

Biscardi, Arnaldo

Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain

The Journal of Juristic Papyrology 19, 41-59

1983

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez **Muzeum Historii Polski** w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

LE RÉGIME DE LA PLURALITÉ HYPOTHÉCAIRE EN DROIT GREC ET ROMAIN*

I. Dans tous les systèmes juridiques modernes de tradition romaniste, le concours des créanciers hypothécaires est réglé par la priorité de rang de l'hypothèque, sauf le cas des hypothèques privilégiées. En effet — suivant par exemple soit, d'une part, les dispositions du Code civil français (art. 2134), du Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 879–881), du Code civil suisse (art. 825) et du Code civil italien (art. 2852) sur les hypothèques immobilières, soit, d'autre part, ce qu'établissent les correspondantes lois nationales en matière d'hypothèques vis-à-vis des véhicules automobiles ou aéromobiles et des navires — le droit de préférence entre créanciers hypothécaires est fondé sur la date d'inscription attribuée à l'hypothèque dans les registres du conservateur, à savoir dans les registres fonciers ou immobiliers, ou plus en général publics, prévus par les lois des différents pays pour assurer la publicité des droits réels sur les immeubles et sur les autres biens à enregistrer. Par conséquent, chaque hypothèque grève immédiatement la chose hypothéquée, mais elle prend son rang en conformité de la règle « *prior tempore potior iure* ».

D'ailleurs, selon les renseignements que j'ai pu me procurer en Italie, la situation ne me paraît trop différente en Pologne, où le Code civil voté par la Diète de la République Populaire en 1964, ne contenant pas de dispositions sur l'hypothèque, laisse la réglementation de cette institution à une nouvelle loi spéciale sur le registre foncier (voir l'art. 244 § 2), en renvoyant provisoirement aux dispositions de 1946, qui ont cherché à unifier de quelque sorte les différents régimes jadis en vigueur dans les territoires des puissances copartageantes, Prusse et Autriche, et dans celui de l'ancien Royaume du Congrès. Or, s'il est vrai qu'en perspective, dans un système d'économie socialisée, l'hypothèque et le crédit hypothécaire sont des catégories destinées à perdre d'importance (ce n'est pas pour rien qu'en URSS l'hypothèque n'existe plus depuis 1922!), cependant on ne saurait pas même nier que dans la

* En cédant aux aimables insistances de mon ami, le professeur Henryk Kupiszewski, je donne mon consentement à laisser publier dans *JJP* (dont je remercie bien vivement les rédacteurs), le canevas d'une conférence que j'ai faite — et précisément le 13 octobre 1975 — à l'Instytut Historii Prawa de l'Université de Varsovie, quoique le même sujet ait été traité ailleurs par moi-même en d'autres études : voir mon article *Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätrömischen Recht*, dans *ZSS LXXXVI* (1969), 146 ss. — paru aussi en langue grecque, avec peu de variantes, par les soins de M. Ioannes Triantaphyllopoulos, dans *Ἐφημερίς Ἑλλήνων Νομικῶν XXXVII* (1970), 193 ss. — et le chapitre VIII de mon livre *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, 218–254.

période de transition du capitalisme au socialisme les deux institutions peuvent conserver encore une certaine utilité dans le domaine de la propriété foncière individuelle ainsi que dans celui de la construction financée de logements et de la propriété personnelle des maisons unifamiliales considérées comme immeubles indépendants du fonds.

Quoi qu'il en soit, le régime actuel européen de la pluralité hypothécaire nous provient du droit de Justinien, où pourtant — la publicité des hypothèques n'étant pas assurée — la priorité de rang se rattachait exclusivement à l'antériorité de la convention concédant l'hypothèque à tel ou tel créancier¹. Il faut quand même ajouter que ce régime ne tire pas son origine du droit romain classique, mais il plonge ses racines dans le terrain des institutions gréco-hellénistiques, comme nous irons le voir tout à l'heure.

II. L'histoire des sûretés réelles dans la Grèce ancienne est très disputée. Aucune des études de la science contemporaine, depuis l'ouvrage de Hitzig, *Das griechische Pfandrecht* (1895)², jusqu'à nos jours, n'est décisive à ce sujet. Aucun des auteurs n'a prononcé encore le mot tranchant sur la question; mais tous, à vrai dire — de Pappoulias³ à Paoli⁴, de Meletopoulos⁵ à Pringsheim⁶, de Fine⁷ à Finley⁸, de Gernet⁹ à Wolff¹⁰ — ont apporté,

¹ Voir spécialement les titres 20,4 du Digeste et 8,17 (18) du Code, sans pas même négliger a Nov. 91 (ch. 1) de l'année 539. Cf. d'ailleurs, par la suite, le § 6 de cette étude.

² On sait bien, quand même, que cet ouvrage, paru à Munich il y a peu plus que soixante-dix ans, a été considéré longtemps une contribution fondamentale dans le domaine de l'histoire du droit grec.

³ Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ Ἑλληνικὸν καὶ ρωμαϊκὸν δίκαιον, Athènes 1909, dont on ne saurait passer sous silence le remarquable compte rendu de L. Mitteis, dans la ZSS XXX (1909), 442 ss.

⁴ *Studi di diritto attico*, Firenze 1930 (réimpr. Milano 1974), 141 ss.; *Sul diritto pignoratizio attico*, dans AG CVIII (1932), 181 ss. (= *Alti studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, 393 ss.) et *La datio in solutum nel diritto attico*, dans *Studi it. filol. cl.*, n.s. X, 1933, 181 ss. (= *Alti studi*, 409 ss.) (en réponse aux critiques avancées respectivement par V. Arangio-Ruiz, dans le même AG CVII (1931), 146 ss., et par G. La Pira, dans BIOR XLI (1933), 35 ss.) ainsi que, plus tard, s. v. *Ipoteca* (diritto attico), dans le NDI VII (1938), 149 ss.

⁵ Πρᾶξις ἐπὶ λύσει, dans Polemon IV (1949), 41 ss.

⁶ *The Greek Law of sale*, Weimar 1950, 177 ss.; *Griechische Kauf-Horoi*, dans la *Festschr. Lewald*, Bâle 1953, 143 ss.

⁷ *Horoi. Studies in mortgage, real security and land tenure in ancient Athens* (*Hesperia*, Suppl. 9), Athènes-Baltimore 1951.

⁸ *Studies in land and credit in ancient Athens* (500-200 B.C.). *The Horos-Inscriptions*, New Brunswick N.J. 1952; *Land, debt and the man of property in classical Athens*, dans *Pol. Sc. Quarterly* LXVIII (1953), 249 ss.; *Multiple charges on real property in Athenian Law, New evidence from an Agora Inscription*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli 1953, III, 473 ss. (ce dernier travail vient d'être justement réimprimé en édition allemande dans le volume *Zur griechischen Rechtsgeschichte, Wege der Forschung* XLV, Darmstadt 1968, 534 ss.).

⁹ *Horoi*, dans les *Studi Paoli*, Firenze 1956, 345 ss.

¹⁰ *Das attische Apotimema*, dans la *Festschr. Rabel*, Tübingen 1954, II, 293 ss.

plus ou moins, des contributions particulières, dont chacune remarquable, en soi-même considérée.

De toute façon, ce qui ressort d'un examen critique de la littérature en la matière ¹¹ est qu'il faut faire état de certaines données, et se contenter d'elles, en tant qu'il nous suffira d'y faire levier au seul but de reconstruire le régime de la pluralité hypothécaire.

Voyons donc, en laissant de côté le problème des sûretés personnelles, c'est-à-dire du cautionnement, comment est-ce que le créancier pouvait d'abord se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur par l'engagement d'une chose lui appartenant. Il n'y a pas de doute que les deux formes les plus reculées de sûretés réelles ont été, chez les Grecs, l'ἐνέχυρον et la πρᾶσις ἐπὶ λύσει. La première forme de garantie se réalisait par la remise effective au créancier de la possession d'une chose, meuble ou immeuble, tandis que l'autre permettait de donner une garantie extrêmement forte au créancier, qui devenait propriétaire de la chose — le plus souvent un immeuble — affectée à la sûreté de sa créance et destinée à revenir dans la propriété du débiteur, quand celui-ci aurait acquitté sa dette. Néanmoins, la différence de structure existant entre les deux formes d'engagement (remise de la possession dans le premier cas, transfert de la propriété dans le second) n'est pas si marquée dans la conscience des Grecs qu'elle l'était, par exemple, en droit romain entre la fiducia (*fiducia cum creditor*) et le gage (*pignus*) : et cela en raison du fait que la ligne de frontière théorique séparant la propriété de la possession paraît presque s'estomper en droit grec.

C'est justement pourquoi — à s'en tenir au témoignage des sources attiques reflétant le droit des origines — le maintien indéfini des ὑποκειμένα dans la possession du créancier gagiste, qui n'avait pas été payé à l'échéance (ce qu'on a appelé la continuité du gage), n'était pas un effet, au point de vue pratique, trop différent de l'attribution définitive de la propriété des πεπραμένα au créancier-acquéreur dans la même hypothèse : car la seule distinction effective entre les deux formes de sûretés réelles ne se manifestait que lorsque le débiteur voulait acquitter sa dette, le rachat n'étant possible aux termes de la πρᾶσις ἐπὶ λύσει que dans un certain délai préemptoire (ἐν τινι ῥητῷ χρόνῳ), tandis que le recouvrement de la possession du gage (ἐνέχυρου) paraît admis sans aucune limite de temps.

Or, il est bien évident que ce stade primitif dans la configuration des sûretés réelles présentait surtout l'inconvénient que, la chose engagée se trouvant aux mains du créancier gagiste ou acquéreur, le débiteur dépossédé était aussitôt privé de l'usage et de la jouissance de la chose donnée en garantie. Mais, si nous adressons notre esprit au droit plus évolué en vigueur à Athènes et dans les autres cités grecques au cours du IV^e siècle av. n.è. on n'aura pas de peine à constater que l'inconvénient

¹¹ On trouvera un tableau aussi soigné que complet des principales théories, avec pas mal d'observations pénétrantes, dans l'article rédigé pour le *NNDI* par mon élève Mme Sorge L e p r i, *Ipoteca* (diritto greco), *ibid.*, IX, 1963, 44-48. Quant aux sources relatives, je renvoie tout simplement aux allégations des auteurs précités.

a disparu, car l'exigence — très souvent si importante au point de vue économique — de garantir le créancier sans soustraire au débiteur la disponibilité matérielle de la chose engagée ne trouve plus, désormais, d'obstacles à être satisfaite par plusieurs moyens ¹².

On admet, d'un côté, que le créancier-acquéreur dans la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* peut concéder la chose à titre précaire ou la louer au débiteur, de manière à lui en laisser la jouissance, tout en conservant la propriété et la faculté de la reprendre soit à tout moment, soit à l'expiration du bail; il suffira de s'en appeler à une centaine, au moins, de bornes-limites de fonds de terre ou de pierres encastées dans les murs des maisons (*δροί*), provenant d'Athènes, d'Amorgos, de Lemnos, de Skyros.

De l'autre côté, de nombreux textes littéraires (et notamment les orateurs dans leurs plaidoyers civils) aussi bien que des inscriptions (dont quelques-unes appartiennent encore à la série des *δροί*) nous attestent l'emploi du gage sans dépossession du débiteur (*ὑποθήκη*), naissant d'une convention exprimée par le verbe *ὑποτίθημι*: en effet, cette convention visait toujours à prédéterminer les biens, que le créancier non payé aurait pu saisir à l'échéance.

Enfin, il existe une forme spéciale d'hypothèque, et précisément l'*ἀποτίμημα*, ayant application soit dans le cas du bail des biens pupillaires (*μίσθωσις οἴκου ὀρφανικοῦ*) de la part du tuteur à un tiers avec intervention de l'archonte éponyme pour garantir le retour au pupille des biens affermés, soit dans l'hypothèse de la dot, dont le paiement au mari ou l'éventuelle restitution à qui de droit lors de la dissolution du mariage devait être assurée convenablement : cela résulte aussi du témoignage convergent des auteurs et des sources épigraphiques (environ cinquante *δροί*) de la même période.

Parmi ces trois innovations, la première est sans doute la plus ancienne, en tant qu'elle représente un expédient tout à fait rudimentaire. Il est, au contraire, bien difficile d'établir si la transformation du gage en hypothèque — d'où descend la coexistence d'un gage sans possession à côté du gage traditionnel — a précédé ou suivi, dans l'histoire des sûretés réelles, la consolidation de l'*ἀποτίμημα* — né comme dation en paiement (*datio in solutum* de la terminologie romaine) — en tant qu'institution hypothécaire, fondée sur l'évaluation de la chose affectée à la fonction de garantie pour compenser le montant de la dette, si le créancier ne sera pas satisfait à l'échéance. Au demeurant, il ne faudra pas même oublier que le développement du commerce maritime a certainement pressé la susdite transformation

¹² Il vaut peut-être la peine de remarquer, au point de vue du droit comparé, que déjà quelques siècles auparavant la pratique néo-babylonienne avait connu, sans en avoir pourtant la moindre conscience dogmatique, plusieurs formes de sûretés réelles, déterminant ou ne déterminant pas la dépossession du débiteur, et qu'elle les avait toutes pêle-mêle indiquées par un seul mot : *maškānu*. Cf. P e t s c h o w, *Neubabylonische Pfandrecht*, Berlin 1956, 52 ss., et dernièrement C a r d a s c i a, *Le tavolette cuneiformi e il diritto*, dans l'*Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano 1968, 10.

du gage en hypothèque, le gage traditionnel ne pouvant être aucunement employé pour garantir un prêt à la grosse (δάνειον ναυτικόν, χρήματα ναυτιμά) sans priver le ναύκληρος des moyens de travail lui servant à gagner sa vie, tels que le navire et la cargaison achetée.

Quoi qu'il en soit, il y a un autre principe à rattacher à la disponibilité matérielle de la chose engagée de la part du débiteur engageant dans les trois cas envisagés : c'est le principe de l'*anepaphie*, à savoir la règle d'après laquelle personne ne peut employer une chose dont il a la disponibilité matérielle, même si la chose lui appartient, comme moyen de crédit, si la chose n'est ἀνεπαφος ou bien exempte de toute prétention d'autrui. Une telle règle dérivait de la prohibition légale d'hypothéquer une chose déjà hypothéquée — dont on a peut-être un précédent, quoique douteux, dans les lois de Gortyne (X, 25)¹³ — et justifiait l'interdiction du créancier au débiteur d'en faire objet d'ultérieures négociations, soit dans la forme privée de l'ἀπόρρησις soit par l'apposition sur le bien-fonds d'un ὄρος véritable moyen de publicité des droits réels grevant les immeubles. Tout cela nous permet d'expliquer comment est-ce que, si en dépit de l'*anepaphie*, plusieurs conventions d'hypothèque aient été conclues sans que le créancier *posterior tempore* eût été informé de l'antérieur engagement — excepté naturellement le cas, où il aurait dû le savoir par effet de la publicité garantie au moyen des ὄροι — le concours des créanciers hypothécaires soit réglé par le même principe, que les Romains ont fixé dans la maxime « *melior est condicio possidentis* ». C'est pourquoi donc, dans les rapports commerciaux de la transgression de la défense d'ἐπιδανείζειν — c'est-à-dire d'emprunter sur le navire ou sur les marchandises déjà hypothéqués — est regardée comme un acte de mauvaise foi à l'égard du créancier antérieur aussi bien que du postérieur. La protection de la bonne foi des tiers, et non pas l'existence d'un lien inséparable entre la possession et les droits réels de garantie, exige que la préférence soit, dans l'espèce, accordée au possesseur.

Il paraît d'ailleurs que, du moins toutes les fois que le débiteur eût affecté à la sûreté de sa dette des biens d'une valeur très supérieure au montant de celle-ci, le transfert de la propriété dans la πρᾶσις, la continuité du gage dans sa double incarnation et l'*anepaphie* en vigueur dans le règlement de chaque forme de sûretés réelles lui auraient fait épuiser tout son crédit, en ce qui concernait la chose ou les choses engagées. Or, il est bien vrai qu'ayant tous ces types de sûretés réelles, la fonction essentielle de renforcer la contrainte psychologique sur la volonté du débiteur afin qu'il accomplisse la prestation à laquelle il est tenu, si le débiteur engageant payait à l'échéance et parfois même en retard (je pense encore à la susdite continuité du gage) il recouvrait à un certain moment les biens engagés. Mais qu'arrivait-il lorsqu'il ne payait pas? En principe, il ne pouvait pas même, à moins

¹³ Qu'il suffise de comparer à ce sujet : Rabel, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig 1909, 9 ss. (= *Gesammelte Aufsätze*, IV, Tübingen 1971, 173 s.); Pappoulias, *op. cit.*, 122; Paoli, *Studi d.a.*, 185, n. 2.

qu'il ne s'agissait d'un gage commercial et sauf le cas de l'*ἀποτίμημα* pupillaire ou dotal (se fondant toujours, comme nous l'avons remarqué, sur l'estimation du juste prix de la chose affectée, jusqu'à la concurrence du montant de la dette), recouvrer la différence entre ce qu'il aurait dû payer et la valeur négociable sur la chose engagée.

Pourtant, le droit du créancier de vendre, après saisie préalable (*ἐμβάτευσις* ou *ἐμβατεία*), la chose hypothéquée et de percevoir sur le prix d'aliénation le montant de sa créance, né sur le terrain de la coutume des gens de mer (peut-être déjà au cours du V^e siècle av. n.è.), finit par s'étendre, tôt ou tard, aux conventions d'*ὑποτιθηῖναι* dans le cadre des rapports purement civils, par la voie d'une clause expresse autorisant la vente, en dérogation du régime légal de la continuité, qui évidemment n'était pas considéré à la mesure d'une disposition d'ordre public. Nous en avons un exemple fort probant (me semble-t-il) dans le deuxième discours de Démosthène contre Aphobos, § 18 : *ποῖ δ' ἂν τραποίμεθα, εἴ τι ἕλλο ψηφίσαισθ' ὑμεῖς περὶ αὐτῶν; εἰς τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείασιν; ἀλλὰ τῶν ὑποθεμένων ἐστίν. Ἀλλ' εἰς τὰ περιόντ' αὐτῶν; ἀλλὰ τούτου γίγνεται τὴν ἐπωβελίαν ἐὰν ὀφλῶμεν.*

Je traduis : « Quelles seraient nos ressources — dit l'orateur — si votre sentence s'égarait ? Les biens qui sont hypothéqués à nos créanciers ? Mais ils appartiennent à ceux-ci [à sous-entendre : en tant qu'ils pourront s'y mettre en possession à l'échéance et les vendre, pour recouvrer le montant de leur créance]. Le reliquat de ces biens ? Mais il revient à Aphobos, si nous sommes condamnés à payer l'épobélie ».

Qu'il suffise, maintenant, de polariser notre attention sur la phrase : *ἀλλ' εἰς τὰ περιόντ' αὐτῶν* ; — que je viens de traduire : « le reliquat de ces biens ? ». Comme le génétif *αὐτῶν* ne peut se référer grammaticalement qu'aux *ὑποκείμενα* cela veut dire en effet que *τὰ περιόντα* a la même signification que *τὰ ὑπερέχοντα*, et que par suite l'orateur faisait allusion non pas aux biens non hypothéqués, mais justement à l'excédent de la valeur des biens hypothéqués sur la dette, qui devrait être restitué, après la vente, aux débiteurs expropriés.

III. Sur ces prémisses, on comprend aisément que le problème d'une pluralité de liens hypothécaires sur la même chose¹⁴ ne se posa guère pendant longtemps pour les Grecs. A l'origine, la chose engagée, se trouvant aux mains — nous l'avons vu — du créancier gagiste ou acquéreur, ne pouvait, quelle que fût sa valeur par rapport à celle de la créance, être ensuite donnée en garantie à un autre créancier. Mais quand aussi — un pas après l'autre — on arriva à concevoir des sûretés réelles sans dépossession du débiteur, l'exclusion en principe pour le créancier, qui n'avait pas été payé à l'échéance, de vendre la chose en vue de se satisfaire sur le prix (*ius distrahendi*) et la règle de l'*anepaphie* étaient toujours des obstacles à la coexistence de plusieurs hypothèques sur le même bien.

¹⁴ Il n'existe jusqu'ici presque aucune concordance de vues sur la question parmi les atticistes ; voir entre autres M a n i g k, s.v. *Hyperocha* dans *PWRE* IX (1914), 1, 306 ss. (avec la littérature antérieure) ; P a o l i, *op. ult. cit.*, 146 ss., 181 ss. ; L a P i r a, *op. cit.*, 312 s. ; F i n l e y, *Studies in land and credit*, 107 s., aussi bien que *Multiple charges*, notamment 479 ss.

Ce fut seulement par effet de la faculté de vente, reconnue par la coutume des gens de mer ou par la volonté des parties au créancier hypothécaire non payé, qu'une pluralité des sûretés réelles grevant la même chose devint admissible.

A ce point-là, effectivement, l'utilisation d'un même objet, mobilier ou immobilier, comme moyen de crédit vis-à-vis de plusieurs personnes ne dépend que de la prévision de sa capacité d'acquitter plusieurs dettes en proportion de sa valeur négociable et s'accorde avec la sauvegarde de l'*anepaphie* par le consentement des intéressés à y déroger. En d'autres termes, de la même façon que, si la valeur de la chose hypothéquée est inférieure au montant de la dette et le profit de la vente ne permet pas au créancier de rentrer dans sa créance (ἐὰν τι ἐλλείπη : à confronter Démosthène contre Lacritos, § 12 et contre Apatourios, § 10), le débiteur restera obligé pour la différence (ἐλλείπον), en revanche, l'éventuel excédent de la valeur du gage sur le montant de la dette (ὑπεροχή) sera reversé au débiteur. Par conséquent, ce prévisible excédent pourra être à l'avance hypothéqué pour garantir une autre créance, pourvu que le créancier antérieur ne s'y oppose.

Mais alors, toutes les pièces nous attestant des opérations d'engagement sur l'ὄσφ' πλείονος ἄξιον (c'est-à-dire sur la valeur résiduelle d'une chose déjà affectée à la sûreté d'une créance), ou du moins leur possibilité pratique, ne sont que des témoignages très instructifs de la coexistence, envisagée par les Athéniens, de plusieurs sûretés réelles de rang différent, dont le régime était l o g i q u e m e n t celui de la préférence accordée au droit de garantie antérieurement constitué (« *prior tempore potior iure* »).

Analysons d'abord deux passages du Corpus Demosthenicum.

Dans le plaidoyer contre Nicostratos, l'accusateur Apollodore, faisant aux juges le récit des relations personnelles qui s'étaient passées entre lui-même et son adversaire, raconte qu'un jour Nicostratos était venu le trouver tout en larmes, lui disant que, comme il n'avait pas d'argent pour s'acquitter envers ceux qui lui avaient procuré le montant de la rançon payée comme prisonnier de guerre et qui réclamaient le solde (faute de quoi la dette aurait été doublée), il aurait voulu vendre ou donner en hypothèque son domaine, mais que son frère Aréthousios faisait opposition sous prétexte qu'une certaine somme lui était due sur ce fonds (§ 10) : ὁ γὰρ ἀδελφὸς ὁ Ἀρεθούσιος... οὐδένα ἐφ' ἧ οὔτε ὠνεῖσθαι οὔτε τιθεύθαι, ὡς ἐνοφειλομένου αὐτῷ ἀργυρίου. Cela veut dire — si je ne me trompe — que le fonds déjà engagé ne pouvait être aliéné ou affecté à la garantie d'une nouvelle créance en raison du fait qu'un précédent créancier s'y opposait. Cependant, cela veut dire aussi, *ex adverso*, qu'avec le consentement de l'engagiste le fonds aurait pu être hypothéqué une seconde fois sans aucune difficulté dans les limites de sa valeur résiduelle.

De son côté, vers la fin du discours prononcé contre Lacritos, en qualité de défenseur παραγραψάμενος, le demandeur Androclos — se plaignant de la conduite, à son dire, malhonnête de ses débiteurs Artémon et Apollodore — s'écrie à un certain moment (§ 52) : « Eh bien, ces hommes d'une infamie sans pareille, alors

que le contrat stipulait expressément le retour des marchandises à Athènes, ont permis à un tiers de transporter à Chios le chargement sur lequel ils nous avaient emprunté à Athènes. Le patron phasélite voulait, en effet, contracter un second emprunt auprès d'un citoyen de Chios; mais celui-ci y mettait comme condition que toute la cargaison serait affectée à sa créance et que les créanciers antérieurs lui feraient cession (οὐ φάσκοντος δὲ τοῦ Χίου δανείσειν ἂν μὴ ὑποθήκην λάβῃ ἅπαντα ὅσα ἦν περὶ τὸν ναύκληρον, μαὶ ἐπιτρέπωσι ταῦτα οἱ πρότερον δεδανειότες); ils lui ont transféré une hypothèque sur ce qui nous appartenait, ils lui ont accordé un privilège sur toutes les marchandises (ἐπέτρεψαν ταῦτα ὑποθήκην γενέσθαι τῷ Χίῳ τὰ ἡμέτερα καὶ κύριον ἐκεῖνον γενέσθαι ἀπάντων) ». Il faut entendre — me paraît-il — que le patron phasélite en question, ayant été auparavant obligé à contracter un prêt pour pouvoir prendre la mer, a donné en nantissement son propre navire ou des marchandises qu'il avait embarquées (gage sur lequel Androclès aurait indirectement des droits); mais un second emprunt s'étant trouvé nécessaire, le nouveau prêteur a exigé que les précédents créanciers lui cèdent leur rang d'hypothèque. On en peut déduire, à plus forte raison, que par le consentement du créancier antérieur on aurait pu toujours laisser à la disposition du nouveau créancier l'excédent de la valeur du premier gage, celui-là demeurant normalement dans sa situation de préférence en comparaison de celui-ci.

D'ailleurs, qu'est-ce que signifient, suivant l'autorité des orateurs¹⁵, aussi bien que d'Aristote¹⁶ et des lexicographes¹⁷, les deux formes verbales, active et moyenne, ἐπιδανείζω — ἐπιδανείζομαι sinon, respectivement, « prendre une seconde hypothèque sur un bien » et « emprunter sur un bien déjà hypothéqué » (même si ce verbe pourrait par abstraction — comme Reinach l'avait jadis observé¹⁸ — désigner tout court un prêt hypothécaire quel que soit)?

Dans ce cadre se détachent les précieuses attestations de trois stèles hypothécaires.

Les deux premières concernent des ἀποτιμήματα de type dotal. Voici la teneur de l'une (IG. II², 2670)¹⁹ :

ὄρος χωρίου προικὸς
 Ἰπποκλείαι Δημοχά —
 [ρ]ος Λευκονοῖως Τ.
 ὄσωι πλείονος ἄξι —
 [ον] Κεκοπίδαις

¹⁵ Voir encore Dem., contre Phormion XXXIV, § 6, et contre Lacritos XXXV, §§ 11, 21-22.

¹⁶ *Economique*, 2, 4, 4 (p. 1347a, n° 1)

¹⁷ Chez Bekker, *Anecdota graeca*, I, Berlin 1814, 259, s.v.

¹⁸ *REG* XXII (1909), 242, n. 1

¹⁹ Elle a paru aussi dans les recueils de Dareste, Haussoullier et Reinach, *IIG* I Paris 1891, 8, n° 10 de Michel, *Inscr. grecques*, Paris 1896-1912, 1366, de Dittenberger, *Syll.*³ Leipzig 1915-1924 (réimprimé à Hildesheim, 1960), 1188 et de Finley, *Land and credit*, 160, n. 146.

[ὕπό]κειται καὶ Λυκ –
 [ομί]δαις καὶ Φλυεῦ –
 [σι].

Traduction: « Enseigne d'un terrain affecté à la dot d'Hippocléia, fille de Démocharès de Leuconée, 1 talent; le surplus de la valeur est hypothéqué aux Cécropides, aux Lycomides et aux démotés de Phlya ».

Et voici la teneur de l'autre (elle a été publiée pour la première fois dans le 7^e Supplément d'*Hesperia*, 1943, 1^{er} fascicule, n^o 1) ²⁰ :

ὀ[ρ]υς οἰκίας ἀποτε[τιμ –
 ημένης προικὸς Ε[ίρη? –
 νεὶ Ἀντιδώρου Λευ[κονοι –
 ἕως θυσατρὶ Χ δρα[χμῶν.
 ὄσωι πλείονος ἄξια ἐ[τιμήθ –
 η Ἀγλαοτίμει ὑποκε[ιται
 ΗΗ καὶ Γεφυραίοις ΗΗ[...
 F F F F | καὶ ἐπὶ τοῖς α[...
 [. .]υ[. . . .]τευμ[.]

Traduction: « Enseigne d'une maison hypothéquée par évaluation jusqu'à concurrence de la dot d'Irène, fille d'Antidoros de Leuconée, 1000 drachmes; le surplus de la valeur de compensation estimée est affectée à la garantie d'une créance d'Aglaotimès pour 200 et d'une créance des habitants de Géphyra pour ... » (les chiffres ne sont pas entièrement lisibles, de même que la suite de l'inscription).

Si d'après les deux ὄροι, que nous venons d'interpréter, on ne saurait prétendre ici de retracer en détail les opérations faisant suite à l'accomplissement de l'ἀποτίμησις dans l'un et dans l'autre cas, il est quand même établi, grâce à leurs témoignages, que les hypothèques postérieures grevent directement l'ὄσω πλείονος ἄξιον. Mais il me semble aussi à retenir, par une comparaison entre les deux inscriptions, que les Cécropides, les Lycomides et les démotés de Phlya agissent, d'une part, tous ensemble en se faisant garantir leur créance, dont le montant n'est pas indiqué, par la concession d'une seconde hypothèque sur le terrain du mari d'Hippocléia, tandis que, d'autre part, les sommes dues par le mari d'Irène à ses créanciers ayant été spécifiées séparément, l'engagement postérieur de la maison affectée à la dot de sa femme pourrait même présupposer deux actes consécutifs: je veux dire une seconde hypothèque à la faveur d'Aglaotimès et une troisième hypothèque à la faveur des habitants de Géphyra.

²⁰ On peut maintenant la voir reproduite par Finley, dans le 1^{er} Appendice des études précitées (*supra*, n. 8), 160, n^o 147.

Des conclusions pareilles se laissent tirer du troisième texte épigraphique (IG. II², 2701)²¹. Lisons-le :

ὄρος χωρίου καὶ οἰκ -
 ίας πεπραμένου ἐπ -
 ἰ λύσει Ἱερομν -
 ἥμονι Ἰαλαεῖ
 [H κατὰ τὰς συνθ -
 ἥκας τὰς παρὰ Λυσι -
 στράτῳ κειμένα[ς]
 καὶ δεκαδισταῖς H
 ΔΔΔ καὶ ἀποτίμημ -
 α ἐρανισταῖς τοῖ[ς]
 μετὰ Θεοπείδους
 Ἰκαριῶς.

Trauction: «Enseigne d'un terrain et d'une maison vendus à réméré à Hiéromnémon de Halae, 500 drachmes, d'après le contrat déposé chez Lysistratos, et aux receveurs de la dîme, 130 et assignés en garantie dans la mesure de leur créance aux éranistes qui sont avec Théopeithès d'Icaria».

Là aussi nous avons des sûretés réelles de rang différent, vis-à-vis de trois créanciers. Les deux premiers créanciers — Hiéromnémon et les receveurs de la dîme — sont des acheteurs à réméré et le chiffre de leur créance est précisé; le troisième — un érane dont Théopeithès est l'agent — a pour titre un ἀποτίμημα (qui n'est pourtant ni dotal ni pupillaire), et le chiffre de sa créance n'est pas indiqué. Tant la deuxième que la troisième créance portent sur l'excédent de la valeur des immeubles affectés à la sûreté de la première; et si seul le montant de la deuxième a été spécifié, cela dépend du fait qu'il fallait séparer la garantie de rang moyen de celle du troisième rang, tandis que, cette dernière portant sur le surplus du surplus, toute différence, s'il y en avait, aurait dû être restituée au débiteur.

Quant aux formes, que revêt dans cet ὄρος la pluralité hypothécaire, personne ne s'étonnera — je pense — qu'il s'agisse de deux πράξεις ἐπὶ λύσει suivies par un ἀποτίμημα. Il suffira de rappeler, à la lumière du droit comparé, le *pactum vendendi* dans la fiducie romaine. En effet, malgré sa structure d'aliénation, la πράξις ἐπὶ λύσει, de même que la mancipation fiduciaire accomplie par le débiteur et son créancier, a été surtout considérée, à un certain moment, dans sa fonction de sûreté réelle, comme une opération visant le but de transférer la propriété par intérim et dans la perspective d'un dédommagement du créancier non payé sur le prix de la chose engagée, mais non pas au delà du montant de la dette. C'est

²¹ On le trouvera réédité soit dans le recueil de Dareste, Haussoullier et Reinach, *IIG* I, 8, n° 50, soit dans celui de Michel, *Inscr. gr.*, 1374, soit dans celui de Dittenberger, *Syll.*³, 1196.

pourquoi le débiteur, ayant le droit d'exiger le remboursement du surplus, pouvait même affecter ce surplus à la garantie d'autres créances, dans quelque forme de sûreté réelle que ce soit.

Au demeurant, le créancier hypothécaire *posterior tempore* n'avait pas seulement le droit de saisine et de vente sur l'ἄσφ πλείονος ἄξιον, mais s'il voulait prendre la place d'un créancier antérieur en lui remboursant le montant de sa créance, il pouvait le contraindre à accepter le paiement, en le subrogeant dans son rang. De telle façon, le second créancier ayant payé le premier acquérait le droit de vendre à son gré la chose hypothéquée, pouvant se faire rembourser sur le prix aussi bien sa créance primitive que celle du créancier dont il avait pris le rang. Tout cela se laisse déduire, quoique indirectement, d'après quelques allusions des orateurs (par exemple, Démosthène, contre Panténètos, § 12); au contraire, il est bien plus difficile de vérifier si un créancier quelconque aurait pu, désintéressant un créancier hypothécaire, succéder à ses droits et l'emporter sur les créanciers hypothécaires d'un rang inférieur.

Quoi qu'il en soit de cette dernière question, quelqu'un pourrait plutôt se demander si par hasard, dans la *polis* athénienne — du moins vis-à-vis des hypothèques sur les biens-fonds — la règle « *prior tempore potior iure* » ne devait être interprétée à l'origine d'une façon différente qu'aujourd'hui, c'est-à-dire non pas au point de vue du droit matériel. En effet, je peux bien admettre qu'en harmonie avec la conception attique, d'après laquelle les institutions du droit privé étaient dans la plupart envisagées au point de vue de la procédure, tout créancier hypothécaire avait d'abord sur la chose engagée un droit de saisine réalisable sur-le-champ, mais qu'il devait pourtant dédommager les autres créanciers, cela s'entend dans les limites de la valeur du gage²². Pour me faire mieux comprendre, je tâcherai d'illustrer mon opinion par un exemple tiré de la pratique.

Supposons que la valeur de l'immeuble à utiliser comme moyen de crédit soit de 5000 drachmes. Le créancier X a prêté 4000 drachmes sur l'immeuble, qui lui a été affecté à la garantie de sa créance ou dans la forme de l'hypothèque ou dans celle de la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* (cette dernière forme était encore très répandue au IV^e siècle av. n.è.). Un deuxième créancier, Y, a à son tour prêté 2000 drachmes sur le même objet, qui a été donc grevé d'une deuxième sûreté réelle avec le consentement du premier créancier, ayant été ou ne pas ayant été employé la clause expresse ἄσφ πλείονος ἄξιον (une telle clause, en effet, aurait pu être omise, suivant le témoignage que nous offre l'inscription des *πωλητῶν*)²³. En dernier lieu, un troisième

²² Ce serait ma faute de ne pas ajouter que je suis redevable d'une telle mise au point à mon collègue M. H. J. Wolff (Fribourg-en-Brigau), dont j'ai apprécié les suggestions qu'il m'a données dans un entretien que nous avons eu à ce propos, et que je remercie très vivement ici.

²³ *Hesperia* X (1941), n° 1, 1.14 s., cf. 11.25-29 et 30-34. Cette inscription, de l'an 367-366 av. n.è., a été découverte dans les fouilles de l'Agora d'Athènes : voir au sujet Finley, *Studies in land and credit*, 111-113, 295-296, n. 13-19 et *Multiple charges*, 481-483 (= *Zur griech. RG.* 545-547).

créancier, que nous appellerons Z, a fait lui aussi un prêt sur le même bien-fonds et aux mêmes conditions de deux autres, pour le montant de 1000 drachmes.

Sur ces prémisses, admettons maintenant que le premier créancier X, n'ayant pas été payé à l'échéance, accomplit l'ἐμβατεία, se mettant par telle voie directement — comme il a bien droit de le faire — en possession de l'immeuble engagé, afin de le mettre en vente pour rentrer dans le sien. Mais, comme Y et Z sont eux-mêmes des créanciers hypothécaires, il lui faudra dédommager l'un et l'autre des sommes qui leur sont dûes, quoique non pas au delà de la valeur du bien-fonds trois fois donné en garantie. En d'autres termes, X pourra se tirer d'affaire en déboursant 1000 drachmes à Y, tandis que celui-ci pour sa différence de 1000 et Z pour l'entier resteront bredouilles sans remède, car seulement dans les premières 1000 de ces drachmes consiste ce qu'on nomme en grec l'ὄσφ πλείονος ἄξιον.

Au contraire, si X ne bouge pas, ou bien au cas où la créance d'Y échoit avant que celle de X soit exigible ou avant que ce dernier accomplisse l'ἐμβατεία, Y lui-même aura le droit de se mettre en possession de l'immeuble pour le vendre, mais il lui faudra dédommager X de ses 4000 drachmes. S'il ne le fait pas, X pourra toujours accomplir son ἐμβατεία et se satisfaire sur le prix de l'immeuble, après avoir désintéressé Y de la façon tout à l'heure envisagée, c'est-à-dire moyennant le paiement de non plus que 1000 drachmes.

Il en serait de même, en principe, vis-à-vis de Z; mais, si l'on tient compte qu'il lui faudrait payer sur la valeur de l'immeuble 4000 drachmes à X et 1000 à Y, il est bien évident qu'il n'aura aucun intérêt à se mettre en possession de la chose, rien ne lui restant pratiquement pour se dédommager sur le prix de la vente, qu'il pourrait toucher.

Enfin, l'issue de l'affaire — au point de vue économique — n'était pas trop différente de celle où aboutit de notre temps la vente aux enchères des biens hypothéqués, lorsque le montant de la recette est distribué entre les créanciers suivant l'ordre de leurs inscriptions. Néanmoins, il est bien possible que l'idée originaire, justifiant la coexistence de plusieurs liens sur la même chose ait été autre qu'aujourd'hui, car le droit attique n'est pas parti peut-être de la configuration théorique d'une série de droits subjectifs grévant l'immeuble, mais — en conformité du principe de subrogation, mis au jour par Pringsheim²⁴ — a commencé, d'une façon plus concrète, par autoriser tout créancier, dont l'argent eût été emprunté sur un bien-fonds, à la saisie de l'immeuble engagé. Dans quel temps et de quelle manière la nouvelle conception aura pris le dessus, cela paraît pour le moment difficile à établir. De mon côté, j'inclinerais à croire que la perspective soit changée avant la fin de la période classique, et non pas à travers des mesures législatives, mais par voie d'accords entre les parties, peu à peu s'étant transformés en des règles coutumières (il en avait été de même — nous l'avons vu — de la faculté de vendre accordée jadis au créancier titulaire d'un droit réel de garantie sur la chose).

²⁴ Cf. spécialement : *Greek Law of sale*, 90 ss., 157 ss.

IV. Le régime hellénistique de la pluralité hypothécaire ²⁵ n'est que la continuation et le développement de celui qui s'était affermi au IV^e siècle av. n.è. dans les cités grecques sur le modèle d'Athènes, comme point d'arrivée du graduel procès de formation et d'arrangement, que nous venons d'élucider.

Ce sont des textes législatifs ou similaires, gravés sur pierre, qui nous en ont gardé le témoignage.

Une loi frumentaire de Samos de la première moitié du II^e siècle av. n.è. (*Syll* ³. 976 : elle n'est sûrement pas antérieure à l'an 188), prévoyant le cas que certains débiteurs de l'Etat auraient pu ne pas acquitter à l'échéance l'argent qu'ils avaient emprunté sur hypothèque, disposait la vente aux enchères des biens engagés (lignes 64-66 : ἐὰν δὲ τις τῶν δανεισαμένων μὴ ἀποδιδῶτο τὸ ἀργύριον ἢ πᾶν ἢ μέρος τι, τὸ ὑπόθεμα ἀποδόσθω ἢ χιλιαστύς), prescrivait la restitution de l'excédent, s'il y avait lieu (lignes 66-67 : καὶ ἐὰν τις ὑπεροχὴ γένηται[ι], ἀποδότω τῶι τὸ ὑπόθεμα δόντι), et permettait de poursuivre la caution pour le défaut (lignes 67-68 : ἐὰν δέ τι ἐνλίπη, τὴν πράξιν ποιησάσθω ἐκ τῶ ἐγγύου).

Un décret du peuple, voté à Delphes entre 162 et 160 (*Syll.* ³ 672) pour l'institution des fêtes en l'honneur d'Attale II, roi de Pergame, qui avait fait don aux citoyens de Delphes d'une partie de ses richesses, accordant des prêts en argent à de simples particuliers pour la durée de cinq ans, statuait que les choses affectées à la garantie des créances auraient pu être vendues par les intendants ou administrateurs des biens de la cité (lignes 64-67 : εἰ δὲ κα μὴ ἀποδιδῶντι καθὼρ γέγραπται, τὰ ἐνέχυρα αὐτῶν τὰς πόλιος ἔστω, καὶ οἱ ἐπιμεληταὶ αἰεὶ οἱ εὐδανείζοντες κύρ[ι]οι ἔστωσαν πωλέοντες), et que si la vente n'eût fourni le comptant suffisant pour le solde, les emprunteurs et leurs cautions seraient restés personnellement responsables pour la différence (lignes 67-72 : εἰ δὲ πωλείμενα τὰ ἐνέχυρα μὴ εὐρίσχοι τὸ ἀργύριον ποθ'ὄ ὑπέκειτο τῶι πόλει, πράκτιμοι ἔστωσαν τοῖς ἐπιμεληταῖς αἰεὶ τοῖς ἐνάρχουσιν τοῦ ἐλλείποντος ἀργυρίου αὐτοὺς τε ὁ δανεισάμενος καὶ οἱ γενόμενοι ἐγγυοὶ, τρόπῳ ὧι θέλοισιν πράσσειν, καθὼς καὶ τᾶλ[λ]α δαμόσια καὶ ποθίερα πράσσονται).

Finalement, on peut lire dans un statut provenant d'Amorgos et rédigé vers le déclin du II^e siècle av. n.è. (IG. XII, 7, 515) : ἐὰν δέ τι ὑπερέχη μισθοῦμενα τὰ χωρία, ἀποσιστόσων τῶ κυρίῳ τῆς υποθήκης παραχοῆμα... τὸ ὑπερεχὲς τοῦ τε τόκου καὶ ἡμιολίου. Toujours est-il que le surplus de la valeur des biens hypothéqués (ἐὰν δέ τι ὑπερέχη, τὸ ὑπερεχὲς), calculé non seulement en relation avec le capital prêté, mais aussi avec les dommages-intérêts, n'est pas du ressort des créanciers, mais doit être remboursé aux débiteurs expropriés.

Les trois textes en question nous révèlent nettement que désormais le créancier gagiste ou hypothécaire avait acquis le droit de vendre la chose engagée pour recouvrer sur le prix d'aliénation le montant de sa créance, car cette faculté lui était nor-

²⁵ En ce qui concerne ce régime, il nous faudra citer — à côté des auteurs rappelés supra n. 14 — les enseignements, toujours valables, de Dareste, *IIG* I, 130-132.

malement reconnue. Mais ils nous révèlent aussi que le débiteur, à son tour, avait sans faute le droit de recevoir l'excédent, c'est-à-dire l'ὑπεροχή : en fait, s'il est vrai que seulement la loi de Samos et le statut d'Amorgos font parole du surplus, le décret delphien n'en renferme moins la preuve, la faculté du créancier de poursuivre le débiteur et son éventuelle caution pour la différence, qualifiée d'ἔλλειπον n'étant que la contrepartie de son devoir immanquable de lui restituer l'ὑπεροχή.

Cela suffit pour en conclure que l'isolement de la notion d'ὑπεροχή finit par rendre encore plus répandu qu'auparavant l'usage d'affecter la même chose à la sûreté de plusieurs créances, consolidant le système de la pluralité hypothécaire, dans lequel l'hypothèque antérieure jouissait toujours d'une priorité de rang : en effet, la seconde hypothèque avait pour objet le surplus vis-à-vis de la première, la troisième le surplus du surplus vis-à-vis de la deuxième, et ainsi de suite, par degrés, à l'infini.

Toutefois, le document le plus important de la période hellénistique sur le régime de la pluralité hypothécaire est une loi d'Ephèse, presque entièrement conservée (*Syll.* ³ 364) ²⁶. Son importance est d'autant plus grande que sa date ne remonte pas — comme ses premiers éditeurs l'avaient cru ²⁷ — au début du I^{er} ou à la fin du II^e siècle av. n.è., car le κοινὸς πόλεμος que présuppose le texte n'est ni la guerre contre Mithridate des années 87–85, ni celle d'Aristonique, postérieure à l'an 133, mais il a été identifié sans aucun doute en 1912 par Heberdey, ²⁸, suivi par Dittenberger, ²⁹ avec la guerre de Lysimaque et Démetrius, achevée en l'an 297. Il s'agit donc d'une pièce de la première période hellénistique, à peine de quelques dizaines d'années postérieure au splendide apogée du droit de la polis athénienne.

La loi d'Ephèse a pour but de réagir en quelque sorte à la dépression économique provoquée par l'état de guerre, subvenant aux difficultés des débiteurs hypothécaires, dont la situation était particulièrement digne d'intérêt. Au vrai, la plupart de ces débiteurs — toutes les affaires ayant été interrompues par la guerre — n'auraient pu réunir les capitaux nécessaires pour rembourser leurs dettes échues ou pour servir les intérêts de celles qui couraient encore, et il y aurait eu le risque d'une expropriation en masse, qui eût été à la fois une iniquité et un danger social. C'est pourquoi le législateur intervient pour sanctionner à leur profit un bénéfice de guerre, en disposant que, sauf certains cas expressément prévus, les débiteurs hypothécaires de bonne foi ainsi que leurs cautions, pourront se libérer par l'abandon d'une partie de l'immeuble hypothéqué, estimé (soit à l'amiable, soit en justice) d'après son état et sa valeur au moment de la conclusion de l'emprunt.

²⁶ Voir aussi précédemment : *IJG* I, 5.

²⁷ Sic : Dareste, *ibid.* ; Hicks dans le *British Museum* III, 477 ; Thalheim, *Griechische Rechtsaltertümer*⁴, Tübingen 1894, 152 ss. ; Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, I, Leipzig-Berlin 1909, 261–267.

²⁸ *Forschungen in Ephesos*, II, Vienne 1912, 98 ss.

²⁹ *Syll.* ³, 591.

Arrêtons-nous à présent sur le § 10 du titre premier de la loi (lignes 32 et suivantes), qui constitue — pour ainsi dire — un petit code de la pluralité hypothécaire :

Ἵσοι δὲ ἐπὶ τοῖς ὑπερέχουσι δεδανείκασιν, εἶναι τῆγ κομιδὴν αὐτοῖς ἐκ τοῦ περιόντος μέρους τῶι γεωργῶνι, κἄν εἷς κἄμ πλείους ὦσι, τοῖς πρώτοις καὶ τοῖς ἄλλοις ἐπεξῆς, τὸν δὲ [νό]μον εἶναι καὶ τούτοις καθάπερ καὶ τοῖς πρώτοις δανείκασιν. εἰ δε τινες [ὑποθέ]ντες ἄλλοις κτήματα δεδανεισμένοι εἰσὶμ παρ' ἐτέρων ὡς ἐπ' ἐλευθέροις [τοῖς κ]τήμασιν, ἐξαπατήσαντες τοὺς ὑστέρους δανειστάς, ἐξεῖναι τοῖς ὑστέροις [δανεισ]ταῖς ἐξαλλάξαι τοὺς πρότερον δανειστάς κατὰ τὸν συλλογισμόν τοῦ κοινοῦ πο[λέμου] ἔχειν τὰ κτήματα. ἐὰν δὲ ἐνοφείληται τι αὐτοῖς ἔτι, εἶναι τῆγ κομιδὴν τοῖς [δανεισ]ταῖς ἐκ τῆς ἄλλης οὐσίας τοῦ χρειστοῦ πάσης, τρόπω. ὧ ἂν δύνωνταν, ἀζημίους [ἀπάσης] ζημίας, ἂν δὲ καὶ ἔλλυος ἦι, εἶναι τὴν ἐκ τοῦ ἐγγύου κομιδὴν καθάπερ ἐκ τῶν τὰ [μετέ]ωρα ἐγγυωμένων.

Je traduis : « Ceux qui ont consenti un prêt sur le surplus d'un fonds déjà hypothéqué pourront se satisfaire sur le restant du fonds après le partage, qu'ils soient un seul ou plusieurs ; on commencera par les premiers en date et ainsi de suite, en appliquant à ces créanciers ultérieurs les mêmes règles de partage qu'au premier hypothécaire. Mais si un propriétaire d'un fonds hypothéqué a contracté un nouvel emprunt en faisant croire que le fonds était libre et a trompé ainsi les créanciers ultérieurs, ceux-ci pourront désintéresser le premier hypothécaire en profitant du bénéfice de guerre et se mettre en possession des terres. Si même après cela il leur reste dû quelque chose, ils pourront se satisfaire sur tous les autres biens du débiteur, par quelque moyen que ce soit et sans encourir aucune pénalité. S'il existe une caution, elle sera tenue de la même manière que celui qui a garanti une dette chirographaire ».

Parmi ces dispositions, il y en a d'exceptionnelles, justement suggérées par la singularité des circonstances, tandis que les autres ne font que se rattacher évidemment au droit commun.

Les dérogations au droit commun consistant dans l'application du bénéfice de guerre et dans ses limites : ce sont la règle, suivant laquelle le bénéfice susdit doit être mis en œuvre successivement, vis-à-vis de chaque ordre de créanciers, et la prescription que, si le débiteur s'est rendu coupable de stellionat, les seconds créanciers pourront invoquer le bénéfice vis-à-vis des premiers en les désintéressant, mais le débiteur et sa caution, censée complice de sa fraude, ne pourront pas l'invoquer contre eux.

Les règles du droit commun peuvent d'ailleurs se résumer de la façon suivante :

1. entre plusieurs créanciers hypothécaires, la priorité de rang est fondée sur l'antériorité de date de la convention d'hypothèque (« *prior tempore potior iure* ») ;
2. les hypothèques postérieures en rang ont toujours pour objet les *ὑπερέχοντα* ;
3. le propriétaire voulant tirer d'un bien-fonds tout le crédit correspondant à sa valeur véritable doit déclarer aux prêteurs successifs les hypothèques qui le grèvent (ceci suppose que la publicité des hypothèques sur les immeubles n'était partout bien organisée), de sorte que son silence est réprimé comme un acte frauduleux ;

4. le créancier postérieur voulant prendre la place d'un créancier antécédent, en lui remboursant le montant de sa créance, a le droit de le contraindre à accepter le paiement qu'il lui offre pour le subroger dans son rang : cela veut dire, en principe, que l'acquittement du créancier précédent fait toujours changer de rang (même si c'est le débiteur en personne à payer) l'hypothécaire successif et améliorer graduellement la situation des autres, s'il y en a ;

5. tant le premier hypothécaire que les postérieurs, s'ils ne sont pas entièrement satisfaits de leurs créances par l'aliénation du bien hypothéqué, ont le droit de recouvrer la différence sur la restante fortune du débiteur.

Et voilà donc, dans ses pivots, le régime de la pluralité hypothécaire en vigueur — avec toute vraisemblance — aux deux bords de la mer Egée depuis le commencement du III^e siècle av. n.è.

V. A l'état de nos connaissances, les papyrus d'Egypte ne nous permettent pas de résoudre aisément la question si dans le royaume des Lagides ou ensuite à l'époque de la domination romaine sur ce pays, imbu d'hellénisme depuis la conquête d'Alexandre le Grand et carrefour de civilisations, la constitution de plusieurs liens hypothécaires sur la même chose a été ou n'a point été pratiquée.

Cependant, nous pouvons faire quelques observations à tel propos. Excluons d'abord les deux formes de sûretés réelles, indiquées dans les papyrus par le nom d'ἐνέχυρον et par la locution typique ὠνή ἐν πίστει, vis-à-vis desquelles on ne saurait nullement se surprendre s'ils ne nous offrent aucun exemple d'une pluralité de liens, la première étant un gage au sens strict, et la seconde correspondant à la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* du droit grec moins récent. Quant aux autres deux formes, ὑποθήκη et ὑπάλλαγμα — que T a u b e n s c h l a g³⁰ définit respectivement d'une manière bien marquée, se rapportant pour l'une à la notion de « forfeiture and compensation pledge » et pour l'autre à celle d' « attachement for future forced execution », quoiqu'elles tendent à se mêler sans jamais se confondre du tout, malgré l'assimilation favorisée, sur le terrain des sûretés immobilières, par le fonctionnement de la β,βλ, ὀθήκη ἐγκτήσεων dans la période romaine — il y a des papyrus, d'où il ressort que l'obligation du créancier de restituer au débiteur les ὑπέροχα est parfois prévue dans une clause de l'acte constitutif du droit de garantie (BGU VI, 1421, de l'an 125 av. n.è. et 1420 de l'an 81, ainsi que P. Ross. Georg. II, 30 et P. Giss. Inv. 132 du II^e siècle de n.è.). Mais il y en a aussi portant la clause μὴ ἐξέστω πωλεῖν μηδ' ἐτέροις ὑποτίθεσθαι (par exemple P. Lond. II, 311, daté de 149 de n.è. à confronter avec P. Lond. III, 1166, daté de plus qu'un siècle auparavant), bien qu'il ne soit possible d'établir si elle était une précaution du créancier ou si elle ne faisait que reproduire — clause de style — une interdiction légale, quand même pouvant être dérogée par le commun accord des parties.

³⁰ *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*², Varsovie 1955, 275 ss. Toutefois l'ouvrage plus détaillé en la matière demeure jusqu'à présent celui d'A. B. S c h w a r z, *Hypothek und Hypallagma*, Leipzig 1911.

Or, cette double série de témoignages papyrologiques nous atteste, à tout le moins, l'admissibilité théorique d'une affectation répétée de la même chose à la sûreté de plusieurs créances de différents créanciers. En effet, toutes les fois que le créancier hypothécaire consentait à la restitution du surplus, pourquoi le débiteur n'aurait-il pu affecter préalablement ce surplus à la garantie d'une créance ultérieure ? Et s'il existait une défense, légale ou conventionnelle, d'hypothéquer une chose déjà hypothéquée, cela ne veut dire, peut-être, qu'en défaut de telle prohibition le débiteur avait justement la faculté de le faire ?

Le seul exemple qu'un papyrus nous donne, paraît-il, d'un concours de créanciers sur le même fonds est celui de P. Oxy. III, 363, datable de 160 à 162 de n.è. et publié aussi dans la *Chrestomatie* de Mitteis (à la n. 90)³¹. Mais les créanciers postérieurs jouissent, dans ce cas, d'un gage saisi pour cause de jugement (*pignus ex causa iudicati captum*) et la préférence leur accordée, vis-à-vis des autres hypothécaires, descend du caractère de droit public du gage dont il s'agit.

En conclusion, il ne nous reste qu'à souhaiter que de nouvelles fouilles au milieu des sables égyptiens atteignent un jour à la découverte de nouveaux papyrus, nous laissant dissiper le brouillard de toutes nos perplexités.

VI. Le rideau n'est pas encore tombé sur l'histoire du régime gréco-hellénistique de la pluralité hypothécaire.

Le dernier acte se déroule dans la scène élargie de l'empire romain d'Orient, pendant les siècles précédant la compilation de Justinien : car ce régime a influencé profondément le droit romain postclassique en la matière des engagements successifs de la chose hypothéquée.

Les romanistes d'aujourd'hui n'ignorent — et moi, je prends la liberté de rappeler ici la démonstration que j'en ai essayé il y a longtemps dans quelques-uns de mes travaux³² — le régime de la pluralité hypothécaire qui s'était développé, d'après la tradition des prudents républicains, par l'œuvre de la jurisprudence romaine du Haut-Empire.

Lorsque, dès l'époque de Caton l'Ancien, le gage proprement dit, comportant — de même que la fiducie primitive — la dépossession du débiteur, se fût peu à peu modifié dans le sens d'assurer par certains expédients l'usage de la chose au débiteur

³¹ Voyez p. 104 ss., et comparez *Grundzüge*, 134, n. 1.

³² Biscardi, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello 1935, 59 ss., 71 ss. (dont j'aime signaler à mes lecteurs de précieux comptes rendus : par De Visscher dans *l'Antiquité classique* V (1936), 467 ss., par Grosso dans *SDHI* II (1936), 401 ss., par Petropoulos dans *l'Ἀρχαῖον ἰδιωτικῶν δικαίων* III (1936), 728 ss., par Duff dans la *Class. Review* L (1936), 152, par Scherillo dans *La nuova Italia* VIII (1937), 86 ss., par Heldrich dans la *ZSS* LVIII (1938), 418 ss., par Van Oven dans la *TR* XVI (1938), 133 s.), et *Ancora in tema di collisione* dans *SDHI* IV (1938), 488 s., 491 s. Voir au même sens, en plein accord avec moi : Arangio-Ruiz, *Istit.*¹⁴, Naples 1960 (réimpression 1966), 268 ; Monier, *Manuel*, II⁴, Paris 1948, 327 s. ; Kaser, *Römisches Privatrecht*, Munich 1955-1959, I, 391 s. (cf. I², 1971, 468), II, 231 (cf. II², 1975, 318, n. 32).

engageant ; lorsque, après cette transformation initiale, le *pignus conventum* se fût dégagé du *pignus datum* avec l'admission d'un gage constitué par simple convention et sans dépossession du débiteur, grâce à l'intervention prétorienne ; une phase nouvelle s'étant ouverte dans le règlement des sûretés réelles, on arriva finalement aussi à concevoir la possibilité qu'une même chose aurait pu être affectée à la garantie de plusieurs créances non simultanées. Mais la coexistence de deux ou plusieurs sûretés réelles sur un seul bien n'entraîne pas l'idée d'une pluralité d'hypothèques de rang différent : le droit du second créancier est subordonné au paiement (ou à la *satisfactio*) du premier créancier hypothécaire et n'acquiert une existence définitive qu'au moment où disparaît l'hypothèque antérieure ; ainsi de même le droit du troisième est subordonné au paiement (ou à la *satisfactio*) du second, etc. ; d'où vient que la règle « *prior tempore potior iure* », dans sa portée classique, n'exprime sinon l'idée du caractère strictement conditionnel de l'hypothèque postérieure en date.

Prudents et empereurs — les uns dans leurs ouvrages, les autres dans leurs rescrits — confirment tous ensemble cette théorie. Le jurisconsulte Africain, élève et continuateur de Julien, en est le porte-drapeau, par un fragment célèbre (D. 20,4,9,3), tiré du livre VIII^e de ses *Quaestiones*.

Il y a seulement une paire de textes, qui ne s'accordent pas avec le régime des hypothèques postérieures conditionnelles : un passage de Gaius (D. 20,1,15,2) et un passage de Tryphonin (D. 20,4,20).

Le passage de Gaius provient de sa monographie (*liber singularis*), consacrée à l'étude de la *formula hypothecaria*. Sans, certes, revenir à la thèse de M. E b r a r d³³ — un produit du temps, dans lequel l'hypercriticisme fit prospérer la « chasse aux interpolations » — on ne peut quand même contester que l'ouvrage soit au nombre de ceux qui ont été plus largement remaniés à l'époque du Bas-Empire.

C'est pourquoi, d'abord, le passage en question nous enseigne que tout débiteur voulant affecter une chose déjà hypothéquée à la sûreté d'une nouvelle créance, sans encourir le crime de stellionat, doit dénoncer le lien grévant la chose au nouveau créancier, afin d'engager exclusivement le surplus : « *Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod plus est ...* »

Dans la deuxième partie du texte on ajoute, puis, en conformité de la notion envisagée précédemment, qu'une fois constitué la seconde hypothèque sur l'*hyperocho*, il ne faudra pas une convention expresse pour obtenir que la chose entière devienne l'objet de cette seconde hypothèque dès l'instant où la première sera éteinte : « *de quo videndum est* (à savoir : *ut sit pignori hypothecaeve solidum, cum*

³³ Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption, Leipzig 1917.

primo debito liberata res fuerit), utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo debitore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus ».

Il en est de même du fragment de Tryphonin : un extrait du livre VIII^e de *Disputationes*, dans lequel le glossateur s'est borné à introduire trois modifications (*hyperocham huius rei* au lieu de *rem*, *pignoris hyperocha* et *in eo quod amplius est*)³⁴ pour souligner que la seconde et la troisième hypothèque grèvent immédiatement la chose, dans la mesure où la valeur de celle-ci excédait le montant de la première et, respectivement, de la deuxième créance, en sorte que, si le deuxième créancier sera disposé à exercer le *ius offerendi* vis-à-vis du premier, il pourra prendre la place de celui-ci, en lui remboursant le montant de sa créance, même si la troisième hypothèque a été elle aussi concédée au premier hypothécaire pour garantir une créance ultérieure de sa part.

Tous les deux passages sont des vestiges éloquents de l'infiltration du régime gréco-hellénistique de la pluralité hypothécaire dans le droit romain tardif par l'intermédiaire des écoles juridiques orientales.

L'un et l'autre ont été accueillis dans la compilation de Justinien et mis au jour très clairement, comme des dispositions législatives destinées à jouer le rôle de guides dans l'interprétation des *iura* et des *leges*, ayant trait au régime de la pluralité hypothécaire.

Celle-ci est désormais, pour le présent de l'empire romain, encore vivant surtout au point de vue juridique, aussi bien que pour l'avenir de l'Europe du droit romain, le régime des hypothèques de rang différent.

[Milano]

Arnaldo Biscardi

³⁴ On en trouvera la démonstration dans mon livre précité (*Collisione*, 80, 83, 88 s.), sans qu'il faille se passer de faire appel aux savants que nomme *L'Ind. interpol.*, ad. h. I.