

Interdit salvien et action servienne

La genèse de l'hypothèque romaine

Gilbert HANARD

Les recherches déjà anciennes de Herzen¹ sur l'origine de l'hypothèque romaine, ont fort justement entraîné la conviction des romanistes, que les racines de cette institution plongeaient dans les exigences pratiques du monde agricole romain : la vie des affaires y présida assurément à la configuration du gage sans dépossession ou *conuentio pignoris*.

Selon le schéma classiquement développé depuis lors, la *conuentio pignoris* fut d'abord sanctionnée par l'interdit salvien qui permettait au bailleur, lorsque son fermier manquait à son obligation de payer ses fermages, de se faire mettre en possession des *inuecta illataque*, c'est-à-dire du matériel, des animaux et des esclaves que le fermier introduisait sur le fonds pour l'exploiter. La faiblesse de cette protection interdictale résidait dans le fait qu'elle n'était pas donnée *in rem* mais seulement contre le fermier resté en possession des biens qu'il avait engagés. C'est pourquoi l'intervention prétorienne décisive pour la genèse de l'hypothèque, fut l'octroi d'une action *in factum* et *in rem*, connue dans les sources sous le nom d'action servienne (*actio seruiana*) : elle offrait l'avantage décisif de pouvoir être intentée contre quiconque détenait les biens mis en gage.

L'action servienne directe sanctionna d'abord la *conuentio pignoris* relative aux *illata inuecta*, puis elle fut progressivement étendue pour des raisons d'analogie pratiques, à d'autres hypothèses de

1. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899.

gage sans dépossession. Cette action utile prit alors dans les sources le nom d'action quasi-servienne (*actio quasi-seruianna*) ou, plus tardivement, d'action hypothécaire (*actio hypothecaria*).

La création de l'action servienne eut certainement pour résultat de restreindre l'utilité de l'interdit salvien et d'entraver son développement au point que dans la compilation de Justinien, il n'y a que trois textes qui s'y réfèrent, deux fragments de Julien et un seul d'Ulpien dans le Digeste, et un rescrit de Gordien dans le Code. Pour peu nombreux qu'ils soient, ces fragments ont généré de solides controverses.

Dans le cadre limité de cet article, je me bornerai à l'examen de deux questions qui divisent encore les auteurs récents et qui sont de nature à influencer sur la conception que nous avons de la genèse de l'hypothèque :

- à quelles époques remontent l'interdit salvien et l'action servienne?
- l'interdit salvien fut-il donné *in rem*?

À QUELLES ÉPOQUES REMONTENT L'INTERDIT SALVIEN ET L'ACTION SERVIENNE?

Selon les sources dont nous disposons, la notion d'une *conuentio pignoris* est mentionnée pour la première fois dans le *De agricultura* que Caton écrivit pour son fils vers 170 a.C². Cet ouvrage contient des clauses usuelles que l'auteur, préteur en 198 a.C., recommande d'insérer dans les contrats passés entre les propriétaires et les acheteurs ou entrepreneurs de récoltes :

146, 1-2: 1. «*Oleam pendentem hac lege oportet. (...)*» 2. «*Dies argento : ex K. Nou. mensum x; oleae legendae faciendae quae locata est et si emptor locarit, Idibus soluito. Recte haec dari fierique satisque dari do mino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pignori sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportauerit, domini esto.*»³

2. *Caton, De l'agriculture*, texte établi, traduit et commenté par R. GOUJARD, Paris «Les Belles Lettres», 1975, p. X.

3. Trad. GOUJARD, *op. cit.* : Il faut vendre les olives sur pied à ces conditions (...) Échéance du paiement en argent : dans les dix mois suivant les calendes de novembre; pour la récolte et le traitement des olives donnés en louage, qu'il paie aux ides. Il promettra au maître ou à telle personne, sur son

149, 2 : «*Si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, boni u. a resoluat; si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, uiri boni arbitrato resolutur. Donicum pecuniam <soluerit aut> satisfecerit, aut delegarit, pecus et familia quae illic erit pigneri sunt. Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat*»⁴.

150, 2 : «*Conductor duos menses pastorem praebeat; donec domino satisfecerit aut soluerit, pignori esto*»⁵.

Dans un important article qu'il consacra à l'étude des formulaires de Caton dans leurs rapports avec la protection du créancier gagiste et dont les conclusions sont aujourd'hui favorablement accueillies par une grande partie des auteurs les plus récents, Frezza⁶ ne cite malheureusement pas la fin du paragraphe 149, 2 «*Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat*». Or cette phrase contient un élément capital qui, si mon raisonnement est correct, fournit un *terminus ante quem* à la parution de l'action *de rebus coloni* qui, nous le verrons, servit de prototype à l'action servienne.

Il me paraît incontestable que l'expression *quid de iis rebus* fait également référence au différend qui peut surgir à propos de la mise en gage sans dépossession du bétail et des esclaves que l'acheteur a introduit sur la propriété du vendeur et dont Caton évoque un exemple dans la fin du paragraphe 146, 5 : «*quae in fundo inlata erunt, pignori*

ordre, que tout cela sera donné et fait exactement et qu'une caution sera fournie, et il fournira la caution au gré du maître; jusqu'à ce qu'il ait payé, ou qu'une telle caution ait été fournie, les ustensiles apportés dans la propriété serviront de gage; il n'en emportera aucun hors de la propriété; s'il en emporte, ils [passeront sous la puissance du maître]. Les mots entre crochets sont une traduction personnelle.

4. Trad. GOUJARD, *op. cit.* : Si le propriétaire, ses esclaves ou son bétail ont causé un préjudice à l'acheteur, il sera dédommagé conformément à l'arbitrage d'un homme de bien. Jusqu'à ce qu'il ait payé ou fourni une caution ou délégué sa dette, que le bétail et les esclaves qui seront dans le pré servent de gage; s'il y a un désaccord sur ces questions, que [le procès] ait lieu à Rome.

5. Trad. GOUJARD, *op. cit.* : L'entrepreneur fournira un berger pour deux mois; jusqu'à ce qu'il ait fourni caution au propriétaire ou payé, le berger servira de gage.

6. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratorio*, dans *Studi in onore di E. Betti*, 2, Milan, 1962, pp. 437 sq.

sunto. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportauerit, domini esto».

L'expression *domini esto* a été diversement interprétée. D'aucuns ont assimilé l'apport du matériel sur le fonds du vendeur comme l'équivalent d'une *traditio*, accompagné d'un pacte commissaire rendant le vendeur propriétaire du gage s'il y a enlèvement à son insu. D'autres supposent que les engagements de garantie aient fait l'objet de stipulations qui leur auraient conféré une valeur obligatoire. D'autres encore considèrent que les accords intervenus serviraient de support légitime à une sorte de *pignoris capio* privée⁷.

Cette dernière hypothèse qui trouve un appui dans les textes, n'est cependant pas exclusive de l'existence d'un autre moyen de droit comme le recours à une action : longtemps, en effet, pour des raisons liées à l'absence d'une force publique importante, le droit romain a laissé place dans son mode de règlement des conflits, à une forme plus ou moins reconnue de violence privée.

Dans la perspective que je suggère, à une époque où la notion de possession ou maîtrise de fait, devait à peine, sinon guère, se distinguer de la notion concrète de propriété ou maîtrise conforme au droit, l'expression *domini sunt* me paraît pouvoir signifier que les choses mises en gage étaient susceptibles, le cas échéant, de passer sous la maîtrise effective du vendeur qui, lorsque les notions de propriété et de possession s'affineront en se distinguant progressivement l'une de l'autre, sera plus spécifiquement considérée par la jurisprudence postérieure comme un *ius possidendi*.

Selon Caton, un différend relatif à un *pignus conuentum* sera réglé par un procès qui devra se dérouler à Rome. Le terme *iudicium* qui évoque à coup sûr l'expression prétorienne *iudicium dabo*, désigne tout naturellement un remède fondé sur l'octroi d'une action. Celle-ci devait être donnée *in rem*, sans quoi Caton aurait mieux fait de

7. Sur toutes ces hypothèses et les objections qu'elles ont suscitées, voir VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, dans *Eos*, 48 (1956), pp. 303 sq.; *Nachtrag*, Institutum Papyrologiae et Iuris Antiqui Universitatis Varsoviensis, *Studia iuris antiqui*, fasc.1, Varsovie 1958; SARGENTI, *Il "de agri cultura" di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, dans *SDHI*, 22 (1956), pp. 158 sq.; WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960, pp. 175 sq.; FREZZA, *op. cit.*, pp. 437 sq.; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, pp.180 sq.; KASER, *Studien zum römischen pfandrecht*, dans *Antiqua* 16 (1982), pp. 5 sq.

proposer une mancipation fiduciaire suivie d'une remise *precario* au fiduciaire, de la possession des objets gagés.

Sauf à supposer l'existence d'une action spécifique dont nous aurions aujourd'hui perdu toute trace dans les sources, l'action prétorienne que nous sommes en droit d'envisager, est une action dont la fonction était fort proche, sinon quasi-identique à l'action servienne décrite par la jurisprudence classique⁸. Pour des raisons sur lesquelles j'aurai à revenir, je l'appellerai, par commodité, l'action *de rebus coloni*⁹.

L'action servienne, comme nous l'enseignent les Institutes de Justinien et la Paraphrase de Théophile, avait pour objet spécifique de permettre au bailleur de prendre possession des choses mises en gage par son fermier pour sûreté de sa créance :

Inst. 4,6,7 : «*Item Seruiana et quasi Seruiana quae etiam hypothecaria uocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Seruiana autem experiretur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur...*»¹⁰.

Inst. 4,6, 31 : «*Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus...istae actiones tam in rem quam in personam inueniuntur. In rem ueluti Publiciana, Seruiana de rebus coloni, quasi Seruiana, quae etiam hypothecaria uocatur*»¹¹.

8. Qu'il ne faut pas confondre avec l'action servienne —sans doute également une création du juriste Servius Sulpicius par adjonction d'une fiction dans une formule directe préexistante— qui, dans le cadre de la *bonorum venditio*, en cas de décès du *decoctor*, assimilait le *bonorum emptor* à son héritier, pour lui permettre, à ce titre, soit de poursuivre les débiteurs du failli soit d'être poursuivi par ses créanciers.

9. Voir cependant WATSON qui, non sans hésitation, admet que l'action décrite par Caton est déjà l'action servienne : *The Law of Obligations...* p. 181; *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, pp. 53 sq.; *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1984, pp. 105 sq.

10. Trad. : De même, l'action servienne et l'action quasi servienne que l'on appelle également hypothécaire, tirent leur existence de la juridiction du préteur lui-même. On utilise l'action servienne à propos des choses que le fermier conserve à titre de gage pour le paiement de ses fermages.

11. Trad. : En outre, nous appelons certaines actions «arbitraires» : ce sont celles qui dépendent de la décision du juge...On rencontre ces actions tant *in rem* qu' *in personam*. Ainsi sont *in rem*, l'action publicienne, l'action

Paraphrase 4,6,7 : «Ἔστι καὶ σερριανῆ καὶ θυασι σερριανῆ in rem (ἥτις ὑποθηκαρία προσαγορεύεται) ἐκ τῆς τοῦ praetoris iurisdictionos καὶ τὴν αὐτὴν ὑπόστασιν ἔχουσα, κέκρηται δὲ τῇ σερριανῇ τις ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος. Ἐμισθωσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν καὶ γέγονας μοι colonός ἐπὶ τὸ παρέχειν μοι καθ' ἕκαστον ἔτος λόγῳ μισθώματος ἑκατὸν νομίσματα. Εἰσηγάγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα, οἷον ἵππους βοῶς οἰκέτας ἐσθῆτα ἄργυρον, pacteúsas, ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. Ἐὰν συμβῆ σε ἀγνωμονῆσαι περὶ τὸ μίσθωμα, δύναμαι κατὰ παντὸς διακατέχοντος πραγμάτων εἰσενεχθέντων χάριν ἐν τῷ ἐμῷ ἀγρῷ κινεῖν τὴν σερίανῆν, εἰ μὴ ἀπολαμβάνω τὸ μίσθωμα»¹².

L'action *de rebus coloni* devait avoir le même objet. Mais l'action servienne allait en différer par une condition nouvelle de succès que le développement du droit allait introduire à la suite de la création d'une propriété prétorienne à côté de la vieille propriété quiritaire.

Selon la reconstruction de Lenel, la formule prétorienne de l'action servienne, reprise dans l'édit mis en ordre par le jurisconsulte Julien au milieu du II^{ème} siècle p.C. était la suivante¹³ :

«Si paret inter Aulum Agerium et L.Titium conuenisse, ut ea res qua de agitur, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conueniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine

servienne concernant les ustensiles du fermier et l'action quasi servienne que l'on appelle également hypothécaire.

12. Trad. : Sont également *in rem* l'action servienne et l'action quasi servienne (cette dernière est appelée hypothécaire); elles tirent leur existence de la juridiction du préteur. On se sert de l'action servienne dans ce cas : je t'ai loué mon fonds et tu es devenu mon fermier moyennant le paiement annuel d'un fermage de cent deniers. Tu as introduit sur ce fonds certaines choses telles que des chevaux, des boeufs, des vêtements, des esclaves et de l'argent, en convenant qu'elles constitueraient un gage en ma faveur. S'il arrivait que tu cessasses de payer les fermages, je pourrais intenter l'action servienne contre tout détenteur des choses introduites dans mon fonds jusqu'au moment où j'obtiendrais mon fermage.

13. LENEL, *Das Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3 Aufl., Leipzig, 1927, pp. 493 sq.

satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret absolue»¹⁴.

Cette formule présente des caractères dont l'ancienneté ne fait aucun doute. Dès sa création, comme nous l'ont précisément appris les Institutes de Justinien et la Paraphrase de Théophile, elle dut prendre les traits d'une action prétorienne *in rem* qui sanctionnait un simple *pactum*.

Etait-elle *in factum*? L'hypothèse que toutes les actions prétoriennes *in rem* devaient contenir une fiction de propriété, ce qui excluait qu'elles fussent *in factum*, a été soutenue par D' Ors ¹⁵. Mais, sans vouloir entrer plus avant dans ce débat qui dépasserait de loin le cadre de cet article, il convient de souligner le caractère original de l'action servienne qui n'a pas de modèle dans le droit civil à l'inverse, par exemple, de l'action publicienne. Dès lors, je conçois mal comment cette action servienne aurait pu être créée par l'octroi *utilitatis causa* d'une action civile et, par conséquent, il me paraît tout à fait vraisemblable qu'elle fut créée *in factum* avec transposition de personne.

En revanche, le champ d'application de l'action servienne originale devait être, *ratione personarum*, plus restreint que celui qu'englobe la formule de Julien.

En effet, selon une tradition bien établie dans la littérature juridique, le cas originaire qui donna naissance à l'action directe concernait l'apport en garantie réelle des *inuecta illataque*, c'est-à-dire du matériel et des esclaves que le *colonus* amenait avec lui pour cultiver la terre qu'il louait.

Si, d'autre part, nous retenons le témoignage de Caton, il faut admettre qu'à une date très haute, l'action *de rebus coloni* avait déjà

14. Trad. : S'il appert qu'il a été convenu entre Aulus Agerius et L. Titius, que cette chose, objet du litige, serait mise en gage chez Aulus Agerius pour sûreté d'une somme due; que cette chose, lors de l'accord, figurait dans le patrimoine de L. Titius; que cette somme n'a pas été payée et qu'il n'a pas été satisfait à cette créance; qu' Aulus Agerius n'a pas fait obstacle au paiement; et si cette chose n'est pas restituée conformément à l'arbitrage du juge, juge condamne Numerius Negidius à payer la valeur de cette chose à Aulus Agerius. S'il n'appert pas, absous.

15. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, dans *IURA*, 20 (1969), pp. 82 sq.; voir notamment la conclusion, pp. 115-116.

étendu son champ d'application spécifique puisqu'elle permettait de prendre en gage sans dépossession les *inuecta illataque* que l'acheteur d'une récolte sur pied ou l'entrepreneur en moissons introduisait sur les terres d'un propriétaire.

Cette extension put d'ailleurs se faire de façon très logique, par voie d'interprétation jurisprudentielle *ex uerbis* de la formule d'origine. Dans la langue juridique classique, le terme *colonus* désigne toujours un fermier. Mais, étymologiquement, le terme signifie littéralement «celui qui se substitue au propriétaire cultivateur»¹⁶. Or telle est dans une certaine mesure la situation de fait de l'acheteur de récoltes sur pied ou de l'entrepreneur de moissons. De ce point de vue, il est d'ailleurs intéressant de relever que la jurisprudence classique analyse encore la vente d'un pâturage comme un contrat de location¹⁷.

Ces interprétations jurisprudentielles anciennes qui n'exigeaient aucune retouche de la formule originale ont bien évidemment perdu de leur intérêt et pouvaient sombrer dans l'oubli lorsque Julien consacra la formule de l'action servienne en englobant plus largement tous les cas de mise en gage sans dépossession.

D'autre part, à l'époque classique, l'emploi de l'expression «quasi servienne» par le seul Gaius dont on sait qu'il se réfère volontiers à des auteurs anciens et qu'il manifeste un souci didactique et historique évident, est vraisemblablement antérieure à la rédaction de la formule définitive par Julien.

Selon M. Kaser «Daß actio Serviana die primäre, auf das Verpächterpfand beschränkte Klage war, und daß Gaius ihre spätere Erweiterung auf alle Pfandfälle quasi Serviana genannt hat, ist unbedenklich. Er bezeichnet damit die allgemeine und endgültige Umwandlung des servianischen Urtyps, während die Späteren *actio Seruiana utilis* für eine Anpassung der bereits verallgemeinerte Regelklage an bestimmte Sonderfälle gebrauchen. Damit ist vereinbar, daß in anderen Anwendungen *quasi* und *utilis (actio)* miteinander verschwimmen»¹⁸.

J'incline cependant à penser que l'expression *actio quasi serviana* dans l'oeuvre de Gaius, fait référence à une extension du champ

16. A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, Paris, 1959, s. u. *colo*.

17. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* 2, Naples, 1956, p. 75, note 1.

18. *Ibid.*, p. 148.

d'application de la formule originare dont les sources nous ont laissé quelques traces antérieures à Julien et qui prit la forme d'une action utile distincte de l'action servienne directe.

Cette extension existait au temps d'Auguste puisque la loi Julia interdisait la mise en gage du fonds dotal :

C.J. 5,13,1,15 : «*Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat...*»¹⁹

I.J. 2,8 pr. : «*cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhihebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam uolente...*»²⁰.

Cassius, consul en 30 p.C et décédé en 69, dut traiter d'un problème relatif à la mise en gage sans dépossession d'une forêt :

D. 13,7,18,3 (Paul, 29 ad ed.) : «*Si quis cauerit, ut silua sibi pignori esset, nauem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia aliud nauis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: "quaequae ex silua facta natave sint"*»²¹.

Ce texte suppose que le débiteur est l'exploitant professionnel de la forêt dont il n'a pu par conséquent remettre la possession au créancier. On conçoit d'ailleurs difficilement comment un créancier gagiste aurait pu juridiquement disposer de la chose grevée pour la transformer en bateau. L'hypothèse retenue par Kunkel²² qui voit dans ce texte un cas possible de *pignum datum*, pour ingénieuse qu'elle soit, ne me semble pas pouvoir exclure de façon décisive l'existence, en ce

19. Trad. : Et comme la loi Julia prohibait au mari l'aliénation sans le consentement de la femme du fonds dotal situé en Italie, et défendait encore au mari de l'hypothéquer alors même que la femme fût d'accord...

20. Trad. : Comme, en effet, la loi [Julia] ne concernait seulement que les immeubles situés en Italie, qu'elle interdisait les aliénations faites sans le consentement de la femme et l'engagement par hypothèque effectué même du consentement de la femme...

21. Trad. : Si quelqu'un a convenu qu'un bois lui serait remis en gage, le bateau construit dans cette matière n'est pas engagé selon Cassius car il y a une distinction à faire entre le bateau et la matière dont il est construit. C'est pourquoi, dit-il, dans pareille convention de gage, il faut spécifiquement ajouter la clause "et tout ce qui sera fabriqué ou proviendra de ce bois..."

22. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, dans ZSS., 90 (1973), p. 154, note 6.

début de premier siècle p.C., d'un *pignus conuentum*. Mis à part le fait qu'elle suppose une négligence assez peu conforme à la psychologie traditionnellement plus méfiante du créancier romain qui exige la mise en possession comme garantie, il suffit de constater qu'à l'époque de Cassius, l'usage de la clause «*quaequae ex silua facta natae sint*», qui fait écho aux termes «*quae in eum fundum q. d. a, introducta importata ibi nata factae essent*» que l'on rencontre dans la formule de l'édit consacrée par Julien, étaient déjà d'un usage courant. Or cette clause n'a de sens que si l'objet proposé en garantie reste dans les mains du constituant, qui, pour des raisons professionnelles ou économiques, ne peut s'en déssaisir.

Celse, qui fut prêteur en l'an 101 p.C. et consul pour la seconde fois en 121, c'est à dire peu de temps avant la remise en ordre de l'édit par Julien, nous fournit un exemple de mise en gage sans dépossession d'un esclave :

D. 46,3,69 (24 Dig.) : « *Si hominem, in quo usus fructus alienus est uel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec expectabimus, ut creditor euincat. Sed si usus fructus interierit uel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem* »²³.

Les modalités de l'acte juridique que constitue l'abandon noxal de l'esclave, supposent un recours à la mancipation et dès lors, que ce dernier, bien qu'engagé envers Titus, soit resté en possession de son maître. Sur ce dernier point, Gaius est formel :

Inst. I, 121 : « *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt quod personae seruales et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem ut eum qui mancipio accepit apprehendere id ipsum quod ei in mancipio datur necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: praedia uero absentia solent mancipari* »²⁴.

23. Trad. : Si tu as fait l'abandon noxal d'un esclave sur lequel un autre a un droit d'usufruit ou qui avait été mis en gage à Titus, celui envers qui tu as été condamné, pourra poursuivre contre toi l'exécution du jugement et nous n'attendrons pas que le créancier l'évince. Mais si l'usufruit est éteint ou que l'obligation du gage ait pris fin, j'estime que la libération s'ensuivra.

24. Trad. : La mancipation des fonds diffère de la mancipation des autres choses sur ce seul point : les individus esclaves et les personnes libres, de même que les animaux qui sont susceptibles d'être mancipés, ne peuvent l'être que présents, au point même qu'il est nécessaire que l'acquéreur par

Selon les données dont nous disposons, nous pouvons esquisser l'évolution de l'action servienne selon le schéma suivant : son prototype, l'action *de rebus coloni*, fut créée à une époque antérieure à 170 a.C., mais postérieure à l'introduction de la procédure formulaire qui fut d'abord utilisée par le préteur pérégrin dont la création remonte à 242 a.C., puis par le préteur urbain qui prit l'habitude de rédiger une formule pour régler les litiges que ne prévoyait aucune disposition du *ius ciuile*²⁵.

Pour la formule de l'action *de rebus coloni*, je proposerais, en démarquant la formulation classique de l'action servienne, la reconstruction suivante :

*«Si paret inter Aulum Agerium et L.Titium conuenisse ea quae in eum fundum q. d. a, introducta importata ibi nata factaue essent, Aulo Agerio pignori esse pro mercede eius fundi . Quod si ea merces Aulo Agerio soluta non erit neque eo nomine satisfactum erit, neque per Aulum Agerium stare quominus soluatursatisue fiat, nisi arbitrato tuo Nigerius Negidius Aulo Agerio ea quae in fundum introducta importata ibi nata factaue erint, restituat aut eam pecuniam soluat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret , absolue »*²⁶.

mancipation appréhende l'objet même qui lui est transmis par mancipation : le terme mancipation tire même son nom du fait que la chose est prise en main. Par contre, les fonds sont habituellement mancipés en leur absence.

25. Sur le problème de l'origine de la procédure formulaire, je me range à l'opinion la plus communément admise. Voir la synthèse de la question réalisée par WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Munich, 1988, pp. 447 sq. Mais quelle que soit d'ailleurs l'hypothèse à laquelle l'on veuille souscrire, force est de reconnaître avec WIEACKER : «Doch ist eine Anwendung der Schriftformel vor 242 v. Chr. mit der danach noch fortdauernden (und offenbar exklusiven) Legisaktionengesetzgebung kaum vereinbar». En toute hypothèse, 242 a.C. est un *terminus post quem* pour l'apparition de la procédure formulaire.

26. Trad. : S'il appert qu'un accord est intervenu entre Aulus Agerius et L. Titius pour que les choses qui auraient été introduites, importées, engendrées ou fabriquées sur le fonds dont il s'agit, servent de gage à Aulus Agerius pour sûreté du paiement du loyer du fonds, que ce loyer n'a pas été payé à Aulus Agerius, qu'il n'a pas été satisfait à cette créance, qu'Aulus Agerius n'a pas fait obstacle au paiement; et si, conformément à ton arbitrage, Nigerius Negidius ne restitue pas ces choses qui auraient été introduites, importées,

Ainsi présentée, cette formule n'est finalement rien d'autre qu'un cas d'illustration pratique du principe prétorien bien connu «*pacta sunt seruanda*» qui, durant l'époque républicaine, avait un champ d'application plus largement étendu que celui que lui réservera la jurisprudence du II^{ème} siècle p.C.²⁷.

L'interprétation jurisprudentielle extensive, voire analogique, de l'expression *pro mercede eius fundi* au sens de somme due pour les avantages retirés d'un fonds, permettait d'appliquer la formule dans toutes les hypothèses où un *colonus*, au sens étymologique et extensif du terme, convenait de mettre en garantie le matériel d'exploitation qu'il introduisait sur le fonds d'un propriétaire.

En revanche, l'extension de la mise en gage d'autres choses que les *inuecta illataque* se réalisera bien plus tard, au moyen d'une action utile donnée *ad exemplum actionis servianae*, que Gaius, par habitude ou souci didactique et historique, appelle encore «action quasi servienne».

D'autre part, faute de documents qui pourraient étayer directement notre propos, il est difficile de décider si le prêteur supposait que le constituant du gage fut effectivement propriétaire quiritaire des *inuecta illataque*. Mais un fait tendrait à plaider en ce sens : il semble qu'au travers de toute l'histoire connue du *pignus*, le prêteur eut constamment à coeur d'exiger que le constituant du *pignus* en eût le *dominium*, au minimum comme propriétaire bonitaire. Psychologiquement, «la romaine avarice» devait avoir du mal à supporter que l'on pût disposer, de façon définitive, de la chose d'autrui, sans son consentement! Ce sentiment se traduit au plan juridique par l'idée qu'un droit réel ne pouvait être constitué que par le propriétaire de la chose et ce caractère de réalité distinguera l'action servienne de l'action personnelle *pigneraticia*. Observons enfin que sous le couvert d'une innovation procédurale, le prêteur reconnaissait l'existence d'un droit réel nouveau, inconnu du droit civil, et qui, contrairement aux principes qui régissent ce dernier en la matière, s'établissait par simple pacte. Deux fragments de Gaius rapprocheront d'ailleurs expressément le droit du créancier hypothécaire de celui,

engendrées ou fabriquées sur le fonds, juge condamne Numerius Negidius à payer la valeur de cette chose à Aulus Agerius. S'il n'appert pas, absous.

27. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958.

entre autres, de l'usufruitier, et le dénommerons *ius (in re)*²⁸. Mais cet établissement d'une sûreté réelle par simple consentement contenait en germe un défaut dont le droit romain classique n'allait jamais vraiment se défaire: l'absence de toute publicité qui, dans le cadre du droit civil était fournie par le recours à la *mancipatio*, l'*in iure cessio* ou simplement la *traditio*.

Quant à l'exigence de l'*in bonis habere*, elle ne devait certainement pas figurer dans la formule originale, d'autant plus sûrement que l'on assigne à cette dernière une date de création fort éloignée, époque où la notion de propriété prétorienne était encore certainement inconnue. La date où l'*in bonis habere* apparut est, par ailleurs, relativement malaisée à déterminer : généralement l'*actio publiciana* est considérée comme l'oeuvre de Quintus Publicius, préteur en 67 a.C. Mais le premier juriste qui la mentionne expressément dans nos sources est Nératius qui écrivit vers la fin du I^{er} siècle et le début du II^{ème} siècle de notre ère²⁹. Cet écart dans le temps peut toutefois s'expliquer par le naufrage d'une immense partie de nos sources concernant la littérature juridique romaine.

Si nous retenons Quintus Publicius comme le créateur de l'action publicienne, une double coïncidence suggère une hypothèse sur le rôle spécifique joué par le jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus dans l'élaboration de la formule qui prit ensuite le nom de «servienne».

La première coïncidence est la succession dans le temps des préteurs de Quintus Publicius (67 a.C.) et de Servius Sulpicius Rufus (65 a.C.).

La seconde coïncidence est constituée des rapports très étroits voire analogiques entre l'*actio publiciana* et l'*actio seruiiana* dont la jurisprudence classique se fait très largement l'écho³⁰. A titre emblématique, citons le témoignage de Paul :

D. 20, 1,18 (19 *ad ed.*) : «*Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accipi, sic tuetur me per Seruianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam*»³¹.

28. Gaius D. 30 ,9,2 ; D. 19 ,39,2,pr.

29. Sur cette question, voir WATSON, *The Law of Property...*, pp. 104 sq.

30. Voir les exemples cités par WUBBE, *op. cit.*, pp. 72 sq.; D'ORS, *op. cit.*, p. 99.

31. Trad. : Si j'ai reçu une chose en gage de quelqu'un qui a pu utiliser l'action publicienne parce qu'il n'en a pas eu la propriété [quiritaire], le préteur

Cette double coïncidence me conduit à formuler l'hypothèse suivante : en 67a.C., les conditions d'octroi de l'action publicienne sont définitivement établies par la jurisprudence républicaine. Peu de temps après l'introduction de l'action publicienne, Servius Sulpicius, soit comme prêteur soit comme jurisconsulte au renom prestigieux³², introduisit dans la formule de l'action qui portera désormais son prénom, l'exigence que le constituant du gage se trouvât dans les conditions requises pour bénéficier de la protection publicienne.

En ce sens j'invoquerai un extrait du livre 73 *ad edictum* d'Ulpien que Lenel³³ me semble avoir supposé à tort concerner originellement l'interdit salvien :

D. 20, 1,21,1(73 *ad ed.*) : *Si debitor seruum quem a non domino bona fide emerat, et pigneravit, teneat, Servianae locus est et, si aduersus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait et habet rationem*»³⁴.

Ce texte a fait l'objet de nombreuses interprétations récentes, dues notamment à la difficulté de donner un contenu à l'exception qu'Ulpien mentionne sans précision dans le texte que nous avons conservé. Mais quel que soit le contenu précis de l'exception envisagée, qu'elle soit une *exceptio rei a non domino pigneratae* ou une *exceptio iusti dominii*, il n'en découle pas moins d'une lecture sans *a priori* du texte, que le possesseur de bonne foi, susceptible d'être

me protégera au moyen de l'action servienne de la même manière qu'il protège mon débiteur au moyen de l'action publicienne.

32. Selon le témoignage de Cicéron, son contemporain et ami, Servius Sulpicius prêteur en 65 a.C., n'assumait pas, en cette qualité, la charge de l'administration générale de la justice mais bien plus spécifiquement celle de la présidence de la *quaestio peculatus*. Il est donc plus vraisemblable que l'action servienne tirait son nom de l'immense prestige de ce juriste, à qui la tradition reconnaît, sans doute en comptant les écrits de ses disciples, la production de 180 ouvrages. Sur ces points, voir MICHEL, *Le droit romain dans le pro Murena et l'oeuvre de Servius Sulpicius Rufus*, dans *Ciceroniana, Hommages à Kazimierz Kumaniecki*, Leiden, 1975, pp. 181 sq.

33. LENEL, *op. cit.*, p. 492.

34. Trad. : Si un débiteur détient un esclave qu'il avait acheté *a non domino* et qu'il a mis en gage, il y a lieu d'utiliser l'action servienne. Et si le créancier intente l'action contre lui, il écartera l'exception [du débiteur] par une réplique de dol.

protégé par l'action publicienne, pouvait valablement mettre en gage une chose sur laquelle un tiers conservait la propriété civile.

Par conséquent, la formule de l'action servienne proprement dite, devait dès lors s'énoncer :

«Si paret inter Aulum Agerium et L. Titium conuenisse, ea quae in eum fundum q. d. a, introducta importata ibi nata factaue essent, cum conueniebat in bonis Lucii Titii esse ac Aulo Agerio pignori esse pro mercede eius fundi, quae si merces Aulo Agerio soluta non erit neque eo nomine satisfactum erit, neque per Aulum Agerium stare quominus soluarur satisue fiat, nisi arbitrato tuo Nigerius Negidius Aulo Agerio ea quae in eum fundum introducta importata ibi nata factaue essent, restituat aut eam pecuniam soluat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolue»³⁵.

On comprend ainsi que Gaius et les Institutes de Justinien, se référant historiquement à la seule action servienne, attribuaient à Servius l'originalité exclusive du règlement *de rebus coloni*.

Finalement, l'oeuvre de Julien fut d'opérer une synthèse entre cette formule et celle qui fut ensuite accordée *utiliter* ou action quasi-servienne. Il les fondit en une seule pour laquelle il garda, par déférence, le nom prestigieux d'action servienne.

Si cette hypothèse est correcte, elle permet sans doute d'expliquer comment Julien fut amené à proposer l'interdit *salvianus utilitatis causa*, dans un cas tout à fait particulier, sur lequel nous aurons à revenir³⁶.

35. Trad. : S'il appert qu'un accord est intervenu entre Aulus Agerius et L. Titius pour que les choses qui auraient été introduites, importées, engendrées ou fabriquées sur le fonds dont il s'agit, alors qu'il était établi qu'elles appartenaient de droit prétorien à L. Titius, servent de gage à Aulus Agerius pour sûreté du paiement du loyer du fonds, que ce loyer n'a pas été payé à Aulus Agerius, qu'il n'a pas été satisfait à cette créance, qu' Aulus Agerius n'a pas fait obstacle au paiement; et si, conformément à ton arbitrage Nigerius Negidius ne restitue pas ces choses qui auraient été introduites, importées, engendrées ou fabriquées sur le fonds, juge condamne Numerius Negidius à payer la valeur de cette chose à Aulus Agerius. S'il n'appert pas, absous.

36. Cf. *infra*

RAPPORT ENTRE L'ACTION SERVIENNE ET L'INTERDIT SALVIEN

Le rapport entre l'action servienne et l'interdit salvien offre une situation surprenante à plus d'un titre. En effet, dans l'édit d'Hadrien, l'action servienne est située à la suite de l'interdit salvien, dans une section spécifiquement réservée à la procédure interdictale. Nous pouvons en déduire que l'action est postérieure à l'interdit qui a dû l'attirer dans cette position, et que l'interdit, comme l'action, remontent à une époque où l'édit était encore dans une phase de jeunesse et son organisation hésitante.

Cette constatation reporte la datation de l'interdit Salvien au plus tôt à la fin du III^{ème} siècle avant J.C. : il devait être antérieur à l'action évoquée par Caton bien que ce dernier ne le mentionne pas. Le silence de Caton peut s'expliquer pour divers motifs qui, d'ailleurs, ne s'excluent nullement les uns des autres : en premier lieu il est possible que l'interprétation extensive du terme *colonus* ne se soit pas étendue à la procédure interdictale, ce qui du même coup, excluait qu'on pût y recourir dans les hypothèses décrites dans le formulaire; ensuite que l'interdit ne fut pas donné *in rem*, ce qui en cas de *deportatio* le rendait souvent inopérant; enfin, que Caton envisageait globalement la solution définitive de diverses *controversiae* et que l'interdit salvien n'apportait à tout prendre qu'une solution provisoire.

D'autre part, il est souvent soutenu que cet interdit servait d'édit à l'action servienne ou, dans notre hypothèse, à l'action *de rebus coloni*, qui apparemment en était dépourvue. Cette affirmation suppose que les conditions pour intenter l'une ou l'autre procédure devaient être sensiblement identiques. Or nous constatons que, dès l'époque de Caton, le champ d'application de l'action était déjà plus étendu que celui de l'interdit puisqu'il concernait également des ventes alors que le champ d'application de l'interdit s'est toujours limité, selon nos sources, à l'hypothèse d'un louage. Cette remarque doit s'interpréter selon moi, comme l'indice d'une rapide sclérose de la procédure interdictale, concurrencée à brève échéance par l'action prétorienne.

Ensuite, comme le fait justement observer Magdelain, «L'interdit ne saurait tenir lieu, comme on l'a supposé, d'édit introductif de l'action. Il ne concerne que lui-même. Il ne contient pas la promesse

d'un *iudicium*. Il ne faut pas établir de confusion entre des genres rigoureusement distincts...»³⁷.

En réalité, l'action *de rebus coloni*, en sanctionnant un *pactum conuentum*, n'est rien d'autre qu'une illustration de la promesse prétorienne «*pacta conuenta seruabo*» contenue dans l'édit général *de pactis*, tel qu'il fut interprété par les juristes de l'époque républicaine et du premier siècle du Principat.

Comme cet édit n'énonçait pas les formules qu'il introduisait, il ne devait pas les précéder. Le préteur avait alors tout loisir de les faire figurer dans l'Album à la place de son choix. Pour l'action *de rebus coloni*, il a choisi le critère de la fonction en la plaçant à la suite de l'interdit salvien qui traitait par une voie différente d'un problème analogue. Lorsque dans le courant du premier siècle ou au début du second p.C., l'action *de rebus coloni*, devenue entretemps l'action servienne, fut isolée par le processus de dissociation qui détacha les actions contractuelles de bonne foi de l'édit *de pactis*, ces dernières étaient insensiblement devenues des actions civiles qui n'exigeaient plus d'être introduites par un édit. L'idée s'est alors accréditée que l'édit *de pactis* ne pouvait promouvoir aucune action et l'action servienne perdit son édit introductif³⁸.

D'autre part, le champs d'application de l'interdit rapidement concurrencé par l'action prétorienne, resta résolument confiné aux rapports originaires entre bailleurs et locataires. Il conservait toujours une certaine utilité en raison du caractère plus expéditif de la procédure, ensuite parce qu'il servait le cas échéant de mesure purement conservatoire et qu'il n'imposait pas la preuve que le constituant du gage en avait la propriété prétorienne.

Ce dernier point n'est pas directement prouvé dans la mesure où nos sources ne nous ont pas conservé le texte de l'interdit, sans doute parce qu'il avait dû faire l'objet de nombreuses controverses ou retouches successives. Cependant, si d'une part nous retenons que l'interdit salvien, à la suite du développement de l'action prétorienne, finit par ne plus constituer essentiellement qu'une mesure purement conservatoire, il est assez facile d'admettre qu'il était inutile d'exiger du constituant du gage la preuve qu'il fut propriétaire prétorien des *inuecta illataque*. L'innovation servienne ne fut pas étendue en l'espèce et cette

37. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, p. 117.

38. Sur toute cette problématique, voir MAGDELAIN, *op. cit.*

extension s'imposait d'autant moins que l'interdit ne jouait pas le rôle d'édit introductif à l'action.

Enfin, un argument fondé sur l'analogie plaide également en faveur de notre hypothèse : à l'époque classique, l'interdit *de migrando* ne supposait pas que le locataire de la maison fût propriétaire prétorien des meubles saisis par le bailleur pour non paiement des loyers :

Ulpien D. 43, 32,1, 5 (73 *ad ed.*) : «*Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde et si aliena sint et si talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris nomine tamen introducta sint, interdicto hoc (lire: huic) locus erit: quod si nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore*»³⁹.

L'analogie de contexte ⁴⁰ entre l'interdit salvien qui tend à réaliser la saisie des meubles du fermier d'un bien rural et l'interdit *de migrando* qui concerne la saisie conservatoire des meubles d'un locataire d'immeuble est telle qu'elle renforce la conviction que, du point de vue de l'octroi de l'interdit salvien, le fermier ne devait pas davantage être propriétaire prétorien des *inuecta illataque*. Le caractère conservatoire de la procédure interdictale qui, fondée sur l'*imperium* du magistrat, se voulait, en principe, rapide, dispensait de l'administration de la preuve de la propriété.

Si le raisonnement est exact, l'interdit salvien fut donc créé vers la fin du III^{ème} siècle ou le début du II^{ème} avant J.C. Il reste cependant le mystère de son nom : en effet, d'ordinaire les interdits ne portent pas le nom de leur auteur mais ils sont désignés par les premiers mots de leur texte. D'autre part, aux époques les plus reculées, Salvius fut d'abord un nom individuel puis un *praenomen*, souvent donné aux esclaves, avant de se muer en gentilice attesté, dans le monde romain,

39. Trad. : Il faut noter qu'en ce cas, le préteur n'exige pas que le locataire soit propriétaire bonitaire des choses qu'il apporte ni qu'il les donne spécifiquement en gage, mais bien s'il les a introduites à titre de gage. Ainsi cet interdit aura lieu même si les choses appartiennent à autrui ou sont de nature à ne pouvoir être prises en gage, pour autant cependant qu'elles aient été introduites dans la maison à titre de gage. Mais à défaut d'avoir été introduites à titre de gage, elles ne pourront être retenues par le bailleur.

40. Sur les différences entre l'interdit salvien et l'interdit *de migrando*, voir cependant LA ROSA, *Protezione interdittale e 'actio serviana'*, dans *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milan, 1987.

au plus tôt, vers la fin de la République et au début de l'Empire⁴¹. Risquons une première hypothèse : serait-il totalement impensable qu'il y eût au III^{ème} avant J.C. un préteur à ce point novateur que la tradition donna son nom ou son prénom à l'interdit qu'il créa, comme elle le fit pour l'action servienne? Mais il est également possible d'envisager une seconde hypothèse, liée à la question de savoir si l'interdit salvien fut donné *in rem*, et dont nous allons maintenant débattre.

L'INTERDIT SALVIEN FUT-IL DONNÉ *IN REM* ?

Que l'action servienne fut donnée *in rem*, est hors de doute :

Ulpien 20, 1,17 (15 *ad ed.*): «*Pignus persecutio in rem parit actionem creditori*»⁴².

Mais aucun texte n'exprime aussi directement cette qualité pour l'interdit salvien.

La conviction que cet interdit était donné *in rem* peut se fonder sur trois textes de la compilation de Justinien : deux repris dans le Digeste au livre XLIII sous le titre XXXIII *de Saluiano interdicto* dont ils constituent l'intégralité. Il s'agit de deux fragments du livre 49 du Digeste de Julien et d'un fragment du livre 70 du commentaire d'Ulpien sur l'édit du préteur. Le troisième texte est un rescrit de Gordien repris dans le Code de Justinien au livre VIII sous le titre *de precario et Saluiano interdicto*.

Commençons par l'analyse du premier fragment :

Julien D. 43, 1,pr. (49 *Dig.*) : «*Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam uendiderit, quod apud emptorem*

41. D'ORS, *op. cit.*, p. 88; RIX, *Zur Ursprung des römisch-mittelitalischen Gentilnamensystems*, dans *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt*, I, 2, Berlin-New York, 1972, pp. 707 sq. et 725 sq.

42. Trad. : Le droit de poursuivre le gage engendre pour le créancier une action *in rem*.

ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet»⁴³.

Le cas traité par Julien est simple : un fermier vend à un tiers une esclave qu'il avait mise en gage chez un propriétaire, pour garantir le paiement de ses fermages. L'esclave met au monde un enfant alors qu'elle se trouve chez l'acheteur. Julien donne au propriétaire du fonds dont la sûreté est diminuée, l'interdit salvien utile contre l'acheteur, pour lui permettre de prendre possession de l'enfant de l'esclave.

Cet interdit peut paraître avoir été donné *utilitatis causa* à un double point de vue.

Observons tout d'abord que la solution qui permet au propriétaire de reprendre l'enfant de l'esclave gagée, né chez un tiers, contredit directement celle que propose le jurisconsulte Paul au livre 5 de ses *Responsa* :

Paul D. 20 ,1,29,1 (5 *Resp.*) : «*Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, siue specialiter de his conuenerit siue non, ita procedit, si dominium eorum ad eum peruenit qui obligauit uel heredem eius: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata»⁴⁴.*

Selon l'enseignement du jurisconsulte Paul, l'enfant de l'esclave mise en gage n'est lui-même gagé que s'il naît de manière à être immédiatement placé sous la propriété du constituant du gage. Cette exigence est parfaitement conforme à tout ce que nous savons des conditions d'octroi de l'action servienne ou hypothécaire qui empêchent notamment la validité de la mise en gage de la chose d'autrui. Et force est d'admettre que, dans le cas décrit par Julien, l'enfant de l'esclave n'est jamais comme tel, tombé sous la puissance du constituant du gage.

43. Trad. : Si un fermier introduit une esclave sur le fonds et qu'ensuite il l'ait vendue, il convient d'accorder un interdit utile [à son bailleur] afin d'acquérir la possession de l'enfant dont elle accouche chez l'acheteur.

44. Trad. : Si des femmes esclaves sont hypothéquées, les enfants dont elles accoucheront, le seront aussi. Toutefois, quand nous disons que les enfants sont également engagés, qu'il y ait eu ou non une convention spéciale à leur sujet, ce résultat n'est atteint que si la propriété de ces enfants parvient au débiteur ou à son héritier. Mais, si ces femmes ont accouché chez un autre propriétaire, [ces enfants] ne seront pas engagés.

En revanche, la mise en oeuvre de l'interdit salvien n'exige pas que le fermier soit propriétaire des *inuecta illataque*. Comme d'autre part Julien, cité par Gaius dans son *liber singularis de formula hypothecaria*, admet sans réserve la mise en gage de l'enfant dont une esclave est enceinte⁴⁵, on peut facilement comprendre que, logique avec lui-même, pour protéger l'intérêt du propriétaire, Julien lui ait donné un interdit salvien utile dans la mesure où les conditions d'application de l'action servienne n'étaient pas absolument rencontrées.

L'existence de ce courant de pensée antérieure à l' époque du juriste Paul est indirectement confirmé, me semble-t-il, par un rescrit de Sévère Alexandre daté de 230 p.C. et repris sous le titre *De partu pignoris et omni causa* :

C.J. 8, 24 (25),1 : «*Partus pigneratae ancillae in pari causa qua mater esse olim placuit*»⁴⁶.

Ce texte, en effet, prouve qu'une jurisprudence ancienne *olim*), dont Julien s'est encore fait l'écho, admettait, sans aucune réserve, que l'enfant conçu par une esclave gagée suivait irrémédiablement son sort. L'évolution, en cette matière, fut que l'enfant put échapper à cette mise en gage s'il naissait chez le tiers acquéreur ou, comme le dit Paul : *ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata*. Par conséquent, si Julien applique en l'espèce le droit en vigueur à son époque, la seule véritable raison pour laquelle l'interdit salvien est donné *utilitatis causa*, réside dans la particularité qu'il est donné contre un tiers, donc *in rem*.

C'est sans doute pour conserver scrupuleusement la mémoire de l'interdit salvien tout en s'efforçant de justifier d'un intérêt spécifique, que Justinien est allé rechercher le cas tout à fait particulier du droit du créancier gagiste à la propriété de l'enfant de l'esclave que mentionnait Julien au livre 49 de son Digeste et dont la jurisprudence postérieure avait déjà rejeté la solution. Dans le cas d'espèce, cette jurisprudence dont Paul fut un porte-parole, dut ressentir le recours à l'interdit salvien comme une manœuvre essentiellement dilatoire. En effet, à supposer que l'acheteur de l'esclave rendît la possession de l'enfant, il n'en restait pas moins propriétaire et, à ce titre, il pouvait intenter une action en revendication contre laquelle le créancier gagiste ne pouvait soulever

45. Gaius D. 20, 1,15,pr.

46. Trad. : Il a plu autrefois que l'enfant de l'esclave mise en gage suive la condition de sa mère.

aucune exception. L'intérêt du créancier gagiste à recourir à l'interdit salvien, ne résidait finalement en l'espèce, que dans la seule acquisition d'une possession toute provisoire.

L'idée que l'interdit salvien ne fut donné contre des tiers, qu'*utilitatis causa*, sera également mise en lumière par l'analyse d'un second fragment, extrait du livre 49 du Digeste de Julien.

Envisageons à présent ce second fragment :

Julien D. 43,38,1,1 (49 Dig.) : «*Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli aduersus extraneum Saluiano interdicto recte experientur: inter ipsos uero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. At si actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et aduersus extraneos et inter ipsos dari debet, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent*»⁴⁷.

En l'espèce, un fermier a apporté des effets dans un fonds appartenant à deux copropriétaires avec la clause que ces effets leur seraient engagés solidairement. Julien admet que chacun des copropriétaires peut recourir contre un tiers étranger à l'interdit salvien accordé *utilitatis causa*. Telle est, en effet, la manière dont je comprends l'expression *Saluiano interdicto recte experientur* puisque l'adverbe *recte* peut être synonyme, dans la langue juridique, de l'adverbe *utiliter*⁴⁸. L'expression ne semble guère classique, mais, cette observation ne permet pas d'écarter l'idée que, dans le texte original, Julien envisageait effectivement le recours à l'interdit salvien donné *utilitatis causa*. Je ne crois pas, en l'espèce, que l'expression *Saluiano interdicto recte experientur* fasse allusion à la manière byzantine de

47. Trad. : Si un fermier a apporté des objets sur un fonds appartenant en commun à deux personnes, en précisant qu'ils leur seraient engagés solidairement, chacun d'eux peut se servir de l'interdit salvien utile contre un tiers; mais si cet interdit est rendu entre eux, la condition du possesseur sera la meilleure. En revanche, s'il a été conclu qu'ils seraient engagés à chacun d'eux par parts divisées, il faudra leur donner une action utile contre les tiers et dans leurs rapports réciproques, qui permettra à chacun d'eux d'acquérir la moitié [de leur part divisée] de la possession.

48. Voir le *Vocabularium Jurisprudentiae Romanae*, V, Berlin 1939, s.v. *recte*, III.

mettre en oeuvre la procédure interdictale au moyen d'une action utile⁴⁹ : le texte évoque clairement un recours à l'interdit envisagé pour lui-même, dans une situation particulière et traitant d'un problème de fonds. Dès lors, dans le cas décrit par Julien, la seule raison exprimée qui justifie que l'interdit salvien soit donné *utilitatis causa*, est le fait qu'il soit précisément donné contre un tiers. En revanche, la clause contractuelle *ita ut utrique in solidum obligatae essent* n'a pour seul effet que de justifier chacun des copropriétaires à réclamer la totalité du gage, ce qui ne paraît guère une raison suffisante pour que l'interdit salvien soit donné *utiliter*. Nous pourrions d'ailleurs observer que, traitant du même problème, Ulpien accorde l' action servienne directe⁵⁰.

D'autre part, le cas soulevé par Julien s'inscrit plus généralement dans un contexte où l'auteur devait envisager les limites d'emplois respectifs de l'interdit salvien et de l'action servienne. Le principe que Julien met en lumière est, somme toute, fort simple à comprendre : lorsqu'il s'agit pour le créancier gagiste de se faire mettre en possession de la totalité de la chose gagée, le recours à l'interdit reste parfaitement possible quand bien même son droit à la totalité trouverait sa source dans un engagement solidaire et qu'il serait dirigé contre un tiers.

En cas de conflit entre deux co-créanciers solidaires, l'usage de l'interdit reste possible, mais comme deux personnes ne peuvent simultanément posséder pour le tout une même chose en même temps, la solution du droit à la possession est trouvée dans l'application du principe bien connu : *pari in causa possessionis, melior est causa possidenti s*⁵¹.

En revanche, s'il s'agit de l'acquisition de la possession de parts divisées sur une même chose, le recours à l'action servienne utile s'impose, car la procédure interdictale est fondée sur la conception concrète de la possession qui rend impossible toute division intellectuelle du droit.

Ce sont des principes identiques qui se retrouvent mis en oeuvre dans la suite du texte de Julien et dans un extrait du livre 70 du commentaire d' Ulpien sur l'édit :

Julien D. 43, 33,1,2 (49 Dig.) : «*Idem servari conueniet et si colonus rem, quem cum alio communem habebat, pignoris*

49. Cf. *infra*

50. Cf. *infra*

51. Paul D. 50, 17,128 : *in pari causa possessor potior haberi debet.*

nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.»⁵²

Ulpien D. 43, 33,2 (70 ad ed.) : «*In Saluiano interdicto, si in fundum communem duorum pignera sint ab aliquo inuecta, possessor uincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium*»⁵³.

Le choix de ces textes de Julien et d'Ulpien, qui constituent dans le Digeste la totalité du titre consacré par les compilateurs à l'interdit salvien, laisse deviner un réel souci de s'intéresser principalement aux textes qui confrontaient les cas d'applications de l'interdit salvien et de l'action servienne en précisant leur spécificité respective.

Il reste cependant à s'interroger sur l'authenticité du texte attribué à Julien. En effet, les compilateurs ont conservé dans le Digeste, sous le titre *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*, un extrait du livre 73 du commentaire d'Ulpien sur l'édit où l'auteur reprend pratiquement toute la problématique du texte de Julien mais en apportant des solutions exclusivement fondées sur l'usage de l'action servienne directe ou utile :

Ulpien D. 20, 1,10 (73 ad ed.) : «*Si debitor res suas duobus simul pignori obligauerit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum aduersus extraneos Seruiana utentur: inter ipsos autem si quaestio moueatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: 'si non conuenerit eadem res mihi quoque pignori esset'. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et aduersus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli* »⁵⁴.

52. Trad. : Il conviendra de décider la même chose dans le cas où un fermier a introduit, à titre de gage, un objet dont il était copropriétaire, assurément pour permettre [au créancier gagiste] la poursuite de la moitié du gage.

53. Trad. : Dans le cadre de l'interdit salvien, si des objets ont été apportés à titres de gage dans un fonds appartenant à deux copropriétaires, le possesseur l'emportera et il leur faudra en venir à l'action servienne.

54. Trad. : Si un débiteur remet en même temps ses effets en gage à deux créanciers, en précisant qu'ils leur seraient engagés à chacun solidairement, chacun d'eux usera de l'action servienne contre les tiers pour se faire restituer tout le gage. Mais si la question se pose entre eux, la condition du possesseur sera la meilleure. En effet, on donnera au possesseur cette exception: «s'il n'avait pas été convenu que cette même chose me serait également remise en gage». Mais, s'il a été conclu que les effets seraient engagés à chacun d'eux

La mise en parallèle des textes de Julien (D. 43, 33,1) et d'Ulpien (D.20,1,10) et (D. 43,33,2) ont suggéré les hypothèses les plus opposées : tantôt le texte de Julien fut considéré comme complètement interpolé⁵⁵, tantôt il fut soutenu que les trois textes étaient harmonisés et classiques⁵⁶.

La clef qui explique la coexistence de ces différents textes dans le Digeste me semble être fournie par une constitution de l'empereur Gordien datée de l'année 238 p.C. :

Gordien C.J. 8, 9,1 : «*Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt uenundedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano (id enim tantummodo aduersus conductorem debitoremue competit), sed Seruiana actione uel quae ad exemplum eius instituitur utilis aduersus emptorem exercenda*»⁵⁷.

Le sens de la décision impériale est claire : lorsque, sans la permission du créancier gagiste, un débiteur gagiste vend le gage à un tiers, le créancier gagiste devra faire valoir ses droits contre l'acquéreur, au moyen de l'action servienne directe ou utile, à l'exclusion de l'interdit salvien qui peut seulement être intenté directement contre le fermier.

L'expression *conductorem debitoremue* n'a guère une saveur classique. A supposer que les mots *debitoremue* se trouvaient dans la constitution originale, ils auraient signifiés que le preneur (*conductor*) devait être envisagé sous son aspect «débiteur des fermages (*debitor*)» et non «créancier de la jouissance des lieux», double qualité dont il est effectivement titulaire en raison du contrat de louage.

par parts divises, il leur compètera une action utile contre les tiers et dans leurs rapports réciproques, qui permettra à chacun d'eux d'acquérir la moitié [de leur part divise] de la possession.

55. LENEL, *op. cit.*, pp. 490 sq.

56. KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte und formula serviana*, dans ZSS 64 (1944), pp. 229 sq.; voir cependant D'ORS, *op. cit.*, pp 105 sq.; WUBBE, *op. cit.*, pp. 193 sq.; KASER, *op. cit.*, p. 143.

57. Trad. : Si, en l'absence de toute remise du gage, ton débiteur a vendu les choses qu'il avait engagées chez toi, tu as pleinement le droit de les poursuivre, non par l'interdit salvien (celui-ci en effet n'est intenté que contre un fermier débiteur) mais bien par l'action servienne ou par l'action utile créée à son imitation et dirigée contre l'acheteur.

Mais cette expression redondante pour l'époque classique, a fort bien pu être un ajout maladroit des compilateurs qui ont ainsi tenté d'harmoniser leur propre choix des textes relatifs à l'interdit salvien qu'ils souhaitaient mettre en vigueur à leur époque, avec une décision qui, en réalité, disait originairement le contraire.

En effet, la décision impériale voulait visiblement confirmer la suppression de l'octroi de l'interdit salvien *utilitatis causa* contre des tiers, sans doute pour mettre fin aux controverses qui s'étaient fait jour entre la tendance que représente encore Julien et que paraissent vouloir remettre à l'honneur les compilateurs, et celle, plus restrictive, dont Paul et sans doute, implicitement Ulpien, s'étaient fait les défenseurs vers la fin du II^{ème} siècle p.C.

Cette remise à l'honneur d'une doctrine rejetée par la jurisprudence classique tardive, accompagnée de la volonté des compilateurs d'harmoniser vaille que vaille les quelques textes qu'ils retiennent comme juridiquement efficaces à leur époque, explique la différence qui existe entre les versions de Gaius et de Théophile concernant la portée de l'interdit salvien :

Gaius IV, 147 : «*Interdictum quoque quod appellatur Saluvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset* »⁵⁸.

Théophile, Paraphrase, 4, 15,3 : «*Τοιοῦτόν [scilicet: adipiscendae possessionis causa] ἐστὶ τὸ salviánon intérédicton, ὅπερ δίδεται τῷ δεσπότη τῷ ἀγροῦ κατὰ τοῦ κολονοῦ τοῦ συμφωνήσαντος, ὥστε τὰ εἰσαγόμενα ὑπ' αὐτοῦ ἐν τῷ ἀγρῷ πράγματα ὑποκείσθαι ἐν τῷ μισθώματι. Ἐάν γὰρ ἀγνωμονήσῃ, κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολονοῦ πράγματα κινηθήσεται τὸ salviánon intérédicton*»⁵⁹.

58. Trad. : L'interdit qui est appelé salvien, a également été conçu en vue de l'acquisition de la possession; le propriétaire d'un fonds l'utilise à propos des biens qu'un fermier auraient remis pour servir à l'avenir de gage du paiement de ses fermages.

59. Trad. : Tel est l'interdit salvien qui est donné au propriétaire d'un fonds contre le fermier qui a convenu avec lui que les choses qu'il a introduites sur le fonds seraient affectées au paiement des fermages. En effet, s'il cesse ses paiements, l'interdit salvien sera intenté contre tout détenteur des effets du fermier.

La comparaison de ces deux textes est éclairante : alors que Gaius se borne à dire que l'interdit salvien est donné au propriétaire du fonds contre le fermier, Théophile ajoute, *expressis uerbis*, à son lointain modèle, que ce même interdit est donné *κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολονοῦ πράγματα*.

Cette précision capitale ne se comprend qu'à la lumière du droit en vigueur lors de la parution de la Paraphrase : en effet, dans le droit byzantin, le choix des textes concernant l'interdit salvien s'est principalement porté sur un nombre limité de cas où cet interdit est donné *in rem utilitatis causa* au point que les compilateurs se sont sentis logiquement tenus de modifier par un *debitoremve* maladroit, la constitution impériale de 238 p.C. rendue par l'empereur Gordien.

D'autre part, sous Justinien, le décret du magistrat, qui constituait une particularité de la procédure des interdits, n'était plus rendu, si bien que le terme technique consacré par un usage séculaire fut certes maintenu, alors qu'en réalité il n'y a plus aucune différence entre les actions ordinaires et les interdits :

I.J. 4, 15,8,1 : «*Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*»⁶⁰.

C'est en des termes quasiment identiques que s'exprime Théophile qui cite précisément l'exemple de l'interdit salvien :

4,17,8 : «*Τὸ δὲ περὶ τῆς τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελεσμάτος περιττόν ἐστι σήμερον λέγειν. Ἐπὶ γὰρ τῶν extraordinaryiων δικαστηρίων (ὅποια σήμερον) ἐστὶ πάντα τὰ δικαστηρία οὐκ ἐστὶν ἐπάναγκες interdicta κινεῖσθαι, ἀλλὰ δίχα τούτων ἐγγυμνάζεται τὰ δικαστηρία, utilias ἀγωγῆς ἀντὶ τῶν interdictiων ἐγγυμναζομένης. Οὐκ οὖν οὕτως εἰώθε τις ὀρίζεσθαι ὅτι ὀρίζομαι κατὰ σου utilian ἀγωγὴν ὡς ἀπὸ τοῦ saluianu interdictu, ἢ ὡς ἀπὸ τοῦ 'unde ui' interdictu, ἡγουν ἐτέρου τινός*»⁶¹.

60. Trad. : En effet, chaque fois qu'un jugement suit l'ordre judiciaire extraordinaire, (et tels sont aujourd'hui toutes les procédures), il n'est pas nécessaire de rendre un interdit; on juge sans interdit comme si l'action utile avait été rendue en cause de l'interdit.

61. Trad. : Quant à la procédure et aux effets [de la procédure d'autrefois], il est superflu d'en parler aujourd'hui. En effet, dans les jugements extraordinaires (et ils le sont tous aujourd'hui), il n'est pas nécessaire qu'un

Cette assimilation de la procédure des interdits à la procédure extraordinaire qui est celle du droit commun de l'époque de Justinien, a également pu influencer psychologiquement, sur le choix des cas d'application de l'interdit salvien qui, comme l'action servienne dont il complète la fonction protectrice du *pignus*, se devait d'être *in rem*. L'avantage du recours à l'interdit salvien reste, cependant, qu'à l'inverse de l'action servienne, il dispense celui qui l'intente, de prouver que le constituant du gage est bien le propriétaire des choses gagées.

Que l'interdit salvien fut donné *in rem* à l'époque classique est une évidence. Encore faut-il préciser qu'à la lumière des sources dont nous disposons, il s'agit toujours en l'espèce, d'un emploi envisagé *utilitatis causa*. Par conséquent nous sommes fondés à penser *a contrario* qu'il y eut originairement un interdit salvien direct qui, comme tel, ne fut jamais donné *in rem*.

Quand l'interdit salvien fut-il donné pour la première fois *in rem* ? Sans doute bien avant Julien qui, dans les sources que nous avons conservées, mentionne pour la première fois cet emploi. Pour le reste, nous en sommes réduits aux conjectures.

Il est vraisemblable que l'extension *in rem* de l'interdit eut lieu après la parution de l'action *de rebus coloni* qui, de ce point de vue, vint compléter la protection organisée par l'interdit direct. En revanche, il est probable que cette extension utile se soit produite avant la parution de l'action servienne proprement dite dont la nouveauté, c'est-à-dire l'exigence de la preuve que le constituant du gage en est le propriétaire bonitaire, ne fut jamais reprise dans les conditions d'application de l'interdit salvien, ce qui entraîna les controverses jurisprudentielles que nous avons entrevues.

Dans la perspective où je me suis placé, il s'avère impossible d'attribuer cette évolution à une intervention de Salvius, préteur en 74

a.C. 62. L'hypothèse est cependant tentante car la magistrature de Salvius précède de peu de temps l'introduction successive des actions publicienne et servienne et elle s'inscrit dans une époque où donner aux remèdes prétoriens nouveaux le nom de leur auteur s'avère de mode⁶³. Mais pour l'admettre, il faudrait que l'interdit salvien, le seul que mentionnent les sources, ait toujours été donné *in rem*, ce que, précisément, l'analyse des sources me paraît contredire. Pour attribuer l'interdit salvien au préteur de 74 a.C., il faudrait supposer qu'il eût retouché, de façon significative, l'interdit direct, sans en étendre le contexte du champ d'application originaire. Bref, il faudrait supposer qu'à l'instar de l'action servienne qui fut précédée d'une action *de rebus coloni*, il y eut un interdit *de rebus coloni* qui se modifia en interdit salvien. Mais, outre qu'il n'est guère possible de concevoir aujourd'hui en quoi pût consister effectivement cette modification, l'absence dans les sources, de tout indice de semblable évolution ne permet pas de vérifier l'hypothèse.

Quant à tenter de reconstituer le texte de l'interdit salvien direct, je proposerais, en me fondant par analogie sur la rédaction de l'interdit *de migrando* conservé au Digeste⁶⁴ :

«Si is homo quo de agitur est ex his de quibus inter te et illum conuenit, ut quae in illum fundum, quo de agitur, introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori illi pro mercede eius fundi essent, neque ea merces illi soluta eove nomine satisfactum

interdit soit rendu, puisque les tribunaux jugent aujourd'hui sans eux, sur base d'une action utile tenant lieu d'interdit. C'est donc ainsi qu'habituellement on intente l'action : «J'intente contre toi l'action utile sur base de l'interdit salvien ou de l'interdit *unde ui*, ou de tout autre interdit».

62. Et, *a fortiori* d'attribuer la paternité de l'interdit salvien au juriste Julianus Saluianus qui codifia l'édit du préteur. Sur cette dernière question, voir d'ailleurs BUND, *Salvius Julianus, Leben und Werk*, dans *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt*, II, 15, Berlin-New York, 1976, pp. 408-454. *Contra* D'ORS, *op. cit.*, pp. 88 - 89.

63. Sur cette question voir WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, pp. 32 sq.

64. D. 43, 32,1,pr.

est aut per illum stat quo minus solvatur, illi eum hominem restituas»⁶⁵.

Cette reconstruction diffère fondamentalement de celles généralement admises sur deux points essentiels : en premier lieu, elle rejette toute idée de transposition de personne du type «*Si is homo quo de agitur est ex his de quibus inter illum et L. Titium (colonom) conuenit, ...*» puisque je reste convaincu que l'interdit salvien direct n'était pas donné *in rem*.

En second lieu, je me rallie à la démonstration de Daube suivi par La Rosa⁶⁶, qui prouve que, contrairement à l'opinion communément admise, l'interdit salvien appartenait à la catégorie des interdits restitutoires.

CONCLUSION

L'hypothèque ou *pignoris conuentio* est une institution créée par le prêteur pour répondre aux besoins pratiques d'une économie encore essentiellement axée sur l'agriculture. A une époque imprécise, sans doute dans la deuxième moitié du III^{ème} siècle a.C., la rigueur du *ius ciuile* et de la procédure des actions de la loi, alors en pleine vigueur, ne permettait pas de trouver une solution satisfaisante au problème de la mise en gage sans dépossession des *inuecta illataque*, qui aurait sauvegardé à la fois les intérêts du bailleur et du fermier. Confronté à cette exigence économique, le prêteur trouva une solution fondée exclusivement sur son *imperium* : il créa l'interdit salvien qui permettait au bailleur impayé d'exiger du fermier qu'il lui remît le matériel d'exploitation, le bétail et les esclaves restés en sa possession. Cette intervention s'inscrivait dans la ligne d'une idée novatrice sinon révolutionnaire, par rapport au *ius ciuile* mais qui allait faire son chemin : «*pacta sunt seruanda*».

65. Trad. : Si cet esclave, dont il s'agit, appartient aux choses dont il fut convenu entre toi et ton adversaire, qu' introduites, importées, engendrées ou fabriquées sur le fonds dont question, elles te seraient engagées pour garantie des fermages, que ce fermage ne t'a pas été payé et qu'il n'a pas été satisfait à cette créance ou que ton adversaire n'en a pas empêché le paiement, restitue cet esclave à ton adversaire.

66. DAUBE, *Concerning the Classification of Interdicts*, dans *RIDA*, 6 (1951), pp. 46 sq.; LA ROSA, *Protezione interdittale e 'actio serviana'*, dans *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milan, 1987.

Avant tout soucieux de faire respecter un accord entre parties, le préteur n'envisagea pas initialement, de donner en l'espèce, un interdit *in rem*. D'autre part, l'interdit salvien appartenait, fort logiquement, compte tenu de son origine, à la catégorie des interdits *adispiscendae possessionis*. Par conséquent, selon l'enseignement de Gaius, il ne pouvait être intenté qu'une seule fois :

IV, 144 : «*Ideo autem adispiscendae possessionis uocatur interdictum, quia ei utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse*»⁶⁷.

IV, 147 : «*Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adispiscendae possessionis causa comparatum est...*»⁶⁸.

Ce dernier inconvénient n'était toutefois que mineur dans la mesure où il pouvait être pallié par le recours à l'interdit *utrubi*.

La faiblesse de la protection interdictale initiale consistait donc essentiellement dans l'absence de tout droit de suite à l'égard des tiers si, au mépris de ses engagements, le fermier se désaisissait de ses *inuecta illataque*. Le pas décisif vers la création d'un droit réel de garantie, fut la création par le préteur, de l'action que, faute de dénomination exacte dans les sources, j'ai baptisée, par commodité d'expression, *actio de rebus coloni*.

Ce remède qui apparut entre 241 et 170 a.C., sclérosa par son efficacité et son champ d'application, le développement de l'interdit salvien qui conservait toutefois l'avantage d'être éventuellement une voie plus rapide si l'adversaire se soumettait immédiatement et spontanément à l'injonction du préteur sans recourir aux procédures compliquées qui surgissaient lorsque la partie défenderesse contestait la violation de l'interdit.

Cet avantage éventuel permet sans doute d'expliquer qu'à l'instar de l'action *de rebus coloni*, l'interdit salvien fut donné *in rem utilitatis causa*, à une époque incertaine, mais vraisemblablement antérieure à la seconde moitié du I^{er} siècle a.C.

67. Cet interdit vise, dit-on, à ce point l'acquisition de la possession, qu'il n'est utile qu'à celui qui tente pour la première fois d'acquérir la possession; c'est pourquoi cet interdit cesse d'être utile à celui qui, ayant acquis la possession, l'a perdue.

68. Trad. : L'interdit qui est appelé salvien, a également été conçu en vue de l'acquisition de la possession.

En dehors de l'hypothèse d'une exécution spontanée du défendeur, la procédure interdictale n'était plus guère qu'une mesure conservatoire dont les voies de réalisation judiciaires finiront par être ressenties comme des mesures dilatoires et seront combattues par la jurisprudence classique de la fin du deuxième siècle p.C. qui restituera à l'interdit son caractère direct originaire.

De cette idée de procédure à caractère conservatoire, vint sans doute que, dans les conditions pour intenter l'interdit salvien, il ne fut jamais exigé que le constituant fut propriétaire de la chose mise en gage.

Quant à l'action *de rebus coloni*, dont le champ d'application avait été étendu par l'interprétation large du concept «*colonus*» dès avant 170 a.C., elle subit l'effet de la création de l'action publicienne : sous l'influence du célèbre jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus, il fut exigé que le constituant du gage en fût propriétaire prétorien. L'action prit alors dans les sources le nom d'action servienne.

Tandis que l'action servienne directe visait encore les rapports entre propriétaires et colons, le préteur fidèle au principe «*pacta sunt servanda*» finit par étendre, *utilitatis causa*, le champ d'application de l'action servienne à tous les cas où l'objet de la *conuentio pignoris* était autre chose que les *inuecta illataque*. Cette action prit le nom d'action quasi servienne qui, avec ce sens précis, fut conservé, au II^{ème} siècle p.C., par Gaius animé d'un souci historique et didactique indéniable.

L'action servienne, telle qu'elle fut reprise dans l'édit mis en ordre par Julien, n'est finalement rien d'autre que la synthèse des actions servienne et quasi servienne antérieures, à laquelle, le jurisconsulte, par respect pour son prestigieux prédécesseur conserva le nom d'*actio seruiana*.

L'évolution postérieure envisagea de nouvelles extensions du champ d'application de l'*actio seruiana* et de nouvelles actions furent données qui prirent le nom d'*actio seruiana utilis* ou d'*actio ad exemplum seruianae actionis*.