

## ARTICLE 2078.

Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.

## SOMMAIRE.

377. L'art. 2078 a pour but de protéger le débiteur contre des pactes abusifs.  
 378. Du pacte commissaire.  
 379. Dureté de cette convention.  
 380. Suite.  
 381. Réponse aux objections.  
 382. La jurisprudence romaine le proscrivait;  
 383. Même avant Constantin.  
 384. Il ne faut pas confondre la loi commissaire avec la fiducia.  
 385. Le pacte commissaire peut être défendu alors même que l'usure est permise.  
 386. Le pacte commissaire est-il valable s'il a lieu après coup? Détails sur cette question.  
 387. Suite. Examen d'une loi romaine.  
 388. Il n'y a pas pacte commissaire lorsqu'on convient que le gage appartiendra au créancier suivant une estimation qui sera faite au moment de l'échéance.

389. Il en serait autrement d'une estimation faite au moment du contrat.  
 390. Il n'y a pas pacte commissaire quand on attribue au créancier en paiement une chose non engagée.  
 391. Autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissaire.  
 392. Du pacte commissaire apposé dans une transaction.  
 393. Du pacte commissaire à titre de dot.  
 394. Le pacte commissaire est nul, mais le contrat ne l'est pas.  
 395. De la vente du gage.  
 396. Droit ancien et droit nouveau.  
 397. Suite.  
 398. Suite.  
 399. Suite. Le créancier peut faire décider par le juge que la chose lui restera à dire d'experts, ou bien il peut en faire ordonner la vente par le juge.  
 400. Le créancier est maître de choisir de ces deux pactes celui qui lui convient le mieux.  
 401. Suite.  
 402. Juridiction du tribunal pour ordonner la vente.  
 403. La convention peut-elle dispenser d'aller devant le juge?  
 404. Le créancier ne doit ni perdre ni gagner à ce mode de paiement.  
 405. De la convention aléatoire portant que s'il reste quelque chose après la vente, le créancier en profitera.  
 406. En droit romain, ce n'était pas le juge qui ordonnait la vente; c'était le créancier qui y faisait procéder à l'échéance.  
 La vente doit être publique.  
 407. *Quid* de la vente des effets publics, rentes sur l'État, etc.?  
 408. Les règles ci-dessus sont applicables au commerce.  
 409. Suite.



410. Des formes pour opérer la vente.  
 411. Faut-il notifier la requête au créancier?  
 412. Distinctions à suivre.  
 413. Suite.  
 414. La vente libère le débiteur. On fait compte de prix.  
 415. *Quid* si l'acheteur ne paie pas ?

## COMMENTAIRE.

377. Après les dispositions ci-dessus qui se sont occupées des garanties du créancier, l'article 2078 tourne son regard sur le débiteur afin de ne pas le laisser à la merci du créancier : le débiteur a droit à sa protection ; le besoin dans lequel il se trouve le rend facile à subjuguier ; il faut venir à son secours contre les pactes lésionnaires et les extorsions de créanciers impitoyables.

378. Parmi les clauses célèbres dans les annales de la fraude, il en est une fort connue en jurisprudence sous le nom de *pacte comissoire* (1). C'est celle qui consiste à stipuler que si dans un certain temps le débiteur ne retire pas, en payant, la chose donnée en gage, cette chose sera de plein droit acquise au créancier en paie-

(1) De *committere*. Lorsqu'une partie perd le domaine de sa chose et qu'une autre l'acquiert, on dit en latin qu'elle est *commissa* à ce dernier.

Doneau, sur le C., *De pactis pign.*, n° 2.

ment de ce qui lui est dû (1). Ce pacte opère une conversion du gage en vente (2). Il contient une vente conditionnelle, qui enlève au gage ses fins légitimes, et leur substitue une aliénation absolue, sans concurrence d'acheteurs ; il renferme une clause pénale à raison du non-paiement du prix au temps préfix (3). Il enlève *abrupte*, comme dit J. Godefroy, au malheureux débiteur, la chose qui est encore à lui (4).

379. Ce pacte est empreint d'une dureté excessive. Presque toujours la chose donnée en gage est d'une valeur supérieure à la dette, et ce n'est qu'en cédant à la contrainte morale du besoin que le débiteur consent à subir l'obligation rigoureuse d'abandonner au créancier cette chose qui vaut plus que ce qu'il doit (5). Un tel pacte est donc immoral : *contra bonos mores* (6) ; il est vexatoire ; il est un abus du fort sur le faible,

(1) Pothier, n° 18.

*Infrà*, n° 508.

MM. Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2070.

Mæstertius, *De lege commissoria*, q. 2, n° 1.

Doneau, sur la loi dernière, C., *De pactis pign.*

(2) Favre, sur la loi 34, D., *De pign. act. Infrà*, n° 387, note (2).

(3) Doneau, *loc. cit.*, n° 4 : *Committi ar pignus, pœnæ causâ*.

(4) Sur le C. Théod., *De commiss. rescind.*

(5) Mæstertius, q. 3, n° 2.

(6) Doneau, *loc. cit.*



une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent.

380. Lors même qu'il serait prouvé que la chose n'a pas une valeur supérieure à la dette dont elle est la garantie, ce ne serait pas encore une raison pour autoriser le pacte commissoire. D'abord le prix des choses est variable ; si l'objet donné en gage ne valait que tant à l'époque du contrat, il peut en valoir beaucoup plus à l'époque du paiement. Il n'est pas juste de priver le débiteur de cette chance (1) en exploitant le défaut de liberté dans lequel le place son indigence. De plus, si on autorisait le pacte commissoire sous prétexte qu'en fait, le débiteur n'est pas lésé, ce serait une excitation pour les créanciers à l'insérer toujours dans les contrats de gage, sauf à subir les chances de l'examen de la fraude et de la lésion. La tolérance de la loi provoquerait en quelque sorte le dol ; elle ferait pulluler des conventions qui recèlent les plus graves abus (2).

Au surplus, l'expérience prouve que les cas où il n'y a pas de lésion pour le débiteur sont fort rares. Et quand même la loi n'en aurait pas tenu compte, il ne faudrait pas lui en faire un reproche.

(1) Mæstertius, *loc. cit.*, n° 3.

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 4.

381. A ceux qui se prévendraient de la liberté des conventions pour défendre le pacte commissoire, nous rappellerons le principe que les conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs et à la bonne foi sont nulles (1). Et rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois et de s'enrichir à ses dépens.

382. Le pacte commissoire a donc été proscrit de bonne heure dans la jurisprudence romaine, si attentive, sous la main des Prudents, à se mettre d'accord avec l'équité (2). Mais comme l'avidité des créanciers ne tenait pas plus de compte de ces défenses que des lois destinées à régler le taux des usures, lois si souvent violées, quoique si souvent rappelées (3), Constantin, à cette époque de son règne où il s'occupait avec tant de sollicitude de corriger les mœurs de son empire (4), intervint contre tant d'âpreté et

(1) L. 7, § 7, D., *De pactis*.

L. 6, l. eodem.

L. 5, D., *De pactis dotalibus*.

(2) Arg. de la loi 34, D., *De pignorat. act.*

L. 16, § ult., D., *De pignorib.*

L. 45, D., *De solut.*

Mæstertius, quest. 5.

(3) Tacite, *Annal.*, 6.

(4) Godefroy, sur le C. Théod., *De commiss. rescind.*



de manœuvres captieuses (1). Il défendit le pacte commissoire de la manière la plus absolue (2).

383. Beaucoup de jurisconsultes ont pensé que cette loi de Constantin était une innovation. Je crois, avec Doneau (3), qu'il y a de bonnes raisons à donner pour soutenir le contraire. Plusieurs textes du Digeste supposent invinciblement l'injustice et la nullité du pacte commissoire. Aucun d'eux cependant ne porte sur un cas précis dans lequel ce pacte aurait été nettement invalidé; mais on y voit clairement que l'idée de la nullité est sous-entendue, et certains fragments n'auraient pas de sens sans cette donnée.

384. Contre cette opinion, il ne serait pas juste d'opposer la forme primitive de la fiducia, qui fut exclusivement pratiquée dans l'origine pour constituer, à Rome, le nantissement (4). La

(1) *Captiones... crescit asperitas*, dit la loi de Constantin.

(2) L. fin., C., *De pactis pignor.*  
V. aussi C. Théod., *De commissoriâ rescindendâ*, lib. 3, t. 2, loi unique : « *Si quis, dit l'empereur, tali c. ntractu laborat, hâc sanctione respiret.* »

(3) *Loc. cit.*, n° 4 :

« *Et probable est, non hâc constitutione Constantini primùm hanc legem improbatam esse, sed etiam displi-*  
« *cuisse veteribus. Pœna tantùm aucta est.* »

*Junge Mæstertius, loc. cit.*, quest. 5.

(4) *Suprà*, n° 5.

fiducie était un gage sous forme de vente à réméré; elle n'était pas un pacte commissoire. On comprend, en effet, la grande différence qui sépare la vente, avec faculté de rachat, du pacte commissoire apposé dans un nantissement. Dans la vente à réméré, le vendeur aliène sur-le-champ sa chose; il sait qu'elle va cesser d'être à lui. Or, il ne se décide pas facilement à un tel sacrifice; il débat ses intérêts, et le sentiment de la propriété le porte à résister à des exigences vexatoires. Dans le nantissement, au contraire, le débiteur n'aliène rien sur-le-champ; il ne fait qu'engager sa chose, acte auquel on se prête toujours avec plus de facilité qu'à la vente. L'aliénation produite par le pacte commissoire, au lieu d'être actuelle comme dans le réméré, est éloignée et conditionnelle; le débiteur espère qu'il empêchera la condition de se réaliser, que le temps viendra à son secours et qu'il prévendra cette dépossession qui, quoique menaçante, n'a rien de consommé. C'est pourquoi on a toujours fait une grande différence entre le réméré et le pacte commissoire. Le réméré a toujours été permis (1); le pacte commissoire a toujours été suspect.

385. Il ne faudrait pas non plus nous opposer les époques pendant lesquelles l'usure fut permise à Rome. Alors même que l'usure est auto-

(1) *Mon comm. de la Vente*, t. 2, n° 692.



risée par les lois, le pacte commissoire n'en est pas moins dangereux et répréhensible; car il expose le débiteur à payer plus que le capital et les usures convenues. Que le débiteur livré à la rapacité du créancier supporte des usures onéreuses, on l'accorde, puisque nous supposons l'existence d'une loi qui le permet; mais il ne faut pas qu'il soit exposé à quelque chose de plus cruel encore, c'est-à-dire à laisser pour le paiement de ce qu'il doit en réalité, avec les usures comprises, une chose qui a peut-être beaucoup plus de valeur.

386. On demande si le pacte commissoire, évidemment nul quand il est apposé au contrat de gage dans le moment où la convention a lieu, n'est pas valable alors que c'est *ex intervallo* qu'il est stipulé (1). Bartole tient l'affirmative, en disant que le débiteur qui a déjà obtenu l'argent dont il avait besoin ne consent plus au pacte commissoire par nécessité, et que sa volonté est libre (2). Mais cette raison n'est pas solide. Sans doute, ce n'est plus le besoin d'avoir de l'argent

(1) L. 46, D., *De solut.*

L. ult., C., *De pact. pignor.*

Dumoulin, *De contr. usur.*, q. 52, n° 363.

Favre, *De errorib. prag.*, decad. 21, error. 2; et Code, VIII, 23, 1.

Mæstertius, quest. 6.

Voët, XX, 1, 25.

(2) Bartole, sur la loi *Quamvis*, D., *De solut.*

Doneau, *De pignorib.*, c. 13.

qui arrache une faiblesse à l'emprunteur. Mais qu'importe, si la pénurie et la crainte de ne pouvoir le rendre exercent sur lui le même empire? Est-ce que le débiteur est dans une position meilleure lorsque le créancier le presse de ses vives instances en l'avertissant que le moment approche de rendre ce qu'il doit, lorsqu'il le menace de vendre le gage aussitôt que cette heure critique aura sonné; lorsqu'il obtient de lui, sous cette influence, le pacte lésionnaire en vertu duquel il consent à ce que la chose reste aliénée si au jour de l'échéance tout n'est pas payé?

387. La loi 34, D., *De pignerat. act.*, n'est pas contraire à cette solution, quoi que Bartole en ait pensé (1). En voici l'espèce :

Le jurisconsulte Marcellus suppose que Titius a prêté de l'argent à Sempronius, qui lui a donné un gage. Titius, n'étant pas payé, se dispose à faire vendre le gage. Sempronius lui écrit alors et offre de lui vendre cette chose à lui-même, moyennant un certain prix, *certo pretio*. Titius accepte, et l'on passe acte de cette convention. Le débiteur pourra-t-il faire révoquer cette vente en offrant le capital et les intérêts? Non, dit Marcellus; d'après les faits exposés, la vente doit tenir. En effet, notons d'abord cette différence

(1) « *Ut somniat Bartolus*, » ainsi que le dit Favre, sur cette loi, *Ration. ad Pand.*

V. *infra*, n° 569.



entre cette espèce et celle du numéro précédent : tout à l'heure, le terme n'était pas encore arrivé; ici, il est échu. Tout à l'heure on exploitait la crainte de ne pas pouvoir juger. Ici, on ne fait que régler les conséquences d'un fait accompli.

Partant de là, voici ce qui explique la décision de Marcellus.

Puisque le débiteur, malgré la constitution du gage, reste maître de la chose, il peut la vendre à qui il veut, même au créancier, pourvu que les circonstances ne prouvent pas qu'il n'a pas été libre (1). Or, il y a ici contrat de vente parfait; on y trouve *res, pretium, consensus*.

S'inquiètera-t-on du consentement? Mais remarquons-le : ce consentement n'aboutit pas à un pacte commissaire; il constitue une vraie vente. Qu'est-ce que le pacte commissaire? une vente conditionnelle, une vente soumise à cette condition : « si le débiteur ne paie pas tel jour. » Ici, le jour est arrivé; la dette est échuë. Il faut payer. Le contrat n'est, dès lors, qu'une dation en paiement pure et simple; il n'est soumis à aucune condition.

En ce qui concerne le prix, on sait que dans le pacte commissaire, qui convertit le gage en vente (2), il n'y a pas d'autre prix que l'argent déjà prêté et les intérêts; le montant de la dette

(1) Tryph., l. 12, D., *De distr. pignor.*

(2) *Per quod pignus in venditionem convertitur.*  
Favre, sur la loi 34, D., *De pign. act. Suprà*, n° 378.

est toujours inférieur à la valeur du gage (1). Ici, il y a prix fixé à nouveau, *certo pretio*. Ceci est de la plus haute importance (2). Ce prix, déterminé entre les parties après un nouvel examen, ôte au contrat toute parité avec le pacte commissaire (3) et avec le cas examiné au n° 386.

388. De même, on ne confondra pas avec le pacte commissaire la convention par laquelle les parties stipulent que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme assurée sur le gage, la chose demeurera acquise au créancier suivant une estimation qui en sera faite alors. Ceci est loin de ressembler au pacte commissaire, qui fait acquérir la chose au créancier *simpliciter* (4) et *abruptè* (5). Elle ne devient sa propriété qu'après une estimation de sa valeur et un compte du plus ou du moins (6).

(1) *Ità via fieri queat, ut summa debita, justo pignoris pretio æquipollat.* Favre, *loc. cit.*

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) *Junge* M. Berlier, *disc. au conseil d'État.*  
Fenet, t. 15, p. 197.

(4) Godefroy, sur le C. Théod., *De commissor. rescindendâ*, t. 1, p. 293, col. 2.

(5) *Suprà*, n° 378.

(6) Pothier, n° 19.

Gregor. Tholosanus, lib. 22, c. 9, n° 14. Il cite un arrêt du parlement de Paris.

Favre cite un arrêt du sénat de Chambéry. *Cod., De pact. pign., VIII, 23, 1.*

Doneau, sur la loi 1, C., *De pactis pign.*, n° 6.  
*Infrà*, n° 550.

