

# CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XVII :

## DU NANTISSEMENT,

### DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

DÉCRÉTÉ LE 16 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 26.

---

#### ARTICLE 2071.

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

#### ARTICLE 2072.

Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*.

Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse*.

#### SOMMAIRE.

1. Notions générales sur le nantissement.
2. Les rapports de société et les rapports d'affaires ne doivent pas se gouverner par les mêmes idées. Néces :

II.

1

belles idées dont se bercent les philanthropes. Mais le temps n'est pas encore arrivé, et nous en sommes encore au point où la société romaine se trouvait du temps de Martial :

« *Cum rogo te nummos, sine pignore, non habeo, inquis;*

» *Idem, si pro me spondet agellus, habes.*

» *Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,*

» *Credis colliculis, arboribusque meis.*

» *Ecce reum Carus te detulit. Adsit agellus.*

» *Exsilio comitem quæris? agellus eat (1).* »

Oui ! voilà l'infirmité humaine dans sa nudité. Les garanties morales sont si souvent insuffisantes qu'il a fallu faire appel aux garanties de la richesse mobilière et foncière. Aussi le vieux Loisel, qui connaissait le cœur humain aussi bien que la jurisprudence, donnait-il cette règle empreinte d'une haute sagesse :

*Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès (2).* Les pleiges et cautions sont des occasions de procès ; le gage seul force le débiteur à payer. C'est pourquoi la loi, qui doit avoir un baume pour chaque blessure, s'est appliquée à organiser le crédit autant sur les choses que sur les personnes ; c'est un de

(1) XII *epigram.*, 25.

(2) III, 7, 4. Voyez aussi IV, 5, 2 : « De foi, fi ; de » pleige, plaid ; de gage, reconfort ; d'argent comptant, » paix et accord ; » et *infra*, n° 35.

ses plus grands efforts que de procurer aux transactions la plus grande somme de sécurité que puisse offrir la propriété mobilière ou immobilière.

3. Ce soin est d'autant plus nécessaire depuis que l'humanité des mœurs a justement enlevé aux créanciers les rigueurs exagérées de la contrainte par corps (1). Nous avons décrit ailleurs ces temps malheureux où l'homme répondait sur sa vie ou sur sa liberté de sa fidélité à remplir ses engagements (2). La foi des contrats avait pour sanction la servitude ou la mort, et l'homme tout entier tombait dans la propriété et sous le joug d'un autre homme par l'effet de la dette. Ce système de garantie matérielle, qui s'adressait avec barbarie au corps de l'homme, n'existe plus heureusement, et ce sont les biens du débiteur qui ont pris la place de sa personne. Mais plus la contrainte personnelle a été mitigée et réduite, plus il a fallu donner d'extension et de solidité au crédit qui s'appuie sur la chose ; l'engagement des choses est devenu l'un des points les plus délicats, les plus usuels, les plus graves de la jurisprudence. On sait à quel point les esprits sont depuis longtemps préoccupés d'une bonne législation hypothécaire. L'hypothèque, qui n'est autre chose que l'extension du nantissement,

(1) Saumaise, *De modo usurar*, p. 487.

(2) V. notre *Préface de la Contrainte par corps*.

est en effet une partie très difficile de ce vaste et important sujet.

4. Nous l'avons dit : le crédit personnel est souvent fragile. La fortune capricieuse, qui donne les riches patrimoines, les enlève dans ses jeux cruels ; l'inconduite les dissipe, et l'homme, opulent alors qu'on lui a prêté, se trouve pauvre quand est venu le moment de rendre (1). De là, pour le créancier, la nécessité de se faire donner des gages réels (2), qui mettent dans sa main des valeurs suffisantes pour assurer son paiement au moment convenu. *Tutiùs est rei incumbere et possidere, quàm in personam agere* (3).

Ces valeurs sont de deux sortes : mobilières ou immobilières (4). On peut donner en nantissement des meubles ; on peut aussi donner des immeubles. L'effet particulier du nantissement est de mettre le créancier en possession effective de la chose. Le nantissement suppose une tradition de la chose ; c'est là l'idée première qui s'attache à ce genre d'agissement. Ce n'est que par

(1) Saumaise, *De modis usurar.*, p. 488.

(2) Ce mot *réel* est barbare, comme le dit Saumaise ; mais il est expressif. *REALE, ut barbarè sed aptè loquemur.* p. 527, c. 13.

(3) L. 1, § *Qui superficiem*. D., *De superficibus*.

(4) Saumaise, p. 488.

un perfectionnement ingénieux qu'on est arrivé à l'hypothèque, sorte de nantissement particulier qui procure toute sécurité au créancier en laissant au débiteur la possession de la chose. Le jurisconsulte Marcianus a dit : *Inter pignus et hypothecam tantùm nominis sonus differt* (1). Cette proposition n'est vraie que dans un sens restreint, c'est-à-dire en tant que l'hypothèque appartient à la matière des sûretés réelles, aussi bien que le nantissement. Mais, sous d'autres rapports, l'hypothèque diffère d'une manière profonde du nantissement ; elle en diffère non-seulement par le nom, mais encore, et surtout, parce qu'elle laisse au débiteur une possession que le nantissement lui enlève (2).

5. Dans les antiquités du droit romain, le nantissement affectait les formes de la vente. Espèce de vente à réméré, il se contractait par le transport solennel de la propriété entre les mains du créancier, c'est-à-dire par la mancipation *per æs et libram* ; et la mancipation était accompagnée d'un contrat de fiducie, c'est-à-dire d'une promesse obligatoire et juridique par laquelle le créancier s'engageait à rendre la propriété au débiteur quand ce dernier l'aurait désinté-

(1) L. 5, § 1, D., *De pignor. et hypoth.*

(2) Just., Inst., *De action.*, § 7.

Saumaise, p. 490.

ressé (1). C'est ce que Boèce appelle *mancipatio fiduciaria* (2). La littérature latine offre beaucoup de témoignages qui montrent la fiducie comme un mode très fréquent de donner un gage au créancier (3). Saumaise les a recueillis avec diligence (4), mais ne les a pas toujours appréciés avec l'exactitude du jurisconsulte. Les compilations de Justinien ont effacé presque toutes les traces de la fiducie (5); il est probable que le développement du *pignus*, de l'antichrèse et de l'hypothèque, fit peu à peu oublier cette forme romaine de constitution du gage (6). Issue de ce formulaire sacramentel qui appliquait la

(1) Caius, II, 59, 60.

Paul, *Sent.*, II, 13, § 1 et suiv.

Varron, *De linguâ latinâ*, VII, 105.

Isidore, V. *Origin.*, 25.

Noodt, sur le Dig., *De pignerat. act.* ;

Et *Observ.*, II, 7 et 8.

(2) Sur les Topiq. de Cicér., IV. Il est cité par tous les auteurs et particulièrement par Loyseau, *Offices*, II, 3, 31.

(3) Cicér., III, *De officiis*, 17.

Loyseau, *Off.*, 2, 3, 32.

(4) *De modo usurar.*, p. 590, 594, 597, 599, 601, 603, 604, 606, 613.

(5) Noodt, *loc. cit.*

(6) V. M. Bonjean, *Des actions*, § 285.

M. Ortolan, p. 205 et 4417.

M. Pellat, du *Droit de gage*, § 209.

solennité de la mancipation à la propriété privilégiée connue sous le nom de *res Mancipi*, elle dut s'affaiblir, se dénaturer et se perdre enfin, lorsque la propriété eut rejeté la distinction des choses *Mancipi* et des choses *nec Mancipi*.

6. A côté de la *mancipatio fiduciaria*, c'est-à-dire du gage organisé par le droit civil, il y avait le gage du droit naturel, le *pignus*, qui se contractait sans formalités solennelles et s'opérait par la simple remise de la chose dans les mains du créancier (1). Le *pignus* ne transférait pas la propriété : le créancier n'avait qu'une possession et un droit de rétention qui cessaient par le paiement. C'est à cause de cette appréhension manuelle de la chose engagée que les jurisconsultes romains faisaient dériver le mot *pignus* de *pignus* : « *Pignus appellatur*, dit Caius, à *pugno*, quia » *res quæ pignori dantur manu traduntur* (2). » Mais cette étymologie est critiquée avec raison par Saumaise (3). « *Absurdum*, dit-il, *pignus à pugno deducere, cum pignus clausam manum significet. Unde et pignus pro ictu, qui clausa manu incutitur; inde et pugiles appellati.* » On sait que les jurisconsultes romains n'ont pas toujours été heureux dans leurs recherches étymologiques.

(1) Loyseau, *loc. cit.*

(2) Caius, l. 238, D., *De verbor signif.*

(3) *De modo usurar.*, p. 538.

moins à la possession (1). Mais l'hypothèque était si supérieure à la fiducie, et la civilisation grecque en avait éprouvé de si nombreux avantages, qu'il n'était guère possible de lui fermer les accès de la jurisprudence, au nom de scrupules formalistes et étroits. En effet, la fiducie enlevait au débiteur la propriété de la chose pour en investir le créancier sous une condition résolutoire. Au contraire, la combinaison nouvelle ne privait le débiteur ni de la propriété ni de la possession, et toutefois elle investissait le créancier d'une sûreté suffisante.

10. L'hypothèque entra donc dans la jurisprudence romaine sous son nom grec (2). Variété du *pignus*, elle différait cependant du *pignus* proprement dit, en ce que le *pignus* était livré au créancier, tandis que la chose hypothéquée restait aux mains du débiteur. « *Propriè pignus dici- mus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem* (3). » L'hypothèque naquit à Rome du temps de la république. Cicéron en fait mention dans sa correspondance (4). « *Prætereà, dit-il, Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hæ commissæ*

(1) M. Niebuhr, t. 2, p. 385, note 506.  
Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 7.

(2) Loyseau, *Offices*, II, 3, 30.

(3) Ulp., l. 9, § 2, D., *De pign. act.*

(4) XIII, *Ad famil.*, 56. Édit. Panck., t. 20, p. 194.

» sunt; velim cures, ut aut de hypothecis de-  
» dat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut  
» pecuniam solvat. » Cicéron écrivait ces lignes, de la Cilicie, à Thermus, propréteur. Alabanda était une ville de la Carie, province grecque d'Asie. Là habitait Philotès qui s'était engagé par des hypothèques envers Cluvius de Pouzzoles, ami de Cicéron, ou plutôt envers Pompée dont Cluvius n'était que le prête-nom. Car c'était l'habitude des plus notables personnages de Rome de faire l'usure dans les provinces, par le moyen d'intermédiaires. Cicéron recommande donc à Thermus l'affaire de Cluvius et de Pompée; et comme le terme du paiement était arrivé, il le prie de forcer Philotès à délaisser les biens hypothéqués, ou à payer. On voit par-là que l'hypothèque était un moyen de crédit usité dans les prêts par les capitalistes romains. Remarquons toutefois que le fait dont cette lettre de Cicéron nous donne le témoignage se passait dans une province grecque. Mais il n'est pas permis de douter que les spéculateurs de Rome eussent depuis longtemps emprunté à la Grèce et transporté en Italie l'usage de l'hypothèque. Le Préteur avait accueilli favorablement cette imitation du droit grec. Étrangère au droit civil de Rome, l'hypothèque devint la protégée du droit honoraire et prétorien (1).

(1) Paul, l. 17, § 2, D., *De pactis.*  
Et Noodt, *Observ.*, II, 8.

11. Ainsi, l'histoire du droit romain nous offre trois nuances du contrat de nantissement : la fiducia, qui est le contrat solennel et privilégié du droit civil ; le *pignus*, qui est le contrat du droit naturel né du mouvement spontané des intérêts romains ; l'hypothèque, contrat d'origine grecque (1), accueilli par le Préteur et soutenu par son édit.

12. Je disais tout à l'heure que, primitivement, le *pignus* ne donnait au créancier qu'un simple droit de rétention ; il faut revenir un instant sur cette idée, afin de bien saisir le progrès du droit romain en cette matière. Comme le *pignus* était l'œuvre du droit naturel, comme il ne reposait que sur le fait d'une tradition manuelle, le créancier perdait toute espèce de droit quand il en perdait la possession, et aucune action du droit civil ne venait au secours d'une situation que le droit civil n'avait pas concouru à former (2). Combien était plus énergique le droit que la fiducia donnait au créancier, droit de propriété assis sur ce que la forme romaine avait de plus solennel, droit investi des actions les plus efficaces du droit civil (3)!

(1) Noodt : *Hypotheca græcæ originis est*, sur le t. du Dig. *De pign. et hypoth.* V. Loyseau, cité dans mon comm. des *Hypoth.*, nos 7 et 8.

(2) Noodt, sur le tit. du Dig. *De pignorib. et hypoth.*  
Arg. de la loi 17, § 2, D., *De pactis*.

(3). *Ib.*

13. Mais le Préteur ne put longtemps souffrir cette inégalité, et il songea à fortifier le *pignus* par des actions protectrices du droit réel. Le premier qui entra dans la voie de cette innovation fut le préteur Servius, que l'on croit antérieur à Cicéron ; et voici à quelle occasion : lorsque le fermier d'un bien rural introduisait dans la ferme des ustensiles aratoires, on stipulait quelquefois qu'ils serviraient de nantissement au propriétaire. Cet usage était ancien, et le vieux Caton en fait la condition de l'adjudication d'une récolte d'olive (1). Il y avait une autre coutume plus générale et plus fréquente : c'était de stipuler que les fruits de la ferme recueillis par le colon seraient le gage du propriétaire pour le paiement de ses fermages (2). Mais si ces ustensiles et ces fruits étaient déplacés, le propriétaire était sans action pour les remettre sous sa main ; car le droit civil, étranger à la constitution du *pignus*, le laissait sans défense contre le cas de dépossession. Le préteur Servius imagina donc de donner au propriétaire une action prétorienne contre les tiers détenteurs de ces meubles ainsi dé-

(1) Caton, *De re rusticâ*, 146 :

« *Donicùm solutum erit, aut ità satis datum erit, quæ in fundo illata erunt, pignori sunt.* »

(2) L. 4, D., *In quib. causis*.

Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 149.

Cujas, sur la loi 4, D., *De pactis*.

tournés ou déplacés, et cette action prit le nom d'action servienne, *serviana actio* (1). Cette innovation ayant été trouvée bonne, les autres Prêteurs l'étendirent à tous les autres cas de gage, et une action fut attribuée, sous le nom d'action *quasi-servienne*, au créancier gagiste (2).

14. Enfin, le Prêteur ayant adopté l'hypothèque grecque et ayant donné à la simple convention le privilège énorme et inouï d'affecter la chose (3) sans mancipation, ni tradition, ni possession réelle, la conséquence naturelle fut que l'action quasi-servienne vint servir de sanction à ce droit d'hypothèque. L'action quasi-servienne, aussi appelée action hypothécaire (4), donna au créancier le droit de saisir la chose, de la faire vendre et de la faire payer par préférence.

15. Telle fut la marche suivie par le droit romain pour se dégager des étreintes du droit primitif, pour élargir le cercle des rapports ci-

(1) Justin., *Inst.*, *De act.*, § 7.

2 *Inst.*, *loc. cit.* Théophile, sur les *Instit.*, traduction de M. Frégier, p. 547, nos 7 et 8, l. 28, D., *De pign. act.*, l. 3, 7, 10, 18, 21, § 1, D., *De pignorib.*

(3) Paul, l. 19, D., *De damno inferto.*

(4) L. 3, § 3, D., *Ad exhib.*

L. 7, § 12, D., *Com. divid.*

L. 9, D., *Quib. modis.* Théophile, *loc. cit.*

vils, et prendre son point d'appui dans le droit naturel et des gens. Le Prêteur fut ici, comme presque toujours, le moteur de ces ingénieuses et utiles innovations. Le gage et l'hypothèque lui sont aussi redevables que les autres contrats dont nous avons exposé les principes dans nos précédents commentaires.

16. Avant de mettre fin à ces aperçus jetés sur le droit romain, nous avons une observation à faire à l'égard du *pignus*. Le *pignus* fait le sujet de titres nombreux dans le Digeste et le Code Justinien : *De pignoratitia actione*; *De pignorib. et hypothecis*; *Qui potior. in pignore*, etc., etc. Très souvent le mot *pignus* y est pris dans un sens large et comme terme générique employé pour désigner *lato sensu* (1) les sûretés réelles données au créancier : sûretés mobilières ou foncières, gage en meubles ou en terres, antichrèse (2) ou hypothèque. Rien n'est plus fréquent que de trouver dans le langage des jurisconsultes romains ces expressions, *pignori dare prædium*, pour rendre l'idée d'une hypothèque (3). Mais quand les jurisconsultes romains recherchent les variétés qui distinguent les contrats de sû-

(1) Saumaise, p. 492.

(2) Marcianus, l. 33, D., *De pigner. act.*

(3) Marcianus, l. 12, D., *Qui potior.*  
Papin., l. 2, D., *De pign. et hyp.*