

Rien de pareil en droit romain. Le droit du créancier hypothécaire se présente toujours, soit à l'égard des tiers acquéreurs, soit à l'égard des co-créanciers, sous une forme unique; c'est-à-dire, comme droit d'obtenir la possession du gage, et de le vendre pour se payer sur le prix; aussi ne s'établit-il pas de véritable concours entre les créanciers, ainsi qu'on va en juger. Il faut distinguer deux hypothèses.

I^{re} hypothèse. — *Si le créancier est en possession du gage*, alors de deux choses l'une :

A. — *Est-il le premier en hypothèque*, rien de mieux garanti que son droit; il est maître presque absolu de la position. — 1^o Il a des moyens aussi variés qu'énergiques de conserver sa possession, et de la recouvrer s'il venait à la perdre. — 2^o Il peut, à son gré, vendre la chose hypothéquée, ou en retenir la possession jusqu'à parfait paiement. Les créanciers postérieurs ne peuvent le contraindre à vendre s'il préfère garder, ni l'empêcher de vendre, si tel est son bon plaisir: leur droit se borne à prendre sa place, en le désintéressant complètement (*jus offerendæ pecuniæ — jus succedendi*). — 3^o Enfin, s'il lui plaît de vendre le gage pour se payer, il peut le faire, sans être tenu d'appeler à cette vente les autres créanciers; et, pourvu qu'il agisse de bonne foi, nul n'est admis à critiquer l'aliénation.

B. — Si, au contraire, le créancier, possesseur du gage, se trouve *primé par des hypothèques antérieures ou privilégiées*, rien de plus précaire que sa po-

sition. — 1^o Il peut, d'un instant à l'autre, être évincé par l'action hypothécaire des créanciers qui le priment, et il n'a d'autre ressource contre eux que de les désintéresser complètement (*jus offerendæ pecuniæ*). — 2^o Si, par un motif ou par un autre, les créanciers antérieurs ne se montrent pas, il peut sans doute vendre le gage; mais cette vente, qui n'éteint en aucune façon les hypothèques antérieures, l'expose aux conséquences désastreuses de l'action en éviction que l'acquéreur évincé ne manquera pas d'intenter contre lui.

II^e hypothèse. — *Si le créancier n'est pas en possession*, il faut qu'il agisse par action hypothécaire pour se faire mettre en possession, et alors plusieurs cas peuvent se présenter : — 1^o Si la chose est possédée, soit par un créancier hypothécaire postérieur, soit par le débiteur, soit par le propriétaire non débiteur qui a consenti à hypothéquer sa propriété pour la dette d'autrui, l'action hypothécaire sera efficace; et, à moins que le détenteur ne désintéresse le demandeur, celui-ci obtiendra la possession du gage et se trouvera ainsi dans la position décrite dans la première hypothèse. — 2^o Si la chose est possédée par un créancier hypothécaire antérieur, l'action hypothécaire demeurera stérile devant l'exception: *Si non mihi ante*, etc. Aussi, quand le possesseur est notoirement créancier antérieur, serait-il ridicule d'exercer contre lui l'action hypothécaire. La seule ressource qui reste alors au créancier postérieur,

c'est de désintéresser le créancier antérieur, afin de prendre sa place.

En recherchant les effets inséparables d'un tel système, on trouve qu'il est également désastreux pour les tiers acquéreurs les créanciers, et les débiteurs eux-mêmes.

Quant au tiers acquéreur, a-t-il acquis du débiteur, il peut-être évincé pendant 30 ans par tout créancier hypothécaire. A-t-il acquis d'un créancier hypothécaire, si ce créancier n'est pas le premier, même danger d'éviction de la part du créancier hypothécaire antérieur. — Dans l'un et l'autre cas, le tiers détenteur n'a aucun moyen terme analogue à notre *purge*; il faut qu'il paye intégralement ou qu'il délaisse. — Il n'a non plus aucun moyen analogue à notre *purge légale*, pour faire apparaître les hypothèques inconnues. — Ainsi, il achète au hasard, il paye en aveugle, toujours exposé à des évictions dont aucune prudence humaine ne saurait le garantir.

Les créanciers ne sont guère mieux traités, sauf le premier, auquel on a fait la part du lion. — Le créancier n'a aucun moyen de connaître les hypothèques déjà existantes au moment où il acquiert lui-même hypothèque: ainsi, il prête son argent au hasard; il exerce son action hypothécaire au hasard; au hasard encore, il vend le gage, au risque de l'action en éviction qui, pendant si longtemps, peut retomber sur lui. — Connaît-il enfin l'existence des hypothèques qui le priment,

il est à peu près sans action pour tirer parti du gage commun; puisqu'il ne peut ni forcer le créancier antérieur à vendre, ni surveiller la vente, s'il plaît à celui-ci de la faire. — Sa seule ressource est de désintéresser le créancier antérieur pour se mettre en sa place; mais, d'une part, cette avance peut excéder ses moyens; et, d'autre part, elle peut n'être qu'une perte nouvelle ajoutée à celle de sa créance primitive: en effet, après qu'il aura ainsi acheté chèrement le droit du créancier qui le primait, la survenance d'un créancier hypothécaire plus ancien encore, et qu'il ne connaissait pas, peut, d'un instant à l'autre, le priver de son gage, ou lui imposer la nécessité de nouveaux sacrifices pour le conserver.

Quant aux propriétaires, comment jouiraient-ils de quelque crédit, alors qu'ils sont dans l'impossibilité d'offrir aucune sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs?

Aux vices qui viennent d'être signalés se joignent encore les inconvénients d'une déplorable procédure. — Ainsi, au lieu de notre vente judiciaire publique, poursuivie contradictoirement avec toutes les parties intéressées, et qui purge, d'un seul coup, l'immeuble de toutes les hypothèques *connues* (1), et d'une partie des actions réso-

(1) A mon avis, l'adjudication sur saisie devrait purger toutes les hypothèques inscrites ou non inscrites: M. Troplong en a parfaitement développé les raisons en son *Traité des hypothèques*, tome IV, n° 996. — Mais depuis

lutoires (1); le droit romain autorise le créancier à vendre de gré à gré la chose hypothéquée (2); et, comme de raison, cette vente laisse subsister intactes toutes les hypothèques antérieures. — Au lieu du *concours unique sur le prix*, qui, chez nous, centralise en quelque sorte les questions de préférence, pour les trancher toutes, d'un seul coup, dans une seule et même procédure collective; le droit de préférence se présente, en droit romain, sous la forme de *duels* en nombre illimité, dans chacun desquels deux créanciers se disputent la possession; sauf au vainqueur à recommencer le lendemain, contre un nouveau créancier, une lutte semblable; et ainsi de suite, indéfiniment, jusqu'à ce que, après tant de tiraillements, la possession demeure enfin adjugée à celui qui prime tous les autres.

§ 286. — Actions réelles prétoriennes : — V. ACTION SERVIENNE.

L'origine de l'action servienne se trouve déjà expliquée au commencement du § précédent.

1835, la Cour de cassation, abandonnant son ancienne jurisprudence, ne reconnaît plus à l'expropriation la vertu de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, on avait proposé un amendement dans le sens de l'ancienne jurisprudence; cet amendement a été repoussé. La question paraît donc aujourd'hui tranchée dans le sens que l'adjudicataire doit faire la purge légale.

(1) Loi du 2 juin 1841, art. 717.

(2) Cette faculté est de même nature, mais plus dange-

Quant aux effets de cette action, ils ne peuvent être différents de ceux de l'action hypothécaire, puisque celle-ci n'est que la servienne généralisée. Qu'il suffise d'ajouter que déjà, avant l'introduction de la servienne, le préteur avait établi un interdit *adipiscendæ possessionis* (*interdictum Salvianum*) dont le but, semblable à celui de l'action servienne, était de faire obtenir au locateur de biens ruraux la possession des choses que le fermier avait affectées à la sûreté des obligations résultant du bail: nous y reviendrons en parlant des *interdits*.

§ 287. — De quelques autres actions réelles accordées au possesseur de fonds provinciaux, à l'emphytéote et au superficiaire.

I. On a déjà vu que les particuliers n'avaient sur les fonds provinciaux ni véritable propriété, (*ex jure Quiritium*), ni par conséquent de *rei vindictio* proprement dite (§§ 277 et 278).

Vraisemblablement, la possession des fonds provinciaux ne fut protégée, dans l'origine, qu'au moyen des *interdits* (1); mais, dans la suite, cette possession finit par être considérée, dans la pratique, sinon dans la théorie, comme une véritable propriété, et fut garantie par une action réelle. Nous trouvons en effet que, dès le temps des juris-

reuse encore que la clause de *voie parée*, dont l'usage tendait à s'introduire chez nous, et qu'a définitivement prescrite la loi du 2 juin 1841.

(1) Voy., ci-après, le chapitre IV.

consultes classiques, et il est probable qu'il en était ainsi déjà bien auparavant; celui qui était entré de bonne foi en possession d'un fonds provincial pouvait, au bout de 10 ans entre présents, et de 20 ans entre absents, opposer à l'action du propriétaire une exception dite *longi temporis præscriptio* (1): ce qui suppose bien évidemment que l'on reconnaissait un propriétaire et une action réelle.

Mais quelle était cette action réelle? Était-ce la revendication civile, ou la publicienne? Il me paraît évident que ni l'une ni l'autre de ces actions ne pouvait s'appliquer directement aux fonds provinciaux, la première, à cause des mots *ex jure Quiritium*, la seconde, à cause du mot *usucaptum*, qui se trouvaient dans les formules; mais, sans doute aussi, on avait étendu aux fonds provinciaux ces deux actions et toutes les autres actions réelles, en faisant subir à leurs formules certaines modifications qui ne nous sont point parvenues, et dans lesquelles on avait trouvé moyen de concilier la propriété de fait des particuliers avec la propriété théorique du peuple romain.

Sous Justinien, il n'y avait plus de raison pour maintenir le sol provincial dans l'état d'infériorité légale où l'avaient placé, relativement au sol italique, les anciennes théories nées de la conquête. En proclamant, par une constitution for-

(1) Paul., *Sent. recept.*, V, 2, § 3. — Diocl. et Max., L. 2, 3 et 9, C., de *Præscript. long. temp.*

melle, l'égalité entre le sol conquis et le sol conquérant, cet empereur ne fit donc que consacrer un état de choses auquel la pratique avait incessamment tendu dès le commencement de l'empire, et qui était surtout devenu tout naturel pour les provinces d'Orient, depuis que ces provinces composaient un empire distinct (1).

II. Il y avait des ressemblances remarquables entre les fonds provinciaux et les fonds *vectigales* et *emphytéotiques*.

On appelait *agri vectigales* les fonds appartenant à l'État, aux cités et à certaines corporations, telles que les collèges de prêtres et de vestales (2), lorsque ces fonds étaient loués à perpétuité, ou pour un temps très-long, moyennant une redevance annuelle en argent ou en fruits (*vectigal*) (3). — En droit romain, le fermier ou locataire n'a jamais, de son chef, l'action *réelle*: il a seulement contre le bailleur une action *personnelle*, pour se faire indemniser par lui, si c'est par son fait qu'il est troublé, ou pour se faire céder ses actions, si le trouble provient d'un tiers. La position du pre-

(1) § 40, *Instit.*, de *Rer. divis.* — Justinian., L. unic., C., de *Nud. jure Quirit. toll.* — L. unic., C., de *Usucap. transf.* — Voy. ce qui a été dit au sujet des provinces, t. I, §§ 50, 67 et 95.

(2) Les cités et les collèges de prêtres possédaient des terres immenses. Le seul temple de Comana possédait des terres peuplées de 6,000 colons ou esclaves.

(3) Paul., L. 1, ff., *Si ager vectigal.* — Cf. Hygin., de *Limitib. constituend.*, apud Goesium, p. 205.

neur de l'*ager vectigalis* était bien meilleure : si, dans ses rapports avec la cité ou la corporation dont il tenait la concession, ses obligations et ses droits étaient, en général, ceux d'un fermier ordinaire; à l'égard des tiers, il était considéré comme ayant sur la chose un véritable *jus in re*, qui, sans être ni la propriété, ni l'usufruit, tient à la fois de ces deux droits; il avait notamment l'action *in rem* utile (1).

L'emphytéose, dont l'usage devint si fréquent au Bas-Empire, est calquée sur la tenure de l'*ager vectigalis*, si toutefois il y a entre ces deux tenures d'autre différence que celle des noms (2). Le bail emphytéotique est également un louage, consenti à perpétuité, ou du moins pour un temps très-long, et qui donne au preneur un *jus in re* (*jus prædii* — *jus servitutis*) et une action *reelle* utile (3). Quoique l'emphytéose fût principalement usitée et que peut-

(1) Paul., L. 1 et 3, ff., *Si ager vectigal.* — Papinian., L. 66, ff., *de Evictionib.* — Cf. *Fragm. Vatic.*, § 61; — Julian., L. 25, ff., *de Usur. et fructib.*; — Macer., L. 15, ff., *Qui satisd. cog.*

(2) Dans les Compilations de Justinien, l'*ager vectigalis* et l'emphytéose sont toujours mis à côté l'un de l'autre, comme n'étant qu'une seule et même chose. La rubrique du titre III du livre VI porte : «*Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.*» — Cf. Macer., L. 15, § 1, ff., *Qui satisd. cog.*

(3) Gaius, *Comm.* III, § 145. — § 3, *Instit., de Locat.* — Ulpien., L. 1, § 3, ff., *de Superficieb.* — Paul., L. 1 et 3, ff., *Si ager vectigal.*

être même elle eût été introduite comme moyen de mettre en valeur les terres incultes qui composaient les domaines immenses des empereurs et des cités, on ne voit pas ce qui aurait empêché les particuliers d'avoir recours au même moyen de tirer parti de leurs terres : toutefois, ce n'est que vers le cinquième siècle qu'on commence à trouver des traces certaines de baux emphytéotiques entre particuliers. Zénon, tranchant les controverses qui s'étaient élevées sur la nature de ce droit, le régla par une constitution expresse (1).

III. Le droit de *superficie* donne lieu à des remarques analogues.

D'après le droit civil, et même d'après le droit des gens suivant les idées que s'en faisaient les Romains, les édifices ne pouvaient avoir d'autre propriétaire ni d'autre possesseur que le propriétaire et le possesseur du sol : c'est donc à ceux-ci que compétait exclusivement la revendication *civile* et l'interdit *Uti possidetis*, quels que fussent d'ailleurs l'auteur des constructions et le propriétaire

(1) Zéno., L. 1, C., *de Jur. emphyteut.* — Cf. Justinien., L. 2 et 3, C., *eod.*

On n'a pu ici que toucher en passant le droit d'emphytéose, seulement pour indiquer la nature de l'action qui le protège. Ceux qui désireraient avoir une notion plus complète de cette branche intéressante du droit romain au Bas-Empire en trouveront une histoire excellente dans le commentaire sur le titre de louage par M. Troplong, pag. 138-216. — On peut aussi voir une très-bonne dissertation publiée par M. Vuitry en 1836.

des matériaux. Ainsi, alors même que le propriétaire du sol aurait permis à une autre personne d'avoir sur ce sol une maison à elle appartenant, cette permission serait restée inutile devant la toute-puissance du droit, et la propriété de la maison aurait encore appartenu au propriétaire du sol (1); quant au concessionnaire, il n'avait contre le maître du sol qu'une simple action personnelle *ex conducto* ou *ex empto*, selon que la concession aurait été consentie pour une redevance périodique ou pour un prix unique (2): telle est la conséquence logique, mais rigoureuse, du droit civil et du droit des gens.

Mais lorsque la concession est faite à perpétuité, ou tout au moins pour un temps fort long, le préteur a introduit un interdit utile, calqué sur l'interdit *Uti possidetis* et une action réelle utile, analogue à la revendication, au moyen desquels le superficiaire peut, même contre le propriétaire du sol, se faire maintenir en possession de l'édifice, ou le revendiquer s'il en a perdu la possession (3). Le superficiaire se trouve ainsi assimilé au propriétaire: aussi peut-il transmettre son droit

(1) Gaius, L. 2, ff., de *Superfic.* — Cf. ce qui a été dit ci-dessus, pag. 99 et suiv. — Notre Code civil est plus libéral: il admet que les divers étages d'une maison peuvent appartenir à divers propriétaires (art. 664).

(2) Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Superfic.*

(3) Ulpian., L. 1, §§ 1, 2 et 3, ff., de *Superfic.*: «...Non ad modicum tempus.»

entier (1), ou le démembrer en le grevant de servitudes: il est bien entendu, au reste, que les servitudes, consenties par le superficiaire, n'avaient d'existence que d'après le droit prétorien (2).

II. ACTIONS PERSONNELLES (IN PERSONAM).

§ 288. — Des diverses espèces d'actions personnelles et des faits juridiques dont elles dérivent. — Sommaire de la théorie des obligations.

En traitant des actions *in rem*, on a pu et on a dû entrer dans l'examen détaillé de chaque action réelle en particulier, parce que ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante sous le rapport de la procédure. La même marche serait impraticable pour les actions *in personam*; car ces actions sont innombrables; et vouloir tracer l'histoire de chacune d'elles en particulier, ce serait s'imposer la tâche de faire un traité complet des obligations. On se bornera donc à rappeler brièvement la théorie générale des obligations auxquelles les actions personnelles servent de sanction; on exposera ensuite, dans les §§ suivants, la sous-division des actions personnelles en *actiones in personam* et en *condictiones*.

I. On a déjà approfondi la nature juridique de l'obligation (*jus ad rem*), en la comparant avec le

(1) Ulpian., L. 1, § 7, ff., de *Superfic.*

(2) Ulpian., L. 1, § 6, ff., de *Superfic.*

ius in re (§ 274) : il faut dire maintenant quels événements lui donnaient naissance. — L'obligation pouvait naître des *contrats*, des *délits* et de plusieurs autres événements (*variis causarum figuris*) (1) qui, sans être ni des contrats ni des délits, produisaient néanmoins des obligations analogues, dans leurs effets, les unes, aux obligations naissant des contrats (*obligationes quasi ex contractu*), les autres, aux obligations naissant des délits (*obligationes quasi ex delicto*) ; ainsi, quatre sources d'obligations : contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits (2). — Les obligations *ex contractu* et *quasi ex contractu* ont cela de commun qu'elles passent, en général, aux héritiers et contre les héritiers des parties ; tandis que les obligations *ex delicto* et *quasi ex delicto* se ressemblent précisément parce que, en général, elles ne survivent pas à l'auteur du délit ou du quasi-délit ; quelquefois même elles

(1) Gaius, L. 1, pr., ff., de *Oblig. et act.*

(2) Les jurisconsultes romains ne disent jamais *quasi-contractus*, *quasi-delictum*, mais *obligatio quasi ex contractu*, *quasi ex delicto* ; indiquant ainsi que la similitude existe, non entre les événements générateurs des obligations, mais entre les obligations elles-mêmes. Toutefois, on se servira, sans scrupule, des expressions *quasi-contrats*, *quasi-délits*, qui sont plus courtes que les périphrases qu'il faudrait employer pour parler exactement comme les jurisconsultes romains. D'ailleurs, ces expressions n'ont par elles-mêmes rien d'inexact : si les jurisconsultes ont assimilé les *effets*, c'est que, sans doute, ils apercevaient de l'analogie entre les *causes*.

s'éteignent à la mort de la personne lésée. Ceci posé, on va parcourir les quatre sources d'obligations, en ayant soin d'indiquer les différences principales qui existent à ce sujet entre le droit romain et le Code civil.

I. CONTRATS. — Le droit français a fait une large part à la volonté de l'homme : le simple consentement, pourvu qu'il n'ait rien d'illicite et qu'il émane de personnes capables, suffit pour obliger. Les écrits ne sont requis que pour la *preuve*, et non pour la validité de l'engagement : telle est la règle générale. Les exceptions sont peu nombreuses et se réfèrent à certains contrats, qu'à raison de leur importance le législateur a cru devoir soumettre à des formalités particulières : ces formalités ne sont pas requises pour la preuve, mais pour la *validité* (mariage, adoption, tutelle officieuse, donation entre-vifs, contrats de mariage et d'hypothèque, sociétés commerciales, etc.) : on les appelle pour cela *contrats solennels*. — Le droit romain est, en cette partie, précisément le contre-pied du droit français. A Rome, le simple consentement (*nuda conventio, pactum*) ne suffit pas pour obliger : si le consentement n'est exprimé d'une certaine manière, ou s'il n'est accompagné de certaines circonstances, il ne produit ni obligation ni action. Par exception à la règle, quelques contrats, en petit nombre, sont obligatoires *solo consensu* : c'est ce qu'on appelle les *contrats consensuels*. Ainsi, en employant les mots *solennels* et *consensuels* dans le sens qui résulte des explications pré-

cédentes, on peut ainsi marquer l'opposition des deux législations : en droit romain, tous les contrats sont *solennels*, sauf l'exception des contrats consensuels ; en droit français, tous les contrats sont *consensuels*, sauf l'exception des contrats solennels.

La langue latine, avec sa richesse ordinaire, avait des noms particuliers pour ces diverses choses. *Conventio* est l'expression générique, elle comprend les contrats et les pactes (1). La convention prend le nom de *contrat*, quand elle est pleinement obligatoire, c'est-à-dire quand elle fournit au créancier une *action* pour contraindre le débiteur à exécuter la convention ; elle prend le nom de *pactum* ou *nuda conventio* lorsque celui au profit duquel la convention a été consentie n'a pas d'action pour contraindre l'autre partie. Le pacte ne doit pourtant pas être assimilé à une convention absolument nulle : car si le promettant, ayant exécuté spontanément, venait ensuite répéter comme ayant payé indûment, on le repousserait par l'exception *pacti* ou *de dolo*. — Ces résultats sont encore exprimés d'une autre manière, en disant que le contrat engendre une obligation *civile*, et le pacte une simple obligation *naturelle* (2). On

(1) Ulpian., L. 1, ff., de *Pactis*.

(2) L'opposition indiquée ici par les mots *civile* et *naturelle* serait peut-être plus clairement exprimée par les mots *parfaite* et *imparfaite*. C'est dans le même sens que nos auteurs appellent la dette de jeu, obligation *naturelle* (C. C.,

verra tout à l'heure que plusieurs conventions qui, d'après l'ancien droit civil, n'étaient que de simples pactes, devinrent par la suite de véritables contrats consensuels.

Il est impossible aujourd'hui d'expliquer pourquoi les fondateurs du droit civil romain avaient

art. 1963 et 1967); et que l'article 1235 décide que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations *naturelles* qui ont été volontairement acquittées. L'expression *obligation naturelle* est encore prise, chez nous, dans une tout autre acception, pour désigner l'obligation que la nature, à défaut de la loi, suffirait pour imposer aux parents et aux enfants de s'assister dans le besoin (C. C., art. 203 et suiv.).

On a écrit des volumes sur l'obligation naturelle du droit romain, sans que, à mon sens, on soit jamais parvenu à un résultat satisfaisant. Ce peu de succès tient, je crois, à ce que l'on a voulu trouver à cette expression un sens *unique* et *absolu*; tandis qu'elle n'a jamais qu'un sens *relatif* plus ou moins étendu, selon les diverses relations qu'elle est employée à exprimer. — Les rapports légaux, sous lesquels les juriconsultes romains ont principalement recherché les divers degrés d'efficacité des obligations, sont, en allant du plus au moins, l'*action*, l'*exception*, la *novation* et le *cautionnement*. L'obligation est parfaite ou *civile* quand elle donne une action au créancier; elle est imparfaite ou *naturelle* quand, ne donnant aucune action au créancier, elle est cependant efficace sous les trois derniers rapports, du moins sous l'un d'entre eux. Le développement de cette doctrine nous mènerait trop loin : citons seulement quelques exemples. — La promesse faite par pacte ne donne pas d'action; mais elle produit une exception, et elle est susceptible d'être cautionnée. — La promesse faite par un pupille non autorisé est qualifiée