

reté reposant sur la chose, ils se servent de locutions plus précises. C'est à l'aide de leurs textes que nous avons montré ci-dessus les différences tranchées qui existent entre la fiducie, le *pignus* proprement dit, et l'hypothèque. Il paraît même, d'après une observation de Caius, que quelques jurisconsultes anciens, recherchant avec une diligence minutieuse la précision dans les choses, avaient donné au mot *pignus* une signification aussi étroite qu'elle est étendue dans les compilations de Tribonien; car ils pensaient que *pignus*, venant de *pugnis*, ne s'appliquait, dans l'exactitude du mot, qu'au gage mobilier : *Undè etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui* (1). Je suis très porté à ne pas mépriser cette conjecture, et à croire que lorsque la propriété foncière était enlacée dans les liens du domaine quiritaire, et que des esprits superstitieux croyaient à la nécessité de la mancipation pour l'aliéner, je suis très porté à croire, dis-je, que ce ne fut qu'à l'égard des meubles que le *pignus* eut quelque efficacité juridique (2). Mais lorsque la fiducie eut perdu son crédit, lorsque l'hypothèque eut été acceptée, lorsque l'anti-

(1) L. 238, D., *De verb. signif.*

(2) Cujas est aussi de cet avis sur la loi 238, D., *De verb. signif.*

chrèse eut pris place dans le droit, alors le mot *pignus* acquit une plus grande extension; il devint un terme générique, et Marcianus put dire avec raison que *pignus* et *hypotheca* ne différaient que par le son (1).

17. Le gage se rencontre chez toutes les nations dont le crédit a atteint un certain degré de développement. Les lois de Moïse le montrent chez les Juifs (2); elle cherchent à lui enlever les rigueurs par lesquelles l'âpreté des créanciers en exagère trop souvent les effets. On ne prendra pas pour gage, dit le législateur des Hébreux, la meule qui écrase le blé; car celui qui l'offre engage sa propre vie (3). N'entrez pas dans la maison du débiteur pour en emporter quelque gage; mais attendez dehors que le débiteur vous apporte lui-même ce qui doit faire votre sûreté (4). Si le débiteur est pauvre, que le gage qu'il vous a donné ne passe pas la nuit chez vous. Rendez-le-lui avant le coucher du soleil, afin que, dormant dans son vêtement, il vous bénisse (5).

(1) L. 5, § 1, D., *De pignorib.*

(2) Deut., 24.

(3) *Id.*, 24, § 6.

(4) *Id.*, § 10 et 11. *Infrà*, n° 46.

(5) *Id.*, § 12 et 13.

18. Les Grecs, peuple commerçant et défiant, firent un grand usage du contrat de gage (1). Le négoce y cherchait des sûretés, soit dans les meubles, soit dans les immeubles (2). L'hypothèque est d'origine grecque; elle atteste l'esprit ingénieux de ce peuple, plus ami de la simplicité que les Romains. Elle enrichit le droit de Rome par l'importation qu'en firent les Grecs italiotes (3). L'antichrèse doit être également rapportée à la civilisation grecque.

19. Le gage nous apparaît dans les lois barbares (4) et dans le moyen âge (5). Quand Joinville part pour la croisade, au milieu de cette exaltation religieuse qui poussait en Orient l'Europe fascinée, il est obligé de mettre en gage la meilleure partie de sa terre et va chercher à Metz des prêteurs qui lui donnent de l'argent à cette condition (6). Le mouvement des croisades donna lieu à de nombreux engagements de la propriété foncière, et l'usure, garantie par le nantissement, ne ménagea pas ces pieux et bra-

(1) Saumaise, p. 503, 506, 556, 560.

(2) *Id.*, p. 503 et 506.

(3) *Id.*, p. 580.

(4) Loi des lombards, lib. 2, t. 21, § 1.

(5) V. Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*, *Guadius*, *Guadia* et *Pignus*. V. aussi la *Préface* de ce commentaire.

(6) N° 62, p. 197, édition de M. Poujoulat.
Infrà, n° 503.

ves chevaliers qui sacrifiaient les intérêts terrestres à la cause du Christ. L'histoire atteste aussi que les établissements religieux ne furent pas les moins empressés à faire l'usure en prêtant sur gage immobilier (1). Les cartulaires de l'ancien régime sont remplis de contrats d'engagements passés par les seigneurs, les princes, les grands propriétaires, pressés par le besoin d'argent, à des époques où le numéraire était rare et où les nécessités étaient urgentes. La propriété foncière, quoique longtemps accablée du poids de ces engagements, n'en reçut pas moins un certain mouvement, qui fit place à sa trop grande inertie (2).

20. Le mot *nantissement* vient du saxon *nam*, qui signifie saisie d'un gage (3); de là ces vieilles expressions françaises, *nampt*, ou *nans*, comme synonyme de gage (4), et *enlever le nampt*, *délivrer le nampt*, pour dire : saisir un gage, délivrer un gage. Dans la coutume de Normandie, *nampt* (5) désigne les meubles et bestiaux pris par exécution et placés comme gage sous la main

(1) Ducange, v° *Pignus mortuum*.

Infrà, n° 501. Voyez la *Préface*.

(2) *Infrà*, n° 504, et la *Préface*.

(3) Ducange, *Namium et nantissementum*, « ex saxo-nico *nam*, pignoris ablatio. »

(4) V. ces mots dans Carpentier.

Junge Bou teiller, *Somme rurale*, liv. 1, ch. 102.

(5) Anc. cout., ch. 7, et nouv. cout., art. 63.

du créancier. Les meubles sont *mort namps*, les bestiaux sont *vif namps*. C'est de ce mot *namp* que la langue française a formé *nantir*, *nantissement*. Quelques grammairiens font dériver le mot *nantir* de *nancisci*, ou du grec moderne. Mais je crois avec Ducange que l'étymologie saxonne est seule certaine.

21. Nantir et nantissement sont des termes génériques en cette matière. Ils ont la même étendue que le mot *pignus* avait en droit romain, alors que *pignus* avait acquis la signification si large dont nous parlions au n° 16. L'art. 2071 en donne une définition qui correspond à cette idée. « Le nantissement, dit-il, est un contrat » par lequel un débiteur remet une chose à son » créancier pour sûreté de la dette. » Il suit de là que, soit que la chose soit un meuble, soit qu'elle soit un immeuble, le contrat peut toujours prendre le nom du nantissement; car, nous le répétons, tel est le terme générique.

Mais la langue du droit moderne eût été stérile si elle n'avait eu à sa disposition une dénomination spéciale pour désigner le nantissement d'une chose mobilière et le nantissement d'une chose immobilière. Le premier s'appelle *gage*; le second s'appelle *antichrèse* (1). Ce sont les espèces du genre.

(1) Art. 2072.

22. Le mot *gage* est d'origine teutonique (1), *wadium*, *quadium* (2). Il se prend tantôt pour le contrat de nantissement d'un meuble, tantôt pour le meuble lui-même donné en *gage* (3). Il a même assez ordinairement une signification moins restreinte que la signification légale que lui donne notre article; car il n'est pas rare de le voir employer pour désigner toute sûreté quelconque, même le nantissement d'un immeuble, même l'hypothèque. La langue vulgaire a des licences que la langue scientifique ne peut pas toujours arrêter. Ce sont même les jurisconsultes, il faut le reconnaître, qui ont été les premiers à se prêter à cette extension. Par exemple, ils ont longtemps donné le nom de *mort gage* au contrat *pignoratif*, à cause que les fruits en sont en pure perte pour le débiteur, à la différence du *vif gage* dont les fruits sont comptés en extinction de la dette (4). C'est également avec *cette extension*, plus populaire que légale, que l'article 2093 dit que *les biens du débiteur sont le GAGE commun de ses créanciers*. Enfin, les lois domaniales, d'accord avec l'ancienne langue du droit, ont appelé *engagements* des contrats jadis très

(1) Brodeau sur Paris, t. 8. Préface, n° 4.

(2) Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*.

(3) Ducange, *loc. cit.*

(4) Loyseau, *Offices*, II, 3, 35, 36.

Loysel, liv. 3, t. 7, n° 1 et 2. *Infra*, n° 503.



fréquents, qui touchaient par les rapports les plus étroits aux nantissemens d'immeubles (1).

23. L'antichrèse, qui est le nantissement d'un immeuble d'après le Code civil (2), a conservé le nom grec sous lequel elle passa dans la jurisprudence romaine. L'antichrèse, sans être tombée en désuétude, tant s'en faut, est cependant moins fréquente qu'autrefois. L'hypothèque l'a vaincue, car le droit hypothécaire est à la fois plus stable et plus commode (3). D'ailleurs, les prohibitions du droit canonique avaient empêché l'antichrèse de pénétrer dans les habitudes populaires. Nous en traiterons aux art. 2085 et suivans.

24. Le nantissement est un contrat accessoire : pour sûreté de la dette, dit l'art. 2071. Il y a donc une dette antérieure à laquelle vient s'adjoindre le nantissement afin de procurer au créancier la sûreté du principal (4). Sous ce rapport, il appartient au même ordre d'idées que le cautionnement (5). On ne saurait comprendre le nantissement sans un contrat principal dont il est

(1) *Infrà*, n° 504.

(2) *Infrà*, n° 504.

(3) V. *Infrà*, nos 38, 534 et suiv.

(4) Marcianus, l. 5, D., *De pignorib.*, et l. 5, § 2 ;
V. aussi l. 2, C., *Si pignus conv. num. pecun.*

(5) V. mon comm. du *Cautionnement*, nos 46 et suiv.

la garantie. Si le débiteur n'était pas lié à un engagement préexistant dont le créancier veut augmenter les garanties, le nantissement manquerait de cause.

Cette dette principale que le nantissement vient fortifier peut procéder de quelque contrat que ce soit, pourvu qu'il soit valable. On ne donne pas seulement des gages pour garantir des prêts d'argent ; on en donne pour des ventes, des locations, etc., etc. (1) ; on en donne pour des obligations pures et simples, ou pour des obligations conditionnelles, ou à terme (2) ; pour des obligations civiles et pour des obligations naturelles (3). En un mot, le nantissement peut être donné *pro quacunque obligatione* (4) et pour toutes les transactions qu'embrasse le commerce. Je crois inutile d'insister plus longtemps sur ce point ; je ne pourrais que répéter ici ce que j'ai exposé avec plus de détails dans le titre du *Cautionnement*, dont les principes sont les mêmes que ceux que nous rappelons ici (5).

25. Le nantissement est un contrat réel ou

(1) Marcianus, l. 5, D., *De pignorib. et hypoth.*

(2) *Id.*

(3) *Id.*

V. mon comm. du *Cautionnement*, n° 53.

(4) Marcianus, *loc. cit.*

(5) Nos 46, 50, 53.

parfait par la chose (1). A ce point de vue, il appartient à la famille du prêt et du dépôt. Comme ces deux contrats, il exige la tradition, la remise de la chose ; c'est ce que l'article 2071 exprime en disant : « Le nantissement est un » contrat par lequel un débiteur remet une chose » à son créancier, etc., etc. »

La tradition est donc une condition essentielle du nantissement. Et par-là notre contrat se distingue éminemment de l'hypothèque, dont le propre est de laisser le débiteur en possession de la chose.

Je trouve cependant dans les Pandectes ce passage d'Ulpien qui paraît en opposition avec notre proposition : « Pignus contrahitur non » solùm traditione, sed etiam nudâ conventione, » etsi traditum non est (2). » Mais une simple observation suffit pour éclaircir le doute né de ce fragment. Ulpien prend ici le mot *pignus* dans le sens large qui s'étend jusqu'à l'hypothèque, et c'est l'hypothèque seule qu'il a en vue lorsqu'il parle de la nue-convention (3) ; quant au *pignus* proprement dit, il est certain que dans le droit

(1) Caius, l. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*
L. ult., C., *De luitione pignor.*
Just., Inst., *Quib. modis re cont.*, § 4.

(2) L. 1, D., *De pignerat. act.*

(3) Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

romain, comme dans le droit français, la tradition était nécessaire pour sa perfection (1).

26. En effet, le double intérêt que le nantissement a pour objet de satisfaire a besoin de la tradition effective de la chose ; il en fait une loi de ce contrat. Quel est l'intérêt du créancier ? c'est de se procurer une sauvegarde : *quò magis ei in tuto sit creditum* (2). Mais combien serait fragile et illusoire la garantie offerte dans un meuble, si le créancier n'en avait pas la possession ! Quelle sûreté offrirait l'antichrèse si le créancier n'était pas mis en jouissance effective de l'immeuble ? D'un autre côté, quel est l'intérêt du débiteur en offrant un nantissement ? c'est de trouver du crédit : *quò magis ei pecunia credatur* (3). Mais s'il ne se dépouillait pas de la possession de la chose, le crédit hésiterait ; la confiance lui ferait défaut, et le contrat manquera le but qu'il veut atteindre.

27. Il faut donc que la tradition investisse le créancier et le mette en possession. Ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition (4). Avant tout, il

(1) Caius et Inst., *loc. cit.*

(2) Justin., Inst., *Quib. modis re*, § 4.

(3) *Id.*

(4) *Etsi enim pignus traditione propriè constituitur, non tamen ità accipi debet, ut incipiat pignus à traditione. Inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus*

faut que le consentement intervienne, et que ce consentement soit revêtu de toutes les conditions nécessaires pour sa validité. Mais une fois le consentement donné réciproquement, le nantissement n'arrive à sa perfection que par la tradition de la chose convenue.

28. Il y a plus : le droit ne repousse pas la promesse du nantissement. Toutes les fois qu'une convention licite a été faite, la bonne foi en exige l'accomplissement. Le débiteur qui a promis un gage est tenu de le livrer (1) ; remarquons cependant que son obligation ne procède pas d'un contrat de nantissement proprement dit. La promesse de nantissement est un contrat sans nom qu'il ne faut pas confondre avec le nantissement effectué (2).

29. Du principe que le nantissement s'accomplit par la tradition, il résulte que l'obligation principale produite par le contrat de nantissement est de rendre la chose en cas de paiement ; obligation qui incombe au créancier et qu'il contracte par la réception de la chose (3). De là l'action appelée en droit romain *pigneratitia actio*,

de re obligandâ (Favre, *Ration.*, sur la loi 1, § 1, D., *De pignor. act.*).

(1) Arg. de la loi 1, § 1, D., *De pign. act.* (Ulpien).

(2) Pothier, *Nantissement*, 9.

(3) Caius, l. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*

qui était accordée au débiteur contre le créancier, et qu'on appelait *directa* parce qu'elle découlait directement et immédiatement de la remise de la chose qui, ayant été purgée, devait être rendue (1). L'action *pigneratitia* était personnelle (2) ; elle n'avait rien de réel, et il ne faut pas la confondre avec les actions réelles qui procédaient du gage en faveur du créancier, telles que l'action servienne et l'action quasi-servienne (3). C'est aussi une action personnelle que celle que l'article 2082 du Code civil ouvre au débiteur qui a payé, pour exiger du créancier la restitution de la chose livrée en gage. — Elle tend à l'accomplissement d'une obligation.

30. Réciproquement, la bonne foi a fait établir une action pignorative contraire (4), dans l'intérêt du créancier. Si le débiteur ne tient pas ce qu'il a promis, si par exemple, ayant affirmé que

(1) Ulp., l. 9, § 3, D., *De pignerat. act.*

Marcianus, l. 33, D., *De pignerat. act.*

Noodt, sur le titre *De pigner. act.*

(2) Favre, sur la loi 1, D., *De pignerat. act.*

(3) L. 17, D., *De pignorib.* (Ulp.).

Instit. de Just., *De act.*, § 7. *Suprà*, n° 14.

(4) Ulp., l. 1, § 2, D., *De pignerat. act.*

Pomp., l. 3, D., *eod. tit.*

Paul, l. 46, § 1, D., *De pign. act.*

la marchandise qu'il donne en gage sous balle et sous cordes est de telle espèce, tandis qu'en réalité elle est de telle autre moins avantageuse au créancier, celui-ci a l'action pignoratice contraire pour que force reste à la convention, ou qu'il soit pleinement indemnisé (1). Il en est de même si le débiteur trouble le créancier dans sa possession (2), ou si le créancier a été obligé de faire des dépenses pour la conservation de la chose mise en gage (3).

Cette action est appelée *contraire* parce qu'elle ne sort pas précisément du contrat dont le but direct est d'engager le créancier; elle n'est pas expresse, elle n'est que tacite et incidente (4). Elle naît de la bonne foi, qui veut que si le créancier est tenu rigoureusement envers le débiteur, celui-ci ne soit pas libre de se jouer de ses promesses, ou de constituer en perte le créancier (5).

31. On voit par-là que le nantissement appartient à la classe des contrats synallagmatiques imparfaits. Justinien a cependant eu raison de dire:

(1) Ulp., l. 1, § 2, D., *De pign. act.*

(2) Pomponius, *loc. cit.*

(3) Pomponius, l. 8, D., *De pign. act.*
Infrà, n° 539.

(4) Mon commentaire du *Dépôt*, n°s 187 et 192.

(5) Noodt, *loc. cit.*

Pignus utriusque gratiâ constituitur (1). Car le gage est dans l'intérêt du débiteur à qui il fait trouver de l'argent, et dans l'intérêt du créancier à qui il permet d'en prêter avec sûreté. Néanmoins, les choses y sont combinées de manière qu'il ne renferme qu'une seule obligation principale et dominante, celle de rendre la chose lorsque le paiement a été effectué. Les autres obligations ne sont qu'accessoires et tacites; elles ne jouent pas un rôle assez éminent pour faire du contrat de nantissement un contrat parfaitement synallagmatique, tel que la vente et le louage. On verra même, par l'art. 2087, que le créancier peut se décharger des obligations que lui impose le nantissement, sans que pour cela le débiteur soit dégagé de la dette principale (2). Nous le mettons donc, avec Pothier (3), dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits (4).

32. Le contrat de nantissement est intéressé de part et d'autre (5). Ce n'est pas le bienfait qui préside à sa formation. L'intérêt est le mo-

(1) *Instit.*, *Quib. mod. re constit.*, § 4.

(2) *Infrà*, n° 545.

(3) N° 14.

(4) V. mon comm. du *Prêt*, n° 7.
Infrà, n° 545, et art. 2087.

(5) *Suprà*, n° 31, le passage des *Instit.*
Pothier, n° 15.