tour. « *Ex interdicto unde vi, etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.* » L. 1, § 42, D. de Vi. Sans doute le nouvel occupant, de quelque manière qu'il soit entré en possession, n'est pas exposé à l'interdit

*Unde vi*, vis-à-vis de celui qu'il n'a pas expulsé, l. 7, de *Vi*; mais celui qui a usé de violence n'en reste pas moins tenu à réparer le délit qu'il a commis, ce délit ne lui eut-il laissé aucun bénéfice, « *si vi me dejeceris... quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es*, l. 15, de *Vi*. » — D'un autre côté, la portée des restitutions que le plaignant pouvait obtenir par la voie de l'interdit *Unde vi* était plus ample que s'il se fut contenté de l'interdit *Uti possidetis*. D'abord en ce qui concerne les fruits, le *dejectus* avait le droit de s'en faire tenir compte depuis le jour où il avait été expulsé, tandis que la règle générale dans les interdits, était de prendre pour point de départ à ce sujet le moment où l'interdit avait été rendu, « *ex die quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in cæteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur*, l. 1, § 40, de *Vi*. » — Pour la condamnation au principal, le juge, dans l'interdit *Uti possidetis*, n'avait à s'occuper que de la chose même dont la possession était en litige, « *in hoc interdicto, condemnationis summa refertur ad rei ipsius æstimationem*, l. 3, § 11, *Uti possid.* » Encore n'était-ce que la valeur de la possession qui devait être prise en considération, comme le fait observer Ulpien, en blâmant sur ce point l'opinion contraire de Servius (*ibid.*). Dans l'interdit *Unde vi*, il était de principe que le *dejectus* devait être replacé dans la même position que s'il n'y avait pas eu *dejectio*, l. 1, § 31, l. 6, de *Vi*. Tout le dommage qui s'en était suivi donnait lieu à une réparation, dont l'appréciation se faisait avec beaucoup de sévérité. Ainsi, bien que cet interdit ne s'appliquât qu'aux immeubles, la condamnation comprenait la valeur de tous les meubles que l'expulsé pou-

vait avoir sur le fonds lors de l'expulsion, *quæque ibi habuit*, l. 1, § 33, de *Vi*. Si quelques-uns de ces objets avaient péri depuis ce moment, même par cas fortuit, le *dejectus* était responsable de cette perte, l. 2, § 34, (*ibid.*). On le traitait comme un voleur, considéré toujours *in mora*, « *sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur.* » On conçoit que quand le débat roulait uniquement sur le point de savoir qui possédait, toutes ces questions d'indemnité fussent écartées, tandis qu'elles étaient une suite naturelle du délit imputé au défendeur, délit qui était l'objet principal de l'instance dans l'interdit *Unde vi*. Aussi ne trouvons-nous, dans le titre *Uti Possidetis*, aucune mention des dommages et intérêts accessoires, qui occupent tant de place dans le titre de *Vi* (1). — Enfin, la procédure de l'interdit *Unde vi* était

(1) Parmi les causes de dommages et intérêts à apprécier dans l'interdit *Unde vi* devait se rencontrer l'interruption de l'usucapion, conséquence de la *dejectio*, suivant la loi, § de *Usurp.*, D. (41-13). Malgré sa réintégration, le possesseur de bonne foi, qui avait été *dejectus*, ne pouvait profiter du temps de possession antérieur. Il fallait recommencer à nouveau l'usucapion; et elle n'était même plus possible si la mauvaise foi était survenue avant la reprise de la possession, comme le décide formellement la loi 7, § 4, *pro Empt.* D. (41-4). Sous ce point de vue, le droit romain était plus sévère que notre droit actuel, qui considère la possession comme non interrompue tant qu'elle peut être recouvrée par la voie du possessoire (art. 2243 C. N.). Ne pourrait-on soutenir qu'à cet égard il y avait intérêt pour le *dejectus* à user de l'interdit *Uti possidetis*, qui était envisagé comme *retinenda possessionis*, et par lequel on prétendait avoir continué légalement (*juste*) à posséder? En matière de meubles, l'interdit *Utrubi*, quand il réussissait, devait faire regarder le vainqueur comme ayant toujours possédé, bien qu'en fait il eût perdu pendant quelque temps la possession. Du reste, la décision de l'art. 2243 C. N. se trouve en germe dans la loi 17 pr., suivant laquelle celui qui peut, par l'interdit *Unde vi*, recouvrer la possession, doit être censé posséder, *perinde haberi debet ac si possideret*. Pour être conséquent, Ulpien aurait dû écarter, dans cette hypothèse, l'interruption de l'usucapion. Mais cette opinion, qu'on ne peut tirer que par induction de la loi 17, se trou-

moins périlleuse et compliquée que celle de l'interdit *Uti possidetis*. On pouvait, en effet, dans les interdits restitutoires ou exhibitoires, échapper, comme nous l'apprend Gaius, 4, §§ 162 et 163, en demandant une formule arbitraire, aux *sponsiones pœnales*, inévitables dans les interdits prohibitifs. On arrivait alors directement et immédiatement à obtenir la restitution de l'immeuble ou une condamnation, tandis que, dans l'interdit *Uti possidetis*, il fallait d'abord faire statuer sur le mérite des *sponsiones* et des *restipulationes* réciproques ; puis engager, pour recouvrer la possession, une instance particulière, dite *judicium Cascellianum* ou *secutorium* (Gaius, 4, § 166). Rappelons-nous aussi la mise aux enchères de la possession, dont nous avons parlé, et qui exposait à un nouveau danger l'adjudicataire, au cas où il succombait. En effet, la *summa licitationis* n'était pas considérée comme le prix de la jouissance intérimaire qu'on s'était fait attribuer. Elle devait être payée à titre de peine, pour avoir injustement privé pendant quelque temps son adversaire d'une possession qui lui appartenait. Gaï. 4, § 167.

Nous avons vu précédemment que la concession d'un *precarium* dépouille celui qui l'a consenti de la possession, pour la transférer au *rogans*. Désormais les interdits possessoires appartiendront exclusivement à ce dernier, qui a la *corporis possessio*. Ce n'est qu'à la suite de la révocation du *precarium*, après avoir repris la pos-

vant contrariée par les textes formels d'autres jurisconsultes que nous avons cités, il faut dire que le recours à l'interdit *recuperandæ possessionis* entraînait l'aveu de l'interruption de la possession, tandis que l'emploi de l'interdit *Uti possidetis* aurait évité cet inconvénient.

session, que le concédant pourra se prévaloir de la possession du précariste, comme le dit la loi 13, § 7 ; et si la loi 15, § 4, de *Precar.*, admet à la fois la possession au profit du *rogans* et du *rogatus*, ce texte doit s'entendre, quant au *rogatus*, de la possession *ad usucapionem* que n'a pas acquise le précariste (1). Cette explication nous a paru préférable à celle qui voit dans la loi 15 une trace de la divergence d'opinion qui s'était élevée entre les jurisconsultes, dont quelques-uns ne repoussaient pas, dans certaines hypothèses, notamment dans la nôtre, l'existence simultanée de deux possesseurs *in solidum*. La controverse nous est attestée par la loi 3, § 5, qui nous apprend en même temps, que ce dernier système a été condamné. Il allait trop loin, en effet, en accordant au *rogatus* la possession d'une manière *absolue* ; d'où il aurait fallu conclure que, si le *rogans* était troublé dans sa jouissance, ou expulsé par violence, le *rogatus* aurait pu recourir aux interdits possessoires, même *manente precario*. Or, cela ne pouvait être, puisque ces moyens d'agir appartenaient naturellement au précariste, qui seul pouvait se dire inquiété ou expulsé. Il n'y avait pas inexactitude, toutefois, à reconnaître la possession chez le *rogatus*, mais uniquement dans ses rapports avec le précariste, qui possédant *juste* à l'égard de tous, n'avait qu'une possession *vitiata* vis-à-vis du concédant. C'est seulement à ce point de vue *relatif* qu'on pouvait parler d'une possession conservée par le *rogatus* ; et, dans ce sens restreint, le droit de ce dernier a été effectivement admis, ainsi que le prouvent les lois 1, § 9, et 3, *Uti Possid.*

(1) Voy. p. 47, note.

Comme conséquence de cette idée, il faudra décider que le concédant, qui veut révoquer son bienfait, pourra user contre son concessionnaire de l'interdit *Uti possidetis*, dans lequel il triomphera, son adversaire n'étant pas autorisé à se prévaloir envers lui d'une possession *injusta* à son égard (1). Il aurait même pu anciennement recourir impunément à la force, pour se remettre en possession; ce dont il devra se garder dans le dernier état du droit, puisqu'il encourrait par ce fait la perte de sa propriété (2).

Cependant, indépendamment de la faculté d'employer les interdits *retinendæ possessionis*, que nous croyons devoir admettre, nous trouvons en droit romain un interdit particulier, imaginé au profit du concédant, l'interdit *de Precario*, qui avait pour but de faire recouvrer la possession abandonnée par suite d'un *precarium*, de même que l'interdit *Unde vi* s'appliquait à la réintégration de la possession perdue par violence. Si on demande quelle était l'utilité de cet interdit, nous dirons, en reproduisant une observation précédente, que les interdits *retinendæ possessionis* supposent l'adversaire en possession. Cette circonstance, au contraire, n'était pas nécessaire pour fonder l'interdit *de Precario*. Il est vrai que le précariste n'était responsable que de son dol ou de sa faute lourde. Mais s'il a disposé de la chose dont il était comptable, et s'est mis ainsi frauduleusement dans l'impossibilité de la restituer, ou s'il l'a perdue par une négligence grossière, il n'échappera pas à l'interdit créé pour le

(1) Il y a même raison pour dire que l'interdit *Utrubi* était ouvert au concédant, quand le *precarium* portait sur un meuble. Ici encore, la possession *precaria ab adversario* n'était pas prise en considération.

(2) Voy. p. 72.

contraindre à l'exécution de ses obligations, tandis qu'en pareil cas, l'exercice d'un interdit *retinendæ possessionis* serait un non sens. — D'un autre côté, l'interdit *de precario* était perpétuel, l. 8, § 7, *de Precar.*, et fournissait une ressource au concédant, quelque fut le laps de temps écoulé depuis qu'il avait renoncé à la possession. Il y aurait eu sans doute difficulté à donner, après plus d'une année de non jouissance de la part du *rogatus*, l'interdit *Uti possidetis*, qui n'était accordé que *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit*, l. 1, pr. *Uti Possid.* Cette *potestas* avait toujours existé, en effet, chez le concédant, qui était libre de révoquer dès le lendemain. — Au surplus on finit par autoriser le concédant à intenter l'action *prescriptis verbis*, ce qui était une autre manière de trancher la difficulté. Mais il est bien présumable que ce n'est que tardivement que la voie de cette action lui fut ouverte, et que pendant longtemps le concédant n'eût d'autre moyen à sa disposition que l'interdit *de precario*.

Quand la possession d'un immeuble avait été enlevée au moyen de la violence, ou abdiquée par suite d'un *precarium*, nous avons rencontré, pour chacune de ces hypothèses, un interdit particulier accordé à l'ex-possesseur, afin de lui faire recouvrer l'avantage qu'il avait perdu, *recuperandæ possessionis causa*. Mais les deux causes de *possessio injusta*, auxquelles ont pour but de remédier les interdicts *unde vi* et *de precario*, ne sont pas les seules ; à côté de ces deux vices de la possession s'en trouve ordinairement indiqué un troisième, la clandestinité (*nec vi, nec clam, nec precario*), qui a le même caractère relatif, « *ab adversario possides.* » Il semble donc

que, pour établir une harmonie complète, le droit romain a du pourvoir d'un interdit spécial celui qui aurait été dépouillé clandestinement de la possession, à l'instar de celui qui avait été victime de violence, ou qui rencontrait une résistance chez le précariste.

Cependant il n'y a dans le *corpus juris* qu'un seul témoignage en faveur de l'existence d'un interdit de *Clandestina possessione*; et encore cet interdit ne se trouve-t-il mentionné que d'une manière incidente, à propos de la détermination des personnes qui ont le droit de provoquer un partage. Ulpien, dans la loi 7, § 3, *Comm. Divid. D. (10-3)*, en rapportant une opinion de Julien, nous dit que le possesseur qui prétend exercer l'action *communi dividundo*, peut être écarté, quand le défendeur soutient que son adversaire n'a qu'une possession infectée de violence, de précarité ou de clandestinité, parce que dans ces cas la possession du demandeur est vicieuse, et peut être attaquée par la voie d'un interdit restitutoire. «*Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.*» Nulle part ailleurs il n'est question de ce moyen; et tandis que les interdits *Unde vi* et de *Precario* forment chacun l'objet d'un titre spécial, l'interdit de *Clandestina possessione* est complètement passé sous silence, dans le livre des *Pandectes* consacré à la matière. Ce n'est que dans la bouche du défendeur que se rencontre l'allégation d'une possession clandestine imputée au demandeur. Jamais on ne suppose qu'il y ait lieu d'agir pour réclamer la restitution d'une possession acquise clandestinement, comme on admet la faculté de se faire restituer une possession perdue *vi* ou *precario*. On doit conclure de là

que, si l'interdit de *Clandestina possessione* a existé d'abord dans la législation romaine, il aura été supprimé, parce qu'on l'a considéré comme inutile. C'est la thèse qui a été solidement établie par M. de Savigny, au système duquel nous adhérons en principe, sauf les réserves que nous faisons, pour déterminer la portée de la doctrine qui a fini par prévaloir chez les jurisconsultes.

La clandestinité, de même que la *vis* et le *precarium*, n'était envisagée que d'une façon relative. Ulpien, l. 6, pr., définit ainsi la *clandestina possessio* : « *CLAM POSSIDERE eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret, timebat.* Un peu plus loin, il ajoute : « *Itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur, possessionem qui futuram controversiam metuens, ignorante eo quem metuit furtive possessionem ingreditur.* Cette manière subreptice de se procurer la possession pouvait s'appliquer à un immeuble, lorsque quelqu'un, épiant l'éloignement du possesseur, choisissait l'instant où celui-ci s'était absenté, pour s'emparer de l'immeuble momentanément abandonné. Tel est le cas prévu par la loi 6, § 1 (n° V). Le possesseur a quitté son fonds ou sa maison pour aller au marché (*ad mundinas*), et il n'a laissé personne chargé de veiller à la possession jusqu'à son retour. Dans l'intervalle, survient un tiers, qui profite de cet état de choses qu'il attendait, pour réaliser son entreprise ; mais qui, craignant une résistance, s'est abstenu de manifester aucune prétention, tant que le possesseur était sur les lieux. Labéon décidait qu'il y avait possession acquise de la part de cet usurpateur, mais en même temps qu'elle était clandestine, « *videri eum clam possidere Labeo scribit.* » Nous nous occuperons plus loin

de la fin de ce texte, où Ulpien exprime sa propre opinion. Mais, quant à présent, nous pouvons dire qu'au siècle d'Auguste, on reconnaissait comme possesseur celui qui s'était emparé d'une chose clandestinement. Sans doute, il n'aurait pu réussir à maintenir sa possession par l'interdit *Uti possidetis* ; mais en outre il était exposé à un interdit restitatoire de *Clandestina possessione*, que Labéon admettait certainement, comme le faisait encore bien plus tard, au II<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne, le jurisconsulte Julien.

Cependant, avec le temps, il se forma une nouvelle opinion destinée à protéger les intérêts garantis autrefois par l'interdit de *Clandestina possessione*. Le point de départ fut cette idée fort juste, déjà indiquée plus haut, que la conservation de la possession n'exige pas un pouvoir immédiat et incessant sur la chose, et qu'il suffit d'être en position de réaliser à son gré, d'une manière prochaine et sans obstacle, des actes de maître. Ce tempérament était surtout utile à l'égard des immeubles, pour lesquels la jouissance ne se répète pas toujours avec continuité, mais parfois au contraire à d'assez longs intervalles, de telle sorte que la présence permanente du possesseur ou de ses représentants eût été fort gênante, si on l'avait jugée nécessaire pour ne pas perdre la possession *corpore*. Il n'y avait rien que de très-raisonnable, par conséquent, à admettre que l'éloignement du possesseur ne le privait pas de la possession, puisqu'il n'avait pour résultat que de rendre moins immédiate la possibilité d'agir sur la chose, sans l'empêcher de subsister. Seulement, pour que cette possibilité se maintint en réalité au profit de celui qui n'est pas présent, il faut supposer que, durant son absence, la pos-

session est restée *vacua*, et que nul n'est venu occuper les lieux pour son propre compte. Dès ce moment, en effet, il ne sera plus permis à l'ancien possesseur de renouveler, quand il le voudra, la détention de la chose, à moins qu'il ne surmonte la résistance de l'usurpateur. Or, c'est précisément cette condition négative de la survenance d'un tiers qui fut écartée, par faveur pour la conservation de la possession des immeubles.

Des exemples d'occupation, facilitée par l'éloignement du possesseur, durent d'abord se présenter pour les immeubles dont l'exploitation n'est possible que pendant une partie de l'année, qui, dès lors, restent abandonnés d'une manière prolongée, tels que sont les pâturages d'hiver ou d'été, *saltus hiberni æstivique*. Quand, au retour de la saison favorable à l'exercice du droit de propriété, un nouveau venu se trouvait établi en possession, on commença par dire que cette possession acquise à l'insu de l'ancien possesseur, et pendant son absence, était clandestine, et qu'elle pouvait être attaquée par l'interdit *de Clandestina possessione*. Plus tard on fit un pas de plus ; on alla jusqu'à déclarer la condition du *corpus* inutile, et à se contenter de l'*animus* pour la conservation de la possession, nonobstant la présence d'un tiers, qui en fait mettait obstacle à la jouissance. Il ne paraissait pas juste que le possesseur fût dépouillé sans le savoir de la position qui lui appartenait, pour des immeubles dont il avait dû rester quelque temps éloigné ; et l'on décida en conséquence que sa possession continuerait, tant qu'il ne serait pas informé de l'occupation.

Cette proposition était admise au commencement du III<sup>e</sup> siècle, par Papinien, qui l'énonce dans la loi 46 (n<sup>o</sup> IV), en l'appliquant précisément aux *saltus*. Le jurisconsulte

fait ressortir cette idée que l'*animus* suffit en pareil cas ; que dès lors , cet *animus* se maintenant , tant qu'il y a ignorance du nouvel état de choses, l'ancienne possession subsiste aussi longtemps, ce qui exclut l'acquisition d'une possession nouvelle de la part de celui qui s'est emparé de l'immeuble. — Nous avons fait observer que la règle « *animo retinetur possessio* » s'introduisit sans doute à l'occasion des *saltus hiberni et æstivi*. Paul, dans la loi 3, § 14, semble encore limiter à ce genre d'immeubles la règle en question : *saltus hibernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus*. Mais déjà Ulpien, contemporain de Paul, donne plus de développement à la maxime, qu'il applique à tous les *prædia* sans distinction, bien qu'il s'exprime de façon à laisser voir que les *saltus* avaient motivé cette déviation aux principes « *quod vulgo dicitur, ÆSTIVORUM HIBERNORUMQUE SALTUUM NOS POSSESSIONES ANIMO RETINERE: id exempli causa didici Proculum dicere; nam, ex omnibus prædiis, ex quibus non hac mente recedimus, ut amisisse possessionem vellemus, idem est.* » L. 1, § 23, de Vi.

Les témoignages ne manquent pas, pour faire foi de la difficulté que rencontra l'exception dont nous nous occupons. Gaius, 4, § 154, l'énonce comme une doctrine qui tendait à s'établir « *plerique putant.* » Encore n'entendait-il parler que des *saltus hiberni æstivique*, si l'on doit adopter la restitution proposée sur ce point par Lachmann, et suivie par M. Pellat, dans son *manuale* (1).

(1) Il faudrait lire alors : « *Quin etiam plerique putant, animo quoque retineri possessionem, quod nostrorum verbi gratia æstivorum et hibernorum saltuum animo solo, quia voluerimus, ex quo discessimus, reverti, retinere possessionem videamur.* » — L'état du manuscrit est tel, du

Cette restriction disparaît dans les Institutes de Justinien, liv. 4, tit. 15, § 5, où la règle est présentée avec le caractère de généralité que lui attribuait Ulpien. Du temps de Pomponius, jurisconsulte qui se place entre Julien et Gaius, c'était un point controversé, comme le prouve la loi 25, § 2 (n° III). Pomponius part de ce point que le possesseur d'un immeuble n'en perd pas la possession, parce qu'il s'est éloigné, bien que la condition du *corpus* paraisse faire défaut. Mais ne faut-il pas du moins admettre que cette possession conservée *solo animo*, s'effacera en présence de l'occupation d'un tiers, dont la *corporalis possessio* devra l'emporter? Tel était, nous l'avons vu, l'avis de Labéon, qui reconnaissait qu'une possession nouvelle pouvait s'acquérir, grâce à l'éloignement de l'ancien possesseur, sauf qu'il accordait la ressource de l'interdit *de clandestina possessione*. Ou bien, au contraire, ajoute le jurisconsulte (qui fait observer que cette seconde opinion est généralement approuvée « *quod quasi magis probatur* »), ne doit-on pas dire que l'ancienne possession subsistera jusqu'à ce que le possesseur de retour ait été repoussé (1)? Dès lors il sera évident qu'il n'y a plus chez lui la condition du *corpus*. Enfin, continue Pomponius, ne doit-on pas regarder l'*animus* comme efficace pour conserver la possession, jusqu'à ce que l'ancien possesseur, instruit de

reste, qu'il est impossible de ne pas considérer comme problématique cette leçon, rejetée par d'autres éditeurs, qui ont fait à leur tour des essais de restitution au moins aussi douteux.

(1) La Vulgate porte : *Donec revertentes non aliquis repellat*. C'est-à-dire : Tant qu'on ne nous a pas repoussé à notre retour. Le manuscrit de Florence dit : *donec revertentes nos aliquis repellat*. Cette dernière leçon, adoptée par Cujas et Pothier, nous paraît préférable. Mais, dans tous les cas, la pensée de Pomponius n'est pas ambiguë.

l'usurpation, renonce à se ressaisir de la chose, parce qu'il craint une résistance qu'il n'ose pas provoquer? C'est le parti qu'il faut adopter, suivant lui : « *Et videtur utilius esse.* » La solution donnée par le jurisconsulte aux deux dernières questions qu'il s'est posées se fonde sur cette idée que l'usurpation d'un immeuble, accomplie contre quelqu'un en son absence, ne le prive point de la possession, tant que le fait est ignoré de lui. Elle doit lui être maintenue jusqu'à ce qu'il soit instruit de l'atteinte apportée à son droit. S'il essaie vainement de reprendre possession, il aura éprouvé une *dejectio* : il aura perdu la possession *corpore*. S'il s'abstient de faire une tentative pour se réintégrer, s'il n'ose pas inquiéter l'usurpateur, il aura abdiqué l'*animus possidendi*.

Nous savons qu'Ulpien ne partageait pas les hésitations de Pomponius, et qu'il donnait la plus grande extension à la règle, d'après laquelle, en ce qui concerne les immeubles, la possession se retient *solo animo*. Dès lors, nous ne devons pas nous étonner qu'après avoir, dans la loi 6, § 1 (n° V), rapporté l'opinion de Labéon, il la rectifie, en déclarant que la possession est demeurée à celui qui s'était absenté pour aller au marché. Puisque l'usurpation a été clandestine, puisque le nouvel occupant *clam possidet*, c'est un fait sans valeur, d'après le nouveau principe qui avait prévalu sur ce point. Ulpien peut donc dire de l'ancien possesseur, en présence d'une occupation clandestine : « *retinet ergo possessionem* (1).

(1) Pothier, dans ses Pandectes, h. t. no 7, essaie de concilier Labéon et Ulpien, en disant que Labéon, quand il attribue à l'usurpateur une possession clandestine, a en vue le cas où le *dominus*, instruit des faits avant son retour, s'abstiendrait par crainte de revenir. C'est là une supposition

L'usurpateur ne commencera à posséder que de l'instant où il aura repoussé le maître au retour de celui-ci : « *revertentem dominum non admiserit*. Mais sa possession, qui ne se sera constituée que par la violence, et non par la clandestinité, pourra être attaquée par la voie de l'interdit *Unde vi*. L'interdit de *Clandestina possessione* est donc inutile.

La disparition de l'interdit de *Clandestina possessione* s'explique facilement, par l'effet de la doctrine qui a considéré comme retenue *solo animo* la possession d'un immeuble, malgré l'occupation d'un tiers, tant que le fait reste ignoré du possesseur. En conservant la possession à l'ancien titulaire, il aurait été contradictoire de l'accorder aussi à l'usurpateur. C'eût été méconnaître la règle, qui ne permet pas que plusieurs personnes possèdent en même temps *in solidum*. Sans doute, on aurait pu, en traitant la nouvelle possession comme *justa* à l'égard des tiers, se contenter de la déclarer *injusta vis-à-vis* du précédent possesseur, ce qui eût été l'annuler par rapport à ce dernier, qui n'aurait pas eu à redouter l'exercice de l'interdit *Uti possidetis*, qui aurait même été autorisé à prendre l'initiative, au moyen de l'interdit de *Clandestina possessione* (1). Mais il est à croire que, dans la pratique, cette voie judiciaire pour se ressaisir de

toute gratuite, qui ne pouvait être dans la pensée de ce jurisconsulte. Puisqu'il admettait que la possession pouvait s'acquérir *clam*, il aurait été en contradiction avec lui-même, s'il eût exigé, pour la faire commencer, que l'intéressé eût été averti.

(1) Il y avait avantage à considérer l'absent comme ayant conservé la possession d'une manière absolue, plutôt que de l'autoriser à la *recouvrer*. On évitait ainsi l'inconvénient de l'interruption de l'usucapion, qu'avait à subir, comme nous l'avons vu plus haut, celui qui, ayant agi *ad recuperandum possessionem*, n'aurait pas échappé à l'*usurpatio*.

l'immeuble n'était guère usitée. Le mouvement le plus naturel, chez celui qui à son retour trouve son immeuble occupé, n'est pas de recourir de suite à l'autorité, mais bien d'essayer d'expulser immédiatement l'usurpateur, et de tenter de se rétablir par la force en possession de fait. S'il réussit dans cette entreprise, il n'aura jamais perdu la possession ; et il l'aura conservée, sans être obligé de faire un procès. Sa position, quant au possesseur, sera inexpugnable, quand même il aurait employé la violence. Nous avons vu, en effet, que celle-ci était permise, comme moyen de légitime défense, soit pour résister à une agression, soit pour en détruire sur le champ les conséquences. Or, suivant la doctrine qui a prévalu, l'ancien possesseur, qui expulse par la force le nouvel occupant, ne fait que maintenir une position acquise, dont il n'était pas déchu (1). S'il éprouve des obstacles, il peut s'efforcer de les vaincre, d'après la maxime de droit naturel : « *vim vi repellere licet.* » La tentative faite par le possesseur a-t-elle tourné à son désavantage, il peut se plaindre d'avoir été dépouillé par violence d'une possession qu'il avait conservée jusqu'au

(1) Les jurisconsultes étaient très-conséquents, parce qu'ils admettaient, comme nous l'avons vu, la faculté d'user de violence envers le possesseur clandestin. Mais, sous Justinien, l'interdit *Unde vi* pouvant être employé avec succès, même de la part du *dejectus*, qui *clam possidebat* (Instit., liv. 4, tit. 18, § 6), l'application de cette doctrine ne laisse pas que de présenter des difficultés. La dernière législation consacre à la fois ces deux principes : 1° Celui dont l'immeuble a été occupé clandestinement continue à posséder, et ne fait que maintenir sa position de droit, quand il se ressaisit en fait de la possession, malgré la résistance qu'il éprouve ; 2° Il n'est pas permis de recourir à la force pour expulser celui qui *clam possidet*. Il y a là deux règles contradictoires ; laquelle devra céder ? Ceux qui ont établi la dernière règle en haine de la violence ont-ils bien calculé la portée de l'innovation ?

moment du conflit dans lequel il a succombé. L'interdit *unde vi* lui est donc ouvert; et l'on conçoit que, les choses se passant ainsi ordinairement, l'interdit *de Clandestina possessione* ait dû paraître une superfétation. Les jurisconsultes semblent imposer au possesseur la nécessité de faire une démonstration pour conserver son droit. Si l'on s'abstient de rentrer dans son fonds, fût-ce par crainte, on est censé renoncer à la possession. Telle est la décision de Paul, dans la loi 7 : « *Et si nolit in fundum reverti quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur, et ita Neratius quoque scribit.* » Sous ce rapport, la voie de l'interdit *de Clandestina possessione* pouvait être désirable pour les gens timides, qu'effraie le danger d'une collision. Mais, à défaut de cette ressource qui paraît supprimée, l'interdit *Uti possidetis* sera précieux, si l'on admet, comme nous le pensons, que le non possesseur de fait doit y réussir, quand il est en présence d'une possession vicieuse.

Il nous reste à indiquer dans quelles limites doit être entendue raisonnablement la règle qui, en matière d'immeubles, maintient la possession *solo animo*, jusqu'au moment où le possesseur est informé de l'occupation, *quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret*, l. 46 (n° IV). Les auteurs, en général (1), sont portés à en tirer cette conséquence, qu'aucune possession *utile* ne pourra s'établir sur un immeuble, tant que le précédent possesseur n'aura pas été instruit de l'état des choses.

(1) M. de Savigny n'est pas tombé dans cette erreur. Il admet effectivement, au § 32, que, par suite de la négligence ou de l'absence du possesseur, la *possessio* devient *vacans*. Seulement il se borne à indiquer cette proposition, sans lui donner peut-être le développement qu'elle méritait.

Dès lors, on peut négliger impunément de veiller à la conservation de ses possessions immobilières ; on peut s'absenter aussi longtemps qu'on le voudra. Pourvu qu'on ne connaisse pas les entreprises qui auront été accomplies, grâce à cette négligence ou à cette absence, la perte de la possession ne sera pas à redouter. Il est difficile cependant de concilier cette doctrine avec l'institution bien connue de la rescision de l'usucapion, en faveur de ceux qui étaient absents *ex justa causa* ; ce qui suppose que, malgré l'absence d'un individu, qui a dû généralement lui laisser ignorer les usurpations commises sur ses biens, il a pu être dépouillé par une usucapion, pour laquelle évidemment la condition indispensable est celle d'une possession efficace de la part de l'acquéreur. L'opinion qui donne une portée absolue à la règle que nous avons exposée, tendrait à rendre habituellement inutile toute restitution au profit des absents, quant à l'usucapion des immeubles (1) ; et en outre elle aurait le grave inconvénient de jeter une grande incertitude sur

(1) Nous disons *habituellement*, parce qu'il est différents cas où il est impossible de prétendre que la perte de la possession d'un immeuble exige la connaissance acquise de la nouvelle occupation. Ainsi Papinien, dans la loi 44, § 2, enseigne que, pour les fonds détenus par des esclaves ou des colons, la possession est perdue quand un tiers s'en est emparé « *nobis quoque ignorantibus.* » De même Ulpien, dans la loi 1, § 22, de *Vi*, nous dit que si le représentant du possesseur a été *dejectus*, ce dernier doit être considéré comme *dejectus, etiamsi ignoret eos dejectos, per quos possidebat.* Enfin il faut se souvenir de la règle du droit romain, d'après laquelle la mort du *dominus* laissait vacante la possession des biens héréditaires. Si on nous objectait qu'une *res vi possessa* ne peut pas être usucapée, nous ferions observer que toute *dejectio* n'entraîne pas comme conséquence l'occupation de la part du *dejectiens*. Dans ce cas, après la *dejectio*, la possession reste *vacua*, et l'immeuble ne se trouve pas affecté d'un vice qui fasse obstacle à l'usucapion. C'est la remarque expresse de Paul, dans la loi 4, § 22, de *Usurp.*, D (44-3).

la propriété des immeubles, contrairement aux principes qui dirigeaient les Romains en cette matière, et qui leur faisaient dire qu'on ne devait pas laisser un trop long temps aux propriétaires : *ad inquirendas res suas*.

Le reproche d'inconséquence, qu'on pourrait être tenté d'adresser à la législation romaine, s'évanouit, si l'on fait attention aux circonstances de fait, dans lesquelles se plaçaient les jurisconsultes, pour déclarer la possession d'un immeuble conservée, nonobstant l'invasion déjà accomplie. Cette règle n'avait été introduite que pour protéger le possesseur vigilant, qui n'a abandonné que momentanément son immeuble. On voulait le dispenser de l'incommodité d'une présence permanente. Tous les textes des Pandectes ont uniquement en vue le cas où le possesseur s'est éloigné avec l'intention de revenir promptement. Labéon et Ulpien, dans la loi 6, § 1 (n° V), nous parlent d'un individu qui est parti pour aller au marché. Celsus, l. 18, § 3, suppose que le possesseur est sur une partie de son fonds, tandis qu'un tiers s'empare d'une autre partie; et il décide que la possession n'est pas acquise *illico* pour le nouveau venu, qui ne doit pas jouir longtemps de son usurpation, « *facile expulsurus finibus*. » Pomponius, dans la loi 25, § 2 (n° III), ne propose la nouvelle doctrine qu'en faveur d'un possesseur, qui s'est absenté, avec la pensée de revenir bientôt « *donec revertentes nos repellat*. » C'est avec la même restriction que la règle est exposée par Gaius, 4, § 154, dont le texte, il est vrai, est altéré, mais qu'il est facile de rétablir par les Institutes de Justinien, où nous lisons, liv. 4, tit. 15, § 5 : « *Si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus, inde discesserit*. » L'indul-

gence, dont on use envers le possesseur, se comprend, quand il est excusable de ne pas se trouver sur les lieux à l'instant même, pour repousser l'usurpation. Il fallait rendre la conservation de la possession compatible avec les nécessités de la vie sociale. Mais on ne doit pas oublier que la possession est surtout un état de fait, comme le disent souvent les Romains, et que, dès lors, il est impossible de l'attribuer à celui qui reste dans l'inertie, qui ne manifeste pas en fait sa prétention à la propriété. Sans doute, quelques intervalles de non jouissance ne suffiront pas pour faire considérer la possession comme abandonnée. La durée que pourra avoir l'inaction du possesseur, en demeurant inoffensive pour lui, devra varier, suivant la nature des immeubles. C'est ainsi que, pour les *saltus hiberni aestivique*, une saison entière écoulée sans acte de jouissance ne devra pas être interprétée comme une renonciation (1).

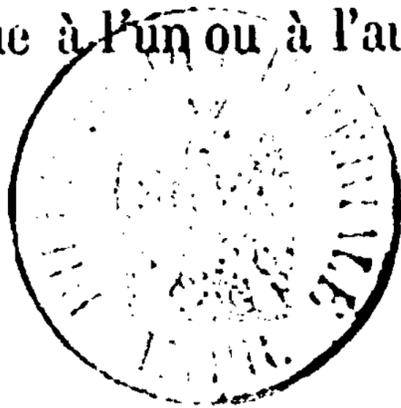
Quand, au contraire, un immeuble reste improductif entre les mains qui devraient le faire fructifier, quand le possesseur ne se soucie pas de mettre à profit sa position, il serait contraire à l'intérêt général de défendre à toute personne d'utiliser la chose ainsi négligée. La possession devient alors *vacua*; elle est abdiquée par l'incurie de celui qui y avait droit. Si cet abandon de l'immeuble tient à l'absence prolongée de l'intéressé, il ne lui sera permis d'écarter le préjudice résultant de la perte de la possession qu'autant que cette absence sera

(1) Notre droit français n'exige pas pour la dépossession la connaissance de l'occupation, mais en revanche, il autorise l'action possessoire, tant que l'adversaire n'a pas acquis la possession *annale*. Cette règle a l'avantage de préciser l'époque après laquelle il y aura perte de la possession, en cas d'occupation.

fondée sur une *justa causa*, ce que le magistrat aura à apprécier. Aussi voyons-nous que, quand la négligence du propriétaire laisse un fonds *vacant*, ou quand son éloignement continué (*longo tempore absuerit*) a amené un pareil état, il est permis aux tiers de s'emparer de la possession (l. 37, § 1 (n° VI), *de Usurp.*, D., 41-3). Au retour du propriétaire, ou de celui qui prétend l'être, la résistance à ses efforts pour se remettre en possession est légitime : « *Non videberis vi possedisse* » (l. 4, § 28 (n° VII), *de Usurp.*, D., 41-3). La possession, en effet, était *vacua* : elle n'était à personne ; donc elle a pu être occupée. Si on la considérait en ce cas comme retenue *solo animo*, on devrait déclarer que le fait de repousser l'ancien titulaire infecte de violence la possession actuelle, comme on le faisait quand quelqu'un avait profité de l'éloignement momentané du possesseur.

Cette théorie se confirme par l'examen de la loi 11, *Unde vi*, C. 8-4, qui, on doit l'avouer, est venue modifier la doctrine des juriconsultes, telle qu'elle nous paraît résulter des divers fragments des Pandectes. Justinien se demande (cette question avait embarrassé l'*Illyrica advocatio*) comment il faudra venir au secours des absents (*absentium*), qui ont laissé une *possessio vacua*, lorsque des tiers l'auront occupée de leur chef (*sine judiciali sententia*). Il convient que les anciennes lois ne fournissent aucune ressource, pour attaquer au possessoire cette usurpation exempte de vice, et qu'il ne restait à l'*absens* que la voie du pétitoire. Mais l'empereur s'indigne contre de pareils possesseurs, qu'il flétrit du titre de *prædones*, et il décide qu'ils seront tenus de restituer la possession, sans indiquer précisément le moyen qui devra être employé. Sans doute, il est dans la

pensée de Justinien d'autoriser l'absent à chercher à expulser l'usurpateur, en lui concédant, s'il ne réussit pas, la voie propre à faire recouvrer la possession des immeubles, c'est-à-dire l'interdit *Unde vi*. Il résulte donc de cette constitution que, malgré le laps de temps qui a pu s'écouler sans jouissance, tant que la prescription trentenaire n'est pas accomplie, le simple possesseur pourra se faire restituer la possession, que dès lors il n'a pas perdue en réalité. Seulement c'est là une innovation de Justinien, puisqu'il déclare lui-même que l'ancienne législation laissait le possesseur désarmé. Il est évident que l'empereur a fait une confusion entre la propriété et la possession qu'il traite également; mais il ne faut pas attendre des conseillers qui inspiraient Justinien, la pondération savante, avec laquelle les grands jurisconsultes réglaient le degré de protection due à l'un ou à l'autre de ces droits.



## DEUXIÈME PARTIE.

### TEXTES SUR LES HYPOTHÈQUES.

§ 1<sup>er</sup>. — *Qui peut hypothéquer.*

PAPINIANUS, lib. 11, *Responsorum.*

L. *Conventio generalis* in pignore dando bonorum vel postea quæditorum recepta est : in speciem autem alienæ rei collata conventionem, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita : postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio. L. 1, pr. *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

PAULUS, lib. 3, *Quæstionum.*

II. Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cœpisti : datur utilis actio pigneratitia creditori. Non (1) est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. L. 41, *de Pign. Act.* D. (13-7).

(1) La leçon du *corpus academicum*, que nous nous sommes attaché à reproduire, porte : *nam* au lieu de *non*. Nous nous écartons ici de notre texte ordinaire, parce que nous ne voyons là qu'une faute d'impression, la négation se rencontrant dans tous les manuscrits des Pandectes.

MODESTINUS, lib. 7. *Differentiarum.*

III. Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero: ex postfacto pignus directo quidem non conualeseit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. L. 22, *de Pign. et Hyp. D.* (20-1).

ULPIANUS, lib. 3, *Disputationum.*

IV. Si tibi *quæ habiturus sum* obligaverim, et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit*, mox dominium ejus adquisiero; putat Marcellus concurrere utrumque creditorem in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit; quippe cum res ex nummis pigneratis empta, non sit pignerata ob hoc solum quod pecunia pignerata erat. L. 7, § 1, *qui Pot. in Pign. D.* (20-4).

SCÆVOLA, lib. 27, *Digestorum.*

V. Titius Seia ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori *omnia bona sua, quæ habebat, quæque habiturus esset*: postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seia partem debiti, et reiquam summam, novatione facta, eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra, de pignore convenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit nihil proponi, cur non sit præferenda. L. 21, pr. *qui Pot. in Pign. D.* (20-4).

ULPIANUS, lib. 3, *Disputationum*.

VI. Si, qui mihi obligaverat, *quæ habet, habiturusque esset*, cum fisco contraxerit : sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiozem esse debere, Papinianum respondisse ; quod et constitutum est, prævenit enim causam pignoris fiscus. L. 28, *de Jur. Fisc.* D. (49-14).

AFRICANUS, lib. 8, *Questionum*.

VII. Titia prædium alienum Titio pignori dedit, post Mævio ; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit ; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat. Tunc, enim priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur ; in proposito autem maritus emptoris loco est ; atque ideo, quia neque tunc, cum Mævio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convalescere possit. Hæc tamen ita, si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit, id est, si ignoravit Mævio obligatum esse. L. 9, § 3, *qui Pot. in Pign.* D. (20-4).

PAULUS, lib. 19, *ad Edictum*.

VIII. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accipi : sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. L. 18, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

ULPIANUS, lib. 73, *ad Edictum*.

IX. Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pigneravit, teneat : Servianæ locus est ; et si

adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet : et ita Julianus ait, et habet rationem. L. 21, § 1, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

GAIUS, lib. singulari, *ad Formulam Hypothecariam.*

X. Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit : sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. L. 7, § 4, *Quib. Mod. Pign.* D. (20-6).

ULPIANUS, lib. 19, *ad Edictum.*

XI. Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo : sed jus pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit. Nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem æstimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait. L. 6, § 8, *Comm. Divid.* D. (10-3).

PAPINIANUS, lib. 11, *Responsorum.*

XII. Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, ex divisione quæsitæ partis partem dimidiam alter distraheret : pignus intelligi contractum existimavi : sed priorem secundo non esse potiorum ; quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare, L. 3, § 2, *qui Pot. in Pign.* D. (20-4).

§ 2. — *Indivisibilité de l'hypothèque.*ULPIANUS, lib. 21, *ad Edictum.*

I. Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur. L. 19, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

PAULUS, lib. 23, *ad Sabinum.*

II. Si pignori rei data defuncto sit, dicendum est in familiæ eriscundæ judicium venire. Sed is, cui adjudicabitur, in familiæ eriscundæ judicio pro parte coheredi erit damnandus : nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit : quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis æstimatio oblata sit, ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit : adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria ; nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed hujus rei ratio habebitur : quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset : et ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. L. 29, *Famil. Erisc.* D. (10-2).

PAPINIANUS, lib. 8, *Quæstionum.*

III. Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt. Cum alter pignus pro parte sua liberas-

set, rem creditor evicit. Quærebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, præstarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiæ eriscendæ judicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. L. 63, *de Evict.* D. (21-2).

MARCIANUS, lib. singulari, *ad Formulam Hypothecariam.*

IV. Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quæcumque fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petatur. L. 8, § 3, *Quib. Mod. Pign.* D. (20-6).

### § 3. Comment s'éteint l'hypothèque.

MARCIANUS, lib. singulari, *ad Formulam Hypothecariam.*

I. Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata: quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet. Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisfacderit et damnatus sit, æque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit, sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata. Nec per hoc videtur

satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem. L. 13, § 4, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

ULPIANUS, lib. 28, *ad Edictum.*

II. Solutum non videtur, si lis contestata cum debitor sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit. — Novata autem debiti obligatio pignus perimit : nisi convenit ut pignus repetatur. L. 11, pr. et § 1, *de Pign. Act.* D. (13-7).

PAULUS, lib. 24, *Quæstionum.*

III. Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis, et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contesta : neque enim deteriorem causam nostram facimas, actionem exercentes, sed meliorem ; ut solet dici in his actionibus, quæ tempore vel morte finiri possunt. L. 29, *de Novat.* D. (46-2).

GAIUS, lib. 9, *ad Edictum provinciale.*

IV. De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus ; cum quasi-Serviana, quæ et hypothecaria vocatur in his utilis sit, quia verum est convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam. L. 13, § 1, *ad Scetum Vell.* D. (16-1).

ULPIANUS. lib. 73, *ad Edictum.*

V. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. L. 14, § 1, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

PAULUS, lib. 22, *ad Edictum*.

VI. Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. — Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quæritur? Sed iniquum est, et domino, et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et, quod sit amplius, consequenturas sit ab eo; vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquilæ actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquilæ actio. L. 30, § 1, *ad Leg. Aquil.* D. (9-2).

AFRICANUS, lib. 7, *Quæstionum*.

VII. Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit. Quævis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit: at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit; rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. L. 38, § 5, *de Solut.* D. (46-3).

TRYPHONINUS, lib. 8, *Disputationum*.

VIII. Si deferente creditore juravit debitor, *se dare non oportere*, pignus liberatur; quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam et si a iudice,

quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. L. 13. *Quib. mod. Pign.* D. (20-6).

PAPINIANUS, lib. 11, *Responsorum.*

IX. Cum prædium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit; eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur. Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. L. 1, § 2, *de Pign. et Hyp.* D. (20-1).

ULPIANUS, lib. 8, *Disputationum.*

X. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. 6, Digestorum ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quanquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. L. 3, *Quib. Mod. Pign.* D. (20-6).

ULPIANUS, lib. 73, *ad Edictum.*

XI. Si debitor, cujus res pignori obligatæ erant, servum, quem emerat, redhibuerit: an desinat Servianæ locus esse? et magis est ne desinat: nisi ex voluntate creditoris hoc factum est. L. 4, pr., *Quib. Mod. Pign.* D. (20-6).

---

## EXPLICATION.

## IDÉES GÉNÉRALES.

L'hypothèque consiste à affecter une chose au paiement d'une créance, en ce sens que, si le créancier n'obtient pas satisfaction à l'échéance, il a le droit de vendre la chose hypothéquée, et d'employer jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, le prix provenant de la vente à l'acquittement de sa créance. Quelque importance qu'ait un pareil droit, la législation romaine, accusée souvent de *formalisme*, s'était montrée sur ce point d'une simplicité extrême, qui a son tour a été critiquée, et justement. La règle était que le pacte suffisait pour engendrer l'hypothèque, dont l'effet était de donner au créancier un droit opposable aux tiers, et garanti par une action réelle ; ce qui contrastait avec ce principe bien connu, d'après lequel la convention était impuissante pour consommer une aliénation.

Aussi ne fut-ce pas de prime-abord que les Romains arrivèrent, pour la constitution d'une sûreté réelle, à se contenter de l'accord des volontés. Dans l'origine, le débiteur devait se dépouiller de la propriété même, pour la transférer au créancier ; ce qui se faisait par l'emploi des modes ordinaires réglés par le droit civil, c'est-à-dire par une mancipation, ou une *in jure cessio*, suivant les cas. Seulement on ajoutait à l'acte d'aliénation un contrat particulier, connu sous le nom de *fiducia*, par lequel le créancier prenait l'engagement de rémancipier ou de rétrocéder la chose qu'il avait acquise, quand

le débiteur aurait payé sa dette. Il est à remarquer que c'était le débiteur qui se *faisait* au créancier : en aliénant, il avait renoncé au droit de revendiquer, et ce n'était que par la voie d'une action personnelle qu'il pouvait recourir contre le créancier infidèle à son engagement. Toutefois on facilitait au débiteur le retour à la propriété, au moyen d'une usucapion, dont les délais étaient abrégés, et dont les règles étaient peu sévères. Gaius, 2, § 59 et 60, nous a fait connaître cette usucapion qui prenait le nom d'*usureceptio*. Le procédé que nous venons d'indiquer était encore usité au temps de la Jurisprudence classique. Nous en retrouvons les traces dans les commentaires de Gaius, *loc. cit.*, et dans les sentences de Paul, liv. 2, tit. 13. L'expression *fiducia* était employée pour désigner une chose aliénée dans cette intention, parce que c'était sans doute l'application la plus fréquente du contrat de fiducia. Il n'est plus question de *fiducia* dans les textes des compilations de Justinien.

Le droit civil reconnut, de bonne heure sans doute, un autre mode d'engagement moins dangereux pour le débiteur. Ce dernier conservait la propriété de sa chose, dont il transférait seulement la possession au créancier. Il intervenait lors de la tradition un contrat entre les parties, qui faisait naître au profit du débiteur, indépendamment de la revendication qu'il retenait, une action personnelle pour obtenir la restitution de ce qu'il avait livré. Dans ce cas, il y avait *pignus*; le contrat qui l'accompagnait était le *contractus pigneratitius*, les actions qui en découlaient étaient l'action *pigneratitia*, directe et contraire. Une convention formelle aurait été d'abord nécessaire, pour autoriser à vendre, le créancier, qui sans cela n'aurait eu que le droit de rétention; Gaius,

2, § 64; plus tard, cette faculté fut considérée comme sous-entendue, L. 4, de *Pign. Act.* D. (13-7). Si le créancier perdait la possession, il n'avait pas d'action réelle contre les détenteurs; seulement il jouissait, comme nous l'avons vu précédemment, des interdits possessoires créés par le droit prétorien.

Le *Pignus* avait le grave inconvénient de priver jusqu'à l'échéance le débiteur de la possession de sa chose. Sans doute, dans la pratique, on y obviait souvent, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, p. 45 (note), en recourant à un *precarium*; mais c'était là une ressource bien incertaine, qui laissait le débiteur exposé aux caprices du créancier, qu'une pareille convention ne liait aucunement. D'un autre côté, si le débiteur avait livré à titre de *pignus*, un objet dont la valeur excédait le montant de sa dette, il avait épuisé tout le crédit que cet objet pouvait lui procurer, puisque tout autre *pignus* était impossible. Pour éviter ces inconvénients, le droit prétorien imagina de dispenser de la condition de la tradition, en reconnaissant les droits du créancier non mis en possession, dont la sécurité fut même notablement augmentée, puisqu'il avait l'avantage d'une action réelle, que le *pignus* était impuissant à fonder. Ce fut là l'hypothèque qui, en droit romain, est une création prétorienne.

Le premier pas dans cette voie fut fait par Servius, qui n'eut en vue qu'un cas particulier, celui d'une convention intervenue entre le bailleur d'un fonds rural et le *colonus*. On a fait observer avec raison qu'il y avait ici nécessité de ménager les intérêts du propriétaire, sans enlever au fermier la possession du seul gage qu'il pût offrir en général, gage consistant habituellement en objets qui

devaient servir à l'exploitation du fonds. Peut-être aussi la circonstance que les choses affectées étaient des *res illatae, in vectae in fundo* aida-t-elle à faire admettre cette innovation, puisqu'on pouvait voir là une espèce de possession pour le propriétaire. Quoi qu'il en soit, on ne s'en tint pas là; et les prêteurs subséquents, généralisant la dispense de tradition introduite par Servius en faveur d'une créance spéciale, décidèrent qu'il suffirait en tout cas d'une convention, pour autoriser au profit d'un créancier quelconque une action réelle, qui fut appelée quasi-Servienne, Servienne *utile*, ou hypothécaire. L'effet de cette convention était de produire non un engagement personnel, une obligation dans le sens ordinaire du mot, mais d'affecter directement la chose à laquelle on transportait l'idée d'obligation. Aussi l'expression usitée pour désigner l'affectation hypothécaire, était celle d'*obligatio rei*.

Bien qu'il y eût là, au fond, un véritable droit réel, l'hypothèque ne vint cependant pas grossir le nombre des *jura in re*, suivant l'habitude du prêteur de ne pas appliquer les termes de la législation civile aux institutions analogues qu'il créait. Quand le créancier agissait, il ne soutenait pas qu'il avait un *jus hypothecae*, comme l'usufruitier par exemple pouvait prétendre à un *jus utendi fruendi*. L'action hypothécaire était, quant à son *intentio*, l'une de celles que l'on qualifiait *in factum*. Le débat portait sur ce point : y a-t-il eu convention d'hypothèque? « *ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit* » dit la loi 23, de *Probat.* D. (22-3). Sans doute il ne suffisait pas d'établir le pur fait d'une pareille convention; il fallait en outre démontrer que la convention avait

été faite avec une personne ayant le droit de disposer de la chose hypothéquée. La loi 23 ajoute : « *sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem, eo tempore, quo convenit de pignore aut cujus voluntate hypotheca data sit* ». Mais cette preuve à faire n'était qu'une condition de la validité de la convention qui était invoquée ; et c'était le droit spécial résultant de cette convention qui était l'objet principal du procès. Du reste, sur ce point encore ce n'était pas un débat sur une question de droit civil qui s'engageait ; on n'exigeait pas que le débiteur eût le *dominium* de la chose hypothéquée ; pourvu qu'elle se trouvât, quant à lui, *in bonis*, la convention était efficace. L. 15, § 1, *de Pign. et Hyp.* D (20-1).

La condition du créancier gagiste proprement dit se trouva améliorée par suite de l'introduction de l'hypothèque ; on rencontrait en effet dans le *pignus* les éléments de l'hypothèque, c'est-à-dire la convention autorisant le créancier à vendre la chose à défaut de paiement. Il y avait en outre une garantie de plus, celle de la possession, qui facilitait au gagiste la vente éventuelle qui lui était permise. On conçoit dès lors que les moyens accordés au créancier hypothécaire durent être étendus au créancier gagiste qui, désormais, s'il avait perdu la possession, n'était plus borné à la ressource des interdits, et avait une action réelle à sa disposition. Aussi disait-on que « *inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest* », § 7, *Instit. de Act.* De là l'usage de se servir indifféremment des expressions *pignus* ou *hypotheca*, sans s'attacher au point de savoir s'il y avait eu ou non translation de la possession. Cependant ces deux choses se distinguaient,

quand on voulait parler rigoureusement, par cette différence que dans un cas il y avait une tradition qui manquait dans l'autre. « *Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam quæ sine traditione, nuda conventione tenetur proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus. § 7, Instit., ibid.* »

On voit que rien n'était plus simple que la constitution de l'hypothèque; le prêteur, en faisant décoller d'une simple convention un droit si dangereux pour le tiers, avait omis d'y attacher aucune condition de publicité. Celui qui recevait une hypothèque n'avait d'autre garantie que la bonne foi de son débiteur, pour s'assurer que son droit n'était pas illusoire à raison de l'existence d'hypothèques antérieures (1). Il y avait là un vice essentiel; mais les idées de crédit étaient alors dans l'enfance. On se contentait de punir sévèrement, sous le nom de stellionat, la dissimulation du débiteur; de frapper des peines du faux l'antidate en matière d'hypothèque. Ce n'est que bien tardivement que la législation chercha à remédier à ce désordre; une constitution de l'empereur Léon, en 449, la loi 11, *Qui Pot. C.* (8-18),

(1) Le droit du créancier hypothécaire, alors même qu'il n'existait pas d'hypothèque plus ancienne, était encore menacé par la possibilité de la survenance d'une hypothèque *privilegiée*, c'est-à-dire qui prenait le premier rang, malgré la postériorité de la créance. Telle était l'hypothèque concédée par Justinien à la femme pour garantir la restitution de la dot. Il ne faut pas confondre avec ces hypothèques privilégiées les *privilegia* dont nous parlent les juriconsultes, et qui n'expriment pour eux qu'une préférence relativement aux créanciers qui n'avaient qu'une action personnelle. C'est en ce dernier sens qu'on doit entendre le *privilegium dotis*, dont il est question aux Pandectes, « *privilegium quod inter personales actiones vertitur,* » l. 71, de *Jur. Dot.*, D. (23. 3).

décida que les écrits privés constitutifs d'hypothèques ne prévaudraient pas contre les actes publics, ou ceux qui seraient réputés tels, parce qu'ils porteraient la signature d'au moins trois témoins dignes de foi.

La constitution de l'hypothèque ne dérivait pas seulement de la convention des parties, elle pouvait avoir pour source un ordre du magistrat (*praetorium pignus*), la volonté du testateur (*testamentarium pignus*), enfin une disposition législative (*tacitum pignus*).

### § 1<sup>er</sup> — Qui peut hypothéquer.

Le droit romain exigeait, en principe, pour la validité de l'hypothèque, qu'elle eût été consentie par le propriétaire. On ne voyait sans doute aucune difficulté à autoriser la vente de la chose d'autrui. (l. 28 de *Cont. Empt.*, D(18-1). Il n'en résultait en effet qu'une obligation de faire avoir à l'acheteur l'objet vendu, obligation parfaitement licite, qui pouvait seulement être difficile à exécuter ; mais alors celui qui l'avait prise témérement était tenu à des dommages et intérêts. Le but de l'hypothèque étant au contraire de conférer un droit réel au créancier, *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (l. 18, de *Pign. et Hyp.*, D. (20-1), il était naturel de décider que la convention faite pour produire un pareil effet était impuissante, quand le débiteur, *non dominus* était dépourvu du droit de disposer de la chose qu'il avait voulu affecter. C'est ce qui se trouve exprimé dans plusieurs textes, notamment dans la loi 6, *si Alien. Res...*C. (8-16) « *cum Serviana actio declaret evidenter, jure pignoris, teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint ; et per alium rem alie-*

*nam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.* » Si la chose hypothéquée n'appartenait pas au débiteur, l'affectation n'était valable qu'autant qu'elle avait été autorisée à l'avance par le *dominus*, ou ratifiée par celui-ci (1); ou enfin que, par son silence frauduleux, il avait souffert qu'on induisît en erreur le créancier (2).

Nous laisserons de côté la condition de *capacité* exigée en outre pour la validité de l'opération de la part de celui qui hypothéquait ses propres biens. Il faut, en cette matière, appliquer généralement les règles relatives au pouvoir d'aliéner « *nexum non facit praediorum, nisi persona quae jure potuit obligare* (3). » Nous n'envisagerons que les conséquences du défaut de propriété de la part du débiteur qui hypothèque.

Quand l'hypothèque consentie par le non-propriétaire portait sur une chose que le débiteur avait l'espoir d'acquérir, par exemple, dont il était créancier, les Romains ne voyaient pas difficulté à valider la convention hypothécaire. C'est la réserve que fait Papinien dans la loi 1 pr. (n° 1). Cette décision s'allie parfaitement avec les règles qui, donnant la plus grande extension aux choses susceptibles d'hypothèque, permettaient de frapper même une créance de cette affectation. Dans ce cas, le créancier hypothécaire pouvait exercer une action *utile* contre le débiteur de son débiteur; et quand la dette avait pour objet un corps certain, il conservait à titre de *pignus* ce qu'il s'était fait payer. (4)

(1) L. 16, § 1, de *Pign. et Hypoth.*, D. (20-1).

(2) L. 2, *Si Alien. Res.*, C. (8-16).

(3) L. 8, *Si Alien. Res.*, C. (8-16).

(4) L. 18, pr., de *Pign. Act.*, D. (13-7).

On regardait également comme possible l'hypothèque de la chose d'autrui, lorsqu'il s'agissait d'un objet déterminé, que le débiteur se proposait d'acquérir, et qu'il affectait par anticipation, pour le cas où il deviendrait propriétaire. « *aliena res utiliter potest obligari sub conditione, SI DEBITORIS FACTA FUERIT* » l. 16, § 7, de *Pign. et Hyp.* Mais l'hypothèque n'était constituée que conditionnellement ; son existence était subordonnée à l'acquisition réalisée par le débiteur.

En dehors de ces hypothèses, la convention par laquelle un débiteur avait hypothéqué la chose d'autrui, pouvait-elle produire quelque effet, dans le cas où la propriété qui, dans l'origine, manquait au débiteur, lui serait advenue ? Papinien, qui traite cette question dans la loi 1, pr. de *Pign. et Hyp.* (n° I), semble ne se préoccuper que des intérêts de celui qui a traité de bonne foi. On devra lui accorder volontiers, dit-il, le droit de retenir la chose, s'il la possède ; la revendication du débiteur devra échouer contre l'exception de dol. Ce n'est qu'avec difficulté au contraire (*difficilius*) qu'il obtiendra une action hypothécaire ; celle-ci ne pourra être qu'*utile*. Il faudra en effet modifier la rédaction ordinaire de la formule, suivant laquelle le créancier est tenu de prouver que la chose appartenait au débiteur à l'époque de la convention, « *cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse*, l. 15, § 1, de *Pign. et Hyp.* »

Cette doctrine équitable de Papinien trouva de l'écho. Elle est reproduite, au point de vue de l'exception, par Ulpien, dans la loi 5, § 2, de *Sci<sup>o</sup> Maced.* D. (14-6) ; au point de vue de l'action, par Paul, dans la loi 41 de *Pign. Act.* (n° II), et par les empereurs Dioclétien et

Maximien, dans la loi 5, si Alien. Res. C. (8-16). Toutefois, ces différents textes se taisent sur la condition de bonne foi de la part du créancier, que semble exiger Papinien. Faut-il la sous-entendre, ou admettre que le relâchement de la doctrine est allé jusqu'à mettre sur la même ligne les créanciers de bonne ou de mauvaise foi? Les auteurs qui tiennent pour ce dernier parti, essaient même d'échapper à l'autorité de Papinien, en prétendant que ce jurisconsulte ne repoussait pas catégoriquement l'octroi d'une action au profit du créancier de mauvaise foi; qu'il se bornait à dire que ce n'était qu'avec peine (*difficilius*) qu'on devait lui accorder cette ressource. C'est là, suivant nous, une fausse interprétation de la loi 1 (n° 1). Papinien compare entr'elles deux positions possibles pour le créancier, selon qu'il possède ou qu'il ne possède pas. Dans le premier cas, où l'exception suffit, Papinien est très disposé à l'autoriser, « *facilius erit possidenti retentio;* » mais si la voie d'une action est nécessaire, le jurisconsulte hésite à la donner, même en faveur du créancier de bonne foi. On ne peut donc le soupçonner d'avoir eu la pensée d'étendre au créancier de mauvaise foi une dérogation aux principes qui régissaient la constitution des hypothèques, puisqu'il ne l'admettait que difficilement en faveur du créancier de bonne foi, et par égard pour cette bonne foi. Ce n'était qu'en s'appuyant sur des considérations d'équité que la jurisprudence romaine venait, par une action *utile*, au secours du créancier, « *æquitatem facere ut utilis persecutio detur,* » dit la loi 5, C. Or ces considérations ne sauraient être invoquées par le créancier de mauvaise foi. On peut enfin retrouver la distinction de Papinien

dans la loi 41, (n° II). Paul, en accordant l'action au créancier, suppose qu'il se trouve en présence d'un débiteur qui l'a trompé, et qu'il peut convaincre de mensonge, « *ut ex suo mendacio arguatur* » reproche qui ne se concevrait pas dans la bouche de celui qui aurait été édifié sur les droits de son débiteur.

Nous pensons donc que le système de Papinien a été adopté, avec la restriction fort raisonnable qu'il y apportait, et qui ne se trouve supprimée par aucune décision postérieure. Ainsi pas d'action au profit du créancier hypothécaire de mauvaise foi, même quand la propriété a été acquise par le débiteur. Nous serions toutefois disposé à écarter cette distinction entre la bonne et la mauvaise foi, quand le créancier possède, et n'a besoin que d'user du bénéfice de rétention. Le droit romain fournit bien des exemples où l'on accorde à titre d'exception ce qu'on ne pourrait pas obtenir par la voie d'une action. Le débiteur, qui a eu le tort d'hypothéquer ce qui n'était pas à lui, est mal venu à attaquer sa propre convention ; il ne doit pas être écouté, quand il veut détruire une position à laquelle il a consenti. Si le créancier n'est pas assez favorable pour mériter une action, il faut en dire autant du débiteur, qui est également en faute. Le texte de Papinien n'a rien qui résiste à cette manière de voir ; ce n'est que quand il s'agit d'accorder l'action qu'il pose comme condition expresse la bonne foi du créancier.

La question devient plus délicate lorsque celui qui a hypothéqué la chose d'autrui meurt, laissant pour héritier le propriétaire de la chose hypothéquée. Le jurisconsulte Paul, qui, comme nous l'avons vu, accorde (l.

41, N° II) l'action *utile*, dans le cas où la propriété est acquise par celui duquel émane la convention d'hypothèque, est très explicite, au contraire (*ibid*), pour soustraire à l'action hypothécaire l'héritier, dont la chose a été affectée à son insu de la part de son auteur. On pourrait croire que, dans les deux hypothèses, il y a même raison de décider, si l'on s'attache à cette idée que l'obstacle à la validité de l'hypothèque, le défaut de propriété, chez l'obligé, a disparu désormais, puisque la qualité de débiteur et celle de propriétaire se trouvent réunies sur la même tête. Paul repousse formellement ce raisonnement ; il ne trouve pas cette circonstance suffisante pour fonder l'action hypothécaire. Suivant lui, ce n'est pas par l'effet d'une confirmation après coup, au moyen d'une *convalescentia ex post facto* d'une opération nulle *ab initio*, qu'il faut autoriser l'action, dans le cas où celui qui a affecté est devenu propriétaire. Cette action ne repose que sur des motifs d'équité, parce qu'il serait malhonnête de la part de celui qui a hypothéqué d'argumenter de son mensonge, et d'invoquer son défaut de propriété à l'origine de l'affaire, quand il a affirmé le contraire. Sous ce point de vue, l'héritier de la personne qui a hypothéqué est à l'abri de tout reproche, et doit, par conséquent, échapper à l'action hypothécaire, attendu qu'aucune faute ne peut lui être imputée.

Cependant on trouve, dans les Pandectes, l. 22, de *Pign.* (n° III), une solution directement opposée à celle de Paul, donnée à la même question par le jurisconsulte Modestin. Les essais de conciliation n'ont pas manqué, pour mettre d'accord les deux jurisconsultes. Ces efforts, qui remontent aux Glossateurs, se sont continués jusqu'à nos jours, du moins en Allemagne, où le zèle pour

l'extirpation des autinomies ne s'est pas ralenti. Il semble qu'on ait pris à la lettre l'assertion de Justinien, suivant lequel il est impossible de trouver dans son œuvre « *contrarium aliquid positum.* » Seulement l'empereur exige, afin d'obtenir ce résultat, un *animus subtilis*, indispensable pour découvrir les voies mystérieuses propres à conduire à la vérité, « *occulte positum, quod dissonantice querelam dissolvit* (1). »

Les anciens auteurs, qui ont entrepris de laver sur ce point du reproche de contradiction les compilateurs des Pandectes, nous offrent le choix entre deux solutions. La plus spécieuse, qui, à la suite d'Accurse, a été adoptée par Doncau et Noodt, consiste à dire que Modestin, dans la loi 22, suppose un *pignus*, constitué par tradition, et entend parler de l'action *pigneratitia contraria*, que divers textes donnent en effet au créancier, dont le *pignus* porterait sur la chose d'autrui. Mais ce système est repoussé d'abord par la place que les rédacteurs ont donnée au fragment de Modestin. La qualification de *pigneratitia*, attribuée à l'action en question, ne prouve rien, parce qu'elle se rencontre souvent à l'occasion de l'action réelle hypothécaire. Ce qui est décisif dans l'espèce, c'est que le jurisconsulte ne concède qu'une action *utile*, tandis que s'il s'agissait de l'action personnelle *pigneratitia contraria*, elle devrait être donnée *directement* contre l'héritier, de même qu'elle l'eût été contre son auteur de son vivant, l'héritier devant subir toutes les obligations héréditaires. On ne voit pas enfin pourquoi Modestin ferait observer que le *pignus directo quidem non convalescit*, s'il n'avait en vue qu'une action personnelle ;

(1) Const. *Tanta*, § 15, de Confirm. Digest.

car les obligations découlant du contrat de gage se sont formées *ab initio* aussi pleinement que possible, nonobstant le défaut de propriété du débiteur qui a livré le *pignus*, ce qui, non-seulement n'écarte pas l'action *pignoratitia contraria*, mais encore précisément en amène l'application. — La seconde solution que nous fournit l'ancienne littérature juridique, solution défendue notamment par Favre et Voët, admet que les deux jurisconsultes ont en vue l'action hypothécaire. Mais Modestin accorderait cette action, parce qu'il supposerait uniquement que la convention d'hypothèque a eu lieu à l'*insu* de l'héritier (*ignorante me*), tandis que Paul se placerait en présence d'un héritier, dont la chose aurait été hypothéquée contre son gré, au mépris de son opposition. Il est vrai qu'il faut un peu forcer les termes « *sine voluntate mea* » pour leur trouver un pareil sens. Mais les partisans de cette opinion s'appuient sur l'autorité des Basiliques, dont le texte grec est traduit de la sorte dans la version latine « *contra voluntatem meam.* » Ce système ne supporte pas l'examen. L'absence de volonté du propriétaire, qui vicie l'hypothèque, existe tout aussi bien quand il n'a rien dit que quand il a résisté. D'ailleurs le raisonnement de Paul, dans la loi 41, se fonde sur cette considération que l'héritier est innocent de toute faute, ce qui est tout aussi vrai, quand il s'est tû que quand il a refusé d'adhérer à l'hypothèque.

Les auteurs modernes qui ont eu à cœur de résoudre la difficulté par voie de conciliation, ne nous paraissent pas avoir réussi dans cette entreprise. En première ligne, il faut citer Buchel, qui a lui-même varié d'opinion, et proposé, dans une seconde édition de son ouvrage (1),

(1) Zivilrecht Erortr.

une explication différente de celle à laquelle il s'était d'abord arrêté. Il avait commencé par admettre que Paul, dans la loi 41, n'entendait pas refuser l'action hypothécaire contre l'héritier; que seulement, en l'accordant à son égard, il ne le faisait pas par le même motif qu'à l'encontre du débiteur originaire, devenu plus tard propriétaire, et auquel, on pourrait reprocher un dol qui n'existe pas dans l'autre espèce. Cette interprétation, directement contraire à la décision de Paul, qui dénie absolument l'action, et qui en donne les raisons, a été abandonnée par son auteur, qui toutefois n'a pas renoncé à mettre la loi 41 en harmonie avec la doctrine de Modestin. Pour arriver à ce résultat, Buchel a imaginé, en dernier lieu, de recourir à un déplacement de virgule. Les mots : « *sine voluntate mea* » doivent se rattacher, dit-il, à ce qui suit : « *heres exstitero* et non à ce qui précède : « *obligaverat* ». Paul ne se serait occupé que d'un *fiduciarius*, contraint à faire addition par application du sénatus-consulte Pégasien. Malheureusement le jurisconsulte a pris le soin de motiver sa solution; et il est clair que le raisonnement auquel il se livre s'adapte parfaitement à un héritier qui a accepté de son plein gré, et qui conserve la succession. — Sintenis donne la préférence à la solution de Paul; et pour expliquer la loi 22, il suppose que Modestin a voulu dire qu'à la suite d'un *pignus* constitué à l'insu du propriétaire, toute confirmation *directe* d'un droit réel est impossible, même avec la ratification du propriétaire, d'où il ne résulterait qu'une action *utile*. C'est là évidemment ajouter arbitrairement au texte de Modestin une circonstance dont il ne dit pas un seul mot, et qu'il eût été inexcusable de passer sous silence. — Si l'on en croit

Schmidt, Paul, dans la loi 41, aurait en vue le cas où l'auteur aurait hypothéqué pour une dette propre à l'héritier, une chose appartenant à celui-ci, mais sans son aven, tandis que Modestin aurait songé au cas où le débiteur aurait hypothéqué pour sa dette personnelle la chose de l'héritier. Nous ne voyons pas à quoi peut aboutir cette distinction. Dans la pensée de Paul, le défendeur ne doit subir l'action hypothécaire qu'autant qu'il est coupable de mensonge; et dans aucune des deux espèces on ne rencontre cette fraude, de telle sorte que Paul n'aurait pas tenu compte de cette différence dans les faits. — Mayer use de la ressource commode des points d'interrogation, dont il sème le texte de Paul, de manière à en changer le sens naturel, et à substituer une série de questions à la solution positive que nous retrouvons dans les Basiliques. Le jurisconsulte aurait écrit : ne faut-il pas en dire autant?...? ne doit-on pas accorder...? ne suffit-il pas...? — Enfin Huschte prend le parti le plus héroïque pour supprimer les contradictions. Il suffit d'ajouter une négation au fragment de Modestin, et de lire : *Sed nec utilis...* Mais tous les manuscrits, ainsi que la version des Basiliques, résistent à cette transformation du texte.

Nous pensons qu'après tant d'efforts infructueux, il faut désespérer d'être plus heureux que ses devanciers, et se résoudre, comme l'ont fait nos plus grands jurisconsultes, Cujas, Duaren, Pothier, à admettre sur ce point une divergence d'opinions entre Paul et Modestin (1). Cette diversité de doctrine n'a rien qui doive

(1) Si l'on doit se garder d'accepter trop facilement des antinomies dans le corps des lois romaines, nous croyons qu'il y a encore plus de danger à les repousser systématiquement, au risque de se lancer dans les conciliations

nous étonner, si l'on considère qu'il s'agit d'une difficulté qui, depuis bien des siècles, a encore le privilège de partager aujourd'hui les esprits. On a fait remarquer avec raison que l'intitulé de l'ouvrage de Modestin, auquel est empruntée la loi 22, (*Libri differentiarum*) est de nature à présenter des espèces sur lesquelles il devait y avoir souvent division entre les juriconsultes. Modestin traitait les cas où une différence dans les faits peut amener une différence dans la solution. C'est ainsi que Paul distinguait le cas où le débiteur acquiert la propriété de la chose par lui hypothéquée, de celui où le propriétaire de l'objet hypothéqué par son auteur succède au débiteur. Paul voyait dans cette différence de faits une raison pour admettre des solutions opposées. C'est une distinction que Modestin a cru, au contraire, devoir repousser.

Si l'on se demande quel est l'avis qui doit prévaloir, le débat recommence entre les partisans de notre système, qui considèrent la question comme entière, à raison de ce que ces deux textes contradictoires se neutraliseraient, de sorte qu'il faudrait se décider en faveur de l'opinion qui serait le plus conforme aux principes du droit. Ainsi Glück, t. 14, p. 38, s'attache à la doctrine de Paul, qu'il déclare plus juridique. L'héritier, fait-il observer, peut bien être tenu des obligations con-

les plus hasardées. On excuse aisément l'illusion de Justinien, dans le jugement qu'il porte sur l'œuvre opérée par ses soins. Mais si l'on songe à la nature des éléments que les compilateurs avaient à extraire, à l'immensité de leur tâche, et à la rapidité avec laquelle le travail fut accompli, n'est-il pas raisonnable de penser qu'il eût été miraculeux d'éviter absolument toute contradiction? Du reste, ces imperfections, inévitables dans toutes les entreprises humaines, ne doivent pas nous empêcher de reconnaître l'important service rendu à la science du droit par Justinien et ses collaborateurs.

tractées par son auteur; mais le fait de l'adition d'hérité ne peut pas créer un droit réel, pour lequel la volonté du propriétaire est indispensable. Cette volonté ne manque pas, quand le débiteur, *non dominus* au moment de la convention, est devenu plus tard propriétaire. Il a consenti à l'hypothèque, quand il ne pouvait pas la donner; il y aurait dol de sa part à ne plus y consentir, quand il le peut efficacement; rien de pareil, au contraire chez l'héritier.— D'après Cujas, *Observ.* liv. 19, ch. 26, dont l'opinion est suivie par Pothier, on doit préférer la décision de Modestin. La raison qu'ils en donnent, est que ce jurisconsulte étant postérieur à Paul, ses ouvrages expriment la doctrine qui a fini par prévaloir. On peut ajouter que les rédacteurs des Pandectes ont placé le fragment de Modestin au cœur même de la matière, là où il faut aller chercher les règles sur la validité des hypothèques. Enfin ce qui nous décide en ce sens, c'est l'analogie assez directe qu'on peut tirer des décisions du droit romain pour l'hypothèse où le défunt aurait vendu la chose de son héritier. Ce dernier est obligé de reconnaître les actes d'aliénation tentés par son auteur, suivant la doctrine d'Ulpien, qui accorde en ce cas l'exception *rei venditæ et traditæ*, l. 1, § 1, de *Exc. Rei Vend.* D. (21-3), doctrine confirmée par deux constitutions, l'une de Dioclétien, l'autre de Gordien, qui forment les lots 14, de *Rei Vind.* C. (2-33), et 14 de *Evict.* C. (8-45) (1).

(1) On peut cependant repousser l'analogie, en faisant observer que, dans le cas où l'auteur a vendu la chose de son héritier, il y a obligation contractée de procurer cette chose à l'acheteur. Or, cette obligation passant à l'héritier, on conçoit qu'il ne peut se prévaloir de son droit de propriété à l'encontre de l'acheteur, vis-à-vis duquel il est tenu à *præstare rem habere*

Nous ferons remarquer, en terminant l'examen de cette question, que Modestin est loin de contrarier radicalement la doctrine de Paul, qu'il confirme plutôt. Il reconnaît en effet qu'on ne peut pas dire en principe que l'hypothèque devient valable « *pignus directo quidem non conualescit.* » Le Jurisconsulte n'admet qu'une action *utile*, par des considérations d'équité, comme nous l'avons dit plus haut; et sans doute, puisqu'il s'agissait d'une déviation aux règles du droit, Modestin n'aurait pas étendu, suivant notre observation précédente, la ressource de cette action au créancier de mauvaise foi. Notons enfin qu'il n'est pas indifférent pour l'héritier d'être dégagé de l'hypothèque, bien qu'il soit tenu personnellement; il serait libre en effet de disposer à son gré de la chose, de saisir une occasion opportune pour la vendre, ou de s'en faire un moyen de crédit.

#### La nécessité d'être propriétaire, pour constituer une

*licere.* C'est la règle de bon sens exprimée par l'adage : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.* Le pacte d'hypothèque, au contraire, ne fait pas naître d'obligation; il produit seulement un droit réel, quand la chose est possible. Il est donc rigoureusement permis de distinguer entre les deux cas; mais cette distinction, possible en théorie, n'a pas été faite par Modestin, qui va jusqu'à imposer à l'héritier, abstraction faite de toute obligation, les constitutions de droits réels essayées par son auteur. Au surplus, la différence que Paul établit entre la responsabilité de ses propres actes, d'après laquelle celui qui a hypothéqué avant d'être propriétaire, doit subir l'hypothèque quand il a acquis la propriété, et la responsabilité des actes de son auteur, qui n'atteindrait pas dans la personne de l'héritier, l'hypothèque consentie par celui auquel il succède; cette différence se retrouve dans les lois romaines, à propos d'une autre hypothèse. Celui qui a cautionné la vente de la chose d'autrui, ne peut pas, lorsqu'il est devenu propriétaire, évincer l'acheteur, l. 11, *de Evict.*, C. (8-45), tandis qu'il n'est pas interdit à l'héritier du fidéjusseur de revendiquer en pareil cas, sauf à indemniser l'acheteur, l. 31, *ibid.*

hypothèque valable, n'était appliquée naturellement par les Romains qu'à l'hypothèque spéciale. On conçoit que cette législation admettant la faculté d'hypothéquer, même les biens à venir, elle ait dû se départir à leur égard de la condition dont nous avons parlé. Aussi Papien, dans la loi 1 (n° 1), nous dit-il qu'en matière d'hypothèque, une *conventio generalis*, est possible *bonorum vel postea quaesitorum*. C'est encore la remarque expresse que fait Gaius, dans la loi 15 § 1, *de Pign. et Hyp.* L'obligation imposée au créancier, de prouver que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la convention, ne doit s'entendre, dit-il, que de l'hypothèque spéciale; elle ne doit pas être étendue à la convention fort usitée, d'après laquelle, indépendamment de tels biens spéciaux, on hypothèque généralement les biens à venir (1).

Cette faculté d'hypothéquer les biens à venir donne lieu à une question délicate. Il est évident qu'en pareil cas la force des choses veut qu'on recule la naissance de l'hypothèque effective, quant aux biens qui entrent dans le patrimoine du débiteur, jusqu'au moment de leur acquisition. Mais il est possible qu'après une première hypothèque générale, le débiteur en ait consenti une seconde au profit d'un nouveau créancier. Si postérieurement à ces deux hypothèques, il survient des biens au débiteur, ne faut-il pas dire qu'ils seront frappés en même

(1) *Quod dicitur creditorem probare debere, CUM CONVENIEBAT, REM IN BONIS DEBITORIS FUISSE, ad eam conventionem pertinet, quæ specialiter, facta est, non ad illam, quæ quotidie inseri solet cautionibus, UT SPECIALITER REBUS HYPOTHECÆ NOMINE DATIS, CÆTERA ETIAM BONA TENEANTUR DEBITORIS, QUÆ NUNC HABET, ET QUÆ POSTEA ADQUISIERIT, PERINDE ATQUE SI SPECIALITER HÆ RES FUISSENT (BLIGAT.E.*

temps de la double hypothèque; ou devra-t-on néanmoins tenir compte de l'antériorité de la convention, et appliquer ici la règle générale, qui gouverne le rang des hypothèques : « *prior tempore, potior jure?* » La même difficulté peut se présenter, en supposant que le conflit s'élève entre un créancier à hypothèque générale et un créancier auquel le débiteur aura plus tard hypothéqué, comme nous avons vu qu'il pouvait le faire, tel ou tel bien, pour le cas où il viendrait à l'acquérir, ce qui s'est en effet réalisé.

Il semble que cette dernière hypothèse est prévue par Ulpien dans la loi 7, § 1 (n° IV), et qu'il la résolve en faveur de l'égalité de droits pour les deux créanciers, qui devront venir en concours. Le jurisconsulte se préoccupe seulement de la prétention à la priorité que pourrait élever le créancier à hypothèque générale, en disant que, puisqu'il avait une hypothèque générale, celle-ci portait sur les écus avec lesquels le débiteur a fait l'acquisition; que dès lors cette hypothèque, qu'il avait exclusivement à son rival, s'est transportée sur le produit de l'emploi de l'argent, et doit conserver à l'égard de ce produit le caractère d'antériorité qu'elle avait par rapport à l'autre créancier. Mais Ulpien repousse ce système, en faisant observer que ce qui est acquis avec des écus engagés n'est pas subrogé à ces écus, et frappé du même gage que ces derniers.

Toutefois d'autres textes viennent contrarier cette solution, qu'il est difficile de mettre d'accord avec la loi 21, pr. (n° V), et la loi 9, § 3 (n° VII).

La première de ces lois prévoit l'hypothèse suivante. Titius, condamné envers Seia, à une certaine somme par suite d'une gestion de tutelle, hypothèque au profit de

celle-ci tous ses biens présents et à venir « *omnia bona sua, quæ habebat, quæque habiturus esset* ». Plus tard, il emprunte de l'argent au fisc, auquel il hypothèque tous ses biens, « *res suas omnes* ». Le débiteur paie à Seia une partie de sa dette, sans doute avec l'argent prêté par le fisc. Quant au reliquat, il intervient une novation; mais la nouvelle obligation qui est prise est garantie par la même hypothèque générale donnée précédemment. On demande à Scævola si Seia doit avoir la préférence sur le fisc, non-seulement quant aux biens que Titius possédait lors de sa première obligation, mais encore quant à ceux qu'il a acquis postérieurement, et cela jusqu'à ce que l'ex-pupille soit entièrement désintéressée. Le jurisconsulte répond fort laconiquement, suivant son habitude, qu'il ne voit dans les faits qui lui sont soumis aucune raison pour ne pas accorder à Seia la préférence absolue qu'elle réclame.

Il aurait pu y avoir quelque motif de douter, à cause de la novation qui avait été consentie par Seia postérieurement au prêt fait par le fisc, ce qui semble ne lui laisser désormais qu'une créance moins ancienne que celle du fisc. Mais Scævola ne s'arrête pas à cette objection, parce que le créancier, qui en novant, réserve pour la seconde obligation les hypothèques attachées à la première, continue à les avoir au même rang que précédemment, ainsi que le permet encore aujourd'hui l'art. 1278, C. Nap. Il se succède à lui-même, comme le dit Papinien, l. 3, pr. et l. 12, § 5, *qui Pot. in Pign. D.* (20-1). C'est donc, au point de vue des hypothèques, comme si l'ancienne créance subsistait. Cette raison de douter mise à l'écart, ne doit-on pas dire que Scævola s'attache uniquement à la date des deux créances hypo-

thécaires, pour donner la préférence à la plus ancienne, même sur les biens acquis postérieurement par le débiteur? En effet, tant que Seia n'aura pas été intégralement payée, elle primera le fisc.

Dans l'espèce résolue par Scævola, la difficulté se complique par suite de cette circonstance que Seia se trouvait en rivalité avec le fisc. Or, d'après la loi 28, *de Jur. Fisc* (n° VI), il faudrait admettre, suivant l'interprétation commune, que le fisc a une hypothèque générale tacite, dont l'effet est de lui attribuer préférence sur les autres créanciers à hypothèque générale, quant aux biens que le débiteur acquiert par la suite. Tel est notamment l'avis de Cujas, qui, en appliquant à l'hypothèque tacite du fisc la règle ordinaire ; « *prior tempore potior jure* », la restreint aux biens présents du débiteur, de sorte que relativement aux biens futurs, cette hypothèque deviendrait privilégiée. Il y aurait là, selon Cujas, une exception au droit commun. Tous les créanciers généraux devraient, sans ordre de date de leurs contrats, concourir sur les biens à venir, comme le décide la loi 7, § 1 (n° IV) ; mais le fisc échapperait à cette règle. C'est sans doute cette différence qu'Ulpien aurait voulu indiquer ; car les deux fragments, qui forment aux Pandectes les lois 7, § 1, *qui Pot.* (n° IV) et 28 *de Jur. Fisc.* (n° VI), bien que séparés par les compilateurs, devraient être rapprochés, parce qu'ils appartiennent, d'après les Rubriques, au même ouvrage du jurisconsulte, et à la même partie de cet ouvrage. Quant à la loi 21 (n° V), Cujas ne la trouve pas en contradiction avec la loi 28 (n° VI), parce qu'il faudrait, en adoptant une interprétation qui remonte à Accurse, supposer que Scævola a voulu parler non de tous les biens acquis posté-

rieurement à la première obligation, à *une époque quelconque*, mais seulement de ceux dont l'acquisition faite *post priorem obligationem* serait néanmoins antérieure au contrat passé avec le fisc (1).

Cette question a été fort agitée en Allemagne, où elle a divisé les auteurs, dont la plupart cependant tiennent en faveur du concours de tous les créanciers généraux antérieurs, sans ordre de date, quant aux biens à venir. La doctrine de Glück (2), répétée en général par les partisans de cette opinion, se résume aux points suivants. Deux créanciers à hypothèque générale, bien qu'ayant contracté à des époques différentes, doivent avoir le même rang sur les biens à venir. Toutefois, on se serait écarté de cette règle par faveur pour les créances du fisc, qui aurait primé sur les biens futurs tous les autres créanciers. Cette dérogation était admise au temps de Papinien et d'Ulpian, comme le prouverait la loi 28 (n° VI). Jusqu'ici Glück marche d'accord avec Cujas ; mais quand il arrive à l'explication de la loi 21 (n° V) ; il fait observer que la solution de Scævola doit être examinée indépendamment du principe consacré par la loi 28 (n° VI). En effet, dit-il avec raison, les constitutions qui ont attribué au fisc une hypothèque générale tacite, n'avaient pas été encore émises à l'époque de Scævola. Cette innovation serait le fait de l'empereur Antonin Caracalla, comme le prouvent les lois 1 et 2 *in Quib. Caus. Pign. C.* (8-15). Aussi Scævola suppose-t-il que le fisc, en prêtant, a stipulé une hypothèque générale, précaution qui aurait été inutile si déjà la règle de l'hypothèque tacite eût été introduite. Mais cette observation n'a d'autre

(1) Voir aussi Cuj., *Obs.*, liv. 10, ch. 22.

(2) T. 19, § 1093, p. 231 et suiv.

effet que d'écarter pour le temps de Scævola l'application d'un privilège au profit du fisc quant aux biens futurs. Celui-ci pouvait du moins invoquer le droit commun ; et puisque la règle était le concours entre les créanciers antérieurs à l'acquisition, pourquoi le fisc est-il primé par Seia ? Suivant Gluck, Seia et le fisc ne se trouvaient pas dans la même position. Seia avait obtenu de son débiteur une hypothèque qui embrassait non-seulement tous les biens présents, mais encore expressément les biens à venir « *quæque habiturus esset.* » Le fisc, au contraire, s'était contenté d'une hypothèque sur l'universalité des biens présents. La convention faite avec le débiteur affectait « *res suas omnes,* » ce qui ne devait s'entendre que des choses appartenant alors au débiteur, jusqu'à ce que Justinien eût décidé, par la loi 9, *quæ res Pign. C.* (8-17), que la simple mention de tous les biens, sans autre indication, comprendrait les biens futurs comme les biens présents. Cette interprétation n'étant pas admise au temps de Scævola, le débat sur le rang hypothécaire ne pouvait concerner les biens à venir, à l'égard desquels Seia était seule créancière hypothécaire, et non le fisc. Dans la pensée du jurisconsulte, il ne pouvait y avoir de discussion que relativement aux biens pour lesquels les deux créanciers avaient également un droit d'hypothèque, c'est-à-dire pour ceux que Titius possédait déjà avant l'emprunt fait au fisc, et qui seuls étaient le gage de ce dernier. La loi 21 serait donc étrangère à la question qui nous occupe. Le débat ne portait que sur le patrimoine du débiteur, tel qu'il était à l'époque du contrat avec le fisc. Il s'agissait uniquement de savoir si Seia, en renouvelant son obligation, postérieurement au prêt fait par le fisc, devait

prendre rang après celui-ci, à la date de la seconde obligation. On voit qu'en définitive, sur le point essentiel de la difficulté, la doctrine de l'école allemande ne fait que répéter l'explication donnée par Cujas, qui, lui-même, l'avait empruntée à Accurse.

Nous avons peine à accepter cette interprétation de la réponse de Scævola. Elle nous paraît avoir le défaut d'introduire dans l'énoncé de la question posée par ce jurisconsulte une restriction qui non-seulement n'est pas justifiée par la teneur du texte, mais qui encore est contrariée par les termes employés. La préférence à établir entre les deux créanciers est examinée d'une manière générale, sans aucune limitation du temps auquel ont pu être acquis de nouveaux biens par le débiteur commun. Il n'est pas douteux, croyons-nous, que la pensée de Scævola se portait sur tous les biens que Titius avait pu acquérir depuis le contrat, et cela indéfiniment; car il ne se borne pas à indiquer les choses, *quas (Titius) post priorem obligationem adquisivit*, ce qu'il serait déjà arbitraire de restreindre au temps écoulé jusqu'au contrat passé avec le fisc; mais il ajoute: « *donec (Seia) universum debitum suum consequatur*, ce qui prouve que l'ordre de préférence établi embrasse l'avenir comme le passé. Tant que Seia n'aura pas obtenu satisfaction entière, elle fera obstacle aux droits du fisc. C'est ainsi que les choses ont été entendues par les rédacteurs des Basiliques, qui exposent comme il suit la décision de Scævola: « *fisco præfertur (Seia) tam in his rebus quas HABUIT debitor, quam in his quas POSTEA adquisivit.* » Quant à la ressource, qui consiste à dire que pour les biens à venir il n'y avait pas question, le fisc n'ayant pas étendu formellement son hypothèque

à ces biens-là, elle échoue en présence des termes du texte, qui démontrent clairement que la controverse concernait également les biens futurs. Sans doute Scævola ne pensait pas que l'hypothèque donnée sur tout le patrimoine (*res suas omnes*) dût se restreindre aux biens antérieurs à la convention. Il y avait là une question d'interprétation, qui pouvait diviser les esprits. Justinien a décidé, il est vrai, ce point en législateur ; mais il ne nous dit pas qu'avant sa constitution, il eût fallu adopter l'interprétation contraire. Il est croyable, en effet, que l'empereur a fait prévaloir le sens le plus naturel et le plus conforme à l'intention des parties (1).

Quant à la loi 28 (n° VI), nous admettons bien qu'elle doit rester sans influence pour expliquer la réponse de Scævola, puisqu'à l'époque de ce jurisconsulte, le fisc ne jouissait pas encore d'une hypothèque tacite. Mais depuis l'introduction de cette hypothèque, comme la loi 28, mettant en présence deux créanciers généraux à l'égard des biens à venir, établit un ordre de préférence, les auteurs qui enseignent qu'il doit y avoir concours entre eux, sont obligés de recourir à l'idée d'une exception faite en faveur du fisc. Cependant Ulpien, pour fonder sa décision, invoque des constitutions impériales, « *quod et constitutum est.* » Or, si nous consultons les constitutions que nous offre le code sur ce sujet, nous voyons bien que le fisc a l'avantage d'une hypothèque générale indépendante de toute convention ex-

(1) Si notre législateur est arrivé dans l'art. 1542 C. Nap. à une interprétation inverse, cela s'explique facilement, quand on se rappelle qu'il n'admettait qu'à contre-cœur le régime dotal, et que la dotalité lui paraissant exorbitante et dangereuse, il a dû être disposé à la restreindre le plus possible.

presse (1) ; mais c'est là que se borne le privilège du fisc. Quant au rang que doit avoir cette hypothèque, elle suit les principes ordinaires, c'est-à-dire que c'est l'antériorité de l'affectation hypothécaire qui doit décider, ainsi que nous l'apprend la loi 2, de *Privil. Fisc.* C. (7-73). Si, dans ce texte, le fisc prime la femme créancière pour sa dot, c'est qu'il avait contracté avec le mari, avant que celui-ci hypothéquât tous ses biens au profit de sa femme (2). Par suite, l'empereur peut dire : « *jus fisci causam tuam prævenit.* » Ce sont précisément les mêmes termes que nous retrouvons dans la loi 28 (n° VI), où Ulpien motive sa décision par ces expressions : « *prævenit causam pignoris fiscus.* Le jurisconsulte invoquant à son appui une constitution, il est naturel de supposer qu'il fait allusion à celle que nous a conservée Justinien, et qui est devenue la loi 2, de *Priv. fisc.* Or, comme dans cette constitution, la préférence donnée au fisc se justifie par l'ancienneté de sa créance, on est conduit à penser qu'Ulpien avait en vue un cas analogue dans la loi 28. La construction grammaticale du texte d'Ulpien n'a rien qui s'oppose à cette interprétation. Le mot « *contraxerit* » peut très bien s'entendre du passé, en l'appliquant à quelqu'un qui avait déjà contracté avec le fisc au moment où il hypothèque tous ses biens à un tiers. On trouve ainsi une signification très satisfaisante à ces expressions « *prævenit fiscus* », qui indiquent que le fisc est venu le premier comme créancier ; tandis que si le fisc n'avait contracté que postérieurement, il faudrait

(1) L. 2, in *Quib. Caus. Pign.*, C. (8-15).

(2) Sous Caracalla, la femme n'avait point d'hypothèque tacite pour ses créances dotales. Cet avantage ne lui a été accordé que par Justinien, qui a même donné à cette hypothèque la faveur d'être privilégiée.

les entendre d'un privilège exorbitant concédé au fisc, qui, s'il eût existé, n'aurait pas manqué de laisser des traces dans les constitutions impériales. Tout devient simple, au contraire, si l'on suppose que le fisc, bien que dispensé de stipuler une hypothèque, n'a de rang que suivant les principes du droit commun, c'est-à-dire à raison de la date de ses créances. On conçoit qu'il pût y avoir quelque difficulté à tenir compte de ces différences de dates relativement à des biens nouvellement acquis, et qui semblent frappés en même temps, lors de leur entrée dans le patrimoine du débiteur, de toutes les hypothèques générales antérieures. Néanmoins Papinien aurait été d'avis d'étendre l'ordre de préférence aux biens futurs. Cet avis serait adopté par Ulpien, et l'on établirait ainsi un parfait accord entre Scævola et ces deux jurisconsultes.

Cependant c'est le même Ulpien qui, dans la loi 7, § 1, (n° IV) admet, comme nous l'avons vu, le concours entre un créancier hypothécaire général et celui qui n'avait reçu qu'une hypothèque spéciale. Ne sera-t-il pas en contradiction avec lui-même, s'il faut donner à la loi 28 le sens que nous avons proposé tout à l'heure? Cette objection sera levée, en adoptant l'interprétation fournie depuis longtemps par les adversaires du système du concours, et qui se trouve notamment dans les Pandectes de Pothier; c'est-à-dire en supposant que les deux créanciers ont obtenu au même moment, l'un son hypothèque générale, l'autre son hypothèque spéciale. Il est vrai que le texte d'Ulpien ne fait pas mention de cette circonstance. Cependant il n'est pas trop hasardeux d'admettre que dans l'espèce, le créancier n'avait pas l'antériorité de date, sans quoi il n'eût pas manqué d'invoquer cette

raison pour primer son adversaire. Or, nous voyons que le jurisconsulte se préoccupe seulement de la prétention tirée par le créancier général de l'hypothèque qu'il avait sur les écus avec lesquels le fonds a été acquis. On ne conçoit guère qu'Ulpien eût omis dans sa *disputatio* l'autre raison beaucoup plus sérieuse pour écarter le concours, si en fait, elle se fût présentée.

Enfin il est un autre texte, qui doit jouer un rôle dans cette discussion ; et celui-ci encore nous paraît défavorable à l'opinion qui admet le concours. Nous voulons parler de la loi 9, § 3 *qui Pot. in Pig.* (n° VII). Africain, l'auteur de ce fragment, suppose qu'une femme, Titia a hypothéqué *successivement* à deux personnes, d'abord à Titius, puis à Mævius (*Titio post Mævio*), un fonds qui ne lui appartenait pas. Plus tard, elle en devient propriétaire. Il semble que, si les créanciers antérieurs doivent concourir sur les biens futurs, nous aurons ici deux hypothèques égales en rang, et qu'on ne pourra pas distinguer un *premier* et un *second* créancier hypothécaire. Cependant le jurisconsulte ajoute que si cette femme a donné ce fonds en dot à son mari sur estimation, et que Titius ait été payé, l'hypothèque de Mævius ne devient pas valable. En effet, dit-il, quand le *premier* créancier est satisfait, l'hypothèque du *second* ne se confirme qu'autant que la chose se trouve encore à ce moment dans les biens du débiteur, circonstance qui ne se rencontre pas ici, puisque le mari avait acquis le fonds comme acheteur, lorsque le premier créancier a été payé. Toutefois Africain ne met le mari à l'abri de l'action hypothécaire de Mævius, qu'autant qu'il aurait traité de bonne foi.

Il y a dans ce texte une difficulté étrangère à notre

question. Africain ne va-t-il pas trop loin en niant l'existence de la seconde hypothèque, tant que le premier créancier n'est pas désintéressé? Sans doute, en droit romain, la position d'un créancier hypothécaire inférieur était bien mauvaise. Il ne pouvait ni exercer lui-même le droit de vendre abandonné à la discrétion du premier créancier (1), ni forcer celui-ci à vendre (2). Cependant le créancier inférieur pouvait user du *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire payer le premier créancier, aux droits duquel il était subrogé, ce qui lui permettait de vendre à son gré pour assurer le remboursement de ses avances et l'acquittement de sa propre dette (3). Il avait aussi le droit, en cas de vente opérée par le premier créancier, de toucher tout ce qui restait libre sur le prix au-delà de la créance qui le primait (4). Il semble donc qu'il n'est pas tout à fait exact d'annihiler la seconde hypothèque tant que la première tient, et de la considérer comme ne prenant naissance qu'au moment de la disparition de celle-ci.

A part cette observation, qui, comme nous l'avons dit, ne touche pas à notre question, le texte d'Africain nous paraît émaner de la même doctrine que celle qui a dicté la réponse de Scævola, dans la loi 21 (n° V); et comme les lois 28 (n° VI) et 7, § 1 (n° IV) peuvent s'expliquer sans contrarier cette doctrine, nous estimons qu'il faut l'accepter comme l'expression de la théorie des jurisconsultes romains sur ce point. On peut dire en effet que c'est là une conséquence naturelle de l'admission de l'hy-

(1) L. 4, de *Dist. Pign.*, D. (20-5).

(2) L. 6, pr., de *Pign. Act.*, D. (13-7).

(3) L. 8, de *List. Pign.*, D. (20-4).

(4) L. 12, § 5, l. 20, *Qui Pot. in Pign.*, D. (20-5).

pothèque sur les biens à venir. Si j'ai pu grever valablement mon patrimoine futur au profit d'un premier créancier, il ne doit plus m'être permis désormais d'affecter le même gage à un autre, si ce n'est sous la charge dont il est déjà frappé. Sans cela, il dépendra du débiteur de diminuer autant qu'il le voudra par de nouveaux engagements, la sûreté qu'il a constituée. Aussi notre jurisprudence, malgré les difficultés soulevées encore de nos jours au sujet de cette théorie, s'est-elle prononcée en faveur du système, qui tient compte sur les biens à venir de l'ancienneté des droits hypothécaires. En vain dit-on que l'hypothèque, droit réel, ne peut pas précéder l'acquisition faite par le débiteur. Jusque-là, il n'y avait sans doute qu'une espérance, qui avait besoin pour se réaliser de la survenance de la propriété. Mais quand une fois la condition s'est accomplie, on doit considérer comme ayant dès l'origine existé purement et simplement les droits subordonnés à l'accomplissement de la condition. On objecte, il est vrai, que les lois romaines repoussent cet effet rétroactif, quand il s'agit d'une condition dont la réalisation dépend du libre arbitre du débiteur : règle qui se trouve posée, quant aux hypothèques, dans la loi 9, § 1, *qui Pot in Pign.*, et dont la loi 11, § 2. *eod. tit.*, présente une application. A notre sens, c'est étendre bien loin l'idée de la condition purement potestative que de l'invoquer ici. Elle n'est vraie que pour des faits que le débiteur peut à son gré exécuter ou omettre, sans inconvénient pour lui, sans en ressentir de la gêne; et certes il y aurait dans l'abstention de toute acquisition quelque chose de bien lourd pour le débiteur. Ce qu'on ne veut pas, c'est qu'un débiteur puisse à son gré et par caprice, créer des droits ou les anéantir, favoriser arbitrairement

celui-ci en dépouillant celui-là. Or assurément ces inconvénients ne se présentent pas dans la doctrine que nous attribuons aux jurisconsultes romains, et dont l'équité a encore prévalu dans la pratique moderne.

On sait que la législation romaine reconnaissait deux sortes de propriété : 1° la propriété parfaite et de droit civil, la seule qui existât autrefois (Gai., 2, 40), le *dominium ex jure quiritium*; 2° une propriété moins complète, qu'on pourrait appeler propriété prétorienne, parce qu'elle trouvait uniquement ses moyens de protection dans l'édit du préteur, et que l'on désignait habituellement par ces expressions : « *rem in bonis esse.* » L'hypothèque étant de création prétorienne, il était naturel que le préteur admit la validité d'un semblable droit réel, constitué par celui qui, à ses yeux, était propriétaire, bien qu'il ne pût pas se dire *dominus* d'après le droit civil. Aussi, de même qu'il concédait à celui qui avait une chose *in bonis* une revendication utile, sous le nom d'action Publicienne, de même il autorisait à exercer l'action Servienne l'ayant cause de cet individu, qui aurait reçu de ce dernier une affectation hypothécaire. Il n'était même pas besoin ici de modifier la rédaction ordinaire de la formule, qui, comme nous l'avons vu p. 110, était conçue de telle sorte que le demandeur avait à prouver non pas que son débiteur était *dominus*, mais seulement qu'il avait *in bonis* la chose hypothéquée.

Il est permis de conjecturer que c'est à une pareille hypothèse que se réfère la loi 18, *de Pign.* (n° VIII), qui appartient au jurisconsulte Paul. Cependant la jurisprudence classique connaissait un autre cas, où l'action Publicienne était également possible. C'est ce qui arrivait

quand une chose avait été livrée *ex justa causa*, de la part d'un individu tout à fait étranger à la propriété, et n'ayant pas même la *res in bonis*, à quelqu'un qui s'imaginait avoir affaire au véritable propriétaire. Cette tradition constituait celui qui avait reçu la chose *possesseur de bonne foi*, et lui ouvrait la faculté d'usucaper, avec le droit d'user en attendant, s'il était nécessaire, de l'action Publicienne. Dans la pensée des compilateurs des Pandectes, le texte de la loi 18 ne peut plus s'appliquer qu'à l'hypothèque constituée par le possesseur de bonne foi, puisque sous Justinien l'unité de propriété est rétablie. Il n'est pas douteux, du reste, que dès le temps des jurisconsultes cette doctrine était admise. Puisque le préteur, au moyen de l'action Publicienne supposait la propriété déjà acquise en faveur du possesseur de bonne foi, il devait faire profiter de la même fiction ses ayants-cause. Si le texte de Paul ne nous fournit pas à cet égard une autorité positive, à raison de la double application possible de l'action Publicienne à son époque, nous trouvons dans un autre fragment, la loi 21, § 1, *de Pign.* (n° IX), une décision qui valide l'hypothèque concédée par un possesseur de bonne foi. Le jurisconsulte nous dit que si, sur l'action Servienne intentée, le débiteur excipe de son défaut de propriété, cette exception échouera devant la réplique de dol. Il faut toutefois remarquer que la complication de procédure indiquée dans la loi 21 nous prouve que le débiteur ne se trouvait pas rigoureusement dans les conditions voulues pour constituer une hypothèque. Une exception n'était pas possible de la part du débiteur qui aurait eu la chose *in bonis*, puisque la formule de l'action Servienne n'exigeait pas autre chose. Aussi faut-il supposer que quand cette action était don-

née à un créancier qui n'avait traité qu'avec un possesseur de bonne foi, elle ne l'était qu'*utilement*, et avec quelque modification dans les termes de la formule (1).

Celui qui n'avait qu'un démembrement de la propriété susceptible d'aliénation pouvait, à l'instar du propriétaire, constituer une hypothèque valable, qui portait seulement sur le droit réel appartenant au concédant. Le débiteur transférait à son créancier la faculté de vendre ce démembrement, comme il aurait pu le vendre lui-

(1) Il faut se garder de confondre ces deux positions : avoir une chose *in bonis*, être possesseur de bonne foi, bien que dans les deux cas il y ait droit à l'action Publicienne, et possibilité d'arriver au *dominium* par l'usucapion. Celui qui avait une chose *in bonis* en était réellement propriétaire, sauf le nom. Tous les avantages utiles de la propriété lui étaient assurés, et il ne devait craindre la préférence de personne, pas même du *dominus*, dont le droit était qualifié *nudum jus*. L'imperfection de la propriété dite *in bonis* ne consistait que dans l'impossibilité où était le titulaire d'aliéner par les modes du droit civil, notamment de faire un legs *per vindicationem* (Gai., 2, 496; Ulpien, 24, 7). Il ne pouvait non plus opérer un affranchissement civil; l'esclave *in bonis* ne devenait par la manumission que latin junien, non citoyen romain. Dans ce dernier cas, il y avait même, d'après une disposition expresse de la loi Junia, réserve de la tutelle au profit de celui qui avait le *nudum jus quiritium* (Gai., 1, 167). — La situation du possesseur de bonne foi était bien plus précaire. Il pouvait jusqu'à l'usucapion être évincé par le véritable *dominus*. Il était même exposé, s'il avait perdu la possession, à succomber en présence d'un individu ayant la même position que lui, d'un autre possesseur de bonne foi, à moins que ce dernier, suivant la doctrine d'Ulpien (l. 9, § 1, de *Publ. Act.*, D. 6-1), n'eût le même auteur que son rival, et ne lui fût postérieur pour la tradition. — Quant aux causes qui pouvaient constituer l'*in bonis*, il faut donner cet effet non seulement à la tradition d'une *res mancipi*, mais encore à toutes les hypothèses où l'acquisition de la propriété ne reposait que sur le droit prétorien : ainsi à la *bonorum possessio* (Gai., 4, 35), à la *bonorum venditio* (Gai., 3, 80), à l'*immissio ex secundo decreto damni infecti causa* (l. 8, pr., de *Damn. Inf.*, D. 39, 2), à l'*abductio servi ex noxali causa* (l. 26, § 6, de *Nox. Act.*, D. 9-4).

même. Telle était la position de l'usufruitier (1), de l'emphytéote (2), du superficiaire (3).

De même que l'hypothèque pouvait être assise sur un démembrement de la propriété, de même elle pouvait affecter une copropriété. Celui qui n'était que propriétaire par indivis avait le droit de frapper sa part indivise d'hypothèques; et ces hypothèques continuaient à subsister sur toutes les parties du fonds nonobstant le partage survenu, soit que l'adjudication eût attribué au débiteur la propriété exclusive d'une part matériellement distincte, soit qu'elle l'eût dépouillé de toute propriété, en transférant toute la chose commune au copropriétaire. Ce n'était là qu'une conséquence logique des effets de l'hypothèque. Puisqu'elle avait créé un droit réel, celui-ci devait survivre aux aliénations opérées par le débiteur. Or, le partage n'étant au fond qu'une aliénation, la chose acquise par un partage passait à l'acquéreur *cum sua causa*. Mais cette décision du droit romain mérite d'être remarquée, parce que notre droit français s'est écarté de ce point de vue.

La loi 7, § 4 (n° X), nous fournit une application des principes suivis en cette matière. Un fonds appartenant à deux personnes, Primus et Secundus a été hypothéqué par l'un des communistes, Primus. Cette hypothèque, comme la propriété du débiteur, affecte chaque parcelle du fonds pour moitié. Le partage survient, et attribue à chacun des copartageants la propriété exclusive, *in solidum*, de telle région déterminée (*pars pro diviso, regio*). On pourrait être tenté de croire que l'hypothèque

(1) L. 44, § 2, de *Pign. et Hypoth.*, D. (20-1).

(2) L. 34, *eod. tit.*

(3) L. 15, *Qui Pot.*, D. (20-1).

donnée au créancier de Primus va s'effacer sur la *regio* B assignée à Secundus non débiteur, et qu'en revanche elle s'étendra sur la totalité de la *regio* A attribuée à Primus, de telle sorte que l'hypothèque subirait la modification qu'a éprouvée la propriété du débiteur. Mais ce résultat ne pourrait être atteint qu'en déplaçant l'assiette de l'hypothèque, ce qui ne saurait se faire sans l'assentiment du créancier. C'est comme si l'on disait que quand le débiteur échange un immeuble hypothéqué dont il serait propriétaire exclusif, les hypothèques qui le grevaient se transportent sur l'immeuble acquis en contr'échange par le débiteur. Gaius repousse cette idée. Le partage effectué n'altérera en aucune façon l'hypothèque, qui continuera à frapper comme précédemment pour moitié chacune des *regiones* constituées par l'*adjudicatio* (1).

On conçoit que cette doctrine entraînait des inconvénients, parce qu'elle nuisait à la sécurité des partages, en laissant chaque copartageant exposé à subir les hypothèques constituées pendant l'indivision par ses co-intéressés. Il fallait donc, lors du partage, tenir compte de cet état de choses. Ulpien, dans la loi 6, § 8, *Comm.*

(1) Il est remarquable que l'expédient rejeté par Gaius avait paru admissible à certains esprits. La loi 31, de *Usu et Usuf.*, D. (33-2), nous apprend que Trébatius, avait pensé, à l'occasion d'un droit réel, qui, comme l'hypothèque, peut affecter une propriété indivise, qu'après le partage l'usufruit devait être cantonné sur ce qui avait été attribué au nu-propriétaire en exonérant le surplus de l'héritage. Mais Labéon, suivant le rapport de Javolenus, critiquait ce système, par ce motif que le juge de l'action en partage ne pouvait pas altérer le droit d'une partie étrangère à l'instance, « *non potuisse arbitrum, inter alios judicando, alterius jus mutare.* C'est cette doctrine plus exacte, mais moins commode, qui avait prévalu. Le jurisconsulte ajoute : « *Quod et receptum est.* »

*Divid.* (n° XI), répète la doctrine de Labéon et de Gaius, et maintient intacte l'hypothèque créée par l'un des copropriétaires, tant dans l'hypothèse où le fonds commun a été adjugé en entier au *socius* non débiteur (c'est celle à laquelle font allusion ces mots : « *etiamsi adjudicatus fuerit* »), que dans l'hypothèse où il y aurait eu partage en nature, (cas prévu dans cette partie du texte : « *nam et si pars socio tradita fuisset* »). Mais le jurisconsulte nous dit que le juge devra prendre en considération cette charge qui grève la part indivise de l'un des copartageants, et que par suite il ne devra l'estimer que déduction faite du montant de la dette hypothécaire. On ne pourra toutefois procéder ainsi qu'autant que la situation hypothécaire de l'immeuble sera bien connue, ce qui suppose que les copartageants seront toujours de bonne foi. Nous avons vu en effet que la législation romaine n'avait organisé aucun mode de publicité quant aux hypothèques, dont la constitution devait rester bien souvent occulte.

Nous trouvons, dans la loi 3, § 2, *Qui Pot.* (n° XII), un autre moyen de parer aux conséquences du maintien des hypothèques sur les parts indivises, nonobstant le partage. Ce texte suppose un partage intervenant entre deux frères, dont l'un avait hypothéqué sa part durant l'indivision. Celui-là, pour mettre son frère à l'abri de tout préjudice, lui donne le droit, pour le cas où l'hypothèque ne serait pas éteinte, de vendre la moitié du lot échu à lui débiteur. Papinien voit dans cette convention la constitution d'une hypothèque, ce qui pouvait faire difficulté, les parties n'ayant pas dit formellement qu'il y aurait *pignus obligatio rei*. Le lot du copartageant débiteur va donc se trouver grevé de deux hypothèques, l'une

consentie au profit d'un tiers avant le partage, l'autre constituée en faveur du frère au moment du partage. Mais entre ces deux créanciers il n'y aura pas d'ordre à établir, malgré la différence de date des deux créances. Chacune des deux hypothèques a en effet une assiette particulière. Celle du tiers frappe la moitié indivise qu'avait le débiteur avant le partage; celle du frère a pour objet l'autre moitié indivise que le débiteur a acquise en vertu du partage.

Ces difficultés ne se rencontrent pas dans notre droit, qui a substitué à la doctrine romaine, expression de la réalité des choses, une fiction consistant à considérer chaque copartageant comme n'ayant jamais été propriétaire que des objets échus à son lot, et n'ayant eu aucun droit sur les autres biens communs (art. 880 C. Nap.) On efface ainsi rétroactivement l'indivision, qui est regardée comme non avenue; et aucun des intéressés n'a à redouter sur les objets qui lui sont attribués par le partage des hypothèques, qui ne peuvent porter coup, puisqu'elles sont censées émaner *a non domino*. L'idée est ancienne assurément, puisque, au siècle d'Auguste, elle avait été proposée par Trébatius. Mais malgré l'autorité dont jouissait Trébatius (*cujus auctoritas maxima erat pr. Instit. de Codic.*), cette doctrine n'avait pu trouver grâce devant la logique rigoureuse de la jurisprudence romaine. Elle devait faire fortune plus tard, et servir, sous la plume de nos anciens légistes, à combattre les exactions du régime féodal, en exemptant des droits dus au seigneur en cas d'aliénation, les mutations à titre de partage. Elle a survécu aux causes qui l'avaient fait admettre. L'Etat a respecté cette fiction pour la perception de l'impôt de mutation; et dans le droit civil, elle a l'avantage de sup-

primer les inconvénients qui avaient frappé, il y a plus de dix-huit siècles, un jurisconsulte romain.

§ 2. — *Indivisibilité de l'hypothèque.*

Un caractère important, attaché à l'hypothèque en droit romain, et qui a passé dans notre législation (art. 2114 C. Nap.) consiste en ce qu'elle est considérée comme indivisible : « *tota in toto et in qualibet parte,* » suivant l'expression de Dumoulin. Comme conséquence de cette indivisibilité, il faut dire que, quelle que soit la parcelle de la chose hypothéquée qui se trouve entre les mains d'un détenteur, celui-ci n'échappera pas à l'action hypothécaire, lors même que le surplus des biens affectés pourrait paraître plus que suffisant pour assurer le paiement. Cette prérogative de l'hypothèque devient surtout importante après le décès du débiteur. L'obligation va se diviser, suivant un principe qui remonte à la loi des XII Tables, entre les héritiers, dont chacun ne sera tenu personnellement que pour sa part héréditaire. L'hypothèque au contraire échappera à ce morcellement ; et chaque héritier, possédant une partie quelconque des objets affectés, pourra être poursuivi hypothécairement pour le tout, de manière à être obligé de payer intégralement, ou de délaisser ce qu'il détient, « *in solidum, ut vel totum debitum reddat, vel eo quod detinet cedat* (1). » D'un autre côté l'acquittement d'une portion de la dette n'a pas pour effet de dégager les biens hypothéqués, dont aucune fraction, soit déterminée, soit par indivis, ne se trouvera libérée. Tant qu'il n'y aura pas eu paiement intégral, tout ce qui a été hypothéqué continuera à

(1) L. 2, *Si Un. ex Plur. C.* (8-32).

être grevé pour garantir le paiement de l'excédant. C'est cette idée qu'exprime Ulpien, dans la loi 19, de *Pign. et Hyp.* (n° I), en décidant que le créancier qui a reçu hypothèque sur plusieurs choses n'est pas tenu d'en libérer une, avant d'avoir touché la totalité de ce qui lui est dû.

Si c'est le créancier hypothécaire qui meurt, laissant plusieurs héritiers, le bénéfice de l'hypothèque étant commun aux héritiers, il y aura lieu à un partage à cet égard ; ce sera l'un des objets de l'action *familiae eriscundae*, nous dit Paul, dans la loi 29, (n° II), où le jurisconsulte suppose qu'il y a eu *pignus*, et que les héritiers, à la suite de leur auteur, possèdent la chose. En pareil cas, on ne procédait pas à un partage en nature ; on trouvait plus commode d'adjuger la chose à l'un des cohéritiers, qui payait à chacun des autres sa part dans la dette, « *pro parte coheredi erit damnandus.* » Il n'y aura pas de difficulté, si la valeur de l'objet engagé dépasse le montant de la dette. L'estimation de la part des cohéritiers ne doit jamais être supérieure à leur part dans la créance, comme le dit Ulpien, dans la loi 7, § 12, *Comm. Divid. D.* (10-3). En supposant deux héritiers dont l'auteur a reçu, pour une dette de 800, à titre de *pignus* une chose valant 1000, Primus au profit duquel se fera l'adjudication, ne devra pas être condamné à payer 500 à Secundus, mais seulement 400. Primus, en effet, n'acquiert pas par cette adjudication la propriété de la moitié de la *res pignerata*, mais uniquement le *jus pignoris* qu'avait son cohéritier et qui ne lui permettait pas de se faire payer au-delà de 400. Aussi Primus sera-t-il obligé de restituer la chose au débiteur, qui conserve le droit de reprendre le *pignus* nonobstant l'adjudication, en payant la dette, c'est-à-dire 800 ; « *li-*

*centia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus luere* dit Ulpien, *loc. cit.* Quand, au contraire, la chose engagée est inférieure au montant de la dette, si par exemple elle ne vaut pas 800, il faudra ouvrir une licitation entre les héritiers. *Le pignus* sera adjugé à celui des héritiers qui offrira le prix le plus considérable, à la charge par lui de payer à ses cohéritiers leur part dans ce prix, sauf à eux à exercer l'action personnelle pour obtenir le paiement de l'excédant. Paul nous dit que l'héritier adjudicataire ne peut pas exiger de son cohéritier que celui-ci le garantisse des poursuites du débiteur (1). Cette précaution est inutile, parce que le débiteur n'est recevable à exercer l'action *pigneratitia directa* en restitution du *pignus* qu'à la condition d'indemniser le créancier des dépenses utiles que celui-ci a faites pour se maintenir en possession. L'adjudicataire est assimilé à celui qui, pour se soustraire à l'action hypothécaire, aurait désintéressé le créancier en lui payant la *litis aestimatio*. Si le débiteur veut revendiquer contre ce détenteur sans tenir compte de ce que celui-ci a déboursé pour éteindre l'hypothèque, l'exception de dol viendra paralyser l'action en revendication. C'est la décision qu'on retrouve dans la loi 2, *Quib. Mod. Ptg. D.* (20-6). Nous pensons que Paul ne fait que continuer cette comparaison dans la phrase suivante: « *contra quoque...* » qui n'est que l'application au cohéritier de ce qui vient d'être dit quant au tiers détenteur. Il faut toujours supposer l'adjudicataire défendeur à l'action *pigneratitia directa*, qu'il pourra écarter si le débiteur

(1) Ces mots : *nec cavere debet* doivent s'appliquer à l'héritier non adjudicataire, comme l'exige le sens de la loi ; le sujet n'est pas le même que dans la phrase précédente.

n'est pas disposé à dégager toute la chose. L'expression *contra* n'indique pas nécessairement la transition à une idée opposée; elle est aussi employée quelquefois dans le sens de *rursus*. C'est comme si le jurisconsulte disait: de son côté, l'adjudicataire, etc.... Cependant les commentateurs, en général, Cujas notamment (1), entendent ce passage de l'exercice de l'action *pignoratitia contraria*, qui appartiendrait à l'héritier adjudicataire, pour forcer le débiteur à reprendre immédiatement la chose, en lui remboursant sa créance et les avances qu'il a faites. Nous avons peine à croire que la mort du créancier puisse aggraver la position du débiteur, et lui faire perdre le bénéfice du terme. Ce n'est qu'à la fin du fragment que le jurisconsulte parle d'une action donnée au créancier, pour se faire rembourser les dépenses nécessaires que lui aurait occasionnées la conservation du gage. «*Ultero etiam est actio creditori.*» Cette *actio*, qui n'est autre que *l'actio pignoratitia contraria* nous semble indiquée en dernière ligne, comme une idée nouvelle; mais avant d'arriver à la mentionner, le jurisconsulte s'est placé en présence d'une autre hypothèse, qui n'est pas celle dont il s'occupait d'abord.

Ce cas différent est celui où un créancier, qui n'avait obtenu un *pignus* que sur une part indivise, se serait rendu acquéreur de la part qui n'appartenait point à son débiteur. C'est l'espèce prévue par Ulpien, dans la loi 7, § 13 *Comm. Divid. D.* (10-3). Le créancier, qui a fait en cela un acte volontaire, ne peut pas imposer au débiteur disposé à payer sa dette pour dégager sa part indivise, la

(1) In lib. XXIII. Paul. *ad. Ed. ad h. l. t. 6*, p. 339 et suiv.; et *Récit. Sol. ad Div. Tit. Dig. t. 7*, p. 546 et suiv.

nécessité de prendre toute la chose, en lui remboursant son prix d'acquisition. Il n'aurait le droit d'élever cette prétention qu'autant qu'il aurait été contraint à se rendre acquéreur pour ne pas être dépouillé du *pignus*, parce qu'il y aurait eu une licitation provoquée de la part du copropriétaire, ou d'un créancier du copropriétaire. Telle est la décision d'Ulpien, *loc. cit.*, à laquelle Paul adhère implicitement, quand il fait la distinction suivante : « *adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria* (1). » Cependant notre loi 29 ne sépare le créancier acquéreur forcé par adjudication, et le créancier acquéreur volontaire par un achat qu'autant que la licitation au profit du premier a eu lieu loyalement, et non quand il a enchéri outre mesure, en payant la chose plus qu'elle ne valait ; « *nisi si objiciatur creditori quod animose licitus sit* ». Ce sera une appréciation à faire de la part du juge. Le créancier est en quelque sorte le mandataire du débiteur ; et il ne peut lui imposer les actes qu'il a accomplis en cette qualité, que si le mandat a été bien rempli. Dans le cas où il n'y aurait aucun reproche à lui adresser, ce ne sera pas seulement par voie d'exception que le créancier pourra refuser la restitution du *pignus*, si le débiteur ne veut pas l'indemniser ; il aura même à cet égard la ressource de l'action *contraria*. Il dira au débiteur : j'ai fait des dépenses indispensables pour vous conserver la propriété de votre chose ; vous êtes tenu de me les rembourser en vertu des obligations que fait naître le contrat de gage. Mais dans l'espèce de deux héritiers du créancier qui procèdent à une *adjudicatio* pour leur commodité ; il n'y a

(1) Cette doctrine équitable a été admise par notre législation dans une hypothèse analogue, art. 1667 C. Nap.

pas eu propriété conservée au débiteur par celui qui s'est porté adjudicataire. Toute base manque donc pour l'*actio pigneratitia contraria*.

Papinien prévoit dans la loi 65 *de Evict.* (n° III) une question qui présente l'application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il s'agit de deux héritiers qui vendent une chose hypothéquée du chef de leur auteur. En vendant, ils promettent, chacun pour leur part héréditaire, que nous supposons égale, de garantir l'acheteur en cas d'éviction; c'est-à-dire qu'il intervient une *stipulatio duplex* usitée chez les Romains en pareille matière, et consistant, dans l'engagement pris par le vendeur, au moyen d'une stipulation, de restituer le double du prix à l'acheteur évincé. L'un des héritiers, Primus, paie sa part, la moitié de la dette hypothécaire. Bien que le jurisconsulte dise que par ce paiement le *pignus* est libéré pour partie, cela n'est vrai qu'en ce sens qu'il eût suffi désormais du paiement de l'autre moitié de la dette pour dégager entièrement la chose. Mais l'autre héritier, Secundus, ne s'acquitte pas de ce qu'il doit. Le créancier, par l'effet de l'action hypothécaire, dépouille l'acheteur pour la totalité, et non pour une moitié indivise, suivant la règle qui soumet le *pignus* tout entier aux poursuites du créancier, tant qu'il reste une fraction quelconque de la dette en souffrance : règle énoncée notamment dans la loi 8, § 2 *de Pign. Act. D.* (13-7) « *si unus ex heredibus portionem suam solverit tamen tota res pignori data venire poterit quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset* ». On demande à Papinien si chacun des héritiers est passible de l'action *ex stipulatu*, tant celui qui a satisfait à son obligation vis-à-vis du

créancier, que celui qui y a manqué. Il répond affirmativement, en invoquant l'indivisibilité de l'hypothèque, « *propter indivisam pignoris causam* », qui a exposé l'acheteur à une éviction complète. Dans cette position, l'héritier Primus n'aura pas, ajoute-t-il, la ressource de l'exception de dol, pour contraindre l'acheteur à lui céder ses actions contre son cohéritier. On ne peut, dans l'espèce, assimiler les héritiers à deux *rei promittendi* (1). Ils n'ont pas promis *in solidum* la garantie de l'éviction, mais seulement *pro partibus hereditariis*. Il serait inique de forcer l'acheteur à céder à Primus son action contre

(1) Ce texte de Papinien est remarquable à un autre point de vue, en ce qu'il est le seul qui nous apprenne que la jurisprudence romaine avait admis le bénéfice de cession d'actions au profit du *correus promittendi*. On sait que, contrairement à notre législation en matière de solidarité, le droit romain ne présumait pas une association entre les *correi promittendi*, et que celui d'entre eux qui avait payé n'avait de recours contre ses codébiteurs qu'à la charge de démontrer qu'il existait une *societas*. L'expédient de la cession d'actions aura pour résultat équitable d'établir un équilibre de position entre les *correi*, et de ne pas laisser celui des débiteurs, qu'il plaira au créancier de choisir, seul exposé au fardeau de la dette, à défaut par lui de prouver que l'obligation ne le concernait pas exclusivement. — Nous voyons en même temps par la loi 65 que le moyen d'obtenir la cession d'actions consistait dans l'exception de dol. Il faut donc supposer, d'après les principes connus sur le jeu des exceptions dans la procédure romaine, qu'il y a débat sur le point de savoir si en refusant la cession d'actions, le créancier se rend coupable d'un dol. Nous devons, en effet, écarter le cas où ce dernier avouerait qu'il a des actions, dont il ne voudrait pas faire cession, malgré le paiement qui lui est offert; car alors son dol est constant, et le magistrat ne lui accordera pas l'action qu'il réclame. Mais peut-être nie-t-il frauduleusement qu'il n'a pas des actions à céder, tandis que le défendeur soutient qu'elles existent dans ses mains. S'il prétend qu'il a perdu ces actions, en concluant avec le *correus* un pacte de *non petendo*, ou en renonçant aux hypothèques qui lui avaient été données, le débat pourra s'engager sur la question de savoir si, en faisant ces remises, le créancier n'a pas commis un dol. Il s'en sera rendu coupable sans aucun doute, si ces actes sont postérieurs à l'intention de payer, sauf cession d'actions, manifestée par le débiteur.

**Secundus.** Elle lui est nécessaire pour obtenir une condamnation contre ce dernier ; car il ne peut exiger de Primus que la moitié de la somme promise au cas d'éviction. Il n'y a donc aucun dol de sa part à retenir cette action. Mais la voie de l'action en partage de l'hérédité, *familiæ erciscundæ*, sera ouverte à Primus contre Secundus, qui par sa négligence lui a fait éprouver une perte. Cette action comprend en effet la réparation de tous les dommages qu'un cohéritier a pu occasionner par sa conduite à l'égard des choses héréditaires. Il n'y a pas à distinguer, dit le jurisconsulte, si le cohéritier qui se plaint a libéré le gage en totalité, ou s'il n'a payé que sa part. Cette réflexion a sans doute pour but de prévenir l'objection qu'on chercherait à tirer de cette circonstance que Primus n'a payé la dette que pour sa part : dès lors, pourrait-on dire, il n'a pas fait l'affaire de l'hérédité, mais la sienne propre ; et il ne doit pouvoir exercer l'action *familiæ erciscundæ* qu'autant qu'en payant la totalité il aurait accompli un acte profitable à toute l'hérédité. Papinien fait observer que l'action prend sa source non pas précisément dans le paiement effectué par Primus, mais bien dans le défaut de paiement imputable à Secundus. La négligence de ce dernier a entraîné un préjudice à l'occasion d'une chose héréditaire, dont elle a amené l'éviction ; c'est ce préjudice dont la responsabilité peut être poursuivie par l'action *familiæ erciscundæ*.

La règle de l'indivisibilité de l'hypothèque n'a-t-elle pas été méconnue par Justinien, dans la constitution qui a créé sur les biens de la succession une hypothèque légale au profit des légataires ? L. 1, *Comm. de Leg. C.*

(6-43). Il a décidé en effet que l'action hypothécaire ne pourrait atteindre chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il serait tenu de payer par la voie de l'action personnelle, «*in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.*» Notre législateur, au contraire, n'admet pas une pareille division ; d'après l'art. 1017 C. N., chaque héritier ou débiteur du legs est tenu personnellement pour sa part, et *hypothécairement pour le tout*. Sur ce point, il faut le reconnaître, l'avantage de l'exactitude appartient à la législation romaine, et non à la nôtre. L'hypothèque étant l'accessoire d'une créance, elle ne peut prétendre aux avantages qui lui sont naturels que dans la limite de la créance à laquelle elle se rattache. Quand le défunt était de son vivant débiteur sous hypothèque, il est certain que cette hypothèque unique, qui a été constituée pour une dette unique, reste indivisible après la mort du débiteur, malgré la division de l'action personnelle entre les héritiers. Mais il n'a jamais existé de créance à la charge du testateur en faveur du légataire. L'obligation ne commence que dans la personne des héritiers, qui par le quasi-contrat d'adition de l'hérédité se soumettent au paiement des legs. Il ya par conséquent autant de dettes distinctes à cet égard qu'il y a d'héritiers ou de parts héréditaires, en admettant que le défunt n'a pas imposé particulièrement à tel ou tel héritier la charge du legs. Si l'on suppose deux héritiers institués pour parts égales, et un legs de 20,000, il en résultera deux créances de 10,000, dont chacune va peser sur chacun des héritiers. Le légataire acquiert donc une double créance contre deux personnes différentes. Il a dès lors deux hypothèques distinctes, et

ce n'est pas contrarier l'indivisibilité propre à l'hypothèque que de mesurer l'action hypothécaire au montant de la dette, à l'encontre des biens recueillis dans la succession par chaque débiteur.

On a fait observer toutefois, et avec raison, nous le croyons, que l'héritier en droit romain ne devait plus, après le partage, avoir la prétention de restreindre l'action hypothécaire exercée contre lui, à l'occasion des objets héréditaires mis dans son lot, dans les limites de ce dont il est tenu personnellement. Il pouvait alors, par la voie hypothécaire, être contraint à payer le legs entier, le légataire ayant sur chaque effet de la succession un droit hypothécaire pour toute sa créance : savoir sur la part de tenue *jure hereditario* par l'héritier attaqué, parce que celui-ci n'a recueilli cette part que grevée d'une hypothèque à raison de sa dette personnelle envers le légataire, et sur les parts acquises par l'adjudication, parce que l'adjudication renferme une aliénation, et que les parts acquises par l'adjudicataire ne lui ont passé que sous la charge de l'hypothèque dont elles étaient affectées pour la dette des cohéritiers envers le légataire. On arrivait donc, en droit romain, quoique par des principes différents, à un résultat analogue à celui que consacre notre législation. La faculté pour le légataire d'agir hypothécairement *in solidum* après le partage contre l'héritier auquel il s'adressait était la conséquence de ces deux règles : l'une que le partage est translatif de propriété (principe répudié aujourd'hui) ; l'autre, également vraie de nos jours, que l'hypothèque suit la chose grevée entre les mains de l'acquéreur.

Reprenons l'hypothèse précédemment indiquée : il y a deux héritiers pour parts égales, un legs de 20,000 ;

nous ajouterons que la succession se compose de deux immeubles, dont chacun a une valeur de 20,000. Il est incontestable que, si le légataire agit durant l'indivision, il peut obtenir hypothécairement les 20,000 qui lui sont dus, en faisant vendre à son choix l'un ou l'autre des immeubles; car chacune des moitiés de ces immeubles est grevée à son profit d'une hypothèque de 10,000. Il en serait de même dans le cas où les héritiers auraient vendu la succession; l'acquéreur serait tenu hypothécairement de payer 20,000, quel que fût l'immeuble à raison duquel le légataire intenterait l'action hypothécaire. Est-il possible d'admettre qu'alors qu'il aura plu aux héritiers d'opérer un partage, les droits du légataire se trouveront réduits de moitié, de telle sorte qu'il n'aura plus désormais qu'une hypothèque de 10,000 sur l'immeuble A, et une hypothèque pareille sur l'immeuble B? Si l'un des immeubles venait à périr, le légataire ne serait plus assuré du paiement intégral de son legs, puisque l'immeuble qui resterait ne serait affecté que pour partie.

Il faut néanmoins se garder d'admettre une identité absolue entre les deux législations.

En droit romain, il y avait autant d'hypothèques distinctes que de dettes distinctes; et ces hypothèques séparées portaient sur les fractions indivises des immeubles héréditaires. Dès lors, l'héritier, qui payait sa part comme débiteur personnel, libérait une part indivise de l'immeuble qu'il détenait. Primus, par exemple, en acquittant 10,000, possédait désormais la moitié indivise de l'immeuble A libre d'hypothèque. S'il reste encore soumis à l'action hypothécaire, c'est comme acquéreur d'une moitié indivise. Par suite, il pourra échapper

à l'action, en délaissant cette moitié indivise, et ne sera pas obligé de faire l'abandon du tout. Chez nous, au contraire, la loi établit une hypothèque unique, qui frappe en totalité chaque immeuble de la succession. Par conséquent, l'héritier, qui se serait dégagé de l'action personnelle par le paiement de la portion du legs dont il est débiteur, n'échappera à l'hypothèque pour aucune fraction des immeubles héréditaires qu'il possède, parce qu'ils sont frappés en entier d'une seule et même hypothèque.

Sous un autre rapport, le principe moderne, quant aux effets du partage, protège l'héritier dans un cas où le droit romain l'aurait laissé exposé à une perte. Il peut arriver en effet que le testateur ait mis le legs à la charge exclusive d'un seul héritier. Or, comme l'art. 1017 ne greve de l'hypothèque *in solidum* les successeurs qu'en qualité de *débiteurs*, il s'ensuit que l'héritier exonéré de l'obligation au legs ne devra rien même hypothécairement au légataire, puisqu'il est censé avoir recueilli directement du défunt tout ce qui lui advient par l'effet du partage. En supposant, sous l'empire de la législation romaine, une disposition testamentaire analogue, l'héritier non débiteur du legs se trouverait au contraire atteint par l'action hypothécaire quant à la portion que le partage lui aurait fait acquérir, et pour laquelle il aurait pour auteur l'héritier spécialement grevé du legs.

Il faut, en terminant, remarquer que si l'indivisibilité est un des caractères de l'hypothèque, ce caractère ne lui est pas essentiel, c'est-à-dire que la convention des parties pourrait le supprimer. C'est en ce sens que notre art. 2114 dit que l'hypothèque est de *sa nature* indivi-

sible. Ainsi il pourrait être convenu entre le créancier et le débiteur, lors de la constitution de l'hypothèque, que le paiement de la moitié de la dette libérerait la moitié indivise de la chose affectée. Ce qui est possible *ab initio* peut être également l'objet d'une convention faite après coup. C'est ce que décide Marcien dans la loi 7 § 3 (n° IV). Si l'on est convenu, dit-il, que la moitié indivise cessera d'être hypothéquée, quelle que soit la partie matérielle de ce fonds qui sera demandée contre un possesseur quelconque, la moitié par indivis ne pourra pas être comprise dans la demande.

### § 3. — *Comment s'éteint l'hypothèque.*

L'hypothèque n'étant, ainsi que nous l'avons dit, qu'un droit accessoire attaché à une créance, il semblerait naturel de décider que toutes les fois que la créance est considérée comme éteinte par le droit civil, l'hypothèque ne doit pas survivre. Telle n'était cependant pas la doctrine des Romains, qui séparaient précisément l'existence de la créance et celle de l'hypothèque. L'édit du préteur avait fixé des conditions particulières pour la durée de l'action hypothécaire. Il fallait, pour l'écarter, que la dette eût été payée, ou que le créancier eût reçu satisfaction d'une autre manière; sinon, l'action hypothécaire subsistait. « *Suas condiciones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet.* l. 13, § 4 (n° I). Notre texte fait l'application de cette règle au cas où le créancier aurait obtenu condamnation contre son débiteur. D'après les principes de la législation romaine sur les effets de l'exercice d'un droit en justice, principes qui nous ont

été clairement révélés par Gaius, 3-180, le simple fait de la *litis contestatio* ou de la délivrance de la formule suffisait pour éteindre la créance qui avait été une fois *deducta in iudicium*; ce qui tantôt s'opérait *ipso jure*, tantôt au moyen de l'exception *rei in iudicium deductæ*. On ne pouvait plus dire alors *debitorem dare oportere*, mais bien *condemnari oportere*. Quand la condamnation était intervenue, elle faisait disparaître à son tour la créance produite par la *litis contestatio*, pour lui en substituer une nouvelle, qu'on exprimait en ces termes: *post condemnationem iudicatum facere oportere*. Mais l'hypothèque, grâce aux conditions spéciales qui la gouvernaient, se maintenait malgré les transformations qu'avait subies le droit primitif auquel elle était attachée. Ainsi, nous dit Marcien, l'action hypothécaire subsiste au profit du créancier, bien qu'il ait agi contre un *defensor*, c'est-à-dire contre une personne qui est venue prendre la défense du débiteur, en acceptant le *iudicium*, et en s'exposant à une condamnation en son nom. Ce *defensor*, cependant, a dû fournir une *satisfactio* pour assurer le paiement de la condamnation, d'après la règle ancienne conservée par Justinien: « *nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur* ». Malgré cette garantie acquise par le créancier, il ne perd pas le bénéfice de l'hypothèque. Il en est de même, à plus forte raison, puisqu'en ce cas il n'obtient pas de *satisfactio*, quand le créancier a poursuivi les personnes engagées envers lui, soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur, l'un ou l'autre *in solidum*, ou chacun d'eux pour partie. En vain les a-t-il fait condamner, il n'est pas réputé satisfait, quoiqu'il ait la ressource de l'action *iudicati*.

Que le créancier conserve l'avantage de son hypothèque, nonobstant les condamnations qu'il a obtenues, on le conçoit facilement. Une condamnation peut être inefficace à raison de l'insolvabilité du débiteur; et c'est principalement pour mettre à l'abri de ce danger qu'est précieuse l'hypothèque, en sa qualité de droit réel.—On objecterait vainement qu'il y a eu novation judiciaire; cette espèce de novation ne peut pas être imputée à faute au créancier. Elle était inévitable pour lui, puisqu'elle a été amenée par le fait du débiteur qui a manqué de remplir ses engagements. Il en serait autrement si le créancier avait fait une novation conventionnelle. Ici on peut dire que c'est de son plein gré qu'il a renoncé à l'ancienne créance avec ses accessoires. S'il n'a pas été payé, il a du moins obtenu une satisfaction. Il y a dans la novation une sorte de dation en paiement; le créancier accepte, au lieu de ce qui lui est dû, la garantie que lui offre la nouvelle créance. Ce n'est qu'au moyen d'une réserve formelle qu'il pourrait rattacher à la seconde dette les hypothèques créées pour la première. Cette différence, entre la novation judiciaire ou forcée et la novation conventionnelle ou volontaire, se trouve indiquée par Ulpien, dans la loi 11, pr. et § 1 (n° II). On n'assimilera pas, dit-il, à un paiement la *litis contestatio* faite avec le débiteur, ou les poursuites dirigées contre le fidéjusseur. Le créancier conserve ses hypothèques dans l'un et l'autre cas, sans avoir besoin de les réserver, comme il devrait le faire s'il consentait à une novation.

D'autres textes mentionnent cette distinction fort raisonnable entre les deux espèces de novation. Ainsi Paul nous apprend que, quand il y a novation régulièrement consentie, les hypothèques et le *pignus* sont libérés; que

les intérêts cessent de courir, si l'ancienne créance en produisait : « *novatione legitime facta, liberantur hypothecæ et pignus, usuræ non currunt* », l. 18, de *Novat.* D. (46-2). Il est vraisemblable que le jurisconsulte ajoutait qu'on devait arriver à une solution contraire, lorsque la novation résultait de la *litis contestatio*. L'antithèse ne se trouve formellement établie que relativement aux intérêts, à l'égard desquels la loi 35, de *Usur.* D. (22-1) contient cette décision : « *lite contestata usuræ currunt* », ce qui signifie que, malgré la *litis contestatio* et la novation qui en dérive, le créancier, qui avait droit à des intérêts, continue à pouvoir les exiger. Ce texte doit évidemment se rattacher à la loi 18 précédemment citée, et a pour but d'indiquer la différence d'efficacité entre les deux espèces de novation admises en droit romain. C'est ce que l'on est bien autorisé à conjecturer, si l'on remarque que les deux fragments en question sont extraits du même ouvrage de Paul, et de la même partie de cet ouvrage, du livre 57, *ad Edictum*.

La même doctrine est répétée par Paul dans la loi 29, de *Novat.* (n° III). Le jurisconsulte oppose encore ici l'une à l'autre les deux novations, pour leur attribuer des effets différents, notamment quant à la conservation du *privilegium*(1). Il termine par cette observation générale, qu'on retrouve dans d'autres textes, savoir que le demandeur, en exerçant son action, améliore sa position, au lieu de l'empirer ; ce qu'il applique au cas où il s'a-

(1) Voyez plus haut p. 111, ce qu'il faut entendre par *privilegium*. Les expressions : *si id specialiter actum est*, ont été ajoutées par Tribonien au texte de Paul, afin de le mettre en harmonie avec le droit résultant de la loi 8, de *Novat.*, C. (8-12), qui exige une déclaration formelle de l'intention de *nover*. Voyez aussi le § 3, *Instit. Quib. Mod. Obl. Toll.*, liv. 3, tit 29

girait d'une action susceptible de s'éteindre, quant à la faculté de l'intenter, soit par un certain laps de temps, soit par le décès de l'une des parties. De là cet adage connu : « *omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt semel incluse judicio salvæ permanent.* » L. 139, pr. de Reg. Jur.

Mais comment concilier cette maxime avec la règle également certaine, d'après laquelle le créancier, qui avait plusieurs *correi*, ou bien un *reus* et un *fidejussor*, consommait son droit d'une manière absolue, par cela seul qu'il avait obtenu une formule d'action contre l'un des obligés ? Cette règle est énoncée par Paul, Sent. liv. 2, tit. 17, § 16 ; et elle sert de base à plusieurs textes des Pandectes, par exemple à la loi 2, de Duob. Re. D. (45-2) qui met sur la même ligne la *petitio* et l'*acceptilatio* à l'égard d'un seul des débiteurs. Cet état de choses a subsisté jusqu'à Justinien, qui l'a abrogé en 531, par la constitution 28, de Fidej. C. (8-41), pour y substituer le principe conservé dans notre droit, suivant lequel les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires laissent le droit entier vis-à-vis des autres, tant qu'il n'y a pas eu paiement obtenu.

Nous croyons qu'il faut se contenter sur ce point de l'explication usuelle, tirée des effets de la *litis contestatio*, combinés avec ce point de vue, dont la portée était exagérée, que les *correi promittendi* ou le *reus* et le *fidejussor* se trouvaient engagés dans la même obligation. Cependant cette explication a rencontré des contradicteurs, qui la jugent incompatible avec les règles du droit romain sur la novation judiciaire, dont nous avons parlé plus haut. Pour se rendre compte du résultat qui se produisait, il faut, disent-ils, envisager l'obligation corréale,

non pas comme faisant naître dès le moment du contrat autant de créances qu'il y a de débiteurs, mais seulement comme donnant lieu à une créance unique, dont le sujet passif reste indéterminé, jusqu'à ce que l'exercice de l'action vienne le fixer. On ne peut pas dire qu'ils soient tous dès l'origine débiteurs ; ils sont seulement indistinctement exposés à être grevés d'une dette, qui ne peut porter que sur l'un d'eux ; et l'avenir se chargera de faire connaître quel est celui qui subira ce rôle, quand il y aura procès intenté contre tel ou tel. Dans ce cas l'incertitude disparaît ; mais il n'y a pas réduction d'un droit antérieur, parce qu'il s'agissait d'un droit, qui ne s'est formé qu'*alternativement* contre celui-ci ou celui-là.

Cette manière de considérer les choses ne dénoue pas à nos yeux la difficulté ; elle se borne à énoncer le problème, sans lui donner de solution. Tout le monde admet que, dans une obligation corréale, le procès une fois intenté, ce sera comme s'il n'y avait eu qu'une créance, *alternativement* contre l'un ou l'autre des *correi*. Mais pourquoi en est-il ainsi ? Telle est la véritable question. Quand quelqu'un fait promettre la même chose à plusieurs personnes en qualité de *correi*, on comprend bien qu'il ne puisse la recevoir qu'une fois, mais non pas que ne l'ayant point reçue, il ne puisse plus la demander à l'un, pour l'avoir vainement réclamée de l'autre. Cette idée d'une obligation unique, restant en suspens jusqu'à l'action, nous semble repoussée par les jurisconsultes. La loi 5, *de Fidej. D.* (46-1) distingue nettement en pareil cas une pluralité d'obligations. Si l'un des *rei promittendi* succède à l'autre, nous dit Ulpien, « *duas obligationes sustinet.* » Si l'on suppose que l'un des costipulants

devient héritier de l'autre, ce qui est le même point de vue, le jurisconsulte se sert des mêmes expressions, « *duas species obligationis sustinebit.* » Toutefois il ne pourra agir qu'en vertu d'une seule. L'une d'elles est-elle *deducta in judicio*, elles se trouvent toutes deux anéanties, « *utramque consumet.* » La raison en est donnée : « *videlicet, quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.* » Donc il existait deux obligations ; mais comme elles se ramenaient à la même dette quant à leur objet, on décidait que la litis contestation, qui éteignait l'une, produisait le même effet quant à l'autre. C'était là, si l'on veut, une manière de raisonner, qui manquait d'exactitude, qui n'était pas en harmonie avec la possibilité d'une diversité dans le lien des obligations, dont l'une pouvait être pure et simple, tandis que l'autre était à terme ou conditionnelle. Le point de vue peut donc être critiquable ; mais il nous paraît avoir été celui des Romains. Si l'on fait attention aux termes de la constitution, qui a fait disparaître cet inconvénient, on se convaincra encore que la source en était dans les effets de la novation judiciaire, « *contestatione contra unum,* » dit Justinien.

Pour établir que la litis contestation, avec ses conséquences, était hors de cause, et que tout se réduisait de la part du créancier à un choix à faire entre plusieurs, il faudrait démontrer qu'il ne lui était pas permis de poursuivre à la fois les différents débiteurs. Or nous voyons dans les textes qu'une action simultanée est possible contre tous les cofidéjusseurs, qui ne sont que des *correi* accessoires, l. 6, *de Fidej.* et *Nomin. D.* (27-7), l. 28, *de Appell. D.* (49-1) ; de même les divers *correi* principaux,

ou le *reus* et son *fidejussor* pouvaient être actionnés les uns et les autres, au moins chacun pour partie, l. 13, § 4 (n° 1), l. 3, § 1, de *Duob. Re. D.* (45-2). — Enfin, nous trouvons, dans la loi 3, de *Separat.*, une nouvelle preuve de cette vérité que le droit du créancier ne se borne pas à une option à faire entre ses différents débiteurs *in solidum*. Papinien nous enseigne qu'un créancier, qui avait à la fois un débiteur principal et un fidéjusseur, peut, au cas où le débiteur aurait succédé au fidéjusseur, réclamer la *separatio bonorum*. Le voilà donc qui fait son choix, et qui s'adresse au patrimoine du fidéjusseur, sur lequel il cherche à se faire payer en entier, si la chose est possible. Mais la succession est insolvable; le créancier n'obtient pas un paiement intégral. Pourra-t-il alors se retourner vers le débiteur principal? Papinien répond affirmativement; le choix qui avait été fait par le créancier ne l'arrête pas. Ce dernier, en effet, n'avait pas intenté une action, et éteint son droit par une novation; il avait seulement participé à la *venditio bonorum* effectuée sur l'un de ses débiteurs. Il y avait là tout ce qu'il faut pour consommer un droit d'option; mais la circonstance décisive de la *litis contestation* ne se rencontrait pas. Il est assurément très légitime de conclure à l'égard de deux *correi* de ce qui est dit pour un *reus* et un *fidejussor*; les règles étaient les mêmes dans les deux cas.

Le principe posé par le droit prétorien, relativement à la durée de l'action hypothécaire, principe qui sauvait l'hypothèque à la suite d'une *litis contestation* intervenue sur l'action personnelle, maintenait également les droits du créancier, au point de vue de l'hypothèque, dans différentes hypothèses où la faculté d'agir par une

autre voie était perdue pour lui. La loi 13, § 1 (n° IV) nous en fournit un exemple. Il s'agit d'un créancier qui a libéré son débiteur en recevant à sa place l'engagement d'une femme. Cette *expromission* est nulle, comme contraire au sénatus-consulte Velleien, qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui « *intercedere pro aliis* ». En pareil cas, si l'on venait au secours de la femme, en l'exonérant de sa promesse, ce ne devait pas être au détriment du créancier; celui-ci recouvrait l'ancienne position que lui avait fait perdre l'intervention de la femme. Mais il fallait préalablement s'adresser au magistrat pour obtenir cette restitution; « *cum mulieris persona subtrahatur creditori propter senatus-consultum, integra causa pristina restituenda est* (1). » Cette précaution était inutile au créancier, en ce qui concernait les *pignora* attachés à l'ancienne dette. Il pouvait *de plano* intenter l'action hypothécaire qui était restée intacte, puisque les conditions voulues pour amener l'extinction de l'hypothèque ne s'étaient pas réalisées.

La règle générale était que toutes les fois qu'une obligation naturelle survivait à la déchéance du droit d'action, l'hypothèque persistait. Cette règle est exprimée par Ulpien, dans la loi 14, § 1 (n° V).

Le droit romain nous présente des applications variées de ce principe. Ainsi, quand un débiteur avait subi une *minima capitis deminutio*, on sait qu'il était civilement libéré de ses obligations antérieures, sauf le remède d'une restitution prétorienne, au moyen d'une rescision de la *capitis minutio*. Mais si le créancier avait des hypothèques, il pouvait à cet égard se passer d'une resti-

(1) L. 14, ad *Sc<sup>um</sup> Vell.* D. (16-1).

tution, parce qu'il était admis que le débiteur restait toujours obligé naturellement. « *Illi, qui capite minuuntur, ex his causis, quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter.* » L. 2, § 2, de *Cap. Min. D.* (4-5).

Quand le créancier avait intenté sans réussir son action personnelle, si le défaut de succès ne tenait qu'à l'inobservation des règles de la procédure, les jurisconsultes romains admettaient, nonobstant la perte du procès, l'existence d'un *naturale debitum*, et par suite le maintien des hypothèques. Sous ce rapport, on pouvait pécher de plusieurs manières. En premier lieu, les délais accordés aux plaideurs, pour obtenir une condamnation en vertu de la formule qui leur avait été délivrée, étaient assez brefs. Gaius, 4-104, nous apprend que les *judicia legitima*, ne conservaient leur force, d'après les dispositions de la loi Julia, que pendant dix-huit mois; il ajoute : « *Et hoc est quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.* » L'efficacité de la formule était encore bien moins durable, quand ils'agissait d'un *judicium imperio continens*; il fallait alors faire juger le procès avant l'expiration des fonctions du magistrat qui avait organisé l'instance, Gaius, 4-105; sinon, on disait que le demandeur *litem tempore amiserat*. — S'il y avait *plus petitio* dans la formule, toute condamnation au profit du demandeur était impossible, bien que sa prétention fût fondée en grande partie; il était entièrement déchu de son droit, « *causa cadebat.* » — On peut en dire autant pour le cas où le créancier, qui n'aurait d'abord demandé de formule que pour une partie de ce qui lui était dû, aurait agi plus tard, mais sous la même préture quant au reliquat; de même pour le cas où ce-

lui, qui avait plusieurs affaires contre le même individu, s'étant borné à intenter l'action pour une seule, réclamerait ensuite une formule pour les autres, avant l'expiration de la préture. Il pouvait être repoussé, tantôt par l'exception *litis dividuæ*, tantôt par l'exception *litis residuæ*, Gai., 4-122; s'il échouait, ce n'était pas à raison de ce que son droit était mal fondé, mais uniquement par un vice de procédure.

C'est par une application de ce que nous appelons aujourd'hui une péremption d'instance qu'il faut expliquer la loi 30, § 1, (n° VI). Un esclave hypothéqué a été tué par un tiers; il n'y a pas de difficulté à donner au débiteur resté *dominus* l'action de la loi Aquilia. Mais, doit-on également l'accorder au créancier, sinon *directe*, parce qu'il n'est pas propriétaire, au moins *utile*, parce qu'il avait un *jus in re*? Cette question est surtout intéressante quand le débiteur est insolvable, ou quand, malgré la solvabilité du débiteur, le créancier ne peut se faire payer, parce que, dit le texte, il a perdu son procès à raison de l'expiration d'un certain temps, «*aut quod litem tempore amisit.*» Ces expressions se réfèrent évidemment aux règles sur la péremption de l'instance précédemment indiquées. Le jurisconsulte répond qu'il serait injuste de donner à la fois l'action de la loi Aquilia et au *dominus* et au créancier. Il faut se borner à l'accorder au créancier, ce qui ne causera aucun tort au débiteur, parce qu'il sera libéré de son obligation jusqu'à due concurrence par le montant de la condamnation que touchera le créancier, et que, s'il y a un excédant, il aura le droit de se le faire restituer. Il y a encore un parti plus simple, c'est de diviser l'action entre les deux intéressés. Le créancier pourra l'exercer jusqu'à con-

currence de ce qui lui est dû, et le débiteur seulement pour le surplus (1).

La loi 27, de *Pign. et Hyp.* D. (20-1) s'occupe d'une hypothèse analogue; seulement, ici c'est le débiteur lui-même qui a détérioré l'esclave hypothéqué. Le créancier est dépourvu de toute action personnelle, « *quia forte causa ceciderat* ». Il avait sans doute encouru la *plus petitio*; on retrouve ici les expressions employées à ce sujet par Justinien dans le § 33, de *Action*. Malgré la déchéance du droit d'action personnelle, le créancier conserve son hypothèque, et pourra obtenir réparation du préjudice que lui cause la détérioration de la chose hypothéquée.

Quand il y avait confusion, c'est-à-dire réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles, comme celles de créancier et de débiteur, l'extinction de la créance pouvait, dans certaines circonstances, produire un résultat inique. C'est ce qui arrivait dans le cas où le créancier institué héritier par son débiteur n'était qu'un fiduciaire chargé de restituer l'hérédité. Telle est l'espèce prévue par Paul dans un fragment célèbre, la loi 59, pr. ad *Sc<sup>tum</sup> Trebell.* D. (36-1). L'héritier institué, créancier du défunt avec hypothèque, a fait adition sur l'ordre du préteur: rigoureusement il a perdu son droit de créance par suite de l'adition. Mais quant à l'hypothèque, l'action Servienne subsistera parce qu'il ne s'est rien passé qui doive la faire considérer comme éteinte;

(1) La loi 8, § 1, *Rat. Rem.* D. (46-8) nous parle de quelqu'un qui *litem amisit*, et au profit duquel *naturale debitum manet*. Vénuleius, auteur de ce texte, songeait sans doute à un cas analogue à celui prévu par Paul, dans la loi 30, § 1 *ad Leg. Aquil.*

« *verum est enim non esse solutam pecuniam* ». Le jurisconsulte assimile cet héritier au créancier dont l'action pourrait être repoussée par une exception ; « *quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem* ». Ceci doit s'entendre, non de toute exception, mais seulement d'une exception fondée sur une règle de procédure, par exemple *rei in iudicium deductæ, litis dividuæ* ou *residuæ*. On ne doit pas enfin réduire l'héritier à un simple droit de rétention. S'il n'est pas en possession, il pourra encore user de l'action hypothécaire. L'obligation naturelle subsiste en effet ; et là où elle se rencontre, l'hypothèque se maintient « *remanet ergo*, dit le jurisconsulte, *propter pignus naturalis obligatio*. » Cela signifie que l'obligation naturelle peut être reconnue utilement ; qu'elle est efficace, parce qu'il y a un moyen de la faire valoir, grâce à la circonstance d'un *pignus*, qui permet d'intenter l'action hypothécaire.

Les Romains admettaient aussi l'extinction par voie de confusion de l'obligation du fidéjusseur, quand celui-ci succédait au débiteur, ou réciproquement. Ils disaient que l'obligation principale et l'obligation accessoire ne pouvaient être cumulées sur la même tête. Cette réunion avait pour effet de faire périr la dette du fidéjusseur, considérée comme secondaire. La règle est posée par Scævola, dans la loi 93, § 2, de *Solut. D.* (46.3), « *quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quæ sequetur locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio* ». Lorsque deux obligations également principales se trouvaient activement ou passivement chez la même personne, le costipulant ayant succédé à son costipulant, ou le copromettant à son copromettant, les deux obligations subsistaient distinctes,

ce qui était important, si l'un des stipulants avait consenti à un pacte *de non petendo*, l. 93, pr. *de Solut.* Scævola ajoute, *loc. cit.* : « *quoties duæ sint principales, altera alteri potius adjicitur ad actionem, quam confusione parere* ». On ne pouvait alors, dit Ulpien, l. 5, *de Fidej. D.* (46-1), établir une différence entre les obligations, pour sacrifier la plus faible, en conservant la plus forte ; « *nec enim potest reperiri, quæ obligatio quam perimat. At in fidejussore et reo reperitur ; quia rei obligatio plenior est* ». Du reste cette prépondérance de l'obligation du *reus* faisant défaut quelquefois, parce qu'il n'était tenu que *naturellement*, tandis que le fidéjusseur l'était *civilement* ; on décidait pour cette hypothèse que l'obligation du fidéjusseur serait maintenue. C'est l'observation que fait Papinien dans la loi 93, § 3, *de Solut.* et cette distinction se trouve confirmée par la loi 21, § 2, *de Fidej.*

Le préjudice résultant d'une pareille confusion n'était pas à redouter pour le créancier, dont les droits étaient garantis par une hypothèque ; ici encore les intérêts du créancier étaient protégés par cette règle que l'hypothèque subsiste tant qu'il n'y a pas eu paiement ou une autre satisfaction. On s'explique ainsi la décision d'Africain, contenue dans la loi 38, § 5 (n° VII). Une personne qui s'était portée fidéjusseur envers Titius, avait constitué un *pignus* pour sûreté de son obligation ; elle meurt, laissant pour héritier celui qu'elle avait cautionné. Titius n'aura pas le droit de poursuivre *ex fidejussoria causa* le débiteur devenu héritier, celui-ci ne pouvant être sa propre caution ; mais la confusion reste indifférente quant à l'hypothèque ; « *nihilominus tamen pignus manebit obligatum* ». Si l'on supposait que le

fidéjusseur eût fourni au lieu d'une hypothèque un sous-fidéjusseur, le créancier, perdant sa créance contre le fidéjusseur, perdrait en même temps le droit d'agir contre le sous-fidéjusseur. On n'appliquait ni à la fidéjussion, ni à la sous-fidéjussion les règles de l'hypothèque.

En cas d'absolution obtenue par le débiteur, est-il possible au créancier qui prétendrait avoir injustement perdu son procès, de faire valoir ses hypothèques, sous prétexte qu'il subsiste encore une obligation naturelle capable de leur servir de base? La question est résolue négativement d'une manière fort nette, dans un texte de Tryphoninus, la loi 13, *Quib. mod.* (n° VIII). Le jurisconsulte assimile l'hypothèse où le débiteur a juré, sur la proposition du créancier, qu'il ne devait rien, et celle où il aurait été absous sur l'action personnelle, fût-ce à tort, « *quavis per injuriam.* » Dans les deux cas, il décide que l'hypothèque est éteinte, « *pignus liberatur.* » Ce rapprochement du serment et de la chose jugée se rencontre assez souvent chez les jurisconsultes romains, qui n'admettent plus dans l'une ou l'autre espèce de discussion possible sur le droit qui a été tranché de la sorte. « *Ab omni contentione disceditur,* » dit la loi 43, *de Cond. Indeb.* (12-6), à la suite d'un serment; « *nihil queritur,* » dit la loi 56, *de Re Jud. D.* (12-1), soit après qu'il est intervenu un jugement, soit après qu'il y a eu prestation d'un serment. Aussi divers textes, la loi 43 déjà citée, la loi 40, *de Jurej. D.* (12-2), accordent-ils la répétition, dans le cas où le paiement aurait été fait postérieurement à un serment : ce qui, à raison de l'analogie constante établie entre le serment et la chose jugée, devrait être étendu à celle-ci. On ne voit pas en effet comment, sans contrarier le principe qui veut qu'on tienne

pour être la vérité ce qui a été jugé, il serait possible de prétendre à une hypothèque à raison d'une créance qui a été judiciairement déclarée ne pas exister.

Cependant l'opinion contraire ne manque pas de partisans, au nombre desquels il faut citer Cujas. On doit avouer que la loi 60, de *Cond. Ind.*, prête assez de force à cette opinion, en déniaut la *condictio indebiti* au *verus debitor* qui aurait payé *post litem contestatam* et avant la sentence. Peu importe, dit le jurisconsulte, qu'une absolution pût intervenir ; car même après une absolution le *verus debitor* ne pourrait répéter, parce qu'il reste obligé naturellement, « *natura tamen debitor permanet.* » Pour concilier ce fragment avec notre loi 13 (n° VIII), M. de Savigny (1) admet que le débiteur absous ou son successeur restent bien à l'abri de l'action hypothécaire, grâce à l'autorité de la chose jugée, mais que celle-ci est encore possible contre les tiers détenteurs. Cette distinction, que contrarie d'ailleurs la portée absolue de ces expressions : « *pignus liberatur,* » ne nous paraît autre chose qu'une contradiction dans le système de nos adversaires. Du moment qu'ils reconnaissent l'existence d'une obligation naturelle à la charge du débiteur, il y a inconséquence à ne pas autoriser contre lui l'action hypothécaire, pour le fondement de laquelle une obligation naturelle suffit. L'explication qui nous paraît la plus plausible consiste à dire qu'il faut s'arrêter dans la loi 60, à la décision même donnée par le jurisconsulte, sans se préoccuper des motifs par lesquels elle est justifiée. Il s'agit, remarquons-le, d'un débiteur qui paie, non pas après absolution, mais durant l'instance, *manente ad-*

(1) *Traité du droit romain*, t. 8, § 250, note G.

*huc judicio*. Pourra-t-il répéter comme ayant payé une dette incertaine, conditionnelle, à raison de l'issue du procès qui pouvait lui être favorable? Julien le niait; et l'on peut accepter sa décision. Il n'y a plus désormais d'objet au procès; le *judicium* devient sans but, et le juge n'aura pas à prononcer. Il est vrai que le jurisconsulte ajoute que l'absolution, fût-elle intervenue, il faudrait interdire la répétition du paiement; et sans doute, dans sa pensée, quoique le paiement eût été fait postérieurement. On conçoit qu'en partant de l'idée qu'il s'agit d'une dette réelle, on soit assez enclin à trouver cette solution équitable. Mais la difficulté est précisément d'admettre ce point de départ. Supposons que le débiteur ait été absous, et qu'après sa mort l'héritier, ignorant la sentence rendue, ait effectué le paiement par erreur de fait. S'il intente la *condictio indebiti*, sera-t-il possible au prétendu créancier de soutenir que la créance est fondée, sans attaquer ouvertement l'autorité de la chose jugée? En définitive, s'il faut reconnaître sur ce point une divergence d'opinions entre les jurisconsultes romains, nous n'hésiterions pas à donner la préférence au système de Tryphoninus.

On discute encore sur le point de savoir si, dans les cas où la créance était de nature à s'éteindre *tempore*, l'action hypothécaire survivait à l'action personnelle. Il est difficile d'admettre que les Romains vissent là matière à une obligation naturelle, susceptible de produire les effets ordinaires attachés à cette obligation. Aussi repoussaient-ils, à cette occasion, la validité d'une fidéjussion, l. 37, *de Fidej. D.* (46-1), l. 38, § 4, *de Solut. D.* (46-3); la possibilité d'un constitut, l. 18, § 1, *de Pec. Const. D.*

(13-5); et donnaient-ils même le droit de répéter ce qui avait été payé, l. 25, § 1, *Rat. Rem. D.* (46-8). Cependant, au point de vue de l'hypothèque, il paraît bien que, nonobstant la prescription de l'action personnelle, l'action hypothécaire était considérée comme subsistante. On sait, en effet, que la Constitution de Théodose, l. 3, *de Prescr.*, 30, vel. 40, ann. C. (7-39), déclarait le débiteur toujours passible de l'action hypothécaire, malgré la prescription trentenaire, et que ce n'est que par une Constitution de Justin, l. 7, *C. eod. tit.*, qu'une prescription de 40 ans a été introduite au profit du débiteur ou de ses héritiers. Cette anomalie doit sans doute encore être expliquée comme une conséquence de la règle du droit prétorien, qui exigeait pour l'extinction de l'hypothèque soit le paiement, soit toute autre satisfaction.

Nous avons vu par combien de restrictions la jurisprudence romaine limitait cette règle, qu'il semblerait naturel de suivre, que l'hypothèque, en sa qualité de droit accessoire, doit périr toutes les fois que le créancier est privé de l'action personnelle, et ne peut plus obtenir de condamnation contre son débiteur. A côté des modes d'extinction, qui tiennent à la perte de la créance, l'hypothèque était encore susceptible de s'évanouir par elle-même, et comme droit réel, indépendamment de la créance qui restait intacte. Il y avait en effet différentes causes qui pouvaient, en droit romain, amener l'extinction des droits réels. Voyons jusqu'à quel point elles étaient applicables à l'hypothèque.

Le droit réel par excellence, le *dominium*, pouvait s'effacer par un laps de temps très bref, celui d'un an

pour les meubles, de deux ans pour les immeubles, lorsqu'un tiers avait possédé la chose d'autrui, en réunissant les conditions voulues pour l'usucapion. L'hypothèque n'était pas traitée de la même manière. Quand un objet se trouvait frappé d'un *pignus*, si le débiteur en perdait la propriété par suite d'une usucapion accomplie à son préjudice, cette usucapion restait inoffensive à l'égard du créancier gagiste ou hypothécaire. L'acquéreur devenait bien propriétaire, mais à la condition de subir les charges réelles qui grevaient la chose dans les mains de l'ancien propriétaire. C'est la décision formelle de Papinien dans la loi 1, § 2, de *Pign. et Hyp.* (n° IX) « *pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit* ». Celui qui a usucapé triomphera sans doute, quant à la revendication ; mais si son *intentio* est fondée relativement au *dominium*, il n'y a rien de contraire à cette prétention dans l'existence d'hypothèques, qui, tout en pesant sur le *dominium*, ne l'empêchent pas d'appartenir au successeur du débiteur qui les a constituées, « *quoniam questio pignoris ab intentione domini separatur.* »

Il n'y avait rien d'illogique à admettre la survivance des hypothèques, nonobstant la perte de la propriété subie par le débiteur. Une fois que celles-ci sont constituées, elles sont indépendantes du fait du débiteur, qui ne pourrait, au moyen d'une aliénation directe, anéantir les droits qu'il a consentis. Il ne doit pas lui être permis d'amener ce résultat, en laissant accomplir par sa négligence, peut-être volontaire, une usucapion, qui n'est en quelque sorte qu'une aliénation indirecte. Nous pouvons appliquer ici l'observation que fait Paul dans la loi 28, de *Verb. Signif.* « *alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim ut non videatur alie-*

*nare, qui patitur usucapi.* » Que le propriétaire insouciant soit déchu de son droit de propriété, quand il ne met pas à profit le temps qui lui est donné « *ad inquirendas res suas,* » c'est une disposition qui n'a rien d'injuste. Mais il serait rigoureux de frapper de la même déchéance le créancier hypothécaire, étranger à la possession de la chose, auquel on ne peut dès lors reprocher de n'avoir pas fait obstacle à l'usucapion (1). Enfin celui qui a traité avec le *non Dominus* ne doit pas, quand il a

(1) La doctrine des Romains sur l'influence de l'usucapion relativement aux hypothèques émanées de l'ancien propriétaire, doctrine confirmée par la loi 2, *Pr. pro Hered.* D. (41-5), et par la loi 7, *de Pign. et Hyp.* C. (8-14), était également appliquée aux servitudes, qui grevaient l'immeuble acquis par usucapion, notamment à l'usufruit qu'un tiers aurait eu sur cet immeuble, voy. l. 17, § 2, *de Usuf.* D. (7-1), et l. 44, § 5, *de Usurp.* D. (41-3). Seulement le titulaire de la servitude était exposé à voir son droit s'évanouir par le non usage prolongé pendant le temps requis pour l'usucapion, tandis que le créancier hypothécaire n'était obligé à faire aucun exercice de son droit durant le délai de l'usucapion pour s'en assurer la conservation. On peut se demander comment il est possible de concilier les actes de possession continue que l'usucapant a dû faire pour acquérir la propriété avec le maintien de l'usufruit d'un tiers, qui de son côté n'a pas dû s'abstenir de jouir, sous peine de déchéance de son usufruit. Il n'y a pas incompatibilité entre ces deux idées. D'une part l'usufruit ne s'éteint qu'à défaut de tout acte de jouissance chez l'usufruitier pendant le temps voulu. Pour peu qu'il ait manifesté l'existence de son droit, il aura échappé à la perte par le *non usus*; et l'on conçoit très bien qu'il ait fait assez pour sauver l'usufruit, sans empêcher la possession *ad usucapionem*. D'un autre côté l'usufruitier n'est menacé de cette cause de déchéance qu'autant qu'il lui a été possible de mettre son droit en action. Si donc l'usufruit n'était constitué que *ex die*, ou s'il était suspendu par une condition, l'inertie, à laquelle le droit était condamné jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition, ne saurait le faire périr. Dans ce cas le champ est resté libre à l'usucapion. Enfin, suivant la théorie énoncée dans les lois 58 et 59, *de Usuf.* D. (7-1), si l'usufruitier a vendu son usufruit, peu importe que l'acheteur jouisse en réalité; l'usufruit se maintient néanmoins, parce qu'en jouissant du prix l'usufruitier est censé jouir de la chose même sujette à usufruit.

*usucapé*, aspirer à une position meilleure que s'il avait eu affaire au propriétaire. Le bénéfice de l'usucapion lui procure cet avantage, mais pas au-delà ; il faut donc qu'il subisse les inconvénients qu'il aurait eus à supporter dans cette hypothèse.

Le texte de Papinien, qui énonce cette règle que l'usucapion est impuissante à éteindre les hypothèques, a donné lieu à des difficultés, pour l'intelligence des faits à l'occasion desquels cette théorie est appliquée. Le jurisconsulte suppose que le débiteur, en hypothéquant un fonds est convenu formellement que les fruits produits par ce fonds seraient également frappés de l'hypothèque (1). Plus tard, la possession de ce fonds est perdue par le débiteur ; il passe à la suite d'une vente entre les mains d'un acheteur de bonne foi, qui l'acquiert par usucapion, ainsi que le prouve la suite du texte. Papinien accorde au créancier l'action servienne *utile*, c'est-à-dire l'action hypothécaire ; mais il fait observer que l'acheteur ne sera pas obligé de restituer les fruits qu'il a consommés « *fructus consumptos.* » Telles sont au moins les expressions que les compilateurs des Pandectes placent dans la bouche du jurisconsulte. Pour expliquer cette décision, le fragment dont nous nous occupons, ajoute : « *pignoris etenim....*, ce qui prouve indubitablement que l'usucapion avait été accomplie par le dé-

(1) C'est une question de savoir si à cet égard une convention expresse était nécessaire. Nous n'avons pas le dessein d'examiner les textes invoqués dans cette controverse. La loi 3, in *Quib. Caus. Pign. C.* (8-13), nous paraît établir que, si une pareille convention a pu être requise dans l'origine, elle a fini par être considérée comme inutile. Dans le cas prévu par Papinien, la précaution prise par le créancier nous dispense d'entrer dans la discussion de cette question incidente.

fendeur. Les commentateurs admettent en général, comme un point de doctrine déjà reçu à l'époque des jurisconsultes, cette proposition que le possesseur de bonne foi n'acquérirait les fruits que d'une manière provisoire, *interim* ; qu'il était obligé de restituer les fruits encore existants au moment de la revendication, mais que, pour ceux qu'il avait consommés, il était dispensé d'en tenir compte ; de telle sorte que le fait de la consommation lui en assurait, dit-on, la propriété irrévocable. En partant de cette donnée, ils sont conduits à dire que Papinien se trouve en présence de deux modes d'acquérir différents, savoir l'usucapion quant à la chose principale, et la consommation quant aux fruits. Or, ces deux modes n'opèreraient pas de la même manière. L'usucapion, en effet, ne soustrairait pas l'acheteur de bonne foi à l'exercice de l'action quasi-servienne relativement au *prædium*, qui reste toujours grevé de l'hypothèque. Les fruits au contraire échapperaient à l'action hypothécaire ; la propriété acquise à leur égard par la consommation serait entièrement respectée. Suivant *Cujas* (1), le *pignus* serait *firmius* sur le *prædium*, *infirminus* sur les fruits. La raison qu'il en donne, et qu'il emprunte à Papinien, serait que les fruits n'ont jamais appartenu au débiteur. Mais si tel est, comme il l'énonce très nettement, le motif allégué par Papinien, il faut renoncer à prétendre que le débiteur a eu sur les fruits perçus par l'acheteur un droit de propriété, qu'il pouvait invoquer jusqu'au fait de la consommation, et qu'il aurait perdu depuis lors. Le jurisconsulte est très positif pour nier de la part du débiteur une propriété quant aux fruits, à quelque moment que

(1) Comment. in lib. XI, Resp. Papin., ad h. l.

l'on se place, « *qui nunquam debitoris fuerunt,* » Toute difficulté s'évanouit, si l'on admet que du temps de Papinien le possesseur de bonne foi faisait les fruits siens d'une manière complète, dès l'instant qu'ils avaient été séparés du sol ; « *statim pleno jure fiunt,* dit la loi 28, *pr. de Usur D. (22-1),* » et que la distinction entre les fruits existants et les fruits consommés n'a été introduite dans la législation romaine que par des constitutions du Bas-Empire. C'est ce que notre savant collègue, M. Pellat, nous paraît avoir très disertement établi dans son commentaire sur le titre *de Reivindicazione*(1). Papinien s'occupait donc de la prétention que pouvait élever le créancier hypothécaire sur les fruits perçus par l'acheteur, sans s'inquiéter s'ils avaient été consommés ou non ; et l'expression « *consumptos* » qu'on lit dans notre fragment n'est qu'une interpolation de Tribonien, qui a voulu mettre la décision de Papinien en harmonie avec des dispositions législatives postérieures à ce jurisconsulte. Si l'on supprime ce mot malencontreux, rien de plus facile que de se rendre compte de la solution contenue dans ce texte. Elle revient à dire que l'action hypothécaire sera efficace quant au *praedium*, mais qu'elle n'atteindra pas les fruits. En effet le *praedium* a appartenu au débiteur ; il a été dès lors valablement hypothéqué. Un doute pouvait naître seulement de la circonstance de l'usucapion, qui avait approprié un tiers non débiteur. Le jurisconsulte ne s'arrête pas à cette objection. Le *défendeur* sera tenu de restituer le fonds ; car, dit-il, l'usucapion n'éteint pas le *pignus*. « *Pignoris etenim...* ; au contraire pas de restitution pour les fruits. Peu importe la convention qui les

(1) P. 306 et suiv., p. 389 et suiv.

a expressément affectés ; il s'agit ici d'une chose future, qui n'appartenait pas au débiteur lors de la convention hypothécaire, puisqu'elle n'appartenait même encore à qui que ce soit. Or, la règle est qu'un bien à venir ne peut être hypothéqué qu'éventuellement, « *si debitoris facta fuerit.* » Cette condition a manqué ; les fruits en question n'ont jamais été la propriété du débiteur. C'est au profit de l'acheteur que cette propriété a toujours existé, par conséquent il n'y a pas à cet égard d'hypothèque valable.

Si l'usucapion laissait l'acquéreur exposé aux poursuites des créanciers hypothécaires, les Romains avaient cependant compris la nécessité de fournir à cet égard une sécurité au nouveau possesseur de bonne foi. C'est ce qu'ils firent en étendant aux charges hypothécaires le bénéfice de l'institution prétorienne connue sous le nom de *longi temporis possessio*. Quand il pouvait se prévaloir d'une possession prolongée pendant dix ou vingt ans, l'acquéreur n'avait plus à redouter l'effet des actions hypothécaires (1). La *præscriptio longi temporis* lui était nécessaire, lors même qu'il avait traité avec le *dominus* ; elle le protégeait enfin, quand il s'agissait de meubles (2) livrés, soit à *domino*, soit à *non domino*, ceux-ci pouvant, aussi bien que les immeubles, être grevés d'hypothèques dans la législation romaine. Sous Justinien, il est vrai, la distinction n'existe plus, quant aux immeubles, entre le délai nécessaire pour acquérir la libération des hypothèques, et celui qui est exigé pour

(1) L. 7, de Obl. et Act. C. (4-10, l. 1 et 2, si Adv. Cred. C. (7-36) ; l. 19, de Evict. C (8-45),

(2) L. 3, de Div. Temp. Præscr. D (44-3).

acquérir la propriété, puisque ce dernier a été porté à dix ou vingt ans. Mais on peut se demander, si quand l'ancien propriétaire a constitué des hypothèques durant le cours de l'usucapion accomplie à son égard, par exemple en hypothéquant tous ses biens, on ne devra pas compter le point de départ de la *præscriptio* vis-à-vis des créanciers hypothécaires à partir du moment où le droit de ces créanciers est venu s'asseoir sur l'immeuble. Remarquons qu'il y a alors deux prescriptions, qui marchent parallèlement, et dont chacune a un objet différent : l'une a trait à l'acquisition de la propriété, et tend à dépouiller le précédent *dominus* ; l'autre est relative à la franchise des hypothèques, et a pour but de procurer au possesseur la chose exempte des charges réelles qui la grevaient. Il faudra bien séparer ces deux prescriptions, celle-ci pouvant rencontrer des obstacles qui n'arrêteront point celle-là. Ainsi il est possible qu'un laps de dix années suffise pour accomplir la première, parce que le propriétaire se trouve domicilié dans la même province que le possesseur, tandis qu'un délai de vingt ans sera nécessaire à l'égard du créancier hypothécaire, qui jouit des privilèges de l'absence. Il peut arriver également que l'une des parties menacées par la *præscriptio longi temporis* n'ait le droit d'invoquer aucune cause de suspension, tandis que l'autre sera mise pendant plus ou moins longtemps à l'abri de tout préjudice à cet égard, parce qu'elle est mineure de vingt-cinq ans.

A l'égard du possesseur de mauvaise foi, le créancier hypothécaire resta à l'abri de toute déchéance de son droit par aucun laps de temps jusqu'à la constitution de Théodose, l. 3; *de Præser.* 30, vel 40, Ann. C. (7-39),

qui introduisit la prescription trentenaire, opposable, suivant une disposition formelle de ce texte, de la part du tiers détenteur, à l'exercice de l'action hypothécaire. Toutefois cette prescription de trente ans ne faisait perdre au créancier que le droit d'inquiéter le détenteur tant qu'il conserverait la possession. Si la chose hypothéquée lui échappait, pour passer entre les mains d'un tiers qui ne fût pas en position d'invoquer la prescription trentenaire, l'action hypothécaire ne rencontrait désormais aucun obstacle, suivant la distinction de la loi 8, § 1, *C. de Præscr.* 30... Enfin, quand les biens hypothéqués étaient possédés par le débiteur ou ses héritiers, l'action hypothécaire demeura absolument imprescriptible, jusqu'à ce que Justin eût décidé, comme nous l'avons dit plus haut, qu'elle s'éteindrait par un laps de quarante ans.

L'hypothèque s'évanouit encore, indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire, quand le droit de celui qui l'avait constituée vient à disparaître. Si ce droit, d'après sa nature, n'existait que d'une manière temporaire, si par exemple c'est un usufruit qui a été grevé d'une hypothèque, il n'est pas douteux qu'à la mort de l'usufruitier, il n'y a plus d'objet soumis à l'hypothèque. Les juriconsultes assimilent ce cas à celui de la perte matérielle de la chose engagée. C'est l'idée qu'exprime Marcien, dans la loi 8, *pr. Quib. Mod. Pig. D* (20-6), « *sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit.* » — Bien que le démembrement de la propriété sur lequel reposait l'hypothèque eût une durée indéfinie, cependant si le débiteur, pour conserver son droit, était soumis à la né-

cessité d'accomplir certaines prestations, et qu'il manquât à ses engagements, la résolution qu'il avait encourue entraînait en même temps l'extinction des droits réels qu'il avait constitués. Telle est la décision de Scævola dans la loi 31, de *Pig. et Hyp.*, à l'occasion d'un emphytéote, qui après avoir établi des hypothèques, cesserait de payer la redevance convenue, et donnerait lieu à l'application de la *lex commissoria* stipulée par le bailleur.

Cet effet radical, attribué à l'arrivée d'une condition, pour opérer l'anéantissement d'une propriété constituée, et par conséquent pour la transférer à un autre, ne pouvait faire difficulté, quand il s'agissait du droit d'emphytéose, qui ne dépouillait pas le concédant de la propriété, parce que ce n'était qu'aux yeux du prêteur et par la voie d'une action *utile* que l'emphytéote pouvait se comporter comme propriétaire. Mais quand on se trouvait en présence d'un véritable *dominium*, que son auteur avait aliéné, la question de savoir si, dans les principes du droit romain, la réserve de la faculté de reprendre la chose dans telle hypothèse se bornait à donner une action personnelle en restitution, ou si elle allait jusqu'à autoriser la revendication, est l'objet d'une controverse qui partage encore les auteurs. M. Pellat, qui, dans son commentaire de *Rei Vindicatione*, s'est occupé de ce point, à l'occasion de la loi 41, nous paraît ne pas aller assez loin dans les conclusions auxquelles il arrive, et qui consistent à dire qu'en pareil cas la voie de l'action réelle n'a été accordée que difficilement, et seulement par quelques jurisconsultes, qui en cela se seraient écartés de la doctrine commune. Ulpien notamment est signalé comme le partisan principal de cette innovation.

Nous croyons au contraire qu'il y avait tendance générale de la jurisprudence à adopter cette manière de voir, qui est de règle aujourd'hui dans notre droit ; et que la résolution avait fini par être admise sans difficulté, du moins quand l'aliénation avait été consommée par la tradition (1). Un jurisconsulte antérieur à Ulpien, Scævola qui, dans la loi 31, *de Pign.*, donne cet effet à la *lex commissoria*, interprète cette clause de la même manière à propos d'une vente, comme le prouve la loi 8, *de Leg.*

(1) Nous ne parlons que de la tradition, parce que, relativement à la mancipation ou à l'*in jure cessio*, la validité de l'insertion d'un terme ou d'une condition était plus délicate. Papinien, dans la loi 77, *de Reg., Jur.* nous dit que les *actus legitimi*, notamment la mancipation, sont radicalement viciés par une semblable réserve. Cependant les *fragmenta vaticana*, § 49 et suiv. nous apprennent qu'en matière de constitution d'usufruit, il n'était pas impossible d'introduire efficacement dans les formules qui devaient être prononcées la mention d'un terme ou d'une condition, bien qu'on ne fût pas d'accord sur la portée qu'on pouvait donner à ces restrictions mises à l'aliénation. Quant à la tradition, elle était considérée comme pouvant être modifiée par une condition, de manière à ne produire d'effet, par exemple, qu'autant que tel événement se réaliserait. C'est ce que nous apprend la loi 38, § 1, *de Acq. Poss. D. (41-2)*. *Hoc amplius existimandum est possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit.* Ainsi, d'après une règle bien connue, § 41, *Instit. de Divis. Rer.*, l'acheteur, nonobstant la tradition, ne devenait propriétaire que s'il payait son prix. Dans ce cas, l'appropriation de l'acheteur ne pouvait faire difficulté : on rencontrait effectivement une tradition à son profit. L'arrivée de la condition, c'est-à-dire le paiement du prix, n'avait d'autre résultat que de purger la tradition de son effet suspensif, et de lui donner toute la valeur dont elle était susceptible. De même, quand la condition apposée à un legs *per vindicationem* s'accomplissait, le légataire acquérait la propriété ; et les droits réels qu'aurait pu constituer dans l'intervalle l'héritier, regardé comme propriétaire intérimaire, dans la doctrine des Sabinien, Gai, 2, 200, s'évanouissaient à l'arrivée de la condition, l. 11, § 1, *Quemud. Servit. Amitt. D. (8-6)*, l. 405, *de Condit. et Demonst. D. (35-1)*. Ici encore le légataire pouvait invoquer un mode régulier d'acquisition, le *legatum per vindicationem*, qui désormais était pur et simple, et devait produire tous ses effets.

*Commiss. D.* (18-3); et nous trouvons au Code deux constitutions qui consacrent également cette théorie, les lois 1 et 4, de *Pact. inter Empt. C.* (4-54). Des décisions analogues ne manquent point, en ce qui concerne la convention connue sous le nom d'*addictio in diem*, qui avait pour résultat d'anéantir une vente, pour le cas où le vendeur trouverait un meilleur prix dans un certain délai. Paul, contemporain d'Ulpien, considérait cette clause comme n'empêchant pas la vente d'être *pura*, et par conséquent comme ne faisant pas obstacle à la translation de la propriété par la tradition. Si, tandis que la condition est en suspens, on veut établir une servitude sur le *praedium in diem addictum*, il faudra, nous dit Paul, l. 9, *pr. de Aq. et Aq. Pluv. D.* (39-3), le concours de la volonté de l'acheteur et de celle du vendeur, afin que la servitude ait toujours été constituée *voluntate domini*, soit que l'acheteur conserve la propriété de la chose, soit qu'il la perde, « *sive remanserit penes emptorem, sive recesserit.* » Ulpien admettait que l'*in diem addictio* pouvait, suivant l'intention des parties, et les termes dont elles s'étaient servies, constituer une condition suspensive de la vente, ou la soumettre seulement à la chance d'une résolution, l. 1, *pr. de in Diem Ad-dict. D.* (18-2). Pour le 1<sup>er</sup> cas, il n'était pas douteux que l'acheteur, bien que mis en possession, n'était pas devenu propriétaire, et que dès lors, si la condition manquait à s'accomplir, tous les droits réels qu'il aurait voulu créer n'auraient pas pu prendre naissance. Mais quand la vente ayant été faite purement et simplement, l'acheteur avait été approprié par la tradition, Ulpien n'hésitait pas à déclarer que la revendication, qui avait appartenu à cet acheteur jusqu'à l'arrivée de la condition

résolutoire, passait désormais au vendeur. C'est la décision fort claire de la loi 41, *pr. de Rei vind.* D (6-1); « *antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.* »

Les conséquences de cette doctrine, qui efface une propriété antérieurement constituée, sont importantes en ce qu'elle entraîne l'extinction des droits réels qui n'avaient pour assiette que cette propriété temporaire, ce qui doit s'appliquer par exemple aux hypothèques consenties dans l'intervalle. Cette déduction se trouve faite dans deux passages d'Ulpien, qui invoque toujours à cet égard l'autorité de Marcellus, et par conséquent n'a pas la prétention d'exposer un théorie nouvelle. Le premier de ces textes, qui met bien en relief cette idée que la propriété peut exister *ad tempus*, est la loi 4, § 3, *de in Diem Addict.* (1). D. (18-2). Ulpien, après avoir rapporté l'opinion de Marcellus, qu'il approuve tacitement, fait observer que la *cessation* du *pignus* entraîne cette conséquence que l'acheteur a été propriétaire *intérimaire*, sans quoi le *pignus* n'aurait pas pu se constituer, puisqu'il ne peut être établi que par le *dominus*. La même doctrine est reproduite dans la loi 3, *Quib. Mod.* (n° X). Le jurisconsulte nous dit encore que le *pignus* prend fin (*finiri pignus*), quand la condition résolutoire s'accomplit, parce qu'il y a eu *melior conditio allata*; et ici encore il s'appuie de l'avis de Marcellus.

Il est remarquable qu'Ulpien arrive à une solution

(1) Sed et Marcellus lib. V Digestorum scribit, *pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est et: alioquin nec pignus teneret.*

inverse, dans le cas où la résolution de la vente dépend du caprice de l'acheteur, ce qui arrive quand la chose a été vendue de la sorte: *nisi emptori displicuisset*. Il ne dépend pas alors du débiteur d'anéantir par sa seule volonté un droit qu'il a créé. Cela tient à la restriction déjà signalée plus haut, quant à l'effet rétroactif de la condition, d'après laquelle cette rétroactivité doit être écartée toutes les fois qu'il s'agit d'une condition potestative de la part du débiteur. La loi 4, pr. *Quib. Mod.* (n° XI) ne contient qu'une application de la même idée, quand elle décide que le débiteur qui a hypothéqué ses biens, ne peut, en exerçant l'action rédhibitoire à l'occasion d'un esclave qu'il avait acheté, nuire au créancier hypothécaire, qui conserve, en pareil cas, l'action servienne, à moins qu'il n'adhère à la résolution de la vente. Paul enseigne la même chose dans la loi 43, § 8, de *Ædil. Edict.*, D. (21-1) « *pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemptum sit, et pignore liberatum redhibeatur.* » On n'admettait pas que le débiteur pût à son gré anéantir le *pignus* qu'il avait constitué; l'action *quantum minoris* lui suffisait pour obtenir une indemnité, sans renoncer à son droit de propriété.

Si la chose hypothéquée venait à périr matériellement, l'hypothèque s'éteignait naturellement, comme nous l'a dit la loi 8, pr. citée plus haut, p. 182. Les changements, qui n'affectaient que la forme de la chose, sans la détruire, n'anéantissaient pas le droit hypothécaire, plus durable sous ce rapport que la servitude d'usufruit; voy. l. 16, § 2, de *Pign. et Hyp.* Paul, dans la loi 29, § 2,

*cod. tit.*, fait une application de cette règle au cas où un bâtiment qui aurait été hypothéqué serait détruit par un incendie. Si un tiers achète le terrain et y construit un nouvel édifice, il n'échappera pas à l'action hypothécaire; il aura seulement le droit, s'il est de bonne foi, de forcer le créancier à lui tenir compte jusqu'à concurrence de la plus value des dépenses qu'il a faites. Cependant Africain, dans la loi 44, § 1, *de Dam. Inf. D.* (39-2), se montre moins indulgent à l'égard de l'acheteur, auquel il refuse le droit de se faire indemniser de ses impenses vis-à-vis du créancier hypothécaire: Dans l'opinion commune, soutenue notamment par Cujas (1) et Pothier (2), la différence de solution tiendrait à ce que, dans un cas, il y aurait eu reconstruction, tandis que dans l'autre il ne s'agirait que de réparations. Il nous semble que le principe de décision pour les deux hypothèses doit être le même, et qu'il n'y a dans les faits qu'une différence du plus au moins. La doctrine de Paul nous paraît plus équitable; et nous ne doutons pas qu'il ne l'eût appliquée en présence de simples réparations. S'il y a dol de la part du propriétaire à ne pas rembourser au possesseur de bonne foi les améliorations que celui-ci a faites, pourquoi ne traiterait-on pas de la même manière le créancier hypothécaire, dont l'action n'est au fond qu'une revendication? L'*arbitrium judicis* ne doit-il pas avoir la même portée dans l'action Servienne que dans la revendication (3)?

(1) Tract. 9, *ad Afric.*

(2) Sur le titre *de Damn. Inf.*, n° 65.

(3) Notre droit actuel ne fait pas de distinction entre les deux sortes d'impenses. L'art. 2175 accorde d'une manière générale au tiers détenteur la répétition de ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value.

L'hypothèque s'éteindra encore principalement, si le créancier renonce à son droit d'hypothèque. Un pacte suffit pour éteindre le droit comme pour le faire naître, l. 9, § 3, *de Pign. Act.*, l. 5, pr., l. 8, § 1; *Quib. Mod. Pign.* — Cette renonciation peut être tacite; les jurisconsultes romains la faisaient résulter de la permission de vendre donnée au débiteur par le créancier, à moins qu'il n'eût réservé ses droits, « *salva causa pignoris sui* », l. 4, § 1, *Quib. Mod. Pign.*

La confusion amenait aussi l'extinction de l'hypothèque, quand le créancier devenait propriétaire de la chose grevée d'hypothèque à son profit, suivant la règle: *neque pignus... rei suæ consistere potest*, l. 45, pr. *de Reg. Jur.* Mais la jurisprudence romaine s'écartait de la rigueur de cette règle, toutes les fois qu'elle aurait entraîné des conséquences iniques. Ainsi, bien que Paul reconnaisse cette règle, ce qu'il exprime lui-même, en disant: *neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore*, il décide, dans la loi 30, § 1, *de Except. Rei Jud. D.* (44-2), qu'un créancier hypothécaire, qui s'est rendu acquéreur, dans l'ignorance d'une première hypothèque qu'il avait du chef de son auteur, et qui toujours, dans cette ignorance, a succombé contre un second créancier hypothécaire, peut, nonobstant la confusion, triompher à son tour par l'action hypothécaire, quand il a découvert la vérité. — Le principe de la subrogation légale, consacré par notre article 1251 au profit de l'acquéreur, existait également dans la législation romaine: *eum qui a debitore prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit*, dit la loi 17, *Qui*

*Pot.*; voyez aussi l. 3, de *His qui in Prior. C.* (18-19).—  
Enfin le premier créancier hypothécaire qui achetait du débiteur la chose hypothéquée ne pouvait être inquiété par les créanciers inférieurs qu'à la charge par eux de le désintéresser, l. 1, *si Antiq. Cred. G.* (8-20).



---

Extrait du Catalogue de A. DURAND, libraire,

RUE DES GRÈS, 7, A PARIS.

- 
- Blondeau.** Essais sur quelques points de Législation ou de jurisprudence 1 vol in 8. 5 fr.
- **Chrestomathie**, ou Choix de textes pour un cours élémentaire du droit privé des Romains, précédé d'une introduction à l'étude du droit; édition suivie d'un appendice, par Ch. Giraud, membre de l'Institut. In-8. 6 fr.
- et **Bouj-on**, *Institutes de l'empereur Justinien*, traduites en français, avec le texte en regard; suivies de textes juridiques relatifs à l'histoire externe du droit romain et du droit privé antérieur à Justinien. 2 vol. in-8. 8 fr.
- Bonnet**, professeur. Traité théorique et pratique des Preuves en droit civil et en droit criminel. 2<sup>e</sup> édit., revue et consid. augmentée. 1852, in-8. 9 fr.
- Boujean.** Traité des actions, ou Exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains. 3<sup>e</sup> édit. considérablement augmentée, 2 vol. in-8. 12 fr.
- Chauveau**, professeur. Principes de Compétence et de Jurisdiction administratives. 3 vol. in-8. 20 fr.
- Clunigeran**, avocat. Du louage d'industrie, du mandat et de la commission, en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel. In-8. 7 fr.
- Delsol**, docteur en droit. Le Code Napoléon expliqué, d'après les doctrines généralement adoptées à la Faculté de droit de Paris, tome I, contenant les matières exigées pour le premier examen de baccalauréat (art. 1-710 du Code). In-8. 7 fr.
- Tome II, contenant les matières exigées pour le deuxième examen de baccalauréat (art. 711 à 1336-2210 à 2234 du Code). 1855, 1 gros vol. in-8. 8 fr.
- Tome III, contenant les matières exigées pour le deuxième examen de licence (art. 1387-2219). In-8. 7 fr.
- Demolombe**, professeur doyen de la Faculté de droit de Caen. Cours de Code Napoléon.
- 1<sup>er</sup> livre. Traité complet de l'Etat des personnes. 8 vol. in-8. 64 fr.
- 2<sup>e</sup> livre. De la distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit; de l'Usage et de l'Habitation (T. IX et X). Art. 516 à 636. 2 vol. in-8. 16 fr.
- Traité des servitudes, ou services fonciers (T. XI et XII). Art. 637 à 710. 1856, 2 vol. in-8. 16 fr.
- Humbert**, docteur en droit. Des Conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes en droit romain et en droit français; Mémoire qui a obtenu le premier prix de doctorat dans le concours de 1843 près la Faculté de droit de Paris, suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile, etc. In-8. 6 fr.
- Jay (Emile)**, avocat. De la jouissance des droits civils au profit des étrangers. In-8. 2 fr.
- Laboulaye.** Histoire de la Procédure civile chez les Romains, traduit de l'allemand. 1844, in-8. 4 fr.

- Laboulaye.** Flores Juris antejustinianei. 3 vol. in-32. 4 fr. 50  
— Justiniani Institutionum libri IV. 1 vol. in-32. 4 fr. 50  
— Juris civilis Promptuarium ad usum prælectionum. 1 gros vol. in-32. 3 fr.
- Molitor,** professeur. Cours de Droit romain approfondi, avec les rapports entre la législation romaine et la législation française; *Traité des Obligations.* 1830-1833, 3 vol. in-8. 24 fr.  
— *Traité de la Possession, de la Revendication.* 1851, in-8. 8 fr.
- Motifs,** rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code civil, et discussion de ce Code au Conseil d'Etat et au Tribunal, rédigés par un magistrat qui a concouru à la confection des Codes (Favart de Langlade). 4<sup>e</sup> édit., 1850, 2 vol. grand in-8. 22 fr.
- Oudot,** professeur à la Faculté de droit de Paris. Conscience et science du devoir, introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon. 1856, 2 vol. in-8. 14 fr.
- Pellat,** doyen de la Faculté de droit de Paris. Précis d'un Cours sur l'ensemble du Droit privé des Romains, traduit de l'allemand de Marezoll. 2<sup>e</sup> édit. 1832, in-8. 8 fr.
- Poncelet,** Cours d'histoire du droit romain. 1813, in 8. 4 fr.
- Pothier.** Pandectæ justinianæ, cum legibus Codicis et Novellarum quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Editio tertia. 1818, 5 vol. in-4. 23 fr.
- Revue historique** de droit français et étranger, publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, membre de l'Institut, professeur de législation comparée au Collège de France; E. de Rozière, ancien professeur à l'École des chartes; R. Dareste, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation; G. Ginoulhiac, chargé du cours d'histoire de droit à la Faculté de Toulouse. Prix, Paris, 10 fr.; Départements et Etranger, 12 fr.
- Salvandy (PAUL DE)** Essai sur l'histoire et la législation particulière des gains de survie entre époux. 1855. in 8. 5 fr.
- Simonnet (J.),** avocat. Histoire et théorie de la Saisine héréditaire, dans les Transmissions de biens par décès (Monographie couronnée par la Faculté de droit de Paris). 1851, in-8. 6 fr.
- Trebutten,** professeur. Cours élémentaire du Droit criminel, comprenant l'exposé et le commentaire des deux premiers livres du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier, et des lois et décrets qui sont venus modifier ces Codes, jusques et y compris 1853, notamment les lois du 4 juin 1853, sur la composition du jury, du 10 juin, sur les pourvois en matière criminelle, et sur les attentats contre la Famille impériale. 1854, 2 vol. in-8. 15 fr.
- Villaume,** avocat. Commentaire analytique du Code Napoléon, renfermant les principes généraux du droit, les motifs de chaque article, des solutions motivées des questions auxquelles il donne lieu; les opinions des auteurs qui les ont traitées et approfondies, et la jurisprudence. 1856, 1 fort vol. in-8. 9 fr.
- Zacharie** Le Droit civil français, traduit de l'allemand sur la 5<sup>e</sup> édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, par MM. G. Massé, président, et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit. 1855-1856, 5 vol. in-8. 37 fr. 50





---

PARIS. --- IMPRIMERIE DE J.-B. GROS ET DONNAUD, SON GENDRE  
RUE DES NOYERS, 74.

---

