

Telle est la décision de Marcianus dans la loi 16, § final, D., *De pignorib. et hypoth.* : « Potest ita fieri pignoris datio, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio TUNC æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis venditio (1). »

On comprend facilement qu'un tel pacte est exempt des dangers qui accompagnent le pacte commissoire. La chose sera estimée au temps du paiement ; on en fixera le prix sur des bases justes. Rien ne s'oppose dès lors à ce que, sous cette condition, la vente puisse être passée au créancier aussi bien qu'à un tiers. Enfin, le créancier n'est pas une personne incapable ; au contraire, il est naturellement capable d'acheter du débiteur la chose engagée, ainsi que le décide un rescrit impérial rendu pendant que Papinien était chargé de répondre aux requêtes (2). Il ne devient incapable que par les circonstances. Ici, il n'y a ni crainte de lésion ni possibilité d'abus.

389. Mais nous ne donnerons pas la même valeur à un pacte qui convertirait le gage en vente moyennant une estimation faite au moment du contrat. D'après le texte de la loi romaine, il faut que l'estimation soit faite *ex tunc* et non pas *ex nunc*. D'une part, on peut craindre qu'au moment du contrat, alors que le besoin d'argent se

(1) Sur cette loi, voyez Favre, *De errorib.*, decad. 2<sup>e</sup>, error. 7.

(2) L. 12, *De distr. pignor.* (Tryphoninus).

fait sentir dans toute son urgence, le débiteur n'ait accepté une estimation non satisfaisante. De l'autre, comme le prix des choses est sujet à varier, ce n'est pas le prix tel qu'il peut être au moment du contrat de gage qui doit être pris en considération, c'est le prix réel au moment de la vente. Car, comme le dit Mæstertius : « Non est hic emptio-venditio ex nunc, sed tantum ex tunc (1). »

390. Serait-ce tomber dans la prohibition de notre article que d'attribuer au créancier, à titre de dation en paiement, non pas précisément une chose que l'on engage, mais une chose déterminée et étrangère à tout nantissement ?

Par exemple, Pierre emprunte 1,000 francs à François, et il est convenu que si Pierre ne paie pas à l'échéance, François prendra en paiement un tel cheval attaché à l'une des fermes dudit Pierre. Cette convention, suivant quelques auteurs, a tous les inconvénients du pacte commissoire ; elle en mérite tous les reproches (2). Suivant d'autres, elle est valable. C'est une dation en paiement qui n'a rien de répréhensible (3).

(1) Quest. 14, n° 2.

(2) Mæstertius, quest. 7, d'après beaucoup d'auteurs.

(3) Favre, Code, VIII, 23, 2.

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

Balde, in capite 1, *De feudo dato in vicem legis commiss.*, col. 2.

Tiraqueau, *De retract. convent.*, n° 138.

Cette dernière opinion peut s'autoriser d'un argument puissant tiré d'un arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juillet 1844 (1). Cet arrêt est rendu dans un cas où il s'agissait de vente d'immeubles; mais les raisons de décider sont les mêmes alors qu'il s'agit de meubles donnés en paiement.

Ce qui écarte en effet l'application de notre article, c'est qu'il n'y a pas impignoration de la chose donnée en paiement; c'est que, par conséquent, le pacte en question rentre dans la classe de ces ventes conditionnelles qui ne sont défendues par aucune loi.

Si on y fait attention, il y a une grande différence entre cette convention et le pacte comissoire. Dans le pacte comissoire, le créancier, déjà nanti d'un gage et ayant toutes ses sûretés, ne se contente cependant pas de ces précautions; après avoir voulu du nantissement pour mettre la chose en sa possession, il repousse le nantissement et ses conséquences logiques pour la faire passer dans son domaine de propriété! Il accumule sûretés sur sûretés, et cette excessive vigilance est de nature à faire craindre pour le débiteur livré à ses rigueurs. La loi a donc raison d'être soupçonneuse à l'égard d'un créancier qui lui-même est si soupçonneux. Mais elle

(1) Dalloz, 44, 1, 344.  
Infrà, n° 561.

a beaucoup moins à redouter les pièges du créancier qui suit, jusqu'à un certain point, la foi du débiteur, qui ne se fait pas donner de gages et qui consent à prendre en paiement une chose que le débiteur peut faire disparaître. Ce créancier n'annonce pas, par cette conduite, l'avidité et l'âpre cautèle du précédent. Rien n'empêche donc de laisser à l'acte la valeur habituelle d'une dation en paiement.

391. Voici un autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte comissoire :

Le débiteur a donné au créancier un fidéjusseur, et il a été convenu que ce fidéjusseur, s'il paie ce qui est dû, recevra en paiement une certaine chose qui est en gage dans les mains du créancier. Ce pacte est valable (1). Il n'a rien de commun avec le pacte comissoire qui attribue la chose à celui qui a prêté; ici, celui à qui le débiteur promet de donner la chose en paiement n'a pas mis de l'argent dans ses mains, et l'on ne peut pas dire que le désir d'obtenir de l'argent de ce fidéjusseur a été le mobile du consentement à la vente (2).

392. Le pacte comissoire est-il valable s'il

(1) L. ult., D., *De cont. empt.*

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 6.

Favre, Code, VIII, 21, *def.* 4.

Contrà, Mæsterlius, *quest.* 12.

Dumoulin, *De contract.*, q. 52, n° 357.

a été apposé dans une transaction ? Par exemple, il est convenu, par transaction passée entre le débiteur et le créancier, que si ce même débiteur ne retire pas le gage dans quatre mois, la propriété en sera acquise au créancier.

Je pense que c'est là un cas de pacte commissaire caractérisé. La transaction, qui est faite pour assoupir les procès, ne doit pas s'approprier des clauses qui, par la fraude présumée qu'elles renferment, sont de nature à les exciter. Si le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambéry qui approuve un tel pacte inséré dans une transaction (1), c'est que cette transaction avait été faite en justice, et que le juge était censé avoir estimé et adjugé la chose (2).

393. Le pacte commissaire n'a été défendu que dans l'intérêt du débiteur, parce qu'il prive ce dernier de la propriété de sa chose sans les précautions nécessaires pour le garantir contre la fraude. Mais quelquefois le pacte commissaire n'aboutit pas à ce résultat extrême, attendu que le créancier n'est pas investi de la chose à un titre de pleine propriété. C'est ce qui a lieu dans le cas de dot.

Par exemple, une femme promet à son mari, ou un beau-père à son gendre, une somme de 20,000 fr. à titre de dot. Un gage est donné pour sûreté de cette promesse, et il est convenu que

(1) Code, VIII, 21, 3.

(2) *Junge Mæstertius*, q. 11.

si, à tel jour, la somme n'est pas payée, le gage sera converti en chose dotale. Cette clause est valable (1). Elle ne prive pas la femme de sa propriété, puisqu'elle la retrouve à la dissolution du mariage; elle n'en prive pas non plus le beau-père, puisque, à la même époque, il la retrouve par lui ou par sa fille. C'est un pacte matrimonial, qui est plutôt dans l'intérêt du mariage; aucune raison solide ne porte à l'ébranler.

394. D'après notre article, le pacte commissaire ne fait pas tomber le gage pour le tout; il n'y a que la clause contraire à notre article qui soit nulle.

Il n'en était pas de même d'après la loi ult. au C., *De pactis pignoris*. (2). Constantin avait voulu, à titre de peine, que la chose fût enlevée au créancier: « *Creditores enim, re amissâ, jubemus recuperare quod dederunt.* » Notre article a jugé avec raison qu'il suffisait de considérer comme non écrite la clause en question et de rentrer dans le droit commun en matière de gage.

395. Reste à voir maintenant quel est ce droit commun.

Écoutez Loyseau (3):

(1) Dumoulin, q. 53, n° 372.

*Contrâ*, Mæstertius, q. 10.

(2) *Junge* le Code Théodos., l. unique, *De commissoriâ rescindendâ*.

(3) *Deguerpiss.*, III, 7, 2.

« Donc en France pour le regard du gage » conventionnel, qui est toujours mobilier (parce » que comme l'hypothèque n'a lieu en meubles, » aussi le gage n'a lieu en immeubles), il faut ob- » tenir du juge, partie appelée, permission de le » vendre; si ce n'est que, par l'engagement ou » obligation par écrit, il soit porté qu'après » certain temps le gage pourra être vendu sans » demander permission au juge, ni observer so- » lennité de justice; auquel cas, on tient, à la ri- » gueur, qu'il suffit de dénoncer la vente à la » partie; ce qui est toujours nécessaire. Et doit » le gage être vendu publiquement, à jour et lieu » de marché, par un sergent vendeur, et délivré » au plus offrant et dernier enchérisseur (1). »

396. Notre article a des dispositions qui sont conformes à cette pratique du droit français. Mais il en diffère sous d'autres rapports. Le législateur a tenu à être aussi prévoyant et aussi positif que possible sur ce point, qui lui a paru être un des plus importants du titre du gage(2).

397. D'abord, il est formellement énoncé que le créancier ne pourra jamais s'approprier la chose de plein droit, et qu'il ne pourra jamais en disposer. Cette chose appartient au débiteur.

---

(1) V. Polhier, n° 24.

(2) M. Berlier, orateur du gouvernement. Fenet, t. 15, p. 207.

Bien que celui-ci soit en retard de payer, ce retard ne suffit pas pour faire passer la propriété sur la tête du créancier. Il faut quelque chose de plus que la contumace du débiteur pour opérer une conversion du gage en propriété.

398. Quelle sera donc la cause légitime qui produira cette conversion? Sera-ce une clause du contrat? Nous avons vu ci-dessus ce que le législateur a pensé du pacte comissoire. Ce pacte insidieux cache la fraude; il est proscrit par notre article.

399. Voici donc ce que le créancier aura à faire : il ira trouver le juge, et là il pourra pourvoir à sa sûreté par l'une de ces deux demandes:

Ou conclure à ce que le gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par des experts;

Ou bien conclure à ce qu'il sera vendu aux enchères.

400. Le créancier est maître de choisir l'une de ces deux voies. Toutes deux sont légales, et c'est son intérêt qui décide celle qui doit être préférée. A la vérité, M. Duranton enseigne que c'est à la justice à ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur (1). Mais nous croyons que cette opinion manque de justesse, et nous disons que c'est

---

(1) T. 18, n° 536.

seulement lorsque le créancier soumet simultanément ces deux chefs au juge, par forme d'alternative, que le tribunal a droit de choisir l'un plutôt que l'autre (1). Mais, tant que le juge n'est saisi que de l'une de ces alternatives, il n'a pas le pouvoir de remplacer l'une par l'autre. Si le créancier demande à être investi de la propriété à dire d'experts, le juge ne peut ordonner que la chose sera vendue aux enchères; s'il demande qu'elle soit vendue aux enchères, le juge ne peut ordonner qu'elle lui demeurera à dire d'experts.

Ce qui prouve contre M. Duranton la vérité de notre proposition, c'est que si le juge avait le pouvoir que cet estimable professeur lui attribue, il pourrait forcer le créancier à devenir propriétaire, malgré lui, d'une chose qu'il n'a aucun avantage à faire entrer dans son domaine, et dont la vente lui paraît plus conforme à ses intérêts. Est-il possible de supposer qu'il y ait une loi assez peu réfléchie pour vouloir qu'un homme devienne, de force, propriétaire d'une chose, et qu'il l'achète par contrainte?

401. Ajoutons qu'évidemment, le juge n'a pas plus de droit que le débiteur dont il veut défendre les intérêts. Or, il est clair que le débiteur n'a pas l'option dont il est question dans l'art. 2078, et que ce n'est pas en sa faveur qu'elle a

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 172, note (4).

été créée. Comme le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège aux autres créanciers, il s'ensuit que lui seul, et non le débiteur, a le droit de décider par son option si la chose lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, ou si elle sera vendue aux enchères (1). C'est à tort que le débiteur exigerait de rester maître de l'option. Le débiteur n'a qu'une chose à faire, c'est de payer. Tant qu'il ne paie pas, le créancier doit avoir la faculté souveraine d'aviser à la conservation de ses droits par le moyen qu'il juge le plus opportun. On peut appliquer ici cette règle de Modestin : « *Creditoris arbitrio permittitur... ad suum commodum pervenire* (2). »

402. L'art. 2078 attribue juridiction au tribunal. Ce n'est pas au juge des référés qu'il faut recourir pour faire ordonner ou l'achat à dire d'experts, ou la vente aux enchères (3).

403. Mais la convention pourra-t-elle dispenser les parties d'aller devant le juge? Pourra-t-elle établir qu'à défaut de paiement à l'époque indiquée, le gage restera au créancier à dire d'experts?

Nonobstant la rédaction de la dernière partie

(1) Colmar, 23 février 1828 (Devill., 9, 2, 38).

(2) L. 8, D., *De distr. ignor.*

(3) Paris, 3 octobre 1839 (Dalloz, 40, 2, 6).

de l'art. 2078, je me prononce pour l'affirmative(1). Ce que l'art. 2078 a voulu dire, ce n'est pas que le ministère du juge est absolument indispensable, mais bien que la formalité d'une expertise ne saurait être remplacée par rien. C'est en effet dans cette formalité, et non dans l'intervention du juge, qu'est ici la garantie. Ce que les parties sont convenues de faire, le juge aurait été obligé de le faire à leur place. Il est donc inutile de recourir à un jugement qui entraîne des frais. L'expertise protégera le débiteur; il n'a pas intérêt, il n'a pas droit d'en exiger davantage.

404. Lorsque le prix de la chose a été fixé par les experts et qu'il est supérieur à la dette, le créancier doit en faire raison au débiteur. Ce dernier a, de ce chef, l'action pignoratice (2).

Réciproquement, s'il est inférieur à la dette (ce qui est rare), le débiteur devra parfaire. Cette obligation est de droit; il n'est pas nécessaire qu'elle soit stipulée, et si elle est stipulée, elle est inutile; car elle est nécessairement sous-entendue (3).

(1) *Supr.*, n° 388.

(2) Cujas, sur le t. du Code, *De distr. pignor.*, d'après la loi 24, § 2, D., *De pigner. act.* (Ulp.).  
V. l. ult., C., *De distr. pignor.* (Dioel. et Maximin).  
Pomponius, l. 6, § 1, D., *De pigner. act.*

(3) Paul, l. 9, § 2, D., *De distr. pignor.*

En un mot, si le créancier ne doit pas faire un gain, il ne doit pas perdre, et un compte de bonne foi doit régler les rapports des parties.

405. Toutefois, le créancier et le débiteur ne pourront-ils pas, par une convention aléatoire, stipuler que ce qui restera après la vente sera attribué au créancier, de telle sorte que s'il y a plus, il le gardera pour lui, s'il y a moins, le débiteur ne sera pas obligé de parfaire?

Cujas enseigne l'affirmative sur le fondement de la loi dernière au C., *De distract. pignor.* Cette convention, dit-il, n'est pas inique; elle n'est nullement le pacte commissaire défendu par Constantin. C'est une convention aussi licite qu'une autre, et dont le but est d'obliger le créancier à se contenter de la valeur, telle quelle, de la chose (1).

Cette opinion n'était pas universelle dans l'ancienne jurisprudence: elle était contestée par Tulden (2), par Voët (3) et Mæstertius(4), qui donnaient à la loi ult., C., *De distr. pignor.*, un sens autre que l'interprétation de Cujas.

Quoi qu'il en soit, je la considère comme prescrite par ces mots de notre article: *jusqu'à due*

(1) Sur le t. du C., *De distr. pignor.*

(2) Ad t. *De pactis pignor.*, n° 2.

(3) *De pignorib. et hypothec.*, 20, 1, 26.

(4) *Quest.* 8.