

Ajoutons que les contrats de droit strict, surtout le plus important, le plus usité, la stipulation, ne répugnent nullement à l'équité; ils admettent et comportent tous les tempéraments de l'équité; ils exigent seulement que les volontés des parties à cet égard soient expresses et formelles : voilà tout. Après avoir constitué sa créance principale, une personne prévoyante peut stipuler que le débiteur gardera la chose due avec diligence jusqu'à livraison; elle peut stipuler que le débiteur l'indemnifiera de tout dol que celui-ci aurait commis lors de la négociation ou dans l'exécution du contrat (1). Les parties peuvent insérer dans une stipulation que les conséquences de la promesse seront réglées selon l'arbitrage d'un homme de bien (2).

La prudence des parties fait, dans les contrats de droit strict, ce que la sagesse des prudents ou des juges fait d'office dans les contrats de bonne foi. L'imprévoyance n'est préjudiciable, dans les premiers, qu'au créancier.

La distance qui sépare ces deux classes de contrats n'est pas aussi considérable qu'elle le paraît à une vague et rapide inspection (3).

J. E. L.

APPENDICE III. (N° 2093).

DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque, malgré son nom d'origine grecque, est véritablement une création du génie romain. L'expression latine *obligatio rei* est plus ancienne, plus caractéristique que celle d'hypothèque. Si elle avait prévalu dans l'usage à l'exclusion du mot hypothèque, le langage aurait été d'accord avec la vérité historique. Essayons de montrer comment, par des progrès successifs dans la matière des sûretés réelles, la jurisprudence romaine est arrivée à construire le droit que nous appelons hypothèque.

Passons rapidement sur les commencements, qui sont bien connus.

La première manière de corroborer une dette par une affectation réelle a consisté dans la translation au créancier de la

(1) JUL. f. 53. DIG. 45. 1. *De verb. oblig. Stipulationes commodissimum est ita componere ut quæcumque specialiter comprehendî possint, contineantur : doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertinent.* — (2) ULP. f. 43. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* ULP. f. 71. § 1. f. 73. DIG. 50. 16. *De verb. sign.* ULP. f. 1. pr. DIG. 7. 9. *Usufruct. quemadm. cav.* HAURIU. Dissert. *Revue hist.* 1882. — (3) PAPIN. f. 24. DIG. 16. 3. *Depositi... Ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

propriété d'un bien que le créancier s'obligeait à rendre après paiement de la dette. On faisait une mancipation avec contrat de fiduciaire (1). Ce procédé avait de l'analogie avec la vente à réméré, forme sous laquelle le gage se dissimule encore aujourd'hui pour se soustraire à certaines règles prohibitives. — Le créancier avait une sécurité juridiquement complète; il pouvait même ne pas s'embarrasser de la possession et de la garde de la chose, laisser au débiteur l'usage de la chose jusqu'à l'échéance. Il était propriétaire; il avait l'action en revendication. — Le débiteur (2) était dans une moins bonne situation. Après avoir payé, il n'avait, pour récupérer la propriété de son bien, qu'une action personnelle, action contre le créancier; point d'action contre les tiers auxquels la propriété aurait été transmise.

Afin de mieux ménager l'intérêt du débiteur, le contrat de gage a été inventé. La possession seule et non plus la propriété est transférée au créancier (3).

La possession, qui, dans son essence première, est un pur fait, passager, individuel, a fini par être considérée et traitée comme un objet de droit, matière d'actes juridiques. Elle se donne; elle se transmet; elle se confie; elle se recouvre; elle procure des avantages qui peuvent se distribuer entre plusieurs personnes (4).

La possession a été employée comme sûreté d'une dette. Le créancier reçoit la possession; il n'a pas l'*animus sibi habendi*, et il a presque tous les avantages de la possession exercée *animo domini*. Il a par transmission, par dérivation, disait M. de Savigny, la possession qu'avait le débiteur. Il possède à son profit à presque tous égards; il possède pour le débiteur à un unique point de vue, afin de permettre à celui-ci de continuer une usucapion commencée (5). Des effets de la possession, le plus important pour le créancier, c'est l'exercice des interdits qui protègent le possesseur contre les troubles et les voies de fait. Sa sûreté consiste dans la possession; il a, en tant que possesseur, le moyen de se défendre ou de triompher des attaques des tiers, sans attendre, comme un locataire ou un commodataire, le bon vouloir et les bons offices de son auteur, ici du débiteur. Il y a plus; il est possible que le trouble, que la dépossession vienne du débiteur lui-même; le créancier use des interdits même contre ce dernier.

(1) GAL. *Comm.* 2. §§ 59 et 60. — PAUL. *Sent.* lib. 2. tit. 13. *Inst. Explic.*, n° 2088. — (2) Dans le cours de notre exposé, nous supposons toujours, *brevitatis causa*, que la constitution de la sûreté réelle émane du débiteur lui-même. Ce que nous dirons s'appliquera, *mutatis mutandis*, au cas moins fréquent où la sûreté réelle est constituée par un tiers pour le débiteur. — (3) *Inst. Explic.* nos 1225 et suiv. — (4) ULP. f. 46. DIG. 24. 1. *De don. int. vir. et ux.* — SCÆV. f. 14. § 1. DIG. 44. 3. *De div. temp.* — GAUS. f. 9. DIG. 43. 26. *De prec.* — GAL. *Comm.* 4. § 143, § 154. — PAUL. f. 15. § 1. DIG. 12. 6. *De cond. ind.* — ULP. f. 25. § 1. DIG. 47. 2. *De furt.* — (5) JAVOL. f. 16. DIG. 41. 3. *De usucap.*

Ce partage des effets de la possession est anormal; l'un usucap, l'autre a les interdits. Cette singularité a choqué les théoriciens; elle s'explique, suivant nous, par des raisons d'utilité pratique; ces raisons touchaient les Romains plus que toutes autres. — Le débiteur usucap. Quoi d'étonnant? C'est dans l'intérêt des deux parties. L'usucapion, en rendant le débiteur propriétaire, augmentera la sûreté du créancier. — Le créancier a les interdits contre tous ceux qui le troublent. Il fallait qu'il les eût pour sa sûreté. Le créancier, une fois le prêt effectué, n'a aucun zèle pour sa défense à attendre du débiteur.

Dans le gage, la sécurité du créancier est sérieuse et solide; la situation du débiteur est meilleure que dans la fiducie. Après le paiement de la dette, le débiteur, pour recouvrer sa chose, a non-seulement une action personnelle contre le créancier, mais l'action réelle, comme propriétaire (1), à l'encontre de tous détenteurs.

La combinaison est ingénieuse; elle est satisfaisante au premier abord. Elle entraîne pourtant des inconvénients pratiques, même des inconvénients évités dans la fiducie.

Le débiteur, du jour du contrat au jour de l'échéance, est privé de l'usage de la chose engagée. L'usage dont le débiteur est privé, parce qu'il ne possède pas, ne profite à personne; car le créancier qui possède n'y a point droit (2).

En outre, le créancier a la garde ou l'administration de la chose à lui remise; il doit y donner les soins d'un bon père de famille; il est responsable, il doit une indemnité s'il commet une faute préjudiciable ou s'il omet des soins conformes à la diligence d'un bon administrateur. La chose est-elle frugifère? il doit la cultiver, en percevoir les fruits. Soins, peines, soucis, responsabilité, sans rémunération, puisque, somme toute, il n'obtient que

(1) Si, d'ailleurs, il est propriétaire de la chose par lui engagée. Nous rencontrons ici l'opposition fréquente entre le droit réel et le droit de créance, entre l'action personnelle et l'action réelle. L'action réelle offre sur l'action personnelle née d'un contrat, l'avantage de pouvoir être exercée contre le possesseur, quel qu'il soit, de la chose litigieuse. Mais est-elle douée d'une énergie plus grande que l'action personnelle à l'encontre du défendeur pour procurer satisfaction au demandeur? Il semble que non, sous le système formulaire, puisque toute condamnation est pécuniaire, puisque tout demandeur qui triomphe devient créancier d'une somme d'argent. Cela n'est pas absolument exact. Le possesseur, défendeur à une action réelle, était tenu, dès le début du procès, sous peine de perdre la possession immédiatement transférée au demandeur, de fournir la satisfaction *judicatum solvi*. Explic. n° 2316. Le demandeur, dans l'action réelle, était donc prémuni contre l'insolvabilité du défendeur condamné, comme ne l'était pas, en général, le demandeur dans l'action personnelle. En outre, lorsque l'*arbitrium* du juge a pu être, pour réaliser des faits matériels, sanctionné par la *manus militaris*, la différence entre l'action réelle et l'action personnelle a été plus sensible; le demandeur qui a été jugé investi d'un droit réel, a pu obtenir une mise en possession de l'objet de son droit. Le créancier d'un corps certain ne jouit pas de cet avantage. — (2) Inst. liv. 4 tit. 1. § 6.

ce qui lui est dû d'ailleurs, en vertu de la dette garantie (1).

Ces inconvénients ont été atténués par différentes clauses. Les plus curieuses à connaître sont les suivantes :

I. Le pacte d'antichrèse. — Il peut être convenu entre les parties que le créancier aura les fruits ou l'usage de la chose engagée, à la place des intérêts de la dette, par une sorte d'échange ou de compensation en bloc et à forfait (2).

a. Les fruits : la récolte est plus ou moins abondante; le créancier en profite ou en souffre (3). Si la diminution provient de la négligence du créancier, il n'en est pas responsable. En tout cas, un compte de fruits, compte minutieux et difficile, est évité.

b. L'usage : c'est une maison d'habitation; le créancier l'habitera ou la louera et percevra le loyer. L'usage de la chose engagée sera ainsi utilisé (4).

II. La concession en précaire. — Le créancier, pour rendre au débiteur l'émolument de l'usage et se délivrer de tout souci de surveillance, peut rétrocéder la possession au débiteur en précaire (5). Ceci introduit dans les rapports des parties une complication extrême. Le débiteur tient la possession du créancier qui la tenait lui-même du débiteur. Nous voyons un propriétaire (le débiteur peut l'être) avoir sa chose en précaire, *precarium suæ rei* (6). Le débiteur qui a reçu une possession précaire, prétend continuer à usucaper, s'il était antérieurement *in causa usucapiendi* (7); il le peut. La validité de cette combinaison a été contestée; elle a triomphé des objections (8).

Le débiteur obtenait ainsi un avantage d'une durée incertaine, à cause de la révocabilité du précaire.

Ces inventions de la pratique prouvaient que, dans la plupart des cas, il était de l'intérêt des parties que la chose affectée à la sûreté d'une dette restât aux mains du débiteur, du jour du contrat jusqu'à l'échéance. Les prêteurs ont essayé de donner satisfaction à cet intérêt par un procédé simple, muni d'une sanction énergique. Les prêteurs ont promis, à la seule condition qu'un pacte aurait assigné une chose à la garantie d'une dette, de donner au créancier une action *in rem*, une sorte de revendication, au moyen de laquelle, à l'échéance, à défaut de paye-

(1) ULP. f. 13. § 1. — ULP. f. 24. § 3. — ULP. f. 25. DIG. 13. 7. *De pign. act.* — (2) MARC. f. 33. DIG. 13. 7. — MARC. 11. § 1. DIG. 20. 1. *De pign.* — (3) Cette incertitude rend inapplicable la loi sur le maximum des intérêts conventionnels. PHILIP. 1. 17. CODE 4. 32. *De usur.* — (4) L. 11. § 1. DIG. 20. 1. Quand le créancier habite lui-même, la loi sur le taux des intérêts ne s'applique point. Il est réputé devoir et garder, à titre d'intérêts, un loyer que les parties peuvent licitement fixer à un chiffre plus ou moins élevé. ALEX. f. 14. CODE 4. 32. — Quand le créancier loue et touche un loyer, que décider? Les textes sont muets. — (5) FLORENT. f. 35. § 1. DIG. 13. 7. *De pign. act.* — (6) ULP. f. 45. pr. DIG. 50. 17. *De reg. juris.* — (7) JUL. f. 36. DIG. 41. 2. *De acq. pos.* — (8) ULP. f. 6. § 4. DIG. 43. 26. *De prec.*

ment, il se ferait mettre en possession. C'est ce que les jurisconsultes ont appelé *obligatio rei* ou *hypotheca* (1).

L'hypothèque, à sa naissance, peut être définie : un droit réel qui autorise un créancier à se faire mettre en possession d'une chose. Le créancier hypothécaire participe à cet attribut de la propriété qu'on nomme le *jus possidendi* (2).

Le progrès est continu et intéressant à suivre.

La sûreté du créancier a d'abord consisté dans la propriété d'un bien à charge de restitution. C'était dépasser le but à l'avantage du créancier. Puis la possession a été substituée à la propriété comme garantie. C'était mieux, d'un équilibre plus parfait entre les intérêts des parties, mais gênant pour tout le monde. Enfin une simple convention confère au créancier une action réelle, c'est-à-dire une fraction de la propriété découpée de façon à répondre exactement au but : prémunir le créancier contre la chance du non-paiement à l'échéance.

Le débiteur, tant qu'il jouit d'un délai, tant qu'il n'est pas en faute, conserve la chose et l'utilise, non en vertu d'une grâce, mais en vertu d'un droit.

Le créancier, délivré jusque-là de tout souci de garde et d'administration, est assuré d'acquérir la possession au moment où la garantie lui sera nécessaire. Il n'a pas à redouter que le débiteur, demeuré propriétaire, ait disposé entre temps de la chose ; il a un droit réel, une action efficace contre les ayant-cause du débiteur, aussi bien que contre le débiteur lui-même, et à plus forte raison contre tout usurpateur.

L'action hypothécaire procure, après coup et en temps opportun, au créancier, une situation identique avec celle que le créancier gagiste a, dès l'origine du contrat, d'une façon presque toujours inutilement prématurée.

L'introduction de l'action hypothécaire a réagi sur la condition du créancier gagiste et l'a améliorée. Le contrat de gage, qui

(1) Inst. liv. 4. tit. 6. § 7. Explic. nos 2087 à 2103. — (2) D'excellents auteurs indiquent, parmi les attributs essentiels de l'hypothèque, le droit de suite ; nous plaçons la même idée sous l'expression : droit réel. Nous y trouvons l'avantage de montrer que le droit de suite ne résulte ni plus ni moins de l'hypothèque que de tout autre démembrement de la propriété. Une observation est toutefois à faire : c'est que, dans l'hypothèque, le droit de suite, autrement dit l'action *in rem*, a une importance toute particulière. Le propriétaire, mis en général en possession lorsqu'il acquiert, exerce le plus souvent son droit sur la chose sans lutte contre personne. L'occasion d'exercer l'action en revendication pour lui est rare. Le créancier hypothécaire a son droit en vertu d'une simple convention. Quand il songe à exercer son droit, l'échéance de la dette est venue ; le paiement volontaire n'a pas été effectué ; il entre en lutte avec le débiteur ou avec des tiers ; l'invocation du droit réel, l'exercice de l'action *in rem* est, de la part du créancier, la première manifestation de son droit. Presque toute l'utilité de son droit se résume dans la poursuite qu'il intente contre le possesseur de la chose, par conséquent dans le droit de suite. Voy. M. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, p. 692 et suiv.

suppose, outre une convention, une remise de la chose, renferme déjà et tout au moins une convention d'hypothèque, c'est-à-dire un accord de volontés affectant un bien à la sûreté d'une dette. Il en résulte que, si le créancier gagiste perd la possession, il a le droit d'agir comme créancier hypothécaire ; il peut se faire délivrer l'action *in rem* quasi servienne. C'est le sens de la phrase des Instituts : *Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest.*

Quel avantage le créancier y trouve-t-il, puisque les voies possessoires en recouvrement de la possession perdue lui sont déjà ouvertes ? Il semble même que les interdits récupérateurs lui offrent, quant à la preuve et à la nature du débat, une position meilleure. Il prouvera seulement qu'il a été en possession ; il écartera du débat toute prétention que l'adversaire élèverait à la propriété. La question de propriété est en dehors du litige ; elle est réservée.

L'action hypothécaire exige, il est vrai, du demandeur une preuve plus difficile ; à savoir : que la chose était *in bonis debitoris* au moment de la convention (1). Mais elle a cette supériorité sur les interdits possessoires qu'elle est *in rem* et perpétuelle. Au contraire, l'*interdictum de vi* n'a d'efficacité que contre l'auteur de la dépossession violente. Si cet usurpateur violent s'est hâté de transmettre la possession à un tiers, il reste exposé à une condamnation pécuniaire à raison du délit qu'il a commis ; mais l'*interdictum de vi* n'autorise pas celui qui a été *dejectus* à agir contre le nouveau possesseur, et le recouvrement de la possession ne pourra pas être obtenu par la voie possessoire (2).

Le créancier gagiste qui a perdu la possession peut-il exercer l'action hypothécaire avant l'échéance ? L'affirmative semble contraire à la nature de cette action qui a été introduite pour assurer, mais aussi pour différer jusqu'à l'échéance l'entrée en possession du créancier. Nous l'adoptons néanmoins. Nous croyons que le moment où l'action hypothécaire, en d'autres termes, la revendication de la possession du gage, peut être exercée, dépend, non pas d'une règle de droit, mais de la volonté des parties. Un simple pacte est-il intervenu ? Les parties ont manifesté l'intention de laisser le débiteur en possession jusqu'à l'exigibilité. La chose affectée à la dette a-t-elle été remise au créancier ? Les parties ont voulu que le créancier possédât même avant l'échéance. L'action hypothécaire servira sans délai à lui faire recouvrer la possession perdue (3).

Nous avons suivi le développement du droit, de la fiducie jusqu'à l'hypothèque, sans parler du *jus distrahendi*. C'est qu'en

(1) GAIUS. f. 15. § 1. Dig. 20. 1. *De pign. et hyp.* — (2) PAUL. f. 7. f. 15. Dig. 43. 16. *De vi.* — (3) L. 14. pr. Dig. 20. 1. *De pign. et hyp.* — Voy. cep. M. MACHELARD, *Des interdits*, p. 125

effet, selon nous, ce droit de vendre n'est un attribut essentiel ni du *pignus* ni de l'*hypotheca*, du moins jusqu'à Justinien.

Le créancier, en tant que gagiste ou hypothécaire, en face du débiteur qui ne se libère pas, possède, soit que la possession lui ait été livrée dès l'origine, soit qu'elle ait été par lui conquise après l'échéance, au besoin par l'action hypothécaire. Il possède; il retient; il s'appuie pour ainsi dire sur son gage; *incumbit pignori*. Telle est sa sûreté dans la conception primitive des Romains.

Le débiteur doit et ne paye pas; le créancier possède et garde la chose affectée à sa garantie. Cette situation ne peut pas durer indéfiniment; elle doit avoir une issue, une conclusion.

Les Romains ont essayé de donner plusieurs solutions à ce conflit :

I. — Notamment par la *lex commissoria*. Les parties peuvent joindre au contrat de gage ou au pacte d'hypothèque une clause aux termes de laquelle, sous des conditions déterminées, par exemple au terme convenu, à défaut de paiement, le créancier deviendra propriétaire, et la dette sera éteinte.

Cette clause comporte des variétés :

a. Le créancier deviendra propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant un prix fixé par une estimation lors de l'échéance. Le prix s'imputera jusqu'à due concurrence sur la dette. Cela n'est pas simple; comment l'estimation se fera-t-elle ?

b. Le créancier deviendra propriétaire, comme en vertu d'un achat, moyennant l'extinction de la dette, c'est-à-dire pour un prix égal au montant de la dette en principal et accessoires (1). La *lex commissoria*, dans la seconde forme que nous lui avons donnée, est extrêmement dangereuse pour le débiteur, et de nature à couvrir d'énormes abus. Le débiteur consent à tout lorsqu'il veut obtenir crédit, et la chose engagée peut avoir une valeur de beaucoup supérieure au montant de la dette garantie. Constantin a prohibé la *lex commissoria*, qui attribue la propriété sans estimation (2). Cet empereur ne paraît pas avoir interdit la clause qui subordonne à une estimation faite après l'échéance la fixation du prix moyennant lequel le créancier sera réputé avoir acheté conditionnellement le gage (3).

II. — Et aussi par le *jus distrahendi*. Une bien meilleure solution de la difficulté a été trouvée dans une clause conférant au créancier le pouvoir de vendre et de se payer sur le prix. Les parties peuvent en effet, accessoirement au contrat de gage ou au pacte d'hypothèque, convenir que le créancier aura le pouvoir

(1) *Frag. Vatic.* § 9. La comparaison des effets de cette clause avec ceux de l'ancienne mancipation fiduciaire est curieuse. — (2) *CONST.* l. 3. *COD.* 8. 35. *De pact. pign.* — (3) *MARCEL.* f. 16. § 9. *DIG.* 20. 1. *De pign. et hyp.* L'estimation est sans doute confiée à un tiers convenu d'avance entre les parties. *INST.* 3. tit. 23. § 1.

de vendre et d'aliéner le gage après l'époque de l'échéance, si la dette n'est pas payée.

Dans la fiducia, le créancier avait aussi la faculté de vendre et le pouvoir d'aliéner; mais la clause dont nous parlons prévient à cet égard les dangers auxquelles la mancipation fiduciaire exposait le débiteur. Le créancier gagiste a le pouvoir d'aliéner, non pas comme propriétaire en vertu d'un droit absolu, mais en vertu d'une concession subordonnée à des conditions précises. En dehors de ces conditions, il est sans droit et sans pouvoir. Il faut tout au moins que le terme de la dette soit arrivé et que le créancier n'ait pas obtenu satisfaction; sinon, le créancier qui vend et livre, ne transfère pas la propriété; le débiteur a le droit de revendiquer (1).

La vente faite par le créancier à bon droit et en temps opportun amène une liquidation aussi heureuse que possible. Le créancier reçoit le prix et l'impute sur ce qui lui est dû; il est tenu de rendre l'excédant, si excédant il y a; en tout cas, il doit rendre compte de la disposition qu'il a faite du gage et répond de ses fautes. C'est l'objet de l'action *pignoratitia directa* (2).

La clause conférant le *jus distrahendi*, d'abord accidentelle et formellement exprimée (3), s'est généralisée, est devenue habituelle, *pactum vulgare* (4); elle a été sous-entendue. A l'époque d'Ulpien, tout créancier gagiste ou hypothécaire a le pouvoir de vendre, à moins qu'une clause formelle ne le lui ait interdit (5).

Cette ingénieuse combinaison de l'affectation d'un bien à la sûreté d'une dette et du pouvoir conditionnel de le vendre, est l'œuvre originale de la jurisprudence romaine. Elle constitue un grand progrès sur le gage et sur l'hypothèque, qui, sous leurs formes primitives, créaient une indisponibilité indéfinie ou appelaient les rigueurs de la *lex commissoria*. Elle réalise en sa plénitude l'idée que suggère l'expression *obligatio rei*. — La chose est un débiteur accessoire; elle doit procurer le paiement. Le droit grec, d'où dérive l'hypothèque, paraît en être resté à l'attribution de la chose même, en propriété, au créancier; système imparfait et périlleux (6). Nous insistons sur ce point, afin que la

(1) *JAVOL.* f. 73. *DIG.* 47. 2. *De furt.* — *ALEX.* l. 5. *COD.* 8. 28. *De dist. pig.* — (2) Entre le créancier hypothécaire et le débiteur, les actions *pignoratitia* personnelles naissent du jour où le créancier entre en possession. *ALEX.* l. 4. *COD.* 4. 24. *De pign. act.* — *DIOCL.* ET *M. I.* 20. *COD.* 8. 28. Or, en général, le créancier hypothécaire se fait mettre en possession avant de chercher un acheteur, afin d'être en état de lui livrer la chose. *DIOCL.* 15. *COD.* 8. 28. — (3) *GAI. COM.* 2. 964. — *JAVOL.* f. 73. *DIG.* 47. 2. — (4) *ALEX.* l. 4. *COD.* 4. 24. — (5) *ULP.* f. 4. *DIG.* 13. 7. — *GORD.* l. 7. *COD.* 8. 28. — (6) Voy. une loi éphésienne du premier siècle avant notre ère, article de M. Rod. DARESTE, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation, *Now. rev. hist. de dr. f. et étr.*, année 1877, p. 182 et 173. « Pour passer de la vente à pacte de rachat à l'hypothèque, il avait suffi de différer jusqu'à l'échéance l'attribution de la propriété du gage au créancier — Ce premier pas fait, il en

dénomination grecque ne fasse pas croire que l'institution de l'hypothèque soit venue toute formée de la Grèce à Rome.

Selon le droit romain à l'époque classique, les parties pouvaient donner ou refuser au créancier le *jus distrahendi*. Elles pouvaient ramener le gage ou l'hypothèque à sa simplicité première et borner le droit du créancier à la possession (1). Nous pensons que Justinien a changé le droit à cet égard, et qu'il a fait du *jus distrahendi* un attribut essentiel du gage ou de l'hypothèque. Cela résulte à nos yeux d'une addition faite par les commissaires de Justinien à un fragment d'Ulpien, dans lequel la logique permet de séparer aisément ce qui est d'Ulpien de ce qui a été ajouté au Bas-Empire (2). Une clause interdictive de la vente ne sera donc plus respectée; elle aura pour seul effet d'imposer au créancier l'observation de quelques formalités plus nombreuses et plus lentes avant d'exercer le droit de vendre (3).

Pourquoi ne pas obéir à la volonté des parties qui ont expressément réduit la garantie du créancier à la possession? Probablement le motif est qu'il vaut mieux pour tout le monde, pour les parties et pour la société, que l'affaire soit liquidée. Depuis que la *venditio bonorum* a été remplacée par la *distractio bonorum*, le *jus distrahendi* peut, sans trop d'inexactitude, être considéré comme l'apanage de tout droit de créance. La manière de l'exercer diffère, il est vrai, notablement. Un créancier pur et simple doit recourir au magistrat; il fait vendre à l'avantage de tous les créanciers qui se font connaître en temps utile. Le créancier gagiste ou hypothécaire vend à son avantage exclusif. Mais, à l'égard du débiteur, le résultat n'est pas plus désastreux dans un cas que dans l'autre. Pourquoi le débiteur y mettrait-il obstacle?

L'hypothèque, qui, considérée comme démembrement de la propriété, était, en droit classique, une communication au créancier du *jus possidendi*, est, en outre, dans le dernier état du droit, une communication du *jus distrahendi*. C'est seulement en se plaçant au point de vue du droit du Bas-Empire qu'il est exact de faire figurer comme élément essentiel, dans la définition de l'hypothèque, le droit de préférence sur le prix.

L'hypothèque, résultant de la simple convention, permet d'affecter une même chose à plusieurs créanciers.

« restait un autre à faire, c'était de réduire le droit du créancier à un droit de préférence sur le prix. Mais les Grecs ne l'ont pas fait. »

(1) MARC. I. 12. § 10. DIG. 20. 4. *Qui pot.* — PAUL. f. 3. DIG. 20. 3. *Queres pig.* — L. 4. DIG. 43. 7. — GORD. I. 7. COD. 8. 28. *Non obstant leg. 1 et 2, COD. 8. 29. Debit. vend. pig.* Ces deux lois supposent un débiteur qui, après avoir concédé le droit de vendre, signifierait ensuite une défense, prétendant avoir la liberté de révoquer un mandat, un pouvoir qu'il a donné. Un mandat qui fait partie d'un contrat principal est irrévocable comme le contrat principal même. — (2) L. 4. DIG. 13. 7. Le tribonianisme commence à ces mots: *Nisi ter, etc.* — (3) Une triple dénonciation, sans doute avec un intervalle de temps.

La chose entière est hypothéquée au second créancier sous la réserve du droit du premier créancier; elle est affectée à la sûreté du second, pourvu que le premier soit préalablement désintéressé (1). Il ne faut pas toutefois en conclure que le créancier second en rang n'ait qu'une hypothèque conditionnelle, inefficace tant que le premier n'est pas satisfait. Il est plus exact de dire que tout créancier hypothécaire a une hypothèque actuelle, efficace, nonobstant l'infériorité de son rang. Il a l'action hypothécaire, le *jus distrahendi*. Seulement il ne peut, en usant de ses droits, porter atteinte au droit des créanciers antérieurs. Aussi lorsque le créancier hypothécaire second en date intente son action *in rem*, non-seulement ni le débiteur, ni un tiers possesseur ne peuvent arrêter sa poursuite en arguant de ce que le droit du demandeur serait en suspens, parce que le premier créancier n'est pas désintéressé, mais encore ce premier créancier lui-même ne peut échapper à l'éviction qu'au moyen d'une exception fondée, non sur l'inefficacité du droit du demandeur, mais sur l'existence d'un droit réel d'hypothèque plus ancien et plus fort à son profit (2). Lorsque le second créancier, dont la créance peut être échue avant celle du premier, ayant réussi à se faire mettre en possession, a vendu et livré, la vente est valable, en ce sens que la propriété du débiteur est acquise au tiers acheteur, sous la réserve du droit du premier créancier. Celui-ci n'a qu'une ressource, exercer son action *in rem* contre le possesseur actuel de la chose à lui hypothéquée (3).

Les hypothèques constituées en différents temps sur une même chose sont des droits actuels, complets, doués seulement de forces inégales dans leurs rapports respectifs. Quand on dit que le premier créancier hypothécaire a seul le droit de vendre, cela exprime, avec exagération, cette vérité que seul il donne à son acheteur une sécurité parfaite (4).

(1) GAIUS. f. 15. § 2. DIG. 20. 1. *De pign.* — (2) MARC. f. 12. pr. et § 7. DIG. 20. 4. *Qui pot.* — Nous disons que l'hypothèque constituée en second rang n'est pas conditionnelle parce qu'elle est seconde; mais les parties sont certainement libres de constituer une hypothèque conditionnelle, notamment sous la condition que l'hypothèque première en rang sera éteinte. MARC. f. 12. § 8. DIG. 20. 4. *Qui potiores.* Cela préservera le premier créancier hypothécaire des embarras que peut lui causer le conflit avec un créancier second, dont le droit serait coexistant, quoique plus faible. — Les parties peuvent aussi affecter au second créancier, non la chose entière, mais l'excédant de la valeur de la chose sur le montant de la première obligation hypothécaire, *hyperocha rei*. TRYPH. f. 20. DIG. 20. 4. Il n'y a pas nécessité que le créancier second profite, par une extension de sa garantie, du paiement procuré au créancier par le débiteur. On comprend que la convention restreigne à tout événement la sûreté du créancier second à la valeur de la chose, nette et franche au moment de la constitution hypothécaire, valeur que le créancier a jugée suffisante et dont il s'est contenté. Voy. le système hypothécaire de la ville de Brême si habilement décrit par M. Challamel. — (3) ARG. PAP. f. 1. DIG. 20. 5. *De dist. pig.* — ARG. DIOCL. I. 12. COD. 8. 78. — ARG. ALEX. I. 1 et GORD. I. 2. COD. 8. 46. *Cred. evict.* — (4) DIOCL. et M. I. 8, COD. 8. 18. *Qui pot.*

Les hypothèques établies sur un même bien à des dates successives coexistent avec des forces inégales. L'inégalité est telle que l'on peut soutenir qu'en droit romain, le créancier premier en rang a seul une sûreté réelle.

En effet, il peut paralyser ou détruire le droit des autres; — le paralyser : il se fait mettre en possession, en agissant contre tous détenteurs; une fois en possession, il y reste et surseoit à la vente aussi longtemps que cela lui convient. Vendre est pour lui une faculté, non une nécessité. Le débiteur, les créanciers postérieurs peuvent vendre, s'ils trouvent un acheteur assez confiant; mais le premier ne se dessaisira de la possession qu'après avoir été désintéressé (1). — Il peut même le détruire : il s'est fait mettre en possession; il vend et livre; il transporte à son acheteur une propriété purgée des hypothèques postérieures à la sienne. Il a donc fait évanouir le droit réel des créanciers qui le suivent (2). Il est créancier du prix; il le touche. Si le prix est plus considérable que sa créance, il doit rendre le surplus aux créanciers subséquents s'il les connaît (3), sinon au débiteur lui-même. Qu'il opère ou non cette restitution, qu'il devienne ou non insolvable, il n'importe; le tiers acheteur est inattaquable. Le premier créancier a-t-il de bonne foi rendu l'excédant du prix au débiteur, il est en règle, affranchi de toute obligation. Les créanciers hypothécaires postérieurs n'ont plus qu'une action personnelle contre le débiteur. Ils n'ont donc plus, à partir de la vente et de la tradition, faite par le premier, de sûreté réelle. Un créancier hypothécaire primé n'a qu'une garantie incertaine; il est à la merci du créancier qui le précède et le domine.

Les Romains, après avoir entouré la première hypothèque d'une telle force que la cause des créanciers subséquents en est compromise, ont cru rétablir l'équilibre, autant que la justice le demandait, en donnant à tout créancier hypothécaire, quel que fût son rang, le moyen de devenir premier, le droit de prendre la place du premier. Ce moyen est le *jus offerendæ pecuniæ* qui ouvre une *successio in locum*. Payer un créancier, comme un débiteur le payerait valablement, tout le monde en a le droit. Payer et éteindre la dette d'autrui, lorsque le créancier et le débiteur sont d'accord pour désirer la persistance de leur rapport d'obligation, c'est déjà un privilège qui justifie l'expression *jus offerendi*. Mais prendre ce que la position du créancier payé avait d'utile, prendre son rang, quand il est hypothécaire, afin d'être plus sûr de recouvrer la somme ainsi déboursée, c'est un avantage conféré à quelques personnes dignes de faveur, notam-

(1) POMP. f. 6. DIG. 13. 7. — PAUL. f. 13. DIG. 20. 5. — (2) ALEX. l. 1. COD. 8. 20. *Si antiq. cred.* — (3) MARC. f. 12. § 5. DIG. 20. 4. Quelle action personnelle était accordée au second créancier contre le premier qui avait vendu et touché un prix excédant sa créance? On ne le sait.

ment aux créanciers qui ont hypothèque sur le même bien; ils confirment ainsi leur propre hypothèque (1).

Un créancier hypothécaire, menacé de l'exercice du *jus offerendæ pecuniæ*, et qui, ayant un bon placement, veut le conserver, n'a qu'une ressource, celle d'exercer lui-même le *jus offerendi* contre celui qui le menace. Dans ce conflit entre des créanciers hypothécaires qui se font des offres réciproques de remboursement, l'avantage reste à celui qui est le premier en rang (2).

Le *jus offerendi* améliore notablement la situation du créancier hypothécaire primé par un autre. Encore faut-il pour en user avoir des capitaux à sa disposition.

Le système hypothécaire devait subir dans les législations modernes une transformation préparée, mais non accomplie par la jurisprudence romaine. Après avoir eu comme unique garantie la possession, le créancier avait conquis le droit de se payer sur le prix de la chose par lui vendue. Pour que les droits des créanciers auxquels une même chose a été affectée fussent équitablement balancés, pour que le second eût à son rang une sûreté réelle comme le premier, il fallait retrancher de l'hypothèque ce qui avait été son premier objet, à savoir, la possession, parce que la possession profite à un seul et nuit aux autres; il fallait donner à tout créancier hypothécaire, premier ou dernier, le droit de saisir et de mettre en vente. La vente aux enchères, dont les Romains ont entrevu (3), mais non pas pleinement employé l'utilité, devait assurer à tous que le prix serait porté à la plus haute valeur. Le prix mis en distribution ne devait arriver aux mains de chaque créancier que dans la mesure de son droit. Après ces changements, dont l'honneur revient au législateur moderne, l'hypothèque peut être définie au moyen de la préférence qu'elle entraîne et comporte sur le prix, sans que l'idée de la possession y figure. Préférence sur le prix, distribution du prix dans un certain ordre entre les créanciers hypothécaires, assurance pour le dernier comme pour le premier d'être payé, s'il y a lieu, à son rang, ces idées caractéristiques de notre théorie actuelle ne doivent pas être transportées dans l'explication des lois romaines. En résumé, afin de rester dans la vérité historique, il convient, croyons-nous, de donner de l'hypothèque une définition différente selon les époques.

Époque classique : droit réel permettant à un créancier de se faire mettre, au moyen d'une action *in rem*, en possession d'une

(1) SEVER. et ANT. l. 4. ALEX. l. 5. COD. 8. 18. *Qui pot.* App. 12. liv. 3. — (2) PAUL. *Sent.* liv. 2. tit. 13. § 8. Voy. M. JOURDAN, *l'Hypothèque*, expos. hist. et dog., p. 475. — (3) ALEX. l. 4. COD. 8. 28. — ALEX. l. 1. JUSTIN. l. 3. COD. 8. 34. *De jure dom. impetr.*

chose pour sûreté d'une dette; droit auquel les parties peuvent joindre le pouvoir pour le créancier de vendre, d'aliéner et de se payer sur le prix.

Epoque du Bas-Empire : droit réel qui autorise un créancier à se faire mettre en possession, à vendre, aliéner, et se payer sur le prix.

Epoque moderne : droit réel emportant pour un créancier droit de paiement par préférence sur le prix. La préférence sur le prix n'est plus subordonnée à la possession et à la vente par le créancier. La préférence est partant assurée au dernier aussi bien qu'au premier, pourvu que le prix qui doit être déterminé par des enchères soit suffisant.

La règle si souvent répétée *prior tempore, potior jure*, a elle-même, avec le temps, changé de valeur et de signification.

En droit romain, le plus ancien créancier est le plus fort dans le droit de prendre possession, dans le droit de vendre, dans le droit d'être payé.

En droit français, ne parlons plus de possession; le droit de saisir et mettre en vente appartient à tout créancier muni d'un titre exécutoire. L'ancienneté n'assure plus que le paiement par préférence sur le prix mis en distribution.

Nous avons essayé de caractériser dans ses éléments principaux le système hypothécaire romain et de mettre en relief le rôle, trop souvent oublié, qu'y joue la possession.

Les Romains ont laissé beaucoup à faire dans la constitution des sûretés réelles, dans l'organisation du crédit réel. Mais ils ont ouvert la voie; ils ont eu le grand mérite de diriger le droit, non plus vers l'attribution de la propriété au créancier, non pas exclusivement vers l'attribution de la possession, mais et surtout vers la préférence à exercer sur le prix. Là est le trait de lumière qui a jailli du sein de la jurisprudence romaine.

J. E. L.

APPENDICE IV. (Nos 588, 2141.)

DE LA DOT.

La matière de la dot, dont les notions ont été disséminées dans les *Instituts* (1), mérite d'être l'objet d'une vue d'ensemble. Elle

(1) INST. liv. 2. pr. tit. 2. § 3 et suiv. Explic. nos 582 à 588 et 597 à 600, et INST. liv. 4. tit. 6. § 29. Explic. nos 2136 à 2141.

Ce sujet a été traité de la façon la plus remarquable par notre regretté collègue et ami M. GIDE, sous ce titre : *Du caractère de la dot en droit romain*. Nous emprunterons beaucoup à son excellent travail. Nous en conseillons d'autant plus vivement la lecture que l'on y trouvera, outre des développements ingénieux que nous omettrons, le mérite d'un style plein de charme et de relief.

forme comme un trait d'union entre le droit de la famille et le droit qui régit les biens. Elle a subi par contre-coup l'effet des changements accomplis dans l'organisation de la famille et dans les successions *ab intestat*. En considérant ce point unique, nous y verrons paraître le reflet des principales transformations des mœurs et de la société.

Nous supposerons un mariage sans *conventio mulieris in manum mariti*, sans changement de famille pour la femme. Tel est l'état le plus fréquent à la fin de la République et sous l'Empire. La dot, en son sens propre, répond à ce régime de mariage dans lequel les fortunes des époux restent distinctes.

Dans le mariage sans *manus*, le rapport entre les époux est moral plutôt que juridique. Le droit romain n'a pas attribué à la mère une place convenable au foyer domestique. Cela vient de ce que la famille reposait sur la puissance paternelle, qui était le privilège du sexe masculin. Lorsque la femme n'a pas voulu se soumettre à son mari comme une fille de famille, elle n'est unie à ses enfants par aucun lien de parenté civile. En d'autres termes, les enfants nés d'un juste mariage, non accompagné de la constitution de la *manus*, sont membres de la famille civile de leur père, étrangers à la famille civile de leur mère. Héritiers siens de leur père ou de leur grand-père paternel, ils ne sont appelés par la loi à l'hérédité ni de leur mère, ni des parents de celle-ci.

Il est pourtant naturel et raisonnable que la femme ou les parents de la femme contribuent à augmenter les ressources pécuniaires de la famille qui naîtra du mariage. Les Romains, admettant le concours égal des descendants de tout sexe dans la succession paternelle, voyaient les fortunes se partager également entre les fils et les filles; ils étaient d'ailleurs fort intéressés; ils ont voulu et devaient vouloir que la fortune de la mère concourût avec celle du père à procurer aux enfants des moyens d'existence.

Dans cette pensée, la femme, si elle était *sui juris*, sinon le père de famille de la femme, fit au mari ou au futur mari une donation, donation qui accrût à perpétuité le patrimoine du mari. Le but est atteint; car ce patrimoine ainsi accru est celui dont les revenus subviendront à la postérité du mariage, celui dont les enfants issus du mariage seront *vivo patre* en quelque sorte copropriétaires, celui qu'ils recueilleront comme hérédité à la mort de leur père (1). L'objet de cette donation, faite par la femme ou par une personne agissant dans l'intérêt de la femme, faite au mari en considération du mariage, est la *res uxoria*, l'apport de l'épouse, la dot. Si l'on veut appliquer à la dot prise à son origine la définition moderne, apport de la femme pour aider le mari à supporter les charges du mariage, cela doit être entendu, non pas seulement de charges contemporaines de vie

(1) INST. liv. 2. tit. 19. § 2. Explic. n° 807.