

Arrêt de la Cour de cassation qui décide l'affirmative.

Critique de cet arrêt.

250. Suite.

251. Autre difficulté.

Un commissionnaire qui n'a pas d'argent pour faire les avances que son commettant exige de lui peut-il déléguer son privilège au tiers dont il emprunte l'argent ?

252. Examen d'un arrêt que l'on a cité à tort comme tranchant la question.

253. Raisons de décider.

254. Suite.

255. Suite.

256. Des avances successives.

257. Nullité du gage constitué dans les dix jours de la faillite.

258. *Quid* si la convention avait eu lieu avant le temps prohibé, sous condition d'un gage? Pourrait-on réaliser le gage dans les dix jours ?

259. De la dette contractée avec gage après les dix jours.

260. Les affaires de commission traitées de bonne foi dans les dix jours sont privilégiées.

COMMENTAIRE.

50. L'article 2072 nous a appris que le gage est, à proprement parler, le nantissement d'une chose mobilière. Le chapitre que nous allons analyser, et qui traite du gage, prend le mot gage dans ce sens restrictif. Il ne s'occupe que du nantissement des choses mobilières. Notre premier soin doit donc être de l'envisager à ce point de vue, c'est-à-dire sous le rapport des choses qui en sont l'objet. Nous parlerons ensuite des

droits qu'il engendre sur ces choses, et particulièrement du privilège reconnu par notre article.

51. Tout ce qui est dans le commerce peut être donné en gage. Cette idée est présentée sous un double point de vue par les jurisconsultes romains : sous une forme négative : « On ne peut » donner en gage, dit Marcianus, ce qui n'est pas » dans le commerce : *Eam rem, quam quis emere non » potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris » accipere non potest* (1) ; » sous une forme affirmative : « Tout ce qui est susceptible de vente, dit » Caius, est susceptible de gage : *Quod emptionem » venditionemque recipit, etiam pignorationem potest » recipere* (2). » Comme le gage doit se résoudre en un prix si le débiteur ne paie pas à l'échéance, il est naturel de faire marcher de pair la vente et le gage, et de considérer surtout comme de nature à être soumises au gage les valeurs qui peuvent être converties par la vente en une somme d'argent (3).

52. Toutefois, ne peut-on pas soutenir qu'il y a des choses qui ne sont pas dans le commerce et que cependant le gage peut atteindre ? S'il est

(1) L. 1, § 2, D., *Quæ res pignori vel hypoth.*

(2) L. 9, § 1, D., *De pignorib. et hyp.*
Caius.

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

vrai que le contrat d'otage soit un contrat de gage (1), ne peut-on pas le citer comme exemple d'un contrat de gage qui porte sur un objet qui n'est pas dans le commerce? Car le corps de l'homme ne saurait être vendu; sa liberté est inestimable et sacrée. Et c'est cependant son corps, c'est sa liberté qui sont donnés en gage dans le contrat d'otage.

De plus, est-il bien vrai de dire, d'une manière absolue, que la fin du gage est la conversion de la chose en prix, à défaut de paiement, et que dès lors on ne peut engager que ce qu'on peut vendre? Bien que la chose donnée en gage ne soit pas susceptible de vente, ne reste-t-il pas au gage quelque chose d'efficace, savoir, le droit de rétention? C'est pourquoi le contrat d'otage est mis dans la catégorie du gage, quoiqu'on ne vende pas et qu'on ne puisse pas vendre la personne otagée. Mais on a sur elle un droit de rétention; ce résultat est suffisant pour que le gage ne reste pas sans valeur légale.

Au surplus, nous n'entendons pas infirmer dans les cas les plus nombreux la vérité des propositions de Marcianus et de Caius; il faut les prendre pour guide habituel. Nous avons voulu montrer les exceptions dont elles sont susceptibles.

(1) *Suprà*, n° 36.

53. Dans le droit romain, il n'est pas rare de voir le gage porter sur des esclaves. On a même vu, dans notre dissertation historique sur la contrainte par corps, qu'à Rome et dans le moyen âge, il était d'usage d'engager son corps, sa liberté, celle de ses enfants (1). Le droit est maintenant purgé de ce mépris des droits de l'homme. Le gage ne peut plus comprendre (le cas d'otage excepté) que les choses matérielles.

Toutefois, dans nos colonies, où l'esclavage est encore en vigueur, il est assez ordinaire de donner des noirs en nantissement. J'en ai vu de nombreux exemples dans les affaires coloniales qui ont passé sous mes yeux à la Cour de cassation.

54. Toutes les choses matérielles peuvent être données en gage (2): bijoux, argenterie, hardes, marchandises, meubles meublants, fruits de la terre, animaux de travail, animaux de produit, etc., etc.

55. On peut même donner en gage de l'argent comptant (3): c'est ce qui a lieu dans certaines bibliothèques publiques, où les règlements permettent de prêter des livres moyennant le dépôt d'une somme d'argent.

(1) Voyez la *Préface* de notre comm. de la *Contrainte par corps*.

(2) Gmelin, *De jure pignoris*, § 3.

(3) Pothier, n° 6.

56. On peut donner en gage des choses incorporelles, des créances, des dettes actives (1). Pothier en doutait (2). Favre soutenait que rien n'était plus légitime (3); et les partisans de cette seconde opinion invoquaient la loi 4 au C., *Quæ res pignor.* La pratique s'est prononcée en faveur du gage des choses incorporelles (4). Elle y a vu un moyen de crédit; elle n'a pas hésité à surmonter de vains scrupules (5). Nous verrons, dans notre comm. de l'art. 2075, les formalités auxquelles le gage des choses incorporelles est assujéti.

57. Celui qui n'a pas la disposition d'une chose ne peut la mettre en gage. Le soldat ne peut engager ses armes (6), le prêtre ne peut engager les vases sacrés (7), si ce n'est pour raison de grande nécessité (8). Les anciens recueils offrent quelques exemples d'engagement des cho-

(1) Gmelin, *loc. cit.*

(2) N° 6.

(3) *Conject.*, VIII, 15 et 16.

(4) Art. 2075.

(5) Pothier le reconnaît en note, *loc. cit.*

(6) Arg. de la loi 14, § 1, D., *De re milit.*

(7) L. 3, C., *Quæ res pignor.*
L. 21, C., *De sacro eccles.*

(8) L. 21, C., *De sac. eccles.*

C. 1 et 3, Extrav. *De pignorib.*

ses sacrées par les ecclésiastiques (1). Un arrêt du parlement de Paris du 7 septembre 1548, rendu toutes les chambres assemblées, condamne un abbé à rendre à la sœur d'un religieux cent écus, somme pour laquelle elle avait en gage un calice que son frère lui avait donné pour sûreté de la dette pendant sa maladie (2).

58. Les bijoux de la couronne ont été quelquefois engagés dans les nécessités d'argent de nos rois. En 1417, le roi Charles VI engagea un fleuron de la grande couronne aux chanoines de la grande église de Paris, pour la somme de 4,600 livres tournois.

L'histoire ajoute que le roi retira ce gage la même année en donnant à l'église une chape de velours cramoisi, semée de perles, qui sert au jour de Pentecôte, avec permission de la faire servir quatre fois dans l'année (3).

59. D'après les lois romaines, le gage de la chose d'autrui n'est pas frappé d'une nullité radicale. Il a au contraire entre le créancier et le débiteur des effets légaux; il engendre l'action pi-

(1) Boerius, *decis.* 6.

Papon., liv. I, t. 1, n° 40.

Brillon, v° *Gage*, n° 6.

(2) Papin., l. I, t. 1, n° 8.

(3) Bouchel, v° *Gage*.

Brillon, v° *Gage*, n° 3.

gneratice au profit du débiteur contre le créancier gagiste (1), et réciproquement. Il est vrai que la chose d'autrui n'est pas affectée par un tel contrat, émané de personnes auxquelles elle n'appartient pas; elle reste libre, et le propriétaire peut la réclamer (2). Mais le contrat produit des engagements personnels entre les parties, et ces engagements tiennent; la bonne foi veut qu'ils soient accomplis (3). C'est ainsi que nous avons vu que le prêt de la chose d'autrui (4), et le dépôt de la chose d'autrui (5), ont entre les contractants des effets légitimes.

60. Pour mettre ce point dans tout son jour, il faut l'éclairer par quelques notables distinctions. Trois cas se présentent: ignorance du débiteur et du créancier; ignorance du créancier et mauvaise foi du débiteur; mauvaise foi du créancier et du débiteur.

61. Quand le débiteur est de bonne foi, sa croyance sincère dans son droit de propriété ne fait pas disparaître l'intérêt qu'a le créancier à

(1) Ulp., l. 9, § 4, D., *De pignorat. act.*

L. 22, § 2, D., *eod. tit.*

V. le t. du Code *Si res aliena pignor. dat.*

(2) Paul, l. 20, D., *Pign. act.*; lib. 21, *Ad edict.*

(3) Favre, sur la loi 9, § 4, D., *De pign.*

(4) Mon comm. du *Prêt*, n° 38.

(5) Mon comm. du *Dépôt*, nos 39 et 40.

n'avoir en gage qu'une chose sur laquelle il puisse se payer avec certitude. La propriété d'autrui rend le gage équivoque et lui enlève ses sûretés. Le créancier a donc action contre le débiteur, et celui-ci ne peut pas prétexter de son ignorance. « *Quantum ad contrarium iudicium,* » dit Paul (1), *ignorantia eum non excusat.* » Car, comme le dit Cujas, que l'on peut très bien citer à côté de Paul, « *contractus fides exigit,* » ut *salvum jus suum sit creditori* (2). » Il y a d'ailleurs faute de la part du débiteur qui a engagé pour sienne une chose qui ne l'était pas (3).

Sous tous les rapports, donc, l'action contraire compète au créancier.

62. Maintenant, passons à un second cas. Celui qui sciemment a donné la chose d'autrui engage au créancier de bonne foi s'oblige certainement envers ce dernier. Il s'oblige surtout par le mensonge et par le dol qui ont trompé le créancier. En ce sens, on ne saurait dire que le gage de la chose d'autrui est nul. C'est ce qu'explique très bien le président Favre. « *Quod enim* » *dicimus, rem alienam pignori dare non posse,* » non *eò pertinet, ut qui rem alienam ignoranti* » *sciens dedit, non obligatur. Quidni enim obli-*

(1) L. 46, § 1, D., *De pignorat. act.*

(2) Lib. 29, *Pauli ad edict.*, sur cette loi.

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

» gari debeat ex suo mendacio et dolo, cum igno-
» rantem creditorem deceperit (1) ? »

63. D'un autre côté, si ce débiteur, qui de mauvaise foi a engagé la chose d'autrui, paie le créancier à l'échéance, il est clair qu'il aura contre ce dernier l'action pignoratice directe pour retirer la chose. Car autrement le créancier trouverait dans une constitution de gage vicieuse des avantages que lui refuse la constitution de gage valable (2).

64. Ainsi donc, d'une part, le créancier aura l'action pignoratice contraire, à cause de l'obligation contractée par le débiteur; c'est la décision expresse d'Ulpien : « Si rem alienam mihi » debitor pignori dederit, aut malitiosè in pignore » versatus sit, dicendum est locum habere con- » trarium iudicium (3). » D'autre part, le débiteur a l'action pignoratice directe pour la restitution de la chose (4). Le contrat produit donc des effets sérieux et réels.

65. Supposons maintenant que le créancier reçoive la chose, en sachant qu'elle n'appartient

(1) *Ration.*, sur la loi 9, D., *De pign. act.*

(2) Favre, *loc. cit.*

Arg. de la loi 12, § 7, D., *De captivis et post.*

(3) L. 9, D., *De pign. act.*

Junge Paul, l. 16, § 1, D., *De pignorat.* (lib. 29, *Ad edict.*)

(4) Ulp., l. 22, § 2, D., *De pignorat. act.*

pas au débiteur. Il serait difficile, dans ce cas, qu'il pût élever des plaintes. Il n'a pas été trompé, ou, pour mieux dire, il s'est trompé lui-même (1). L'action pignoratice contraire ne lui appartient donc pas. « *Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum contrarium ei non competit* (2). »

66. Nous venons de voir la position du débiteur et du créancier vis-à-vis l'un de l'autre, lorsque la chose d'autrui a été donnée en gage. Jetons à présent un coup d'œil sur le droit du propriétaire (3), dont la chose a été l'objet du contrat.

S'il a consenti à la dation du gage, tout est valable. *Aliena res pignori dari, voluntate domini, potest* (4).

67. Il en est de même s'il ratifie expressément ou tacitement le gage de sa chose, donné à son insu par le débiteur : *Et si, ignorante eo, data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* (5). Il est censé avoir donné mandat, et entre les parties le gage vaut *ab initio*, avec effet rétroactif (6).

(1) L. 26, D., *De rei vindicat.*

(2) Paul, l. 16, § 1, D., *De pign. act.*

(3) C'est ce que nous avons fait pour le Prêt.

V. mon comm. du Prêt, nos 38 et 106.

(4) Paul, l. 20, D., *De pign. act.*

(5) *Id.*

(6) Arg. de l'art. 1922 C. c. Il reconnaît la légitimité du consentement exprès et tacite.

68. Mais si le propriétaire n'a donné aucun consentement, sa chose n'est pas engagée; elle n'est en rien affectée. Une chose ne peut être atteinte par un droit réel que par la puissance de la volonté du maître (1). « *Nezum non facit, nisi persona quæ jure potuit obligare.* » Ce sont les termes de la loi romaine (2). Le principe est ici le même qu'en matière de dépôt. De même que, d'après l'article 1922 du Code civil, le dépôt volontaire n'est valable que du consentement exprès ou tacite du propriétaire (3), de même le gage n'est pas valable si son consentement n'intervient pas.

69. Ainsi, est nul le gage donné par un procureur contre et outre le mandat du propriétaire (4). Le créancier qui a traité avec le procureur devait examiner les termes de la procuration, et il doit s'imputer d'avoir fait un contrat avec une personne sans qualité.

Ainsi encore, le créancier qui a reçu en gage la chose qu'il savait appartenir à autrui ne peut résister à l'action du propriétaire qui la revendique.

70. Mais que dirons-nous du cas où le créancier a été de bonne foi, et a reçu la chose des

(1) Arg. de la loi 20, D., *De pign. act.*, et Favre, *Ration.*, sur ce texte.

(2) Honor. et Théod., l. 8, C., *Si aliena res pignor.*

(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 39, 40.

(4) Sever. et Ant., l. 1, C., *Si aliena res pignor. dat.*

de mains d'une personne qu'il avait juste sujet de considérer comme propriétaire? Quelle sera, d'après le droit français, sa position vis-à-vis du maître de cette chose.

L'ancienne jurisprudence nous offre sur cette question des décisions qui se contrarient.

M. Pajet, maître des requêtes, avait donné des bagues à une revendeuse pour les vendre. Celle-ci les mit en gage pour 200 écus. M. Pajet fit saisir ses bagues chez la personne qui en était nantie. Celle-ci répondit qu'elle ne restituerait les bagues qu'autant que M. Pajet lui paierait son argent. Mais un arrêt du parlement de Paris, du 14 mars 1616, condamna le dépositaire à la restitution, sauf son recours pour la répétition de son argent contre la revendeuse (1).

Autre décision semblable :

Une personne avait emprunté un carcan ou collier de pierreries à un de ses amis; puis il l'avait engagé sans en informer le propriétaire. Un arrêt du parlement de Dijon, du 9 août 1612, décida que le maître du carcan pouvait le retirer des mains du créancier qui le détenait, sans être tenu de lui payer le prix pour lequel le gage avait été donné (2).

(1) Bouchel, v° *Gage*.

Brillon, v° *Gage*, n° 3.

(2) Bouvot, t. 2, v° *Gage*, quest. 5.

Despeisses, t. 1, p. 248, n° 4.

Despeisses confirme cette jurisprudence par un arrêt de la cour des aides de Montpellier du 26 novembre 1640. Un collecteur des tailles avait reçu une ceinture d'argent en gage, d'un homme marié, pour assurance des tailles qu'il lui devait. Il fut jugé que le collecteur rendrait à la femme cette ceinture qui lui appartenait, et cela sans qu'elle fût tenue d'acquitter les tailles auxquelles cette ceinture servait de garantie (1).

71. Il a toutefois été jugé, par arrêt du 7 février 1636, que le propriétaire ne peut réclamer les gages donnés par un revendeur public qu'en restituant le prix de l'engagement (2); ce qui est conforme à l'opinion que le président Favre avait du droit français; car il dit quelque part : « Apud Gallos, pignorum mobilium persecutio » hypothecaria nulla est, si ab alio quàm ipso » debitor possideantur. Id enim est quod aiunt : » *Les meubles n'ont point de suite* (3). »

Cette dernière décision est en opposition avec les précédentes. Doit-elle prévaloir sur elles et servir de règle aux jurisconsultes, ou bien est-ce dans les arrêts contraires que repose la vérité?

72. L'article 2279 du Code civil fait incontes-

(1) *Loc. cit.*

(2) Bardet, t. 2, liv. 2, ch. 4.
Brillon, *loc. cit.*

(3) Sur la loi 5, § 8, D., *De trib. act.*

tablement prévaloir l'arrêt du 7 février 1636. Les autres arrêts ne peuvent s'expliquer que par des circonstances de fait, ou plutôt parce que la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*, n'était pas encore sortie victorieuse des entraves du droit romain et de certaines coutumes empreintes des vestiges du droit écrit. Aujourd'hui il n'y a pas à hésiter; la difficulté est tranchée par l'article 2279 (1).

73. Cet article nous a déjà servi, dans nos précédents commentaires, à éclaircir plus d'un point obscur et jadis litigieux.

Ainsi, arrive-t-il que l'emprunteur vende à un acheteur de bonne foi la chose prêtée? le propriétaire n'a pas de revendication contre ce dernier. *Meubles n'ont pas de suite* (2).

Arrive-t-il que le dépositaire vende la chose déposée à un tiers de bonne foi? le propriétaire n'a pas l'action en revendication contre ce dernier. *Meubles n'ont pas de suite* (3). Il en est de même quand c'est l'héritier du dépositaire qui a vendu la chose déposée (4).

(1) M. Grenier semble contraire, *Hypothèques*, t. 2, n° 314.

M. Zachariæ est de mon avis, t. 3, § 433.

(2) Mon comm. du *Prêt*, n° 92.

Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.

(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 106.

Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.

(4) Mon comm. du *Dépôt*, n° 124, art. 1935.