

regarde leur régime comme susceptible de notables améliorations. Nous ne nous occuperons pas ici de ces questions. Elles tiennent à l'économie politique et à l'administration ; elles seraient déplacées dans un livre de jurisprudence.

 CHAPITRE II.

 DE L'ANTICHRÈSE.

ARTICLE 2085.

L'antichrèse ne s'établit que par écrit.

Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance.

SOMMAIRE.

495. De l'antichrèse. Son caractère.
 496. Signification du mot antichrèse.
 Dispute de Saumaise avec les jurisconsultes sur ce point de grammaire. Vinnius partage l'opinion de Saumaise qui est très vraisemblable.
 L'antichrèse n'engendre pas de droit réel.
 497. Définition de l'antichrèse par Marcianus. Quel est son caractère distinctif ?
 498. Comment elle se concilie avec les lois relatives aux taux de l'intérêt.

499. Suite.
 500. Suite.
 501. Le droit canonique la condamne.
 502. Il y fait cependant quelques exceptions.
 503. Les prohibitions du droit canonique furent reçues en France par le droit commun ; l'antichrèse, autrement appelée *mort-gage*, n'était pas généralement pratiquée. On n'admettait que le *vif-gage*. Il y avait cependant quelques provinces où il en était autrement. Caractère que le mort-gage y revêtait.
 504. Des contrats appelés : engagements.
 Leur caractère.
 505. Des gagières.
 506. Du contrat pignoratif.
 507. La vente a réméré est quelquefois appelée contrat pignoratif. Mais cette dénomination est impropre.
 508. Définition du contrat pignoratif distinct du réméré ; c'était, autrefois, une antichrèse déguisée.
 509. Il y avait des pays où le contrat pignoratif était permis.
 510. Suite. Son caractère dans le Lyonnais.
 511. Résumé.
 512. L'antichrèse a été introduite dans le Code civil par amendement.
 513. Définition de l'antichrèse.
 Différences qui existent entre elle et le gage.
 514. De la preuve de l'antichrèse.
 515. Suite.
 516. Caractère de l'antichrèse, telle qu'elle existe dans le Code civil.
 517. Des personnes capables pour constituer l'antichrèse.
 518. De l'usufruitier.
 519. Celui qui n'a que le pouvoir de faire des actes d'administration peut-il constituer une antichrèse ?
 520. De la femme séparée de biens.

521. Suite.
 522. Quiconque peut disposer de la chose peut la donner à antichrèse.
 523. Si la femme qui s'est réservé le droit de vendre sa dot est censée avoir le droit de la donner à antichrèse.
 524. L'antichrèse ne confère pas de droit réel. Elle n'engendre pas droit de suite ; elle ne confère qu'un droit de rétention.
 525. Différence de l'antichrèse avec le bail et l'usufruit.
 526. L'antichrèse est réputée meuble.
 527. L'antichrésiste peut passer des baux d'une durée ordinaire.
 Pourrait-il faire un bornage ?
 528. Pourquoi l'antichrèse, quoique licite aujourd'hui, affecte quelquefois les formes des contrats d'aliénation.
 529. Esprit de ces dissimulations et conséquences qu'elles doivent avoir. Elles doivent être respectées, à moins qu'elles ne cachent des fraudes.
 530. Condition nécessaire pour que l'impignoration ait des rapports avec la vente.
 531. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier si l'acte est vente ou impignoration.
 532. L'antichrèse contient une dation en paiement.
 533. Comment l'antichrésiste peut se procurer la perception des fruits.
 534. Des conventions relatives aux fruits et des forfaits.
 535. Du règlement de compte entre l'antichrésiste et le débiteur.
 536. Suite.
 537. Suite.
 538. Suite.

COMMENTAIRE.

495. L'antichrèse est le nantissement des im-

meubles (1); nantissement *sui generis* et que le Code civil a bien fait de distinguer du nantissement des meubles, non-seulement à raison de l'objet qui fait le siège du contrat, mais à raison des droits qui sont attachés à l'antichrèse. Son caractère et son utilité principale sont que le créancier se paie par ses mains sur les fruits (2). Nous avons dit ci-dessus comment les Grecs en fournirent l'idée aux Romains. Ceux-ci, en l'adoptant, la lièrent au *pignus*, et en firent découler l'action *pigneraticæ* (3).

496. Le mot grec *antichrèse* signifie, suivant la plupart des jurisconsultes, l'usage donné au créancier par réciprocité : *mutuus pignoris usus pro credito*. Saumaise a jeté les hauts cris sur cette définition du mot grec *antichresis* (4). Il prétend que ces jurisconsultes n'ont pas su ce que c'est que l'antichrèse; et il demande hardiment aux docteurs du droit civil la permission de leur apprendre, lui qui n'est pas docteur, ce qu'ils devraient ne pas ignorer. L'antichrèse n'est, suivant lui, qu'un prêt réciproque, *contra-*

(1) M. Chauveau, t. 4, n° 3119.

Loi du 22 frimaire an VII, art. 43 et 69, § 5.

(2) Hevin sur Frain, p. 310.

(3) Marcianus, l. 33, D., *De pignerat. act.*
Paul, l. 8, D., *In quibus causis pignus.*

(4) *De modo usur.*, p. 618.

rium mutuuum. Le débiteur qui a reçu de l'argent fait, de son côté, un prêt au créancier, en lui livrant une chose dont il perçoit les fruits en compensation des usures. Le créancier a prêté; le débiteur a contre-prêté : *alter mutuat, alter remutuat*.

Cette discussion grammaticale a occupé de très graves auteurs, et Vinnius a prêté à Saumaise l'autorité de son nom (1). Noodt, au contraire (2), soutient que Saumaise n'est pas dans le vrai, et qu'il est blâmable de s'être mêlé, sans y être obligé, de choses qu'il ne connaissait pas (3). D'après Noodt, il est bien difficile de croire que l'antichrèse puisse être assimilée à un prêt (*mutuum*). Marcianus en fait une variété du nantissement : *cum pignus sit*; et tous les textes semblent lui maintenir ce caractère.

J'avouerai cependant que le système de Saumaise et de Vinnius me paraît bien séduisant et bien ingénieux. En voici le court résumé :

Il ne faut pas confondre, disent-ils, l'antichrèse avec le gage accompagné du pacte d'antichrèse. L'antichrèse est un contrat qui par lui-même n'entraîne pas impignoration de la chose; elle n'a qu'un but, c'est d'opérer un

(1) *Quæst. select.*, 2, 7.

(2) II, observat. 9 et 10.

(3) *Loc. cit.*, obs. 10.

prêt mutuel. Rien n'empêche cependant de joindre à ce prêt une impignoration de l'immeuble dont les fruits se compensent avec les intérêts. Cette convention doit être respectée; elle est valable, et elle donne au créancier une sûreté dans la chose que la simple antichrèse ne lui procure pas. Ces nuances se trouvent bien marquées dans les textes; il suffit d'y faire attention. L'antichrèse pure et simple est formulée dans les lois 11, § 1, D., *De pignorib.*, et 14, C., *De usuris*. Le gage avec pacte d'antichrèse trouve son exemple dans la loi 17, C., *De usuris*, et dans la loi 39, D., *De pign. act.* Quand le gage est constitué avec pacte d'antichrèse, c'est la chose même qui est le siège de l'impignoration. Mais quand il n'est intervenu qu'un simple contrat d'antichrèse, la chose n'est pas affectée de plein droit. Voyez, en effet, Marcianus, dans la loi 11, § 1, D., *De pignorib.* Il se garde bien de dire que la chose est engagée par l'antichrèse. Il dit que la possession tient lieu de gage au créancier. *Retinet possessionem pignoris loco*. La chose même n'est donc pas engagée (1).

Je le répète : tout cela procède d'une très fine observation. Pour mon compte, sans prendre parti sur la discussion grammaticale que Saumaise a soulevée, je suis très porté à croire que l'antichrèse, par elle-même, différerait profondé-

(1) Saumaise, p. 620 et 626.

ment du *pignus* : non pas qu'à l'égard du débiteur, elle n'eût des affinités très grandes avec le *pignus*; car l'on en fit découler l'action pignoratice; mais, en ce qui concerne les tiers, je ne crois pas qu'elle ait été investie du droit réel qui appartenait au *pignus* proprement dit. A ce point de vue, la distinction de Saumaise et de Vinnius est pleine d'intérêt. Elle explique pourquoi nous retrouvons dans le Code civil l'antichrèse déstituée du droit réel.

497. L'antichrèse est très bien caractérisée par Marcianus (1). Le débiteur donne au créancier la jouissance d'un immeuble; celui-ci en perçoit les fruits au lieu des intérêts, et retient la possession *loco pignoris*, jusqu'à ce que ce qui lui est dû lui soit payé. Le propre de l'antichrèse c'est la compensation des fruits et des intérêts. Telle est sa loi (2). Quand on stipulait que les fruits seraient perçus en extinction du capital (3), ce n'était pas le contrat d'antichrèse (4), c'était le *pignus* ordinaire (5). Voët a donné de l'anti-

(1) L. 11, § 1, D., *De pignorib. et hypoth.*

(2) Cujas, sur les Décrétales, t. 20.
Infra, nos 503 et 513.

(3) L. 1 et 2, C., *De pigner. act.*
L. ult., C., *loc. cit.*

Modestin, l. 39, D., *De pign. act.*

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) Cujas, *loc. cit.*

MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3120.

chrèse une description très bonne à rappeler :
 « Præcipuè probatum in pignoribus pactum anti-
 » tichreseos, quo id agitur, ut creditor utatur
 » pignore vicem in usurarum, donec debitum so-
 » lutum fuerit, sive ipse ædes inhabitando, fun-
 » dosve colendo, percipere fructum, aut utilita-
 » tem velit, sive aliis elocare (1). »

Quelquefois, du reste, le mot antichrèse se prend pour la chose engagée, quelquefois pour la convention par laquelle la chose est engagée (2).

498. L'opinion le plus généralement accréditée parmi les jurisconsultes (3) est que l'antichrèse ne fut pas affectée chez les Romains par les évènements qui modérèrent le taux des intérêts. Les fruits de la chose, alors même qu'ils étaient plus considérables que les intérêts de la créance, n'en étaient pas moins perçus en totalité par le prêteur (4). La raison que donnent ces jurisconsultes est, d'après les textes, que les revenus des immeubles ont quelque chose d'aléa-

(1) *De pign. et hypoth.*, n° 23.

V. aussi Cujas, III, *observat.* 29.

(2) Noodt, *loc. cit.*, 9 :

« Antichresin modò accipi pro re quæ in antichresin
 » datur, modò pro conventionè quâ antichresis
 » constituitur. »

(3) Cujas, sur la nov. 32, et *Observat.*, III, 35.

Loyseau, *Déguerp.*, I, 7, 12 et 13.

(4) L. 14 et 17, C., *De usuris.*

toire. Quelquefois ils sont nuls ou de très minime valeur, et la chance des mauvaises années doit compenser la chance des bonnes (1). « *Obtentu*
 » *majoris percepti emolumentum, propter incertum fruc-*
 » *tuum eventum, rescindi placita non possunt.* » Ce sont les paroles de l'empereur Philippe (2).

499. Toutefois, s'il était certain que les fruits fussent supérieurs aux usures, si cette incertitude dont parle Philippe disparaissait, Doneau pense, sur le fondement de la loi 1, § 3, au D., *De pignorib.*, que la convention était excessive (3). Nous reviendrons, au n° 568, sur le point de droit.

500. Justinien, prenant en considération l'état des agriculteurs dans les provinces de la Thrace, défendit aux créanciers de faire des contrats d'antichrèse avec eux (4).

501. Le droit canonique fut plus sévère. Il condamna l'antichrèse. Compenser les fruits avec les intérêts, c'eût été supposer que des intérêts pouvaient être stipulés, et le droit canonique n'admettait pas cette possibilité (5). Le pape

(1) Cujas, sur la nouvelle 32.

(2) L. 17, C., *De usuris.*

Infrà, n° 557.

(3) Sur la loi 17, C., *De usuris*, n° 4.

(4) Nouvelle 32.

(5) *Decret. Gregor.*, lib. 5, t. 13, c. 2, *De usuris.*

Cujas, sur les Décrétales, t. 20, et *De feudis*, c. 1.

Dumoulin, *Des usures*, q. 35.

Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 7, n° 13.

Martin V fut obligé de s'élever derechef, en 1429, contre la pratique de l'antichrèse, à laquelle il n'était pas rare de voir les monastères et les chapitres recourir pour s'assurer des revenus usuraires (1).

502. Deux cas cependant étaient exceptés.

Le premier avait lieu lorsque le vassal donnait au seigneur à antichrèse la chose qu'il tenait de lui. La raison pour laquelle l'antichrèse était alors tolérée était que, pendant le temps de l'engagement, le vassal était exempt des services qu'il devait au seigneur *ratione feudi*; alors donc on supposait que le seigneur percevait les fruits, non pas *loco usurarum, sed vice servitii* (2).

Le second cas avait lieu (3) lorsqu'un beau-père donnait un immeuble à antichrèse à son gendre pour sûreté de la dot promise. Les fruits perçus par le gendre n'étaient pas censés entrer en compensation avec les intérêts du capital; on les considérait comme servant à l'entretien du ménage. Pierre de Fontaine fait mention de cette sorte d'antichrèse et la représente comme usitée dans les contrats de mariage (4).

(1) Ducange, v^o *Pignus mortuum*.

(2) Cujas, *loc. cit.*

Decret. Greg., t. 20, c. 1, *De feudis*.

(3) Cujas, *loc. cit.*, d'après le C., 16, *De usuris*.

(4) Ch. 15, § 14.

503. Ces prescriptions du droit pontifical eurent de l'autorité en France. L'antichrèse y était presque généralement improuvée (1). Nonobstant la clause que le créancier percevait les fruits pour lui tenir lieu des intérêts, le débiteur était fondé à exiger le compte des fruits (2). Le droit commun français n'admettait que le vif-gage, c'est-à-dire celui qui s'acquittait de lui-même et dont le créancier prenait les fruits en paiement de sa dette (3). Est-ce par cette espèce d'engagement que nous voyons Joinville mettre la meilleure partie de sa terre en gage pour se procurer l'argent nécessaire pour aller à la croisade (4)? Ce qu'il y a de sûr, c'est que le vif-gage était fort pratiqué en France (5). Quant à l'antichrèse, on l'appelait *engage* en Bretagne (6), et plus généralement en

(1) Loyseau et Dumoulin, *loc. cit.*

(2) Pothier, n^o 20.

M. Merlin, *Gage mort*.

(3) Ancienne cout. de Normandie, ch. 3.

Bouteiller, liv. 1, ch. 25.

Loisel, 3, 7, 2; et Delaurière sur Loisel.

Hevin sur Frain, t. 1, p. 310.

(4) N^o 62, p. 197, édit. de M. Poujoulat.

Suprà, n^o 18. Voyez la *Préface*.

(5) Hevin sur Frain, p. 312.

(6) Duparc-Poullain, t. 3, p. 121, d'après d'Argentré, art. 54 et 55, cout. de Bretagne. Hevin sur Frain, p. 310 et 311, soutient que d'Argentré s'est trompé et que l'*engage* est le vif-gage et non le mort-gage.

France *mort-gage* (1), parce qu'elle ne s'acquittait pas d'elle-même et que les fruits appartenaient au créancier, en pure perte pour le débiteur. Elle était usuraire (2). On n'admettait le mort-gage que dans les cas où le droit canonique admettait l'antichrèse (3), par exemple pour le mariage des filles, et, de plus, pour dons et aumônes faits à l'Église (4).

Tel était le droit commun. Le mort-gage passait même pour une convention si criminelle que tous les meubles de celui qui était convaincu de l'avoir exercé dans l'an de son décès étaient confisqués (5).

Il y avait cependant quelques exceptions, et le mort-gage ou antichrèse avait cours dans certaines provinces où le prêt à intérêt avait été admis par la jurisprudence (6); mais ces excep-

(1) Loyseau, *loc. cit.*

Loisel, *loc. cit.*

Brillon et M. Merlin, v° *Mort-gage*.

Ducange, v° *Vadium* et *Pignus mortuum*.

(2) Delaurière sur Loisel, *loc. cit.*, et dissert. sur le tenement de 5 ans.

(3) *Suprà*, n° 502.

(4) Loisel, *loc. cit.*, 3.

(5) Hervin sur Frain, *loc. cit.*

(6) Répert., v° *Mort-gage*.

Catellan, *Arrêts notables*, liv. 3, ch. 1.

Brillon, v° *Antichrèse*.

tions ne faisaient que confirmer la règle générale de la prohibition (1).

Du reste, dans ces provinces, le mort-gage était presque toujours considéré comme une espèce d'antichrèse (2). Ce contrat, comme l'antichrèse, n'était, en général, qu'un contrat pignoratif, et l'emmort-gagiste ne possédait pas à titre de propriétaire; il n'avait qu'une possession précaire, et ne pouvait jamais prescrire la propriété du mort-gage (3).

Telle était la physionomie du mort-gage, au moins d'après le droit le plus général.

Cependant il est arrivé plusieurs fois, depuis les lois modernes, que la Cour royale de Douai, interprétant les actes de mort-gage, a décidé

(1) On ne confondra pas, dans la lecture des anciens auteurs, le *vif-gage* et le *gage vif*, le *mort-gage* et le *gage mort*. Le *gage vif* était le *gage vivant*, comme un animal; le *gage mort* était un *gage inanimé*. La transposition de l'adjectif avait souvent, dans notre vieux langage, la puissance de changer le sens des mots; témoin : *bois mort* et *mort-bois* (Hevin sur Frain, p. 314).

(2) Loisel, *Instit. cout.*

Merlin, Répert., v° *Mort-gage*.

Brillon, même mot.

Ducange, v° *Vadium*.

Hevin sur Frain, p. 310 et suiv.

(3) Cout. de la chambre de Lille, t. 17, art. 6.

Tournay, art. 34.

Art. 2236 C. civil.