

n'a pas été mis en possession de la chose, mais qui est antérieur en date, est préféré même au créancier gagiste, à qui la chose a été livrée, mais qui lui est postérieur (1).

2098. Toutefois, il est certaines hypothèques auxquelles, par exception, et indépendamment de leur date, un droit spécial de préférence a été accordé, qui prennent rang, non pas d'après l'époque de leur établissement, mais d'après le degré de faveur dont elles jouissent, et qui priment ainsi même les hypothèques établies avant elles. De ce nombre sont principalement : l'hypothèque du fisc, pour les impôts arriérés et pour quelques autres créances (2); celle de la femme orthodoxe pour ses créances dotales (3); celle de ceux qui ont fait des dépenses pour l'utilité ou pour la conservation de la chose même hypothéquée (4), et plusieurs autres que nous nous abstenons d'indiquer, bien qu'on retrouve en plusieurs d'elles le germe de dispositions qui ont passé dans la jurisprudence moderne. Ici, la question de rang n'est plus une question de date, c'est une question de droit. Les modernes ont donné aux hypothèques qui jouissent de cette préférence, le titre d'hypothèques *privilegiées* ou le nom de *privileges* : dénominations cependant que les Romains n'ont pas employées dans ce sens technique et spécial. On voit par là que ce que nous nommons aujourd'hui un privilège chez les Romains n'est pas un droit à part, d'une nature particulière : ce n'est qu'une considération pour assigner, dans certains cas, le rang de certaines hypothèques ; voilà d'où est venue l'habitude de dire que dans tout privilège il y a une hypothèque, ce qui n'est plus complètement exact chez nous (5). Même

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 10. f. Ulp. — (2) Cod. 4. 46. *Si propt. publ. pension.* 1. const. Anton. — Dig. 49. 14. *De jur. fisc.* 28. f. Ulp. — (3) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 12. const. Justinian. — Novell. 97. c. 3. — (4) Dig. 20. 4. *Qui potior.* 5. 6 et 7. f. Ulp. — Cod. 8. 18. *Qui potior.* 7. const. Diocl. et Max. — Novell. 97. c. 3 et 4. — (5) Nos étudiants sont souvent embarrassés pour donner, en droit français, la notion distincte du privilège et de l'hypothèque ; et ils sont en cela égarés par la définition inexacte qu'ils en trouvent dans notre Code civil (art. 2045 et 2114). L'hypothèque n'est autre chose qu'un droit de préférence qui donne rang par sa date ; et le privilège un droit de préférence qui donne rang par sa qualité. C'est exclusivement dans la manière de fixer le rang que gît la différence entre l'hypothèque et le privilège. Dans l'hypothèque il n'y a qu'une loi commune pour tous, celle du temps, tant mieux pour celui qui est venu le premier, personne n'a à se plaindre, c'est une loi d'égalité. Dans le privilège il y a une loi privée (*privata lex*), une loi spéciale pour chaque privilège, qui lui assigne son rang par une considération de faveur plus ou moins grande, c'est une loi d'inégalité ; loi qui n'est juste qu'autant que cette préférence spéciale est fondée en raison. Pour dire le rang de diverses hypothèques entre elles, il ne s'agit que de confronter leurs dates ; pour dire celui des privilèges, il faut être jurisconsulte. La comparaison qui suit, et que j'ai faite quelquefois, a toujours paru faire sentir bien nettement la différence. Que plusieurs personnes fassent queue pour prendre des billets à la porte d'un théâtre, et qu'on les introduise chacune à son tour, selon l'ordre dans lequel elles sont venues se mettre à la queue, c'est une loi commune, mais qu'on appelle hors des rangs, pour les faire entrer de préférence avant les autres, sans examiner s'ils sont venus ou non les premiers, d'abord tels et tels parce qu'ils sont décorateurs, acteurs,

chez les Romains les hypothèques privilégiées ne produisaient pas toutes les mêmes effets, notamment quant au droit de suite.

2099. 3° Le droit de suite peut être exercé par le créancier hypothécaire, contre tout tiers détenteur de la chose hypothéquée, et même contre tout créancier hypothécaire qui lui est postérieur, et qui détient la chose (1). Il est exercé au moyen de l'action dont il s'agit dans notre paragraphe, l'action *quasi-Serviana*, que nous trouvons désignée aussi quelquefois dans les textes sous les noms de *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*, ou même *pigneratitia* tout court, quoique ce dernier nom soit spécialement réservé à l'action *in personam*, qui a pour objet la poursuite des obligations nées du contrat de gage (ci-dess., n° 1231). Quant à l'action *quasi-Serviana*, elle a pour but de faire reconnaître et exercer contre tout détenteur le droit réel qu'a le créancier hypothécaire, c'est-à-dire le droit de faire vendre la chose, et de se faire payer par préférence sur le prix. C'était donc une action *in rem*, qui venait de la juridiction du prêteur. Sa formule était construite, non pas, comme celle des actions Publicienne ou Paulienne, sur une hypothèse fictive (*fictitia actio*), mais simplement *in factum*.

2100. Il résultait de ce droit de suite que ceux qui recevaient de quelqu'un un objet quelconque, soit en propriété, soit en hypothèque, auraient eu un intérêt puissant à connaître si cet objet ne se trouvait pas déjà hypothéqué. Le droit romain ne fournissait aucun moyen d'assurer cette vérification. Il n'en fournissait aucun non plus au créancier qui était également intéressé à s'assurer lorsqu'une hypothèque lui était offerte, que le même bien n'était pas déjà hypothéqué à un autre. La convention d'hypothèque n'était assujettie à aucune forme, elle pouvait être même purement verbale, toute la question se bornait à la nécessité d'en prouver d'une manière ou d'une autre l'existence et la date (2). Ainsi, tandis qu'en droit romain, les translations de propriété ne s'opéraient que par le fait ostensible de la tradition ou par certains moyens civils, les hypothèques y pouvaient être occultes (3).

Cependant une constitution de l'empereur Léon ordonna que les hypothèques qui seraient constatées, soit par un *instrumentum publice confectum*, c'est-à-dire par un acte dressé sous l'autorité d'un magistrat ou d'un notaire public, soit au moins par un acte souscrit par trois hommes d'une renommée intègre (*probatae atque*

figurants, ensuite tels et tels autres parce qu'ils sont compositeurs, auteurs dramatiques, puis ceux-là parce qu'ils sont feuilletonistes, et ainsi de suite, il y a là une faveur spéciale, une loi privée. Nous avons dans le premier mode d'introduction l'image de l'hypothèque ; dans le second celle du privilège.

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 16. § 3. f. Marcian. — 20. 4. *Qui potior.* 12. pr. et § 7. f. Marcian. — (2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gat. — (3) A Athènes, une pierre (*opos*) portait le nom du créancier et le montant de la créance, inscrits sur l'immeuble.

*integre opinionis*), passeraient, bien que postérieures en date, avant celles qui seraient dénuées de semblables preuves (1). Cette constitution dut avoir pour effet de multiplier l'emploi des actes publics pour constater les hypothèques, mais elle n'établissait pas une règle impérative, et d'ailleurs ce n'était pas encore établir le moyen d'en porter la connaissance à chacun.

2101. Outre la volonté des parties, nous trouvons encore, comme pouvant constituer dans certains cas des gages ou des hypothèques, les dispositions de la loi ou de la jurisprudence, et l'autorité du magistrat. — Parmi les hypothèques qui résultent de la loi ou de la jurisprudence, indépendamment de toute convention des parties, se trouvent principalement : celle du locateur d'un fonds urbain, pour sûreté des obligations résultant du bail, sur les choses apportées par le locataire dans l'édifice loué (*invecta et illata*); celle du locateur d'un fonds rural, mais seulement sur les produits de l'immeuble : quant aux objets apportés pour l'exploitation du fonds, ils n'étaient hypothéqués qu'en vertu d'une convention; celle que Justinien accorde aux légataires, sur la part héréditaire de chaque héritier, pour sûreté de l'acquittement des legs dont il est tenu; celle du fisc, pour plusieurs de ses créances; celle des pupilles, des mineurs et des fous, sur tous les biens de leurs tuteurs et curateurs, pour les obligations résultant de la tutelle ou de la curatelle, d'après des constitutions de Constantin le Grand et de quelques empereurs suivants jusqu'à Justinien; celle de la femme orthodoxe sur les biens du mari, pour la restitution de la dot, et plusieurs autres encore. Les jurisconsultes romains donnent à ces hypothèques la qualification d'hypothèques *tacites* (2), supposant que la convention en a été faite tacitement entre les parties : tous les cas ne sont pas susceptibles cependant d'une telle supposition; l'empire de la loi, indépendamment de la convention des parties, y est le principe dominant, et nous les nommons aujourd'hui hypothèques *légales*.

2102. Enfin nous avons vu comment, par la *missio in possessionem bonorum*, ou par la *pignoris capio* prétorienne, le magistrat peut constituer une espèce particulière de gage, qui se nomme *pignus prætorium* (ci-dess., n<sup>o</sup> 2022 et 2032).

2103. À cette matière se rattache l'institution prétorienne de la séparation des biens (*de separationibus*), qui a lieu dans quelques cas divers, et notamment lorsque les créanciers et légataires d'une hérédité, ne voulant pas accepter l'héritier pour leur débiteur personnel, et désirant échapper aux conséquences de la confusion, obtiennent du préteur la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, afin de se faire payer sur ce patrimoine héréditaire de préférence aux créanciers personnels

(1) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 11. const. Léon. — (2) Dig. 20. 2. et Cod. 8. 15. *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*.

de l'héritier : institution dont les règles se trouvent développées dans un titre spécial du Digeste (1), mais que nous nous contenterons d'indiquer ici.

VIII. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor; veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias; et ex qua queritur an actor juraverit, et alias complures.

S. Le préteur a aussi introduit par sa juridiction des actions personnelles : par exemple l'action de *constitut*, à laquelle ressemblait l'action *receptitia*; mais comme nous avons, par une constitution, transporté dans l'action de *constitut* tous les avantages de l'action *receptitia*, cette dernière, comme inutile, a dû disparaître de nos lois. C'est aussi le préteur qui a introduit les actions jusqu'à concurrence du pécule des esclaves et des fils de famille, celle dans laquelle on recherche si le demandeur a juré, et plusieurs autres encore.

IX. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civile tenentur.

9. L'action de *constitut* s'exerce contre toute personne qui a promis de faire un paiement pour elle-même ou pour autrui, bien entendu sans intervention de stipulation; car, si elle avait promis à un stipulant, elle serait tenue par le droit civil.

2104. Nous avons déjà traité du *constitut* et de l'action de *constituta pecunia* (ci-dess., n<sup>o</sup> 1612 et suiv.). Ce pacte et cette action prétorienne tirent leur origine d'une action analogue qui existait dans le droit civil, et qui se nommait *actio receptitia*. — L'usage des banquiers, faisant le commerce de l'argent, changeant les monnaies, ouvrant des crédits à leurs clients, recevant d'eux des sommes en dépôt ou en prêt avec intérêt, leur en avançant, payant pour eux ou promettant de payer pour eux, cet usage était fréquent dès les temps anciens chez les Romains, et les comédies de Plaute et de Térence en portent la trace à chaque pas. Ces banquiers se nommaient *argentarii*. Souvent, lorsqu'on devait à quelqu'un une somme d'argent, on le menait chez son *argentarius*, qui payait pour vous, ou du moins qui convenait de payer à jour fixe. Cette convention, par exception aux règles ordinaires du droit civil, n'avait pas besoin d'être faite avec les formalités de la stipulation ni du contrat *litteris*; de quelque manière qu'elle eût lieu de la part d'un *argentarius*, elle obligeait celui-ci et donnait contre lui cette action civile. L'opération était désignée par le verbe *recipere*, recevoir jour pour le paiement, et l'action qui en naissait se nommait *actio receptitia*.

Mais cette opération et cette action étaient exclusivement spéciales aux *argentarii* : le préteur établit, par imitation, pour chacun sans distinction, quelque chose d'analogue, lorsqu'il

(1) Dig. 42. 6. — *De separationibus*. — La séparation des biens pouvait s'appliquer encore en matière de pécule castrans : *Ib.* 1. § 9. f. Ulp.

érigea en pacte prétorien la simple convention faite par qui que ce fût de payer à jour fixe une dette préexistante, acte désigné par le verbe *constituere*, constituer un jour pour le paiement d'une dette préexistante, d'où naissait l'action *de constituta pecunia*.

2105. Ainsi il exista, pour les conventions de cette nature, deux actions analogues : l'action *receptitia*, venant du droit civil, contre les *argentarii* seulement, qui faisaient profession de semblables opérations, et l'action *de constituta pecunia*, action prétorienne, contre toute personne. — Cette dernière action, se donnant contre chacun, existait aussi contre l'*argentarius*, de telle sorte qu'en cas de semblable convention par celui-ci, le créancier avait contre lui le choix ou de l'action civile *receptitia*, ou de l'action prétorienne *de constituta pecunia*.

2106. Ces deux actions n'avaient pas absolument les mêmes effets ; il existait plusieurs différences entre elles, et l'action civile *receptitia* était, sous divers rapports, plus avantageuse. En effet, elle durait à perpétuité, s'appliquait à tous les objets, et était accordée par cela seul qu'il y avait convention, sans examiner s'il y avait une cause préexistante ; tandis que l'action *de constituta pecunia*, au contraire, n'était qu'annale, ne s'appliquait qu'aux choses s'appréciant au poids, au nombre ou à la mesure, et supposait toujours une dette antérieure (1).

2107. Ces deux actions subsistèrent ensemble, avec leur destination respective, jusqu'à Justinien, qui les fondit en une seule, en supprimant de nom l'action *receptitia*, qui n'était spéciale qu'aux *argentarii*, et transportant ses effets à l'action générale *de constituta pecunia*. Ainsi cette action se donnera contre toute personne, pour toute espèce d'objet, et elle sera perpétuelle. Toutefois, elle continuera à n'être accordée que quand la convention de payer se référera à une dette antérieure (2).

2108. La dette conditionnelle, n'étant pas encore irrévocablement dette tant que la condition n'est point accomplie, ne peut être le fondement que d'un constitut conditionnel ; mais les dettes à terme ont pu donner lieu à un constitut dont l'exigibilité fût plus rapprochée : Cujas prétend même que tout constitut était à terme, puisque le verbe *constituere*, comme celui de *recipere*, signifiait constituer ou recevoir un jour pour le paiement (3) ; et Paul nous apprend (4) que, lorsqu'on a omis d'indiquer un terme dans un constitut, il en est accordé un de dix jours au moins.

X. Actiones autem de peculio ideo 10. Le prêteur a accordé l'action de adversus patrem dominumve compara- pécule contre le père ou le maître, parce

(1) Cod. 4. 18. De constituta pecunia. 2. const. Justinian. — (2) Cod. 4. 18. De constituta pecunia. 2. const. Justinian. — (3) Lib. 29. Paul. ad. edict. — (4) Dig. 13. 5. 21. § 1.

vit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

que, bien que, selon le droit civil, ils ne soient pas obligés par les contrats de leur fils ou de leur esclave, il est cependant équitable qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, sorte de patrimoine des fils ou filles et des esclaves.

Nous traiterons des actions *de peculio* au § 4 du titre suivant. Nous les mettons, avec le texte, au pluriel, parce que l'expression *de peculio*, comme nous aurons soin de l'expliquer, ne désigne qu'une qualification applicable à un grand nombre d'actions diverses.

XI. Item si quis, postulante adversario, juraverit debere sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

II. De même si quelqu'un, sur la demande de son adversaire, a juré que la somme par lui réclamée lui est due, le prêteur, en cas de non paiement, lui donne une action dans laquelle il est recherché, non pas si la créance existait, mais s'il a prêté ce serment.

2109. Il s'agit, dans notre paragraphe, du serment que les parties, pour vider un débat et éviter une contestation judiciaire, conviendraient de se déférer l'une à l'autre, hors de toute instance, sans être encore *in judicio*, ni même *in jure*. Il y a là une sorte de transaction que le droit prétorien a confirmée, et qui, selon les expressions de Paul, a plus d'autorité encore que la chose jugée (1). Notre texte suppose que c'est celui qui se prétend créancier qui, sur le désir de son adversaire, a juré qu'il lui est dû. Dès lors, et en cas de refus de s'exécuter de la part du débiteur, la seule question qui reste aux yeux du prêteur, c'est de savoir, non pas si la créance existait ou non, mais si le serment a été véritablement et régulièrement prêté. En conséquence, il donne au créancier, pour la poursuite de son droit, une action prétorienne nommée *de jurejurando* ou *an juraverit*, qui est conçue *in factum*, et dans laquelle le juge n'aura qu'à vérifier le fait du serment. — Ce serment peut aussi, selon le cas, si le résultat en a été favorable au prétendu débiteur, donner lieu soit à un refus d'action, soit à une exception *de jurejurando* en sa faveur, comme nous le verrons ci-dessous, tit. 13, § 4.

2110. Outre ce serment hors de toute instance, et par sorte de transaction pour éviter même le procès, il existe encore diverses autres sortes de serments : celui qui est déféré ou référé par les parties l'une à l'autre dans le cours même d'un procès, soit devant le prêteur (*jusjurandum in jure*), soit devant le juge (*jusjurandum in judicio*) ; ou celui que le juge défère lui-même, pour s'éclairer, à l'une quelconque des parties ; ou enfin celui qu'il défère pour estimer le montant de la condamnation (*jusju-*

(1) Dig. 12. 2. 2. f. Paul.

*randum in litem*). Notre texte ne s'occupe pas ici des effets de ces espèces diverses de serments, dont nous avons déjà dit quelques mots ci-dessus, n<sup>o</sup> 2041 et 2048.

**XII.** Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit : veluti, adversus eum qui quid *ex albo ejus corrupisset*; et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit; et alias innumerabiles.

**12.** Grand nombre d'actions pénales ont été introduites aussi par la juridiction du prêteur : par exemple, les actions contre celui qui aurait dégradé une partie quelconque de l'*album*; qui aurait appelé *in jus*, sans permission préalable, son père ou son patron; qui aurait enlevé par violence, ou fait enlever par dol, une personne appelée *in jus*; et une foule d'autres actions.

2111. *Ex albo ejus corrupisset*. On sait ce que c'était que l'*album* du prêteur : quiconque y portait la moindre atteinte, soit en le raturant, soit en le maculant, soit en le faisant disparaître, soit en y opérant des changements, était puni en vertu d'une action prétorienne populaire nommée action *de albo corrupto*. Les altérations des édits des empereurs entraînaient la peine du faux (1).

Ce que nous avons déjà dit de la défense faite aux enfants ou aux affranchis d'appeler *in jus* leurs ascendants ou leur patron sans autorisation préalable, et de l'action *in factum* qui serait donnée contre eux pour violation de cette défense (ci-dess., n<sup>o</sup> 1898 et 1999), comme aussi de l'action prétorienne donnée contre ceux qui auraient résisté à une *in jus vocatio*, ou employé la violence ou le dol pour y mettre obstacle (n<sup>o</sup> 2034), nous paraît suffisant pour l'intelligence des exemples donnés ici par notre texte.

**XIII.** Præjudiciales actiones in rem esse videntur : quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit : cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

**13.** Les actions préjudicielles semblent être des actions réelles : telles sont celles pour rechercher si quelqu'un est libre ou affranchi, ou pour faire reconnaître la filiation. Parmi ces actions, il n'en est guère qu'une qui soit fondée sur le droit civil, savoir, celle par laquelle on recherche si quelqu'un est libre : les autres viennent de la juridiction prétorienne.

2112. Nous avons indiqué (ci-dessus, n<sup>o</sup> 1933) le caractère des actions préjudicielles sous le système formulaire. Il avait cela de particulier que la formule ne contenait pas de condamnation, et que la sentence se bornait à reconnaître et à constater, soit un fait, soit un droit, qui devenait dès lors judiciairement constant, et dont les parties tireraient, plus tard, au besoin, toutes les conséquences légales. Ce qui se réfère à la rédaction de la formule

(1) D. 48. 10. 32. Mod. — Paul. Sent. 1. 13. § 3.

a disparu sous Justinien; mais, à part cette rédaction qui n'a plus lieu, le caractère de l'action reste le même.

Bien que ces actions ne soient pas en tout identiques avec les actions *in rem*, puisque celles-ci contiennent toujours la prétention d'un droit réel de la part du demandeur et doivent toujours conduire à une condamnation ou à une absolution, tandis que les actions préjudicielles tendent seulement à la constatation d'un fait, et n'entraînent jamais de condamnation, cependant, comme elles ne tendent pas non plus à la poursuite d'une obligation, qu'il n'y est par conséquent fait mention d'aucune personne obligée, et que le fait ou le droit qu'elles tendent à faire constater y est exprimé d'une manière générale (*in rem*), notre texte dit avec raison qu'elles semblent être des actions *in rem*.

Les droits que les actions préjudicielles tendent le plus fréquemment à faire constater sont ceux qui se réfèrent à l'état des personnes, comme ceux d'ingénuité, de liberté, de patronage, de paternité, de filiation, et autres semblables. Nous savons que ce sont des droits réels. Les commentateurs du droit romain antérieurs à notre époque croyaient que l'usage des actions préjudicielles se bornait à ces questions d'état, mais depuis que Gaius nous en a fait connaître le véritable caractère, nous pouvons reconnaître, soit dans Gaius, soit dans les Sentences de Paul, soit même dans le Digeste, divers cas d'action préjudicielle ayant pour but de faire constater un fait. Telles sont les actions préjudicielles où l'on recherche *quanta dos sit* (1); si les *sponsores* ou les *fidepromissores* ont été avertis, comme le veut la loi, de l'étendue de leur obligation (2); *an res de qua agitur major sit centum sestertiis* (3); *an bona jure venierint* (4).

2113. Ce serait cependant une erreur de conclure de notre paragraphe que les droits relatifs à l'état des personnes, soit quant à la famille, soit quant à la puissance, ne se poursuivissent jamais que par la voie des *præjudicia*, c'est-à-dire au moyen de formules sans *condemnatio*, destinées seulement à constater judiciairement un fait. Il était un grand nombre de cas dans lesquels ces droits avaient besoin d'être poursuivis par voie d'action ordinaire, dirigés contre un défendeur et avec condamnation de ce défendeur s'il succombait. C'était alors par une sorte de *vindicatio* que la réclamation en avait lieu. Nous en avons la preuve indubitable à l'égard de la liberté, de la puissance paternelle, de la tutelle légitime des femmes, puisque l'*in jure cessio*, employée pour l'affranchissement *vindicta*, pour l'adoption, ou pour la cession de la tutelle, n'était que la simulation d'un procès *per vindicationem* appliquée à ces sortes de droits. — Le Digeste de

(1) Gai. Comm. 4. § 44. — (2) Gai. Comm. 3. § 123. Voir ci-dessus, n<sup>o</sup> 1337. — (3) Paul. Sentent. 5. 9. *De stipu.* § 1. — (4) Dig. 42. 5. *De reb. auct. judic.* 30. f. Papir. Just.

Justinien a conservé encore la mention de cette *vindicatio* qui avait lieu pour la puissance paternelle, avec modification de la formule (*adjecta causa*), de manière à indiquer que c'était comme fils (*filium suum ex jure Quiritium*) que le père vendiquait cet enfant (tom. II, n° 175). Le père avait en outre à sa disposition le moyen des interdits ou la *cognitio extra ordinem* que le droit prétorien lui offrait (1).

2114. La question de liberté (*liberalis causa*) pouvait donner lieu également ou à une *vindicatio* ou à un *præjudicium*; et c'est sous la forme d'un procès *per vindicationem* qu'elle nous apparaît dans la vieille histoire des Romains.

Elle peut être considérée sous deux aspects : soit dans l'hypothèse où il s'agit de faire déclarer quelqu'un esclave, soit dans l'hypothèse où il s'agit de faire déclarer quelqu'un libre. — Dans le premier cas, l'action appartient à quiconque se prétend propriétaire ou usufruitier de l'homme en litige; dans le second, l'action appartient à l'homme lui-même dont la qualité est en question, ou à ses parents ou à son épouse. Autrefois cette action n'était jamais exercée par la personne dont l'état était en litige, mais bien par un *licitor* ou *assertor libertatis*; car la *liberalis causa* suivait les formes de la *vindicatio*, l'homme dont l'état était en question était présenté et vendiqué devant le préteur comme l'aurait été une chose litigieuse entre deux parties ayant des prétentions contraires. L'affaire, étant une fois jugée entre l'*assertor* et le prétendu maître, n'était jugée qu'entre eux; un autre pouvait venir prétendre être le maître du même individu, quoique le premier eût échoué. Si l'esclave avait succombé, il pouvait même faire juger la même question trois fois envers le même adversaire au moyen d'autres *assertores*; mais Justinien, en permettant à l'esclave prétendu de défendre lui-même sa liberté, a décidé que la chose jugée à ce sujet serait jugée à l'égard de tous.

L'état d'une personne peut être contesté même après sa mort; mais les empereurs Claude et Nerva ont décidé que l'état dont un défunt était en possession au moment de sa mort ne pourrait être contesté que pendant cinq ans, si on voulait lui attribuer une condition moins avantageuse (2).

*Legitimam causam*. La *causa liberalis* était même antérieure

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindicatione*. 1. § 2. f. Ulp. : « Per hanc autem actionem liberæ personæ quæ sunt juris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur. [Petuntur] igitur, aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione Prætoris : et ita Pomponius lib. XXXVII. *Nisi forte*, inquit, *adjecta causa quis vindicet*. Si quis ita petit filium suum [vel] in potestate, *ex jure Romano* : videtur mihi [et] Pomponius consentire recte eum egisse : ait enim, *adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse*. — On remarquera dans ce texte les expressions *ex jure Romano*, *ex lege Quiritium*, substituées par les compilateurs du Digeste aux termes consacrés, parce que sous Justinien le *dominium ex jure Quiritium* a été déclaré abol. — Dig. 43. 30. *De liberis exhibendis*. — (2) C. 7. 16. 6. — Dig. 40. 15. et Cod. 7. 21. *Ne de statu defunct. post. quinq. quer.*

à la loi des Douze Tables. Ce fut Appius Claudius qui l'inséra dans cette loi (1).

**XIV.** Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet : quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, si PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

**XV.** Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, quibus DARE FACERE OPORTERE intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere : nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

2115. Nous avons suffisamment expliqué ce que c'était que la *condictio* sous le système des actions de la loi (ci-dess., n° 1876 et suivants); comment le nom s'est conservé sous le système formulaire, bien qu'il n'y eût plus de *condictio* proprement dite ou notification faite au défendeur, et quel caractère, quelle étendue la *condictio* a pris dans ce système (ci-dessus, n° 1965 et suivants). Nous avons signalé ce qu'il y a d'exceptionnel dans la *condictio* donnée contre le voleur.

*Actions persécutoires de la chose; d'une peine, ou actions pénales; tout à la fois de la chose et d'une peine, ou actions mixtes.*

**XVI.** Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœne persequendæ, quædam mixtæ sunt.

**XVII.** Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quæ in personam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nas-

**14.** D'après cette distinction des actions, il est certain que le demandeur ne peut réclamer la chose sienne par cette formule : S'IL PARAÎT QU'UN TEL DOIVE DONNER. Ce qui est à lui, en effet, ne saurait lui être donné; car donner (*dare*) signifie transférer en propriété; or la chose qui est déjà sienne ne saurait le devenir davantage. Toutefois, en haine des voleurs, pour les tenir davantage, à l'aide de plusieurs actions, on a voulu qu'outre la peine du double ou du quadruple, ils fussent soumis, pour le recouvrement de la chose, même à cette action, S'IL PARAÎT QU'ILS DOIVENT DONNER, quoique l'action réelle par laquelle le demandeur soutient que la chose est sienne existe aussi contre eux.

**15.** On nomme les actions réelles vindications, et condictiones celles des actions personnelles dont la prétention est que l'adversaire DOIT DONNER OU FAIRE. En effet, *condicere* dans l'ancien langage signifie dénoncer. Mais aujourd'hui, c'est improprement que nous appelons condiction cette sorte d'action, car il ne s'y fait plus de dénonciation.

**16.** Voici une autre division tirée de ce que certaines actions sont données pour la poursuite de la chose, d'autres pour la poursuite d'une peine, tandis que quelques-unes sont mixtes.

**17.** Toutes les actions réelles ont pour but la poursuite de la chose. De même, parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissent d'un

(1) D. 1. 2. 2. § 24. Pomp.

cuntur, fere omnes rei persecuendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuum pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor; itemque commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomine quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit: si modo cum ipso apud quem depositum sit, aut cum herede ejus, *ex dolo ipsius* agatur. Quo casu mixta est actio.

2116. *Ex dolo ipsius*. Dans le cas du dépôt dont parle notre texte à la fin de ce paragraphe, et que l'on nomme dépôt nécessaire, si le dépositaire nie le dépôt, il est condamné au double; mais si, après avoir nié, il meurt, l'action ne sera donnée contre l'héritier qu'au simple; elle n'est donnée au double contre ce dernier que quand lui-même s'est rendu coupable de dol. Du temps de la loi des Douze Tables on condamnait au double, dans le cas de dol, tout dépositaire, soit volontaire, soit nécessaire (1); mais le prêteur a ensuite réduit cette disposition au dépôt nécessaire, parce que le dépositaire volontaire est l'homme du libre choix du déposant; c'était à lui à choisir un dépositaire fidèle (ci-dess., n° 1223).

**XVIII.** *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœne persecuendæ causa comparatæ sunt; aliæ tam pœnæ quam rei persecuendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius, adversus furem etiam condictio est rei.*

contrat: par exemple, l'action par laquelle le demandeur réclame une somme prêtée ou stipulée; les actions de commodat, de dépôt, de mandat, de société, de vente, d'achat et de louage. Toutefois, quand il s'agit d'un dépôt fait en cas de tumulte, d'incendie, d'éroulement ou de naufrage, le prêteur donne une action au double, pourvu qu'elle soit intentée contre le dépositaire lui-même, ou contre son héritier *personnellement coupable de dol*. Dans ce cas, l'action de dépôt est mixte.

**18.** Quant aux actions qui naissent des délits, elles ont pour but de poursuivre, les unes la peine seulement, les autres tant la peine que la chose, d'où leur qualification d'actions mixtes. L'action de vol n'a pour but que la poursuite de la peine; car qu'elle tende au quadruple pour le vol manifeste ou au double pour le vol non manifeste, il ne s'y agit que de la peine; quant à la chose volée elle-même, elle se poursuit par une action distincte: c'est-à-dire par la vindication contre tout possesseur, voleur ou autre; et en outre contre le voleur, même par condictio.

2117. Il faut bien se garder de confondre ce que les Romains appelaient actions pénales, avec la poursuite des crimes ou accusations publiques. C'est cette confusion perpétuelle qui a mis en erreur toute la jurisprudence européenne dans la reconstruction qu'elle a essayé de faire du droit pénal romain. La peine dont il s'agit ici n'est pas une peine publique, poursuivie au nom de la société. Ces actions pénales contiennent, à titre de peine privée et au profit du demandeur, une condamnation pécuniaire indépendante du préjudice éprouvé. Ainsi, l'action *furti*, à la diffé-

(1) Paul. Sent. 2. 12. *De deposito*. § 11.

rence de la *condictio furtiva* (1), est donnée pour le tout contre chaque délinquant.

**XIX.** *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo ut etiam in iudicium vocarentur. Tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna: et ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

**19.** L'action *vi bonorum raptorum* est mixte, parce que dans le quadruple se trouve comprise la poursuite de la chose; la peine ainsi n'est que du triple. L'action de la loi *Aquilia* est aussi mixte, non-seulement lorsqu'elle s'élève au double contre celui qui a nié, mais encore quelquefois lorsqu'elle est intentée au simple: par exemple dans le cas où quelqu'un a tué un esclave boiteux ou borgne, qui avait été, dans l'année, sain et sauf et d'un grand prix; en effet le défendeur est condamné, suivant ce que nous avons déjà dit, à la plus haute valeur que l'esclave a eue dans l'année. L'action est encore mixte contre ceux qui, chargés de legs ou fideicommissis laissés *aux saintes églises*, ou à d'autres lieux vénérables, en retardent la délivrance jusqu'à ce qu'on les ait appelés en justice. Alors, en effet, ils sont condamnés à donner la chose ou la somme laissée, et encore autant à titre de peine; de telle sorte que la condamnation est au double.

2118. *Sacrosanctis locis*. Autrefois le double était prononcé pour toute sorte de legs faits à qui que ce fût; Justinien a restreint cette condamnation au double pour les legs dont il est ici question (2).

*Dare distulerint*. Autrefois cette peine était infligée à ceux qui refusaient ces legs d'une manière absolue; maintenant elle est infligée pour simple retard (3).

*Actions qui semblent être mixtes, tant in rem que in personam.*

**XX.** *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit cohærentibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quæ inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici, rem aliqui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

**20.** Certaines actions semblent avoir une nature mixte, tant réelle que personnelle. Telles sont l'action *familiæ erciscundæ* entre cohéritiers pour le partage de l'hérédité; l'action *communi dividundo* entre copropriétaires pour le partage d'une chose commune; enfin l'action *finium regundorum* entre ceux qui ont des héritages contigus. Dans ces trois actions, le juge a le droit d'adjudger quelque chose à l'une des parties, d'après les règles de l'équité, et de condamner celle d'entre elles qui est avantagée par l'adjudication à payer à l'autre une certaine somme.

(1) C. 4. 8. 1. — (2) Inst. 3. 27. § 7. — (3) C. 1. 3. 46. § 7. — Inst. h. t. § 26

2119. Les rédacteurs des Instituts viennent de parler des actions *mixtes* en tant que persécutoires à la fois de la chose et d'une peine; la seule similitude des mots, sans qu'il y ait, du reste, aucun rapport d'idées, les amène à parler ici de trois actions qui seraient *mixtes* en tant qu'elles seraient à la fois *in rem* et *in personam*, savoir : les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*.

2120. Ces trois actions sont qualifiées *mixtes* par Ulpien, dans un tout autre sens, savoir que chacune des parties y joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur : « *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est; ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo* (1) »; c'est-à-dire que des condamnations peuvent y être prononcées contre l'une ou l'autre des parties, ou contre plusieurs d'entre elles, tandis que dans les actions simples il ne peut jamais y avoir de condamnation que contre le défendeur (ci-dessus, n° 1938, avec la note 1).

2121. Mais peut-on dire qu'elles soient *mixtes* comme étant tout à la fois réelles et personnelles? C'est une question que nous avons déjà agitée en nous plaçant à l'époque du système formulaire (ci-dessus, n° 1962). Nous avons déjà démontré comment sous l'empire de ce système les dénominations *in rem* ou *in personam* étant déduites de la manière dont l'*intentio* de la formule est rédigée, des actions qui seraient à la fois tant *in rem* que *in personam* sont impossibles à concevoir; et comment sous le rapport du droit, abstraction faite de la forme, ces actions ont pour but principal l'exécution d'obligations nées *quasi ex contractu*, bien que dans plusieurs cas elles comprennent aussi, par voie de conséquence, la solution de questions de propriété. Mais la forme emportant ici le fond d'une manière radicale, les jurisconsultes romains du temps du système formulaire les ont toujours qualifiées d'actions *in personam*. — C'est aussi avec cette qualification d'actions *personnelles* qu'elles apparaissent dans la législation de Justinien elle-même et jusque dans une constitution de ce prince (2); comment se fait-il qu'elles figurent dans notre paragraphe des Instituts comme formant une catégorie mixte, *tam in rem quam in personam*, et dans quel sens faut-il entendre ces expressions?

2122. Quelques interprètes ont cru pouvoir les traduire en ce sens : « Certaines actions paraissent avoir une nature *mixte* (c'est-à-dire où chacune des parties est à la fois demandeur et défendeur), et de ces actions il y en a tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles. » Les expressions *tam in rem quam in*

(1) Dig. 44. 7. De oblig. et act. 37. § 1. f. Ulp. — (2) Cod. 7. 40. De annal. except. ital. 1. § 1. const. Justinian. : « Omnes personales actiones... neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscunque personalis actionis, » etc.

*personam* nous apparaissent, en effet, quelquefois dans les textes avec cette signification (1). Mais ici elles seraient inexactes, nous ne trouvons pas d'action réelle où chacune des parties soit à la fois demandeur et défendeur. Cette interprétation est abandonnée. D'après une autre interprétation, appuyée sur de respectables autorités (2), et qui a eu son temps de vogue, les rédacteurs des Instituts de Justinien auraient été conduits à dire des trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, qu'elles sont *tam in rem quam in personam*, parce que ce sont les trois seules actions dans lesquelles il puisse y avoir à la fois et *adjudication* et *condamnation*; c'est-à-dire attribution de la propriété des choses, en tout ou en partie, et prestation de la part des personnes : (« *Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones* ») (3); de telle sorte qu'on ferait allusion à ce que le juge y reçoit comme un double pouvoir : pouvoir tant sur les choses que sur les personnes (*tam in rem quam in personam*). — Cependant, quelque incontestable que soit, en elle-même, l'existence de ce double pouvoir, nous ferons remarquer : 1° que si tel avait été le sens de cette qualification *tam in rem quam in personam*, rien n'aurait empêché qu'on ne la rencontrât déjà sous le système formulaire, puisqu'à cette époque, comme plus tard, et d'après les termes mêmes de la formule, le juge avait, dans ces trois actions, le pouvoir d'adjudger et de condamner; 2° que ce sens serait tout différent, ou, pour mieux dire, qu'il serait précisément l'opposé de celui qu'emporte, dans son acception technique et consacrée, la qualification d'action *in rem* comparée à celle d'action *in personam*. Le demandeur, en effet, dans l'action *in rem*, soutient qu'il est propriétaire, le juge a à reconnaître une propriété pré-existante; par l'adjudication, au contraire, il crée une propriété qui n'existait pas auparavant : ces deux idées sont l'inverse l'une de l'autre. Nous ne croyons donc pas admissible non plus cette explication.

2123. M. de Savigny, dans son *Traité du droit romain* (t. V, p. 97 de la traduction), y revient à peu près, mais en la présentant sous une autre forme : même dans le système formulaire, et même par rapport à la rédaction de la formule, nos trois actions seraient mixtes, *tam in rem quam in personam*, parce qu'elles auraient dans la formule une partie, l'*intentio*, rédigée *in personam*; et une autre partie, l'*adjudicatio*, rédigée *in rem* : « QUANTUM ADJU-

(1) Voir dans notre titre même, §§ 3 et 31, et ci-dessous, tit. 12. De perpetuis et tempor. action. pr. — (2) Voir WALTER. Histoire de la procédure des Romains, chap. 3, p. 35 de la traduction de M. LABOULAYE; et DUCAURROY, Institutes expliquées, septième édition, tome II, page 382. — (3) Dig. 10. 2. Famil. ercisc. 22. § 4. f. Ulp. — « Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt. » (Dig. 10. 3. Comm. divid. 4. 3. f. Ulp.)