

bile des parties. Mais cet intérêt qu'on a quelquefois reproché à ce contrat, cet intérêt qui préfère les sûretés réelles aux garanties morales, n'a rien qui ne soit approuvé par la bonne foi ; le commerce en retire de grands avantages. Cicéron, d'accord avec le grand pontife Q. Scævola, mettait le nantissement au nombre de ces actes principaux de la vie civile, dont la bonne foi est l'élément (1).

33. Aussi le nantissement repose-t-il sur le droit naturel et le droit des gens (2). C'est à l'équité qu'il emprunte ses règles essentielles ; et bien que le formalisme juridique s'en soit emparé en certains points et notamment en ce qui a trait à la preuve (3), il n'en est pas moins un de ces contrats qui sont répandus chez tous les peuples, qui partout sont nécessaires à la vie civile (4), et qui s'interprètent en tous lieux par des principes communs de justice et de morale (5).

34. Pour distinguer le nantissement des au-

(1) III, *De officiis*, 17.

(2) Pothier, n° 17.

Voët, *Ad Pandect. de pigner. act.*, n° 2.

(3) Art. 2074.

(4) *Quibus vitæ societas continetur*, Cicér., III, *De officiis*, 17.

(5) Cicéron, *loc. cit.* : « Q. Scævola fidei nomen existimabat manare latissimè, idque versari in fiduciis. »

tres contrats réels, ou parfaits par la chose, il suffit de faire attention au but qu'il se propose. Sa fin, suivant l'art. 2071, est de procurer au créancier la sûreté de la dette. Il suit de là qu'il n'a rien de commun avec le prêt, qui a été établi, non dans l'intérêt du créancier, mais dans l'intérêt du débiteur ; ni avec le dépôt (1), qui n'est nullement destiné à donner une sûreté au dépositaire, et qui, au contraire, le grève d'une charge sans compensation pour lui. D'ailleurs, le prêt et le dépôt ne sont pas des contrats accessoires, et sous ce rapport ils se séparent du nantissement par une énorme différence.

35. Le gage n'a pas non plus de conformité avec le cautionnement. Comme contrat de sûreté et comme contrat accessoire, il s'en rapproche cependant (2). Mais il en diffère en ce que le gage fait porter la sûreté sur la chose, tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur. Et comme l'expérience prouve cette vérité du droit romain : *Plus est cautionis in re quàm in personâ* (3), nos praticiens ont eu raison de populariser ce vieux proverbe judiciaire : *Mieux vaut gaige en arche (4) que pleige en place* (5).

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 172.

(2) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 38.

(3) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 1.

(4) *In archâ*, en coffre.

(5) Delaurière sur Loisel, III, 7, 4.



D'ailleurs, comme nous le disions ci-dessus avec Loisel: *Pleige plaide et gage rend* (1). Rien n'exprime mieux la différence des deux contrats (2).

C'est à cause de cette différence que nous avons décidé, dans notre commentaire du *Cautionnement*, que celui qui s'est engagé à donner une caution ne peut être admis à se libérer malgré le créancier en donnant des gages, et réciproquement (3).

36. L'otage a plus de rapport avec le nantissement qu'avec le cautionnement (4). L'otage est le nantissement des traités de paix (5). C'est un reste du gage de la personne, si usité dans les temps barbares; dépravation déplorable du droit naturel, dont nous avons décrit les phases dans notre préface du commentaire de la *Contrainte par corps*. Toutefois, dans les traités de peuple civilisé à peuple civilisé, l'otage n'a plus les caractères d'inhumanité, qui ont si souvent souillé, dans les rapports privés, le gage de la personne. Sans doute, il y a toujours sur la

(1) N° 2.

(2) V. mon comm. du *Cautionnement*, n°s 27, 38, 39.

(3) N° 202.

(4) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 45.

V. Hering, 48, 150;  
10, 280.

(5) Grotius, III, 20, 52.

personne de l'otage un *jus pignoris* (1) qui permet de la garder, de la retenir; mais on n'a pas le droit de la torturer, de la contraindre à des travaux serviles, de la mettre à mort. Il est vrai que dans des temps plus reculés on croyait que l'otage pouvait être mis à mort (2). Aujourd'hui, et même depuis longtemps, ce droit de vie et de mort paraît proscrit du droit des gens (3), et les exemples qu'on pourrait citer pour l'autoriser remontent à une époque où les mœurs étaient farouches et où le sang de l'homme était méprisé. Je répète que l'otage n'est pas un esclave; il est libre; il peut posséder des biens (4).

Le contrat d'otage est toutefois odieux; car l'engagement de la liberté n'est jamais favorable (5). Sous ce rapport, il diffère du gage de la chose, et, comme le dit Grotius: *Neque enim æquale est odium; res enim natæ sunt ut teneantur, non et homines* (6).

Sous un autre rapport, le contrat d'otage diffère du nantissement; car le gage aboutit à la vente de la chose. La personne ne saurait être

(1) *Id.*, n°s 54 et 56.

(2) Grotius, *loc. cit.*, n° 53.

(3) Hering, *De fidej.*, XX, 70, 71.

(4) Grotius, *loc. cit.*, n° 53.

(5) *Id.*, n°s 55, 59.

(6) N° 59.



soumise à une vente; celui à qui elle a été donnée ne peut que la retenir.

37. L'otage, qui aujourd'hui n'est pratiqué que dans les conventions de nation à nation, avait lieu jadis dans les contrats du droit civil (1). L'engagement corporel s'éloigne de plus en plus de nos mœurs; la liberté s'oppose à ce trafic de la personne. C'est l'office des biens de répondre pour les engagements; ce n'est pas l'office du corps de l'homme de subir cette dégradation qui l'assimile à la chose.

38. Nous avons bien des fois fait ressortir la différence du gage et de l'hypothèque (2). Nous n'y reviendrons pas. Nous verrons d'ailleurs, quand nous traiterons de l'antichrèse qui est le nantissement des immeubles, combien l'antichrèse, qui n'engendre pas de droit réel (3) et ne donne au créancier que la faculté de percevoir les fruits par ses mains, est éloignée de l'hypothèque, qui engendre le droit réel et toutes les conséquences qui en découlent dans l'intérêt du crédit. Nous nous bornerons à dire ici que le titre du Code civil que nous analysons, se tenant à cette différence, n'a jamais en vue l'hypothèque quand il traite du gage. En cela, il a plus de

(1) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 45.

(2) *Suprà*, n°s 4, 9.

(3) *Infrà*, n°s 534, 535, 536.

précision que les livres du droit romain, lesquels unissent, par une confusion souvent nuisible à la clarté, le nantissement et l'hypothèque. Nous avons même dit que la confusion va jusqu'à se servir du même mot (*pignus*) pour désigner deux choses qui ont des caractères si divers. Nous aimons mieux l'ordre et la méthode de notre Code civil.

On s'est demandé si le gage mobilier offre plus de sûreté que l'hypothèque (1).

D'une part, l'hypothèque n'est pas exempte de périls; le créancier peut avoir mal pris ses précautions, et, contre ses espérances, l'inscription d'un autre créancier peut le primer et lui enlever ses droits. Nous avons énuméré, dans la préface de notre commentaire des *Hypothèques*, les dangers dont le prêt hypothécaire peut être accompagné.

D'autre part, on peut dire en faveur de l'hypothèque: Les choses mobilières peuvent être volées; elles sont sujettes à dépérissement. Le créancier qui les détient est obligé à une exacte diligence pour les conserver. Au contraire, les fonds de terre et les biens immeubles ne périssent pas (2).

Ce qui est certain, c'est que ces contrats ont chacun leur mérite et leur utilité, et que l'un ne saurait remplacer l'autre.

(1) Saumaise, p. 497 et 498.

(2) Saumaise, p. 477 *in fine* et 498.



39. Quelquefois le nantissement affecte les formes extérieures d'un contrat de vente. Pour donner plus d'efficacité au nantissement, les parties lui donnent l'apparence d'une vente de la chose. C'est au juge à examiner les faits et à voir si, sous cette écorce extérieure, ce n'est pas une garantie qui est donnée à un créancier et non une vente qui est passée à un acheteur. On peut consulter, pour servir d'exemple à ce sujet, un arrêt de la Cour de Bourges du 14 juin 1844 (1).

Ce sont surtout les nantissemens de créances qui se font sous forme de vente; nous en verrons des exemples dans notre commentaire de l'art. 2075.

40. Le titre du Code civil que nous analysons ne s'occupe que du nantissement conventionnel. Mais le nantissement peut se trouver mêlé tacitement à une foule d'agissemens.

On le rencontre, par exemple, dans le contrat de louage. Les fruits de la récolte et les meubles et ustensiles qui garnissent la maison louée ou la ferme sont un gage tacite, inhérent au contrat de louage, et donnent au locateur le droit d'être payé par privilège sur le prix de ces choses (2). C'est comme gage tacite que le droit du propriétaire locateur est considéré par les lois romaines. *Eo jure utimur*, dit Neratius, *ut quæ in prædia ur-*

(1) Devill., 45, 2, 633.

(2) Art. 2102 C. c.

*bana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit* (1). En effet, cette manière de voir n'a rien de forcé (2). Les objets en question garnissent les lieux appartenant au propriétaire; ce dernier les détient en quelque sorte en détenant et possédant les lieux qui les renferment (3).

41. C'est encore un gage tacite que celui de l'ouvrier qui, n'étant pas payé de sa main-d'œuvre, détient la chose par lui confectionnée ou améliorée (4). Il a un droit de rétention (5) qu'il puise dans la possession. Il est, à cet égard, dans la même position que s'il avait stipulé un gage proprement dit.

42. Le commissionnaire a également un gage tacite dans les choses qui lui ont été confiées et pour lesquelles il a fait des avances (6).

(1) L. 4, D., *In quib. causis pignus tacite conv.*

(2) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 170.

V. art. 161, cout. de Paris, avec le comm. de Brodeau.

(3) V. sur cette matière mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 149 et suiv.

Bouteiller, *Somme rurale*, n° 2, l. 20.

(4) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 170, 176 et 177.

(5) *Id.*, n° 257 (bis), 259.

(6) *Id.*, 50, 170.



43. Nous en disons autant de l'aubergiste : il est censé avoir en gage les effets de celui qu'il loge (1).

Le voiturier a aussi un gage tacite sur la chose voiturée. « *Merces*, dit Cujas, *pro vecturâ tacite pignoratae sunt* (2). »

44. Les marchandises mises en entrepôt servent de gage tacite à la régie pour le paiement des droits de douane (3).

45. Quand le dépositaire est créancier pour pertes à lui occasionnées par le dépôt, il a le droit de retenir la chose déposée par une sorte de gage tacite (4), qui, sous ce rapport, a de l'analogie avec le gage conventionnel ; car, de même que le gage conventionnel engendre le droit de rétention, de même le gage tacite du dépositaire lui procure cet avantage. Mais là s'arrête l'analogie, et le dépositaire n'a pas de privilège, quoique le créancier gagiste en ait un (5).

46. On trouve le gage tacite dans la saisie judiciaire des biens. Cette saisie, qui se fait

(1) *Id.*, n° 201.

(2) Mon comm. des *Hypoth.*, n° 207.

(3) L. du 8 floréal an xi.

(4) Art. 1948 C. c. Mon comm. des *Hypoth.*, n° 257, et mon comm. du *Dépôt*, n° 193.

(5) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 257.

Mon comm. du *Dépôt*, n° 193.

malgré le débiteur et place sa chose sous main de justice, opère un gage forcé, *pignus coactivum*. La justice entre dans la maison du débiteur, elle prend et gage ses meubles, et, après l'en avoir dessaisi, après en avoir fait un gage de justice (1), elle en exige la vente pour payer le créancier (2). La civilisation a organisé ce gage de manière à ménager le débiteur, à empêcher les voies violentes et les rigueurs trop sévères. Il y a des précautions prises pour que le débiteur ne soit pas traité *amarè* et *acerbè* (3). En cela, la loi humaine ne fait que se conformer aux préceptes des livres saints, et en particulier du Deutéronome (4), qui défendaient au créancier de saisir de sa propre autorité les meubles du débiteur.

47. Dans le droit romain, le *pignus praetorium* et le *pignus judiciaire* correspondaient à nos saisies (5). Le mot *pignus*, employé pour les dénommer, indique assez l'idée de gage que les Romains y attachaient comme nous. Quand le créancier avait été mis en possession des biens du débiteur par l'effet de la procédure *bonorum proscriptio*, que nous avons décrite dans la préface de notre com-

(1) Ferrière sur Paris, t. 8. *Préface*, nos 2 et 3.

(2) Brodeau sur Paris, t. 8 ; il cite Démosthène.

(3) *Id.*

(4) *Suprà*, n° 17.

(5) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 435 (*bis*).  
M. Bonjean, § 285, t. 2, p. 176.



mentaire de la *Contrainte par corps* (1), cette mise en possession par ordre du prêteur constituait le *prætorium pignus* (2), qui conduisait ensuite à la vente *sub hasta*. C'était aussi un *prætorium pignus* que la saisie que le magistrat faisait faire, par la *pignoris capio* (3), de certains biens du débiteur condamné, afin de procurer l'exécution de la sentence (4).

48. La saisie faite sur les meubles du locataire pour le paiement des loyers s'appelle *saisie-gagerie*, ou simplement *gagerie* (*pignoratio, impedimentum*) (5), parce que ces meubles sont censés être le gage spécial de la dette (6), ou, comme dit Bouteiller, *le gage du louage* (7). La gagerie diffère

(1) P. cit et suiv.

(2) M. Bonjean, *loc. cit.*

(3) Aulu-Gelle, VII, 40.

(4) Bonjean, *loc. cit.*

M. Ortolan, t. 2, p. 1091 et 1092.

Cicér., Philip., 1, 5 ;

*De oratore*, III, 1.

Tite-Live, III, 38.

Tacite, XIII, Annal., 28.

Instit., *De satisd. testor.*, § 3.

Ulp., l. 26, § 1, D., *De pign. act.*

(5) Brodeau sur Paris, t. 8.

(6) *Id.* ;

Et Coquille sur Nivernais, ch. 32.

(7) *Somme rurale*, liv. 1, t. 102.

de la saisie-exécution en ce que les meubles saisis restent entre les mains de la personne à laquelle ils appartiennent, laquelle ne les détient plus qu'à titre de dépositaire (1).

49. Nous terminons par une observation ce que nous venons de dire des gages tacites et forcés. Sous beaucoup de rapports, ils diffèrent du gage conventionnel. Comment, par exemple, appliquer tous les principes du gage conventionnel au *pignus coactivum* établi contre la volonté du débiteur (2)? Il ne faudrait pas non plus donner au gage tacite tous les effets du gage conventionnel. Par exemple, le gage tacite du dépositaire n'entraîne pas de privilège comme le gage conventionnel (3). La plupart de ces gages tacites ne sont que des gages imparfaits. C'est par assimilation qu'on les appelle gages. *Pignora esse creduntur* (4). *Tacitè intelliguntur pignori esse domino* (5). *Veluti pignoris titulo obligantur* (6). Ces ma-

(1) Art. 821 C. pr. c.

M. Merlin, Répert., v° *Saisie-gagerie*.

(2) Brodeau sur Paris, t. 8. Préface de son commentaire et de ce titre, n° 2.

(3) *Suprà*, n° 45.

(4) Neratius, l. 4, D., *In quib. causis pign.*, en parlant du gage, *in invecitis et illatis*.

(5) Pomponius, l. 8, D., *loc. cit.*

(6) L. 1, 3, 7, C., même titre.



nières de parler font comprendre qu'il ne faut pas indistinctement appliquer au gage tacite ce qui est vrai pour le gage conventionnel, qu'il y a des distinctions à faire, des réserves à garder, et qu'on ne peut pas toujours dire: *Eadem vis est taciti ac expressi.*

---



---

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

---

ARTICLE 2073.

Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers.

ARTICLE 2074.

Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public, ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

- 50. Du gage mobilier.
- 51. Des choses qu'on peut donner en gage.
- 52. De certains cas où le gage comprend des choses qui ne sont pas dans le commerce.
- 53. Du gage des esclaves chez les Romains. On trouve encore aux colonies de fréquents exemples de nantissements de noirs.