

possideat). Mais la même règle ne doit pas s'appliquer, selon nous, aux vendications de servitudes. Et la raison première tient à ce principe général, qu'il n'y a véritablement pas de possession d'une chose incorporelle, telle qu'un droit de servitude. Si la jurisprudence a fini par voir une sorte de possession dans l'exercice du droit, ce n'est pas une raison pour appliquer à cette quasi-possession tous les effets de la possession véritable. Cette quasi-possession ne donnait pas dans l'origine les interdits possessoires qui y ont été, plus tard, appliqués sous la qualification d'interdits utiles (1). De telle sorte qu'à une certaine époque, bien qu'ayant l'exercice du droit, le quasi-possesseur, troublé ou menacé dans cet exercice, n'avait d'autre recours que l'action confessoire ou négatoire, et que, même après que les interdits quasi-possessoires lui eurent été concédés par utilité, il conserva le droit d'exercer ces actions, s'il le préférait (2).

2070 *bis*. Dans tous les cas, c'est au demandeur à faire la preuve. (V. M. BONNIER. *Traité des Preuves*, 4^e édit., n^o 45 et suiv.)

2071. *Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet*. Les commentateurs se sont tourmentés depuis longtemps pour savoir quel est ce cas unique, qui devrait se trouver plus amplement développé dans le Digeste. Pourvu qu'on s'accorde, au fond, sur les principes, le reste est peu important. Notre savant collègue M. Ducaurroy voit ce cas unique dans celui du propriétaire qui, attaqué par l'action Publicienne, repousse cette action au moyen de l'exception *justi dominii* dont nous allons parler sous le § 4, et qui, bien qu'en possession de sa chose, est alors obligé de prouver son droit de propriété (3). Sans doute cette obligation de preuve existe pour lui; mais que ce soit le cas unique dont il s'agit dans notre texte, c'est ce qui paraît plus douteux. Le texte parle d'un cas d'action (4) : or, l'exemple cité est un cas d'exception, dans lequel nous ne voyons autre chose que l'application de cette règle générale, que celui qui oppose une exception doit en prouver le

(1) DIG. 41. 2. *De acquir. posses.* 3. pr. f. Paul. : « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. » — 8. 1. *De servitut.* 20. f. Javol... « Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt. » — 41. 1. *De acquir. rer. dom.* 43. § 1. f. GAL. : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. » — 8. 1. *De servit.* 14. f. Paul. : « Servitutes... etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt : et ideo usu non capiuntur... etc. » — VATIC. J. R. FRAGM. §§ 90 et 91 : « Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur, et *unde vi*, quia non possidet. » — (2) C'est ce qui résulte d'ailleurs textuellement, selon nous, des fragments suivants : DIG. 8. 5. *Si servit. vindic.* 4. § 5. f. Ulp.; 16. f. Julian.; 8. § 5. f. Ulp.; 2. § 3. f. Ulp. d'après Pompon. — On a dû également, avant l'établissement des interdits possessoires, être obligé de recourir à l'action *in rem*, pour se faire maintenir en possession, même d'une chose corporelle. — (3) DIG. 6. 2. *De Publiciana.* 16. f. Papin., et 17. f. Nerat. — (4) Théophile dit positivement : « Uno autem solo casu possessor ACTIONEM IN REM MOVERE potest : Ένι εν δε μόνω θεματι δ νεμόμενος δύναται KINEIN τήν... » ce qui ne laisse aucun doute sur le rôle d'*actor* qu'a le possesseur.

fondement. Quant à nous, nous partageons l'avis de ceux qui pensent qu'il s'agit tout simplement, dans le texte de notre paragraphe, du cas même dont traite ce paragraphe, c'est-à-dire du cas où le propriétaire, en possession de sa chose, exerce l'action négatoire, pour dénier un droit de servitude par lequel il est troublé ou même dont il est seulement menacé (1).

III. Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ecce plerumque ita permittitur in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel, ex diverso, possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

3. Les actions que nous venons d'indiquer, et autres semblables, tirent leur origine des lois et du droit civil. Mais il en est d'autres, tant réelles que personnelles, que le préteur a établies en vertu de sa juridiction; il faut les faire connaître par des exemples. Ainsi le plus souvent le préteur ouvre une action réelle en permettant au demandeur de présenter comme accomplie par lui une usucapion qui réellement ne l'a pas été; ou, en sens inverse, comme non accomplie par le possesseur, son adversaire, une usucapion qui l'a été.

2072. La division entre le droit civil et le droit prétorien est générale et se présente constamment dans le droit romain. Nous l'avons vue au sujet des personnes, de la propriété, des successions, des obligations : nous la retrouvons encore, comme point capital, au sujet des actions, qui se divisent en actions civiles et actions prétoriennes, tant les actions *in rem* que celles *in personam*.

Nous savons que les deux procédés principaux employés par les préteurs pour investir d'actions des cas non sanctionnés par le droit civil, avaient été, soit de construire la formule sur une hypothèse fictive (*factitiæ actiones*); soit, plus fréquemment encore, de la rédiger *in factum* (*actiones in factum conceptæ*). — (Voir ci-dessus, n^o 1978 et 1979). Les trois paragraphes suivants nous donnent des exemples d'actions fictives *in rem*.

IV. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est : si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam; quinque ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana

4. En effet, si celui à qui une chose a été livrée pour une juste cause, par exemple pour cause de vente, de donation, de dot ou de legs, vient à en perdre la possession avant d'en avoir acquis la propriété par usucapion, il n'a aucune action réelle directe pour poursuivre cette chose; car l'action en vendication du droit civil n'est accordée qu'au propriétaire. Mais comme il était trop dur qu'il n'existât dans ce cas aucune action, le préteur en a imaginé une dans laquelle celui qui a perdu la possession dit avoir usucapé la chose, et

(1) DIG. 8. 5. *Si servit. vindic.* 6. § 1. f. Ulp. : « Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petitorem... etc. »

appellatur, quoniam primum a Publicio par conséquent la vindicte comme
pratore in edicto proposita est. sienne. Cette action est appelée Publi-
 cienne, parce qu'elle a été introduite
 pour la première fois dans l'édit par le
 préteur Publicius.

2073. Il s'agit ici de l'action Publicienne (*Publiciana*), dont nous avons déjà parlé plus d'une fois (tom. II, p. 360, note 2, n° 540, et ci-dess., n° 1979, 3°) (1). Nous avons rapporté, d'après Gaius (ci-dess., n° 1979, 3°), la formule de cette action fictive. Au moyen de la fiction qui y était contenue, cette action était donnée à l'exemple de la *rei vindicatio*; ce sont les propres termes de Paul : « *Ad exemplum vindicationis datur.* » Aussi Ulpien nous dit-il qu'elle regardait, par imitation, la propriété et non la possession : « *Ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit* »; et qu'il fallait y observer les mêmes règles que dans la *rei vindicatio* : « *In Publiciana actione omnia erunt, quæ et in rei vindicatione diximus* (2) : par exemple, touchant les restitutions ou le compte à faire pour les fruits, pour les accessoires, pour les impenses, pour la responsabilité des fautes. En un mot, l'action Publicienne n'était autre chose qu'une sorte de vindication utile, construite par le procédé d'une formule fictive : « *Et ita vindicat suam esse* », dit notre texte.

Sous Justinien il n'est plus question de cette rédaction formulaire, ni de l'énonciation de l'hypothèse fictive qui y était contenue. L'action a même perdu plusieurs de ses cas d'application. Mais pour ceux qui sont maintenus, les conséquences restent.

2074. En effet, il résulte de ce que nous avons dit, en traitant de l'usucapion et de la prescription (tom. II, n° 514 et suiv.), que l'action Publicienne pouvait recevoir application dans quatre cas distincts : — 1° Lorsqu'une chose *mancipi* avait été livrée par le propriétaire (*a domino*), mais sans mancipation ni autre mode d'acquisition quiritaire; et que le possesseur en voie de l'acquérir par usucapion en avait perdu la possession avant le temps révolu de cette usucapion. N'étant pas encore *dominus ex jure Quiritium*, il ne pouvait pas exercer la *rei vindicatio* civile; le droit prétorien lui donnait la Publicienne; — 2° Lorsqu'une chose, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, avait été reçue par quelqu'un, en vertu d'une cause translatrice de propriété (*ex justa causa*), et de bonne foi, mais d'un autre que le propriétaire (*a non domino*); et que le possesseur, en voie de l'usucaper, en avait de même perdu la possession avant le temps révolu de cette usucapion; — 3° Lorsqu'il ne s'agissait pas d'usucapion, mais

(1) Voir sur ce sujet le traité de notre collègue M. PELLAT : *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et sur l'usufruit*, où se trouvent, p. 427 et suiv., une traduction et un commentaire du titre 2, livre 6, au Digeste : *De Publiciana in rem actione*. — (2) D. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul. — 6. 2. *De Publician.* 7. §§ 6 et 8. f. Ulp.

seulement de prescription commencée, ou même révolue, par exemple à l'égard des fonds provinciaux, et que celui au profit de qui courait ou s'était achevée la prescription venait à perdre la possession de la chose. Il ne pouvait pas intenter la *rei vindicatio* civile, puisque la prescription, même accomplie, ne rendait pas propriétaire; mais il avait la Publicienne; — 4° Enfin, même dans le cas de l'acquéreur qui est réellement devenu propriétaire, mais qui, ayant perdu la possession de sa chose, aime mieux intenter la Publicienne que la *rei vindicatio* civile, parce que la Publicienne ne l'oblige pas comme la *rei vindicatio* à justifier du droit de propriété de ses auteurs (tom. II, n° 540, note 1). — Sous Justinien, le premier de ces cas d'application n'existe plus, parce que la différence entre les choses *mancipi* ou *nec mancipi* est supprimée; ni le troisième, parce que l'usucapion et la prescription sont fondues ensemble : il ne subsiste que le second et le quatrième. Aussi dans les termes de l'édit rapportés au Digeste, les mots *a non domino*, qui vraisemblablement ne s'y trouvaient pas, ont-ils été intercalés par interpolation (tom. II, n° 540, note 1).

2075. L'action Publicienne ne peut avoir lieu pour les choses aliénables; ni pour les choses furtives, ni pour l'esclave fugitif, ou tout autre objet entaché d'un vice qui empêche l'usucapion (1). Cependant elle s'applique à l'usufruit et aux servitudes tant rurales qu'urbaines, bien que la nature incorporelle de ces choses n'en permette point l'usucapion (2). Mais on admettait une certaine acquisition prétorienne par un long usage (tom. II, n° 463); et cela avait suffi, sans doute, pour leur faire appliquer la Publicienne; mais, dans cette hypothèse, comme au cas de possession de fonds provinciaux, la formule a dû être modifiée.

2076. Si l'action Publicienne, dans le second cas d'application que nous en avons indiqué, le seul qui lui soit resté propre sous Justinien, était intentée contre le véritable propriétaire, il serait contraire à l'équité, et par conséquent à la destination même de cette action, de lui faire produire son effet dans ce cas. En conséquence, le propriétaire la paralysera, en opposant une exception fondée sur ce que le domaine de la chose est à lui. C'est ce qu'on nomme l'exception *justi domini*, dont la formule était ainsi rédigée : « *Si ea res possessoris non sit*, » ou « *si dominus ejus rei possessor non sit* (3). » La forme fictive de l'action Publicienne, qui ordonnait au juge de statuer comme si l'usuca-

(1) Dig. 6. 2. *De Publiciana in rem actione.* 9. § 5. f. Ulp. et 12. § 4. f. Paul. — *Ibid.* 11. § 1. f. Ulp. et 12. § 2. f. Paul. : « *In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.* » — Cod. 7. 39. *De præscriptione.* 8. const. Justinian. — Voir aussi ci-dess. tom. II, § 360, note 2. — (2) Dig. 6. 2. *De Publiciana.* 9. § 5. f. Ulp. et 12. § 4. f. Paul. — (3) *Ibid.* 16. f. Papin., et 17. f. Nerat. — Dig. 9. 4. *De noxal. act.* 28. f. Afric. — 17. 1. *Mandati.* 57. f. Papin. — 44. 2. *De except. rei judic.* 24. f. Julian.

pion avait eu lieu, exigeait ce recours à une exception si l'on voulait que les droits du véritable propriétaire, défendeur, fussent réservés. — Cette exception pourrait à son tour, dans certaines circonstances, être repoussée par diverses répliques, notamment par la réplique spéciale portant la dénomination de *replicatio rei venditæ et traditæ*, ou par la réplique de dol. Supposez, en effet, au temps où régnait encore cette distinction, une chose *mancipi* vendue, payée et livrée à l'acheteur, mais sans mancipation. Cet acheteur, avant d'avoir accompli l'usucapion (ci-dessus, n° 2074, 1°), perd la possession de la chose, laquelle retourne aux mains de son vendeur; pour la ravoir, il exerce l'action Publicienne contre celui-ci qui lui oppose l'exception *justi dominii*; mais comme il y aurait iniquité à ce que cette exception ici l'emportât, l'acheteur la repousse par la réplique *rei venditæ et traditæ*, fondée sur le fait même de la vente et de la tradition qui ont eu lieu. Il pourrait même donner à sa réplique une conception plus sévère en la formulant sur le dol commis en cela par son adversaire (*replicatio doli mali*). Au temps de Justinien cette hypothèse ne peut plus avoir d'application, mais il s'en peut présenter d'autres: comme si le véritable propriétaire, devenu héritier du vendeur, se trouve dans la même situation et se comporte de même, la même réplique *rei venditæ et traditæ*, ou bien *doli mali*, peut lui être opposée (1). — Il y a entre ces deux répliques ou exceptions cette différence importante, que celle qui articule le dol ne peut être opposée qu'à l'auteur même du dol ou à ses héritiers (ci-dess., n° 2260); tandis que l'exception ou la réplique *rei venditæ et traditæ* peut être opposée à tout ayant cause, même à titre particulier et onéreux, comme le serait, par exemple, un second acheteur (2).

Si la Publicienne est intentée contre un possesseur qui lui-même est en voie d'usucaper ou de prescrire, lequel des deux préférer? Le Digeste de Justinien conserve encore la trace d'un dissentiment à ce sujet entre les jurisconsultes romains; d'après Nératius, entre deux acheteurs *a non domino*, sans distinguer s'ils ont acheté de la même personne ou de personnes différentes (*sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio*), le préférable serait celui qui a été mis le premier en possession de la chose, parce que c'est celui-là qui s'est trouvé le premier *in causa usucapiendi*. Ulpien au contraire, d'après Julien, fait la distinction: il adopte la même décision, et tout le monde est d'accord là-dessus, lorsqu'ils ont acheté de la même personne (*ab eodem non domino*); mais lorsqu'ils ont acheté de personnes différentes (*a diversis non dominis*), ne puisant plus leur droit à la même source et ne le tenant plus

(1) Voir au Digeste le titre spécial, 21. 3. *De exceptione rei venditæ et traditæ*, moyen de défense qui s'emploie, soit comme exception, soit comme réplique, en diverses occurrences. — (2) *Ibid.* 3. f. Hermogen.

d'un auteur commun, Ulpien, d'après Julien, ne voit plus d'autre cause de préférence que celle de la possession actuelle (*melior causa sit possidentis quam petentis*) (1). C'est là sans doute un vestige laissé dans le Digeste, des divergences entre l'école des Proculéiens, que suivait Nératius, et celle des Sabinéens, à laquelle appartenait Julien.

A Publicio prætoris. Ce Publicius est vraisemblablement Q. Publicius, qui fut prêteur du temps de Cicéron (2).

V. Rursus ex diverso, si quis, cum reipublicæ causa abesset vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desiderit, tunc *intra annum* rescissa usucapione eam petere, id est ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

5. En sens inverse, si quelqu'un, étant absent pour la république, ou en captivité chez l'ennemi, a usucapé la chose appartenant à un propriétaire resté dans la cité, il est permis à celui-ci, dans l'année du retour de celui qui a usucapé, de vendiquer la chose en faisant rescinder l'usucapion, c'est-à-dire en disant que cette usucapion n'a pas eu lieu, et que, par conséquent, la chose est restée sienne. Ce genre d'action est accordé par le prêteur, par de semblables motifs d'équité, dans quelques autres cas, ainsi qu'on peut le voir dans les livres plus étendus du Digeste ou des Pandectes.

2077. Il s'agit encore ici d'une vendication utile au moyen d'une formule fictive. Dans le paragraphe qui précède, la fiction prétorienne consiste à supposer accomplie une usucapion qui ne l'a pas été; dans celui-ci, au contraire, elle consiste à supposer non accomplie une usucapion qui l'a été. La première est au profit du possesseur qui n'a pas encore usucapé la chose; la seconde, en sens inverse, au profit du propriétaire dont la chose a été usucapée. Le prêteur donne à cet ex-propriétaire, dans certaines circonstances et pour certains motifs particuliers, l'action réelle en vendication, construite sur l'hypothèse fictive que l'usucapion n'aurait pas eu lieu. Ainsi cette usucapion est considérée comme non avenue; elle est rescindée (*rescissa usucapione*). Il y a une sorte de *restitutio in integrum*, au moyen d'une action rescisoire, selon la qualification donnée à ces sortes d'actions d'après ces expressions des textes: *rescissa usucapione*.

2078. Cette action fictive, dont l'effet est de rescinder une usucapion accomplie, se présente dans deux situations différentes.

1° Pendant qu'un propriétaire est éloigné par crainte raisonnable (*metu*), ou pour un service public (*reipublicæ causa*), ou parce qu'il est détenu dans les fers, en servitude, en captivité chez l'ennemi (*inve vinculis, servitute, hostiumque potestate*), il peut se faire qu'une chose qui lui appartient soit acquise par

(1) DIG. 19. 1. *De action. empt.* 31. § 2. f. Nerat.: « Is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. — 6. 2. *De Public. in rem. act.* 9. § 4. f. Ulp. — (2) CICÉRON. *Pro Cluent.* 45.

usucapion : et cela pouvait arriver fréquemment à l'époque où le délai de l'usucapion n'était que d'un an ou de deux ans. Le préteur, prenant en considération l'impossibilité de défendre ses droits, dans laquelle a été le propriétaire par suite de son absence, fera rescinder cette usucapion, au moyen de l'action réelle fictive qu'il lui donnera. Cette action est donnée ici pour protéger l'absent : aussi fallait-il que l'absence fût motivée sur une juste cause, telle que celles que nous avons énumérées (1).

2079. 2^e Mais il peut arriver aussi que ce soit le possesseur et voie d'usucaper la chose d'autrui qui soit absent. Le propriétaire, par suite de cette absence, peut être dans l'impossibilité d'arrêter l'usucapion ; car, ainsi que nous l'avons déjà vu (ci-dessus, n^o 2036), dans la procédure des Romains l'*in jus vocatio* ni la *litis contestatio* ne peuvent avoir lieu contre celui qui est absent et qui n'est défendu par personne, ni *procurator*, ni *cognitor*, même se cachât-il, se mit-il frauduleusement hors de l'atteinte de cette *in jus vocatio*. Le préteur pouvait bien employer des moyens indirects pour le contraindre à se présenter, tels que la *missio in possessionem* (ci-dessus, n^o 2021) ; mais enfin, si par un motif quelconque il ne se présentait pas, l'action était impossible. L'usucapion, en cas pareil, s'accomplissait au profit de l'absent sans qu'il y eût moyen de l'interrompre. Mais le préteur fera encore rescinder cette usucapion, en donnant au propriétaire l'action réelle fictive. — Cette action, dans ce cas, a pour but de protéger le propriétaire contre l'absent : elle a donc lieu quel que soit le motif de l'absence. Notre texte ne parle, il est vrai, que de l'absence pour la république ou par suite de captivité ; mais il en serait ainsi, à plus forte raison, si l'absence était frauduleuse ou dénuée de tout motif légitime (2).

2080. Il a été communément reçu parmi les commentateurs, jusqu'à ces derniers temps, que l'action fictive dont nous venons de parler, donnée en rescindant une usucapion accomplie, se nommait aussi *Publicienne* ; pour la distinguer de la précédente, on qualifiait celle-ci d'*action Publicienne rescisoire*, la considérant comme une action spéciale *sui generis* ; de sorte qu'il y aurait eu deux sortes de *Publiciennes*, la *Publicienne ordinaire* et la *Publicienne rescisoire*, la contre-partie pour ainsi dire l'une de l'autre. — La qualification de *Publicienne rescisoire* est exacte ; elle s'appuie principalement sur deux textes du Digeste, où il est question, en effet, de *Publicienne*, *quæ rescissa usucapione redditur* ; et elle se rencontre en propres termes (Πουβλικιανήν ῥεσκισσορίαν, *Publicienne rescisoire*) dans une explication que donnait de l'un de ces textes Dorothee, le professeur de Beryte,

(1) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major. in integr. restit.* 1. § 1. f. Ulp., où nous trouvons les termes de l'édit ; voir aussi les lois 2. 9. 13. 14 et 15 au même titre. — (2) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1. f. Ulp. 21. pr., et §§ 1 et 2 ; 22. 23. pr. et § 4 ; 25. 26. §§ 2 et 3.

collaborateur de Tribonien (ci-dess., tom. I, *Hist.*, n^o 461), et qui a été insérée comme scholie du passage correspondant dans les *Basiliques* (1). — Mais ce qui n'est pas exact, c'est qu'il y eût là une seconde sorte de *Publicienne* spéciale, et qu'il fallût voir en elle la dénomination particulière de l'action rescisoire dont parle notre paragraphe. Depuis que M. de Savigny a contesté cette dénomination, faisant remarquer qu'elle n'est indiquée ni par Gaius ni par notre paragraphe des *Instituts*, et donnant des deux textes invoqués une explication de laquelle il résultait qu'il s'agit, dans ces deux textes, d'une application de la véritable *Publicienne*, l'opinion courante a changé (2). On refuse généralement aujourd'hui le nom de *Publicienne* à l'action dont parle notre paragraphe, et on la désigne uniquement, d'après sa qualité, sous le nom d'*action rescisoire*, qui se rencontre dans un fragment d'Ulpien (*exemplo rescissoræ actionis... In actione rescissoria*) (3).

Voici comment nous croyons devoir expliquer ce point. Le propriétaire dont la chose a été usucapée et qui peut obtenir du préteur la rescision de cette usucapion pour cause d'absence, a, comme tout propriétaire, afin de se faire restituer cette chose, deux actions à sa disposition, soit la *rei vindicatio*, soit la *Publicienne*, qui lui évitera les embarras de justifier du droit de propriété de ses auteurs (ci-dess., n^o 2074, 4^e). Cette dernière action sera même la seule qui lui sera ouverte, si on suppose qu'il tenait cette chose *a non domino* et qu'au moment où elle a passé en la possession d'autrui il n'en avait pas encore accompli l'usucapion. Ce sont ces deux actions qui peuvent lui être données, l'une ou l'autre, au moyen de la rescision de l'usucapion dont il a été victime (*rescissa usucapione*). Suivant qu'il fera choix de l'une ou de l'autre, il exercera donc soit une *rei vindicatio rescissoria*, soit une *Publicienne rescissoria* ; la qualité de *rescisoire* appartient, en semblable hypothèse, à l'une comme à l'autre de ces actions ; l'une et l'autre ne sont données par le préteur que *causa cognita*, puisqu'il s'agit d'une sorte de restitution contre une usucapion accomplie ; en un mot, l'une et l'autre sont, à notre avis, des actions utiles : soit une *rei vindicatio utilis*, soit une *Publiciana utilis*, construites chacune sur une formule fictive, à savoir que l'usucapion accomplie n'aurait pas eu lieu (4). — L'action rescisoire dont parle notre paragraphe est la *rei vindicatio*

(1) D. 17. 1. *Mandat.* 57. f. Papin. : « ... ex Provincia reversum, Publiciana actione non (in)utiliter acturum, » avec la scholie 5 du passage correspondant des *Basiliques*, édition de Heimbach. — D. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul. : « Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur... etc. » — (2) Voir le *Traité de droit romain* de M. DE SAVIGNY, t. VII, p. 193 et suiv. de la traduction, et les savants développements donnés à la même opinion par notre collègue M. PELLAT, dans son *Traité sur la propriété et l'usufruit*, p. 575 et suiv. — (3) D. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 28. §§ 5 et 6. f. Ulp. — (4) Le dernier point, sur lequel nous osons nous séparer d'une manière de voir consacrée par l'autorité de M. de Savigny et généralement adoptée depuis,

(ita *petere* ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id *suam rem esse*). Quant à la Publicienne, outre le fragment de Paul rapporté ci-dessus (note 1 du présent numéro), qui la dénomme textuellement (*cum rescissa usucapione redditur*), elle se trouve nettement précisée dans cette scholie des Basiliques, tirée de Stéphane, que nous citerons d'après notre collègue M. Pellat et dans la traduction même qu'il en a donnée : « La Publicienne n'est pas accordée seulement à celui qui, avant l'usucapion, a perdu la possession de la chose, mais elle est encore donnée à l'ancien propriétaire, quand un autre a usucapé la chose, afin de rescinder l'usucapion accomplie (1). »

est ce qui concerne cette Publicienne rescisoire. — Nous ne croyons pas que par cela seul qu'une personne a été une fois dans les conditions voulues pour avoir la Publicienne, cette Publicienne continue toujours de lui appartenir, quoique la chose ait passé depuis en la propriété d'un autre, de telle sorte qu'elle aurait droit à la Publicienne *in æternum*, quels que fussent les changements de propriété survenus depuis, même de son chef. — Nous ne croyons pas que l'exception *justi domini* fût nécessaire au propriétaire nouveau pour repousser une semblable Publicienne; il lui suffit d'en contester l'*intentio*, et il n'a besoin pour cela d'aucune exception; en effet, on aura beau supposer l'usucapion accomplie en son temps, la conclusion de cette *intentio* : « TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITICUM ESSE OPORTERET » ne se trouvera pas vérifiée, puisque le demandeur, même en cette hypothèse, ne devrait pas être reconnu propriétaire, la propriété ayant passé depuis en d'autres mains. Il en est ici de même qu'il en serait d'une *rei vindicatio* intentée par un ancien propriétaire qui, depuis, aurait cessé de l'être. A notre sens, c'est pour la protection des droits de propriété antérieurs à l'usucapion supposée accomplie, que l'exception *justi domini* est nécessaire, suivant les exemples que nous en avons donnés ci-dessus (n° 2076), mais non pour celle des droits de propriété survenus depuis, puisque ceux-ci ne sont pas touchés par la formule de l'*intentio*. — Nous ne croyons pas que l'exception *justi domini* soit, par elle-même, une exception qui ne se donne que *causa cognita*; nous croyons qu'elle est au nombre de celles que le défendeur propose à ses risques et périls et fait insérer dans la formule sans *causæ cognitio* prétorienne, sauf l'obligation à lui d'en faire la preuve devant le juge : c'est la rescision d'une usucapion accomplie qui, étant une sorte de restitution, sous quelque forme qu'elle soit accordée par le prêteur, ne le sera que *causa cognita*. — Notre conclusion de tout ceci est donc, que lorsque la chose de l'absent a été usucapée, s'il intentait la Publicienne ordinaire, sans modification de la formule, il succomberait infailliblement, par cela seul que son *intentio* ne se trouverait pas justifiée, de même que s'il intentait une *rei vindicatio* ordinaire. Il a donc besoin, pour la Publicienne, de même que pour la *rei vindicatio*, que le prêteur la lui accorde avec une modification de la formule, laquelle consiste à rescinder l'usucapion *causa cognita*. C'est ainsi que la Publicienne peut lui être donnée utilement, de même que la *rei vindicatio*; et c'est ce que dit Ulpien en propres termes : « Publiciana... cum rescissa usucapione redditur », de même que notre paragraphe le dit de la *rei vindicatio* : « Permittitur domino... rescissa usucapione eam petere. Il y a un parallélisme complet entre ces deux actions, qui sont susceptibles de s'appliquer, chacune par le même procédé de rescision, à la même situation. — Nous n'attribuons ce qui est dit de l'exception *justi domini*, dans le fragment 57 de Papinien, liv. 17, titre 1, *Mandati*, au Digeste, qu'aux particularités de cette espèce; mais nous nous refusons à en faire la règle générale de cette Publicienne rescisoire, qui se présente à nous, pour les cas usuels, avec un jeu de procédure moins compliqué.

(1) Traité sur la propriété et sur l'usufruit, de M. PELLAT, p. 586, note 3, à

La situation des parties pourrait être telle que le prêteur, pour restituer contre l'usucapion accomplie, employât un autre moyen que celui d'une action rescisoire, savoir le moyen d'une exception. Cela arrivera si l'on suppose que l'expropriétaire, dépouillé par l'usucapion, a repris néanmoins la possession de la chose, et que celui par qui cette chose a été usucapée l'attaque en vindication. Le prêteur donnera à l'expropriétaire, toujours *causa cognita*, une exception pour se défendre contre cette attaque (1).

2080 bis. La *rei vindicatio rescissoria*, ou la Publicienne rescissoria, se donnaient, suivant ce que nous avons dit aux n° 2078 et 2079, en deux cas d'application divers : l'un fondé sur l'absence légitime du propriétaire; l'autre sur une absence quelconque du possesseur. Ce dernier cas est le seul dont parle notre paragraphe des Instituts; et cependant c'est celui dont l'application devint inutile sous Justinien, parce que cet empereur donna au propriétaire un moyen facile d'interrompre l'usucapion contre le possesseur absent, à l'aide d'une protestation faite soit par comparution, soit par libelle, devant le président; soit même par écrit devant l'évêque, le défenseur de la cité; ou, à défaut, avec la souscription de trois témoins (2).

2081. *Intra annum*. L'action rescisoire, ayant pour but de faire détruire un effet du droit civil, avait été limitée par le prêteur à la durée d'une année; et ceci était vrai soit pour la *rei vindicatio rescissoria* dont parle notre paragraphe en ces mots *intra annum*, soit pour la Publicienne rescissoria pour laquelle le jurisconsulte Paul, dans un fragment au Digeste, nous en dit autant (3). Cette année devait commencer à courir du jour où l'obstacle qui empêchait d'agir avait cessé. « *Intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit* », disait l'édit (4). Cette année était l'année utile (5), que Constantin remplaça, dans certains cas de restitution, par divers délais continus (6), et à laquelle Justinien substitua généralement le terme de quatre ans continus, applicable par tout l'empire, et pour toutes les restitutions soit de mineurs, soit de majeurs (7). (Ci-dess., n° 2016).

2082. *Quibusdam et aliis*. Cette phrase fait allusion à divers

propos de la scholie 5 des Basiliques, dont il a été déjà question ci-dessus, note 1 du présent numéro. — (1) « *Exemplo rescissoriae actionis, etiam exceptio ei qui Republicana causa abfuit competit : forte, si res ab eo possessionem nactus vindicentur.* » (Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major*. 28. § 5. f. Ulp.) — (2) Cod. 7. 40. *De annal. except.* 2. const. Justinian. — (3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul. : « *Item (etiam post annum datur) Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur; quia contra jus civile datur.* » — (4) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1. *in fine.* — (5) Cod. 2. 51. *De restitut. milit.* 3. const. Alexand. — (6) Cod. Theodos. 2. 16. *De in integr. restit.* 2. const. Constant. — (7) Cod. 5. 53. *De tempor. in integr. restit.* 7. const. Justinian. Néanmoins, pour l'action de dol, le délai de deux ans qu'avait établi Constantin fut maintenu dans le Code de Justinien, Cod. 2. 21. *De dolo malo*. 8. const. Constant.

autres cas de restitution *in integrum* qui peuvent également s'opérer au moyen d'une action réelle fictive et rescisoire. Tel est le cas, par exemple, où une aliénation ayant été faite soit par un mineur de vingt-cinq ans qui a été lésé, soit par un majeur de vingt-cinq ans agissant sous l'empire de la crainte, cette aliénation, bien que valable selon le droit civil, peut être rescindée au moyen d'une action réelle fictive, que le prêteur donnera au mineur ou au majeur contre tout détenteur, et qui sera construite sur l'hypothèse fictive que l'aliénation n'aurait pas eu lieu (1). (Ci-dess., n° 2015 et suiv.).

VI. Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit : bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

G. Pareillement, si un débiteur a aliéné par tradition une chose en fraude de ses créanciers, ceux-ci peuvent, après s'être fait envoyer par le président en possession des biens de leur débiteur, vendiquer cette chose en faisant rescinder la tradition, c'est-à-dire en disant que la chose n'a pas été livrée, et que, par conséquent, elle est restée dans les biens du débiteur.

2083. L'action dont il s'agit ici est absolument de la même nature que les précédentes : c'est une action réelle fictive et rescisoire. Elle se nomme, dit Théophile dans sa paraphrase, action Paulienne. — Les affranchissements faits en fraude des créanciers étaient nuls selon le droit civil, puisqu'une loi spéciale, la loi *ÆLIA SENTIA*, l'avait ainsi formellement ordonné (tom. II, n° 70 et suiv.). Mais il n'en était pas de même pour les aliénations : aucune disposition du droit civil ne les frappait de nullité, bien qu'elles eussent été faites en fraude des créanciers ; elles restaient donc valables selon la rigueur de ce droit. Mais l'édit du prêteur était intervenu et avait fourni un moyen de faire rescinder ces aliénations. Quand les créanciers avaient été envoyés en possession des biens du débiteur (*bonis a creditoribus possessis*) et qu'ils se trouvaient ainsi investis de l'exercice de ses droits, le prêteur, rescindant la tradition, l'aliénation qui avait été faite (*rescissa traditione*), leur donnait, contre tout détenteur des choses aliénées frauduleusement, l'action en vendication, avec une *formula fictitia*, construite sur l'hypothèse fictive que cette chose n'aurait pas été livrée, aliénée. Telle est l'action dont traite notre paragraphe. — Nous savons, du reste, par ce que nous avons déjà dit des affranchissements (tom. II, n° 70 et 75), ce qu'il faut entendre par aliénations faites en fraude des créanciers : nous savons qu'il y faut le fait et l'intention (*eventus et consilium*) ; le fait de l'insolvabilité et l'intention de frustrer les créanciers.

(1) DIG. 4. 4. De minor. 13. § 1. f. Ulp. — DIG. 4. 2. Quod met. caus. 9. § 4. f. Ulp. — Voir ci-dessus, n° 2015 et suiv., ce que nous avons dit des restitutions *in integrum*.

2084. Ce que nous venons de dire ne laisse aucun doute possible sur la nature de l'action Paulienne dont parle notre paragraphe. C'est une action *in rem* ; Théophile le dit formellement dans sa paraphrase ; notre texte le dit aussi par ces mots : *eam rem petere* ; l'objet, du reste, de ces divers paragraphes, c'est d'exposer les actions réelles prétoriennes : les actions *in personam* viendront plus bas, à partir du § 8. Enfin, ce qui est plus décisif, maintenant que Gaius nous a fait connaître dans leur teneur les formules fictives (ci-dessus, n° 1979) nous savons parfaitement ce que c'est qu'une action en vendication construite sur une pareille formule.

2085. Toutefois, cette action Paulienne *in rem* n'est indiquée, dans tout le corps du droit de Justinien, que par notre paragraphe : hors de là elle n'apparaît plus nulle part. A sa place, et sous le même nom d'action Paulienne (1), nous trouvons une action *in personam*, conçue *in factum*, et arbitraire, qui est donnée pour faire révoquer, non-seulement les aliénations, mais tout acte fait par le débiteur en fraude de ses créanciers, au moyen duquel il aurait diminué son patrimoine, tels que des acceptations ou autres remises de dettes qu'il aurait faites, des obligations frauduleuses qu'il aurait contractées ; mais non des répudiations d'hérédité ou de legs, parce qu'ici il ne s'appauvrit pas, mais il manque seulement de gagner (2). L'action est donnée, non pas contre tout détenteur, car elle n'est pas *in rem*, mais seulement contre le débiteur qui a fraudé, et contre les personnes, qui, traitant avec le débiteur, avaient connu la fraude, bien qu'elles ne possèdent plus ; ou même contre celles qui, n'ayant pas connu cette fraude, avaient reçu de lui des biens à titre gratuit : dans ce dernier cas, l'action était donnée jusqu'à concurrence de ce dont avaient profité les donataires (3).

2086. En somme, les créanciers envoyés en possession des biens de leur débiteur ont eu, pour faire révoquer les actes faits en fraude de leurs droits, deux sortes d'actions Pauliennes, qu'il ne faut pas confondre l'une avec l'autre : — 1° L'action *Pauliana in rem*, qui ne s'appliquait qu'au cas d'aliénation, et qui n'était autre chose qu'une *rei vindicatio* construite sur une *formula fictitia*, à l'aide de laquelle ils poursuivaient et réclamaient dans les mains de tout détenteur les choses aliénées frauduleusement ; celle-ci est sans doute la plus ancienne, et a peut-être fini par être moins fréquemment accordée par le prêteur ; — 2° L'action *Pauliana in personam*, qui s'appliquait à tous les actes frauduleux, et se donnait contre le débiteur, contre les complices de sa

(1) DIG. 22. 1. De usur. 38. pr. et § 4. f. Paul. — (2) DIG. 42. 8. Quæ in fraud. credit. 1. § 2. f. Ulp. ; 3 et 6. pr. et §§ 1. 2 et suiv. f. Ulp. — (3) DIG. 6. § 11. f. Ulp. ; 9. 10. § 2 et 25. f. Ulp. ; 14. f. Ulp. ; 25.

fraude, ou contre ceux qui en avaient profité à titre gratuit, même lorsqu'ils ne possédaient plus (1).

VII. Item Serviana, et quasi-Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ, pignoris jure, pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi-Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasse persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; 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 conventionione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

2087. Nous avons déjà considéré le gage comme contrat (ci-dessus, n° 1225 et suiv.); ici il est envisagé sous le rapport du droit réel qu'il confère au créancier. Sous ce rapport, il faut traiter à la fois du gage (*pignus*) et de l'hypothèque (*hypotheca*), auxquels se réfère, mais uniquement comme question de rang, dans certains cas particuliers, la notion de ce qu'on a nommé, chez les modernes, un privilège (2).

2088. Dans le droit primitif, celui qui, pour faire des emprunts ou pour sûreté de toute autre obligation, désirait obtenir crédit, confiance, transférait par la mancipation, au créancier, la propriété de quelque objet, de la totalité ou d'une partie de ses biens : mais avec un contrat accessoire, le contrat de fiducie (*sub fiducia*), la loi de rémancipation (*sub lege remancipationis*) : en vertu duquel le créancier, une fois la dette acquittée, était tenu de lui retransférer la propriété. Dans ce cas, et sauf les conséquences du contrat de fiducie, le créancier devenait propriétaire,

(1) C'était ainsi que dans le cas de violence, celui qui en avait été la victime avait, soit une action fictive et rescisoire *in rem*, en cas d'aliénation; soit, s'il le préférait, et pour tout objet quelconque, l'action personnelle au quadruple, *Quod metus causa* (Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. §§ 3. 4. et 6. f. Ulp.). — (2) Dig. 20. tit. 1. *De pignoribus et hypothecis*, et titre suiv. — Con. 8. tit. 14. *De pignoribus et hypothecis*, et tit. suiv. — On peut voir, sur la matière, les textes dont notre honorable collègue M. PELLAT a publié la traduction, et qu'il a fait suivre aussi de la traduction d'un traité succinct sur le même sujet, par M. FR. AD. SCHILLING. Paris, 1840, in-8.

dominus ex jure Quiritium, il avait la *rei vindicatio* : toutefois des adoucissements étaient apportés, en pratique, à ce principe abstrait de la propriété du créancier, de manière, à l'aide soit du *precarium*, soit du compte des fruits, à réserver au débiteur les revenus ou même la possession de la chose attribuée au créancier. L'engagement *per æs et libram* ou le *nexum* de la personne même du débiteur était dans cette nature de contrat. On voit par les textes de Gaius et même de Paul qu'à leur époque la pratique de l'engagement des choses avec fiducie se rencontrait encore, en présence des autres genres de sûreté qui tendaient à la faire disparaître (1).

Pour éviter au débiteur la dureté et les risques d'une pareille aliénation, le créancier se contenta de la simple remise d'un objet qu'il détint pour sûreté de sa créance. Ce fut là l'origine du gage (*pignus*). Mais, dans le principe, les droits du créancier furent uniquement attachés à la détention de la chose; s'il venait à en perdre la possession, il n'avait aucune action *in rem* contre les tiers détenteurs.

2089. Un préteur, nommé SERVIVS, dont nous ne connaissons pas l'époque, mais qui paraît antérieur à Cicéron, et qu'on a confondu à tort avec le célèbre Servius Sulpicius, contemporain du grand orateur, fut le premier qui accorda, contre les tiers détenteurs, une action prétorienne *in rem*, mais seulement dans un cas tout spécial, savoir, au locateur d'un fonds rural, relativement aux choses engagées par le fermier (*colonus*) pour sûreté du prix du fermage. Cette action prit, du préteur qui l'avait introduite, le nom d'action Servienne (*Serviana actio*) (2).

2090. Étendue par les préteurs suivants à tout autre cas de gage, elle se nomma action quasi-Servienne (*quasi-Serviana actio*).

2091. Enfin, le droit prétorien fit le dernier pas, en admettant que par la simple convention, sans faire au créancier aucune tradition de l'objet affecté au paiement de la créance, on pourrait lui conférer sur cet objet le même droit réel que si on le lui avait remis en gage (3) : c'est-à-dire le droit de le faire vendre au besoin, et de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers, avec l'action réelle *quasi-Serviana* contre les tiers détenteurs. C'est ce droit réel qui porte le nom d'*hypotheca*, et l'action celui de *quasi-Serviana* ou *hypothecaria actio*. Cette institution prétorienne offrit une anomalie particulière dans le

(1) GAI. 2. §§ 59 et 60. — PAUL. *Sentent.* 2. 13. §§ 1 et suiv. — (2) Il paraît que l'usage de faire engager par le fermier les choses par lui apportées pour l'exploitation du fonds était ancien et général chez les Romains, puisque CATON, *De re rustica*, 146, dit déjà : *Quæ in fundo illata erunt, pignori sunt.* — (3) Dig. 20. 1. *De pig.* 4. f. GAI. : *Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.*

droit romain, celle d'un droit réel constitué par la seule convention; mais elle fournit un moyen bien commode de crédit, puisque le débiteur pouvait par là donner en garantie, au créancier, une chose sans se priver ni de son usage, ni de sa possession. L'hypothèque existait déjà du temps de Cicéron, qui la mentionne dans ses écrits, mais pour des biens situés dans l'Asie Mineure (1).

2092. Le gage et l'hypothèque diffèrent donc en ce sens que dans l'un il y a remise de la chose au créancier, et dans l'autre simple convention; mais, du reste, le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers, et le droit de suite au moyen de l'action *quasi-Serviana* contre les tiers détenteurs, existent et sont les mêmes dans l'un comme dans l'autre cas; de telle sorte que, sous ce rapport, c'est avec raison que les jurisconsultes romains ont écrit: « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt (2). » Aussi les deux expressions sont-elles souvent prises l'une pour l'autre, et l'on peut dire que dans tout gage il y a une hypothèque, comme dans toute hypothèque il y a un gage. (App. 3, liv. 4.)

2093. Toute chose susceptible d'achat et de vente peut être donnée en gage ou hypothéquée, sans distinguer, comme chez nous aujourd'hui, entre les meubles et les immeubles: — tant les choses corporelles que celles incorporelles, comme un usufruit, une créance: il y a cependant des distinctions à faire quant aux servitudes prédales; — tant les choses particulières (*singulares*) que les universalités (*rerum universitates*); on peut même convenir que l'hypothèque frappera tous les biens présents et à venir de celui qui la consent; « *omnia bona quæ habet quæque habiturus est* (3) »: en termes modernes hypothèque *générale*, par opposition à l'hypothèque *spéciale*.

2094. La nature du gage et de l'hypothèque est telle, que le droit existe en totalité, pour toute la créance et pour tous ses accessoires, non-seulement sur l'ensemble de la chose hypothéquée, mais sur chacune de ses parties et de ses accessoires. De telle sorte que s'il y a, par exemple, paiement partiel, ou division de la dette ou de la créance, la chose n'en reste pas moins hypothéquée en totalité pour le reliquat ou pour chaque fraction de ce qui est dû; ou si, à l'inverse, la chose vient à périr en partie ou à être divisée, chaque fraction de cette chose n'en reste pas moins engagée pour la totalité de ce qui est dû. C'est ce qu'on exprime en disant que l'hypothèque est indivisible.

2095. Les droits du créancier gagiste ou hypothécaire consistent: 1° Dans le droit de faire vendre la chose (*jus vendendi seu*

(1) Cicér. *Ad familiar.* XIII. 56. — (2) Dig. 20. 4. *De pignor. et hyp.* 5. § 1. f. Marcian. — (3) Dig. 20. 4. *De pignor.* 9. § 1. f. Gai. 13. pr. f. Marcian.; 15. pr. f. Gai. 29. pr. et § 3. f. Paul. 34. § 2. f. Scævola. — Cod. 8. 17. *Quæ res pign. oblig. poss. vel non.* 4. const. Alexand.

distrahendi); 2° dans le droit d'être payé sur le prix, de préférence aux autres créanciers; 3° dans le droit de suite contre les tiers détenteurs pour garantie et exercice des droits qui précèdent.

2096. 1° Le droit de faire vendre la chose (*jus vendendi seu distrahendi*) paraît ne pas avoir existé dans la première origine du gage, qui se bornait alors à une simple faculté de rétention; mais, par le développement de l'institution, il est devenu de règle essentielle, et le pacte contraire *ne vendere liceat* n'enlèverait pas ce droit au créancier hypothécaire (tom. II, n° 601). La vente ne peut être faite qu'à l'échéance de la dette, pour la créance hypothéquée seulement, et dans les formes réglées par la convention, ou, à défaut, dans celles déterminées par les lois (1). La clause nommée *lex commissoria*, par laquelle le créancier et le débiteur conviendraient que, faute de paiement dans un certain délai, la chose engagée serait acquise sans aucune vente au créancier, avait été prohibée par la jurisprudence romaine, comme pouvant conduire à une spoliation préjudiciable au débiteur. — Ce droit de faire vendre n'est pas dans le droit romain, comme dans le droit moderne, un droit commun à tous les créanciers quelconques; il est bien la conséquence du gage ou de l'hypothèque, car nous savons que le droit civil, sauf quelques cas particuliers, ne donnait de moyens de contrainte au créancier que contre la personne et non contre les biens du débiteur (ci-dess., n° 1883); et ceux qu'introduisit plus tard le prêteur (n° 2028 et suiv.) différaient encore considérablement du droit de faire vendre, accordé au créancier gagiste. Cette remarque est essentielle pour bien concevoir la nature particulière du gage et de l'hypothèque chez les Romains.

2097. 2° Le droit de préférence offre une matière importante à étudier. S'il n'y a qu'un créancier gagiste ou hypothécaire à qui la chose ait été engagée; aucune difficulté ne se présente, tout se borne pour lui au droit de faire vendre et au droit de suite, personne ne peut lui disputer son rang, il est préféré à tous. Mais la même chose peut être hypothéquée à plusieurs créanciers, ou donnée en gage à l'un et hypothéquée à plusieurs autres: dans ce cas, il y a concours de créanciers hypothécaires sur un même objet, et si le prix ne peut satisfaire au paiement de tous, il s'agit de régler dans quel ordre ils seront préférés les uns aux autres (2). — La règle générale du droit romain, c'est que le rang des gages ou hypothèques se détermine par la date de leur établissement; le premier en date est le premier en rang: « *Potior tempore, potior jure,* » telle est la maxime déduite d'une constitution de l'empereur Antonin (3). Et cela sans distinction entre le gage et l'hypothèque, de telle sorte que le créancier hypothécaire, qui

(1) Dig. 20. 5. et Cod. 8. 28. *De distractione pignorum et hypothecarum.* — (2) Dig. 20. 4. et Cod. 8. 18. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur.* — (3) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 4. const. Anton. Voir aussi, au même titre, les constitutions 2 et 8; et au Digeste, 20. 4. *Qui potior.* 2. f. Papin. et 8. f. Ulp.