

Lab.RII

UNIVERSITÉ DU LITTORAL CÔTE D'OPALE
Laboratoire de Recherche sur l'Industrie et l'Innovation

CAHIERS DU Lab.RII

- DOCUMENTS DE TRAVAIL -

N°132

Juillet 2006



Valerius M. CIUCĂ

**POUR UN DROIT PRIVE EUROPEEN PROPICE AUX AFFAIRES
VUE COMPARATIVE DES HYPOTHEQUES JUSTINIENNE
ET NAPOLÉONNIENNE**

**FOR A EUROPEAN PRIVATE LAW CODE FAVOURABLE TO BUSINESS
A COMPARATIVE APPROACH OF JUSTINIAN AND NAPOLEONIAN MORTGAGES**

Valerius M. CIUCĂ

Résumé : Partant d'une sémiotique des valeurs juridiques comparatives (justiniennes et napoléoniennes), l'auteur apprécie qu'il est mieux d'adopter l'hypothèque justinienne comme modèle virtuel pour un éventuel code de droit privé commun européen, en gardant l'ensemble des fondements juridiques du Code civil Français. Les arguments visent surtout le caractère plus ouvert de cette hypothèque vers la thèse "des plusieurs chances" du débiteur insolvable et l'ouverture sociale du milieu d'affaires par l'acceptation de l'hypothèque mobilière.

Abstract: Starting from a semiotics of juridical comparative values (Justinian's and Napoleonian's), the author considers that it is better to eventually adopt, as a common paradigm for an hypothetical European Private Law Code, the Justinian's institution of *hypotheca* (the correspondent of mortgage in *common law*). He sustains this conception because of its openness to the ideal of "plurality of chances" of debtors and to the social equity by the acceptance of personal estates or chattels.

**POUR UN DROIT PRIVE EUROPEEN PROPICE AUX AFFAIRES
VUE COMPARATIVE DES HYPOTHEQUES JUSTINIENNE
ET NAPOLÉONIENNE**

**FOR A EUROPEAN PRIVATE LAW CODE FAVOURABLE TO BUSINESS
A COMPARATIVE APPROACH OF JUSTINIAN AND NAPOLEONIAN MORTGAGES**

TABLE DES MATIERES

Introduction	4
1. Du droit justinien	5
2. Points de critique de l'« hypothèque napoléonienne »	6
3. L'hypothèque justinienne propice aux affaires	7
Conclusion	9

*Hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte.*¹

Introduction

L'institution de l'hypothèque, d'origine grecque et d'importance universelle pour les sociétés qui se basent sur le transfert de capital, a été acculturée dans le droit romain au but de faciliter la conclusion de rapports juridiques contractuels dans l'Époque Classique, période de grande effervescence politique, économique et idéologique et de développement profond des institutions juridiques de droit privé. Ce phénomène d'acculturation nomothétique volontaire a été déterminé aussi, parmi d'autres, par l'immobilisme institutionnel et le formalisme excessifs qui caractérisaient les anciennes institutions de garantie réelle contractuelle, tout comme les traditionnelles: le gage (*pignus*) et la garantie réelle (*fiducia*).

Cette étude essaye d'apporter de nouveau à l'attention des nomothètes européens l'hypothèque romaine pour ses trois qualités exponentielles:

- esprit juridique afférent plutôt aux droits réels sur le bien de l'autre (*jura in re aliena*) que sur le domaine d'obligation (*jura obligationum*) ;
- flexibilité agrandie grâce à l'acceptation de l'hypothèque conventionnelle multiple (par confidentialité, extraterritorialité nationale et *jus pecuniae offerendae*) ;
- respectivement, esprit d'équité (*aequitas*) et ouverture vers le milieu social pauvre, grâce à l'acceptation de l'hypothèque des biens mobiles (par *exempli gratia*, les initiales *invecta et illata* du domaine du bail).

Toutes ces trois qualités exceptionnelles antérieurement présentées par la perspective de la sémantique des valeurs juridiques qu'elles illustrent conduisent l'auteur à observer qu'il est mieux d'adopter l'hypothèque justinienne comme modèle pour un éventuel droit privé commun européen, par comparaison à l'hypothèque conventionnelle napoléonienne (opaque en ce qui concerne la thèse "des plusieurs chances" du débiteur insolvable et l'ouverture sociale du milieu d'affaires par l'hypothèque mobilière grâce à la sacralisation sécuritaire de l'hypothèque immobilière).

Le nouveau droit privé européen, qui apparaît comme une nécessité déterminée par l'extension rapide de l'espace commun européen et par l'acculturation du droit européen au niveau continental, se trouve dans la phase où des nouvelles valeurs et des nouveaux principes émergent. Compte tenu du phénomène continu d'acculturation juridique volontaire que connaît l'Europe qui s'élargit par ce qu'on appelle l'*acquis communautaire*, partie intégrante du versant uniformiste dans le procès de globalisation nomothétique, on se demande si, à l'intérieur de cette somme de phénomènes, pourra-t-on découvrir au droit romain un rôle de repère essentiel, de référence pragmatique, non seulement historique mais aussi de paradigme de travail et d'évaluation institutionnelle.

¹ « L'hypothèque est entière en tout (le bien hypothéqué) et entière en quelque partie (du bien hypothéqué) ». C'est à dire, l'hypothèque est indivisible. Pour des explications supplémentaires, à consulter Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *Aphorismes et locutions latines dans le droit roumain*, tome I, Editions de la Fondation "Chemarea", Iasi, Roumanie, 1993, pages 128-129.

Notre réponse aux préoccupations antérieures est affirmative, sans doute, grâce à l'existence même, à l'intérieur de cet espace de civilisation, du trésor de normes et principes juridiques du droit romain. En partant de l'hypostase non historique du droit romain, « d'objet de musée » « rangé » par nos confrères, titulaires des disciplines privatistes modernes et postmodernes, il s'agit de créer un droit adapté en grande mesure (grâce aux circonstances historiques de l'Époque Classique romaine) aux exigences continentales de mise en oeuvre des rapports juridiques privés. Pour cette raison, nous soutenons la thèse qui prévoit que ce système de droit romain, tout comme il a été consacré dans l'œuvre quadripartite justinienne (*Institutiones, Codicis Domini Justiniani, Sacratissimi Principis, ex repetita praelectione, Digesta sive Pandectae* respectivement *Novellae Constitutionis*), devrait représenter la principale source historique capable d'inspirer le nouveau droit privé européen.

En second lieu, parmi les sources du droit privé commun européen, on pourrait intégrer le droit civil continental européen d'origine napoléonienne et le droit canonique, auxquels on peut ajouter la reconsidération de la force juridique des normes constitutionnelles, de la jurisprudence, la raison des juges et la sagesse de la doctrine privatiste comparatiste. On a choisi de traiter ce sujet de manière synoptique parce qu'il représente un très bon "terrain d'essai" pour les valeurs du nouveau droit privé européen qui doit se préfigurer par la force du droit privé comparé dans ses rapports étroits avec le droit romain.

1. Du droit justinien

Une première constatation, d'ordre institutionnel, que nous avons faite aussi dans des autres œuvres théoriques¹ est celle de l'encadrement juridique de l'hypothèque plutôt dans le droit justinien que dans le système européen continental ou romano-germanique du droit civil. L'œuvre de Justinien après la réforme anti-spéculation de Constantin, sur le transfert de la propriété (par *impetratio dominii*², qui renforce l'ancienne *lex comissoria*, inspirée aussi par le droit grec) sur les biens hypothéqués (appelés, au début, *invecta et illata*)³ vers le créancier hypothécaire (effet suivi grâce à l'interdicte de Salvian⁴ et aux actions *serviennes*⁵ et *quasi-serviennes*⁶, sous Justinien, d'une interdiction utile¹, avec plus d'intérêt que celui de l'exécution

¹ Valerius M. Ciucă, *Leçons de droit romain*, tome IV, Editions Polirom, Iasi, 2001, page 1020

² Arangio-Ruiz, *Instituzioni di diritto romano*, Napoli, 1943, page 265 sq.

³ Marcianus, Domitius Ulpianus, Neratius Priscus, *Pandectae*, Liber XX, Titulus secundus, *In quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur*, 2-4 (Ob locationem urbani aedificii invecta et illata tacite pignora sunt ; Item horei, diversorii et areae ; De praediis urbanis vel rusticis). Aussi, Julius Paulus, Dig. II, XIV, 4pr., *De invectis et illatis in aedes conductas* : Item, quia conventiones etiam tacitae valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit (De même, comme les conventions tacites sont valables, on a décidé que les effets qui garnissent les maisons louées, serviraient de gage au propriétaire, quoiqu'on n'en soit pas expressément convenu), apud Behmer, Editeur-propriétaire, *Les cinquante livres du Digeste ou Pandectes de l'empereur Justinien*, Paris, 1803, p. 155 ; voir aussi, VI. Hanga, *Droit privé romain. Traité*, Edition Didactica și Pedagogica, Bucuresti, 1977, page 449 sq.

⁴ Gaius, *Institutes*, Liber quartus, 146.

⁵ Julius Paulus, *Digesta*, Liber secundus, Titulus XIV, *De pactis*, 17, § 2 : Pignore : De pignore jure honorario nascitur pacto actio : tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, *ne petam* (Le gage produit, par la simple convention, une action prétorienne, qui devient de nul effet par le moyen de l'exception, lorsqu'il y a une convention de ne rien demander), apud Behmer, op.cit., 159.

⁶ Gaius, *Institutes*, Liber quartus, Titulus sextus, 7, 31. À voir aussi *Digesta*, Liber XVI, Titulus primus, 13, 1., cf. VI. Hanga, op. cit., p. 450.

par le débiteur des obligations contractuelles) peut être très actuelle en Europe. Cette institution concerne plus les droits réels sur le bien de l'autre (*jura in re aliena*).

Dans cette perspective, la vision romaine approche beaucoup l'institution de l'hypothèque (placée à un niveau de proximité de *mancipatio* et *in jure cessio*) aux autres institutions juridiques typiquement romaines, tout comme le gage (*pignus*) et la garantie (*fiducia*) en leur qualité de droits réels accessoires sur le bien de l'autre, mais aussi à une autre institution acculturée aussi du droit grec (mais à un autre profil qui dérive de *hypotheca*) : on fait référence à *antichresis* ou l'usage réciproque d'un bien hypothéqué.

2. Points de critique de l'« hypothèque napoléonienne »

Cette réalité de l'hypothèque justinienne, semblable aux faits observés et à l'*antichrèse* « américaine » ou à ce qu'on appelle institution juridique *mortgage* de la famille de droit anglo-saxonne (*common-law*)², s'écarte de celle contractualiste de l'hypothèque napoléonienne et se maintient pour toute la durée de l'Époque Postclassique, sans qu'on tienne compte de sa source :

- la convention des parties ;
- le testament du *de cujus* ;
- la décision controversée du magistrat judiciaire (*pignus ex causa judicati captum*, création d'Antonius Pius) ;
- respectivement, la loi (*exempli gratia*, l'hypothèque des fous *-furiosi-* et des prodiges³ sur les biens du curateur, des pupilles et des jeunes *quinque et viginti* sur les biens des tuteurs, l'hypothèque dotale de l'épouse sur les biens de l'époux, devenue même, grâce à l'œuvre des compilateurs justiniens, hypothèque privilégiée⁴, l'hypothèque du locataire sur les récoltes du locataire au compte d'un *merces* non-payé, conformément à Marcianus et Pomponius⁵, l'hypothèque des successeurs testamentaires à titre particulier sur les biens de leurs legs⁶).

À la différence du droit romain, le droit civil moderne qualifie l'hypothèque plutôt comme « pacte hypothécaire » (*pactum hypothecae*), comme garantie réelle en matière contractuelle, la différenciant ainsi, formellement, de l'importance des droits réels (sur les biens des autres), bien que, par l'abolition du caractère romain de sa clandestinité originare, elle transmet la signification d'une sécurisation publique (même exagérée, par le besoin de son inscription tabulaire, authentique, devant deux notaires ou d'un notaire et deux témoins, conformément à l'article 2127 du Code Civil napoléonien)⁷.

De la perspective de la sémiotique juridique, cet encadrement institutionnel déclenche des opinions différentes concernant les deux hypothèques (justinienne et napoléonienne) :

¹ Justinien, *Codex*, Liber octavus, Titulus nonus, 1.

² The case *Pickersill versus Brown*, 7, La. Ann.297, 314, apud William Livesey Burdick, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, Published: Rochester, N.Y., Lawyers Co-operative Publishing, 1938, p. 383.

³ Justinien, *Cod.*, Lib.V, Tit.LXX,7,§§5,6.

⁴ Justinien, *Codex*, Liber quintus, Titulus XIII, *De rei uxoriae actione ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dobitus praestita, Constitutio imperialis 1, § 1*: Et ut plenius dobitus subveniatur: quemadmodum in administratione pupillarum rerum, et in aliis multis articulis tacitas hypothecas inesse accipimus...

⁵ Sextus Pomponius, Aelius Marcianus, *Dig.*, L.XX, Tit.II, 2, 7, pr.

⁶ Justinien, *Cod.*, Lib. VI, Tit. XLIII, 1, C. I.1, §2.

⁷ "L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins".

- la première, flexible grâce à sa clandestinité, est pourtant liée plutôt à la propriété, en lui conférant plus d'autorité et une plus grave signification, c'est-à-dire celle d'un possible paiement pour l'obtention d'un titre ;
- la seconde, située sur l'orbite contractualiste (de type constantinien, centrée sur *jus distrahendi*¹), est plutôt la source de nouveaux rapports, spéculatifs, financiers, de nature à diminuer l'importance de la propriété, même s'il s'agissait d'une propriété immobilière importante, tout comme celle sur les terrains agricoles productifs ou sur les villas rustiques (*villa rustica*).

Un second aspect significatif de notre comparaison concerne la qualité même de l'hypothèque justinienne par rapport à la napoléonienne. On parle d'une qualité qui favorise la mise en œuvre de la valeur socio-juridique de grande importance -l'équité (*aequitas*). Cette dernière est mieux soutenue par l'hypothèque justinienne même parce que, malgré son existence ambulatoire, clandestine (à la disposition du débiteur propriétaire du bien hypothéqué) est une garantie réelle qui accepte comme son objet aussi les biens mobiles. Plus, dans le cas de la disparition ou de la destruction intégrale du bien hypothéqué, on acceptait sa substitution réelle (ou, à la limite, la conclusion d'un rapport juridique hypothécaire).

C'est-à-dire, de cette perspective on peut considérer l'hypothèque justinienne, à la différence de l'hypothèque napoléonienne (sans doute immobilière et indivisible, conformément à l'article 2114 du Code civil français, excessivement sécurisante pour le grand capital)², comme une institution ouverte (jusqu'à ce qu'on lui reconnaisse même la forme tacite, en faveur de l'épouse)³ aussi vers les milieux pauvres de la société, non seulement vers les riches qui, étant minoritaires, jouissent d'un patrimoine qui contient d'habitude aussi des biens immobiliers qui puissent être hypothéqués.

Grâce à cette complexité de l'objet matériel du pacte d'hypothèque (*pactum hypothecae*), le droit de Justinien a une très importante valeur sociale, valeur qui serait propice, dans la perspective de la codification du droit privé européen, à l'affirmation, à la mise en œuvre du concept mitterrandiste de "L'Europe sociale". À son aide, l'hypothèque justinienne est devenue plus mobile, plus flexible, plus ouverte aux alternatives patrimoniales dans la société romaine dans son hypostase byzantine.

3. L'hypothèque justinienne propice aux affaires

On remarque comment le monde des affaires, vu de la manière de Justinien, comme un monde ouvert vers l'initiative privée (sans tenir compte de l'état matériel à un moment donné, de la qualité de jeune ou adulte, de la position sociale ou du niveau d'instruction), pourrait être revigoré grâce à cette garantie réelle -l'hypothèque-, qui a comme support tant les biens immobiliers (d'habitude apanage des riches) que les mobiliers (détenus, régulièrement par les pauvres).

¹ Justinien, *Codex*, Liber octavus, XXXIV (35), 3 (a.326), conformément Hanga, op. cit., page 451.

² "L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation/Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles./Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent".

³ Justinien, *Institutionum seu Elementorum*, Liber quartus, Titulus sextus, 29.

La troisième observation de nature comparative romaniste et historique envisage aussi une qualité très importante de l'hypothèque conventionnelle justinienne; c'est celle d'être, grâce à sa clandestinité ambulatoire, une garantie multiple, flexible, propre à l'affirmation de la théorie sociale si appréciée pendant la postmodernité, « la théorie des plusieurs chances » (si fréquemment illustrée, e.g., dans la pratique contractualiste américaine), même avec le prix d'affronter le risque de l'insolvabilité du débiteur par les créanciers hypothécaires subséquents, ce qu'accroissait une meilleure mise en œuvre de la valeur juridique de la bonne foi (*bona fides*) dans les rapports juridiques conventionnels. Au contraire, l'hypothèque conventionnelle napoléonienne, de nature *quasi*-monopoliste, apparemment réservée au premier créancier hypothécaire en ordre temporel, créancier qui d'habitude manifeste des tendances abusives (ce que fait que le débiteur soit lié à son premier banquier, en étant, évidemment "condamné" au succès économique pour éviter l'honteuse faillite), semble représenter une capitulation du législateur européen du 19^{ème} siècle devant le grand capital.

Le fait mentionné a conduit à l'impossibilité de la traduction en fait de nombreuses initiatives économiques très importantes, une source prodigieuse de nombreux rapports juridiques imaginatifs qu'en présence de l'hypothèque multiple, "en cascade", de type justinien (solutionnées de la perspective de la dispute sur le canevas du principe connu sous le nom de "réplique de priorité de Salvius Julianus" - une réplique emprunté de Neratius Priscus et pour solutionner les conflits à base des possessions obtenues *a non domino*, connue sous la formule: "prior tempore potior jure"¹, une formule assimilée aussi par la médiévale *equity law*, dans le droit anglo-américain, sous la formule : *Where the Equities are equal, the first in time prevails*²), les débiteurs leurs auraient fourni de la substance propice. Pratiquement, pour ces derniers on éteint une ancienne dette pas seulement par la commune, l'habituelle aliénation (*jus distrahendi*) du bien hypothéqué par le créancier hypothécaire qui n'a pas obtenu la satisfaction de l'exécution de l'obligation garantie jusqu'à la date de l'échéance³, mais aussi par la technique du redressement financier du débiteur (dans le sens de bénéficier d'un nouveau crédit pour purger l'ancienne dette et pour obtenir une nouvelle alternative d'affaires).

Cette dernière technique satisfaisait aussi les intérêts des créanciers hypothécaires primaires (par l'obtention du prix de la créance du créancier subsidiaire grâce à ce qu'on appelle *jus pecuniae offerendae*, même si quelques auteurs l'ont qualifiée comme un "palliatif insuffisant"⁴), ainsi comme, de manière virtuelle, satisfaisait aussi les intérêts pécuniaires des créanciers subséquents (qui pouvaient avancer dans l'hierarchie des précédents grâce à ce qu'on appelle *jus suum confirmat*). Par réverbération sociale, l'hypothèque subséquente était utile pour la société entière (qui jouait du nombre plus grand des rapports d'obligation et du renforcement de la civilisation contractualiste).

¹ Justinien, *Codex*, Liber octavus, Titulus XVII, 3 8a.213), apud VI. Hanga, Mircea Dan Bocșan, *Cours de droit privé romain*, Editions Rosetti, Bucuresti, 2005, page 213.

² V.D.Zlătescu, *Droit privé comparé*, Editions Oscar Print, Bucuresti, 1997, apud Valerius M. Ciucă, *Leçons de droit privé comparé. Une introduction dans la herméneutique du droit privé comparé*, Editions Axis, Iasi, 2005, page 272.

³ Gaston May, *Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Septième édition, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1901, page 461.

⁴ *Ibidem*, page 459.

Conclusion

En conclusion, si dans le droit de Justinien l'hypothèque apparaît comme une garantie réelle parmi les autres (même une garantie attractive pour les créanciers et les débiteurs, *ne varietur*), dans le Code civil napoléonien elle apparaît comme une garantie suprême, qui peut être dépassée seulement par certains privilèges, d'après ce qu'il résulte de l'article 2095 de ce code.¹ Pour une Europe "sociale" (ayant comme base économique un capital populaire qui pourrait revaloriser les traditions dans le sens de la renaissance des garanties réelles dans un esprit de redécouverte *bona fides*), nous apparaît comme plus naturelle une hypothèque ouverte à tous ses citoyens décidés d'investir, même par des essais répétés, imagination et esprit créateur dans le domaine économique. Ils pourraient le faire avec de la confiance, même si, à un moment donné de leur patrimoine manquent les biens de grande valeur, immobiliers, si on leur ouvre la perspective d'une hypothèque détachée du modèle fallacieux et féodal, imprégné des conceptions ultra sécuritaires des empereurs Constantin et Napoléon. Autrement dit, elle pourrait être reconsidérée en esprit mélioriste l'hypothèque de l'empereur Justinien.

¹ "Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires".