

que l'emport-gagement n'était qu'une vente à réméré (1).

Et l'on conçoit tout de suite la différence énorme de ces deux situations. S'il y a mort-gage, le possesseur n'a pu devenir propriétaire par aucune prescription. S'il y a seulement réméré, et que la faculté d'exercer le réméré s'ouvre sous le Code civil, le possesseur devient propriétaire si l'action en retrait n'a pas été exercée dans les cinq ans (2).

Je ne critique pas ces décisions. La Cour de Douai connaît mieux que personne les traditions locales qui, dans les départements soumis à sa juridiction, fixaient le caractère du mort-gage ; et cette manière de voir n'est pas incompatible avec certaines manières d'engager la propriété ; témoin la fiducie des Romains (3). Ce qu'il y a de certain, c'est que si le mort-gage avait dans l'ancienne Flandre le caractère que la Cour de Douai lui attribue, c'était une exception aux idées généralement accréditées.

504. Il ne faut pas confondre avec l'antichrèse le contrat d'engagement pratiqué par les princes et les seigneurs pour emprunter de l'argent, et

(1) 9 août 1834 (Dal., 36, 2, 93).

Cassat., 19 janvier 1836 (Dal., 36, 1, 75).

(2) Cassat., 19 janvier 1836 (Dal., 36, 1, 75).

(3) *Suprà*, n° 5.

qui dans le moyen âge donna un certain mouvement à la propriété foncière.

L'engagement était plus voisin du mort-gage, tel que la Cour royale de Douai vient de le définir, que de la vraie antichrèse (1).

Je sais que d'Aguesseau a soutenu que l'engagement n'était ni plus ni moins qu'une véritable antichrèse, et il appuie sur le sentiment de Chopin cette assertion, qui du reste lui est commune avec beaucoup d'autres auteurs (2).

« Qu'est-ce qu'un engagement, dit-il, si ce » n'est une convention par laquelle le roi, ou tout » autre débiteur, abandonne la jouissance d'un » de ses domaines pour tenir lieu des intérêts de » l'argent qu'on lui prête jusqu'à ce qu'il puisse » le rendre à son créancier ? C'est ce que l'on » connaît dans le droit romain sous le nom d'an- » tichrèse : *Antichresis est species pignoris ita dati ut* » *donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur,* » *fruatur, in vicem usurarum*, dit Cujas, après » les lois et les jurisconsultes (3). »

Et plus bas il cite ces paroles de R. Chopin : « Improprîe alienatus dicitur regius canon, qui » verè creditorum loco sunt, quibusque solum- » modò, pro tempore, facta est rei dominicæ

(1) Voyez notre *Préface*, p. xxxi, xxxii, xxxiii.

(2) V. Legrand sur Troyes, t. 3, art. 34.

Louet, lettre P, somm. X et XI.

(3) Seizième requête, t. 7, p. 278.

» antichreseos quoad , debiti sorte solutâ , fiscus
» liberetur, atque pignoris causâ dominium non
» mutat. »

Je ne pense pas, toutefois, qu'il faille prendre à la lettre cette doctrine. Il est constant, en effet, que les engagements étaient nature d'immeubles dans les mains de l'engagiste (1). Et cependant, comme nous le verrons plus tard, l'antichrèse n'attribuait au créancier que des droits mobiliers (2). L'engagiste jouissait de tous les droits attachés à la chose, de tous les droits réels et utiles (3). Il pouvait céder son droit; l'engagement pouvait être décrété sur lui (4), en sorte que cette tenure avait un caractère de réalité dont l'antichrèse n'était pas investie. Aussi n'est-ce pas sans raison que la coutume de Troyes mettait sur une ligne parallèle l'engagement et la vente à réméré (5); Legrand n'a rien compris à cela lorsqu'il reproche à la coutume d'avoir, par son peu de soin, confondu deux choses aussi différentes que l'antichrèse et la vente avec faculté de rachat. On sait bien (et je ne doute pas que les rédacteurs de la coutume ne sussent avec tout le monde) que l'antichrèse et la vente à

(1) Arrêt du parlement de Douai du 2 avril 1778.

M. Merlin, v^o *Engagement d'immeubles*. V. notre *Préface*.

(2) *Infrâ*, n^o 526.

(3) D'Aguesseau, *loc. cit.*

(4) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 632, col. 2.

(5) Tit. 3, art. 34.

réméré ne sont pas le même contrat. Mais ce n'est pas ce dont il s'agit. L'engagement se distingue de l'antichrèse par un caractère de réalité et d'affectation que n'a pas ce dernier contrat. Sous ce rapport, l'engagement se rapproche plus du réméré que du pacte antichrétique (1). Si on jette les yeux sur la plupart des engagements domaniaux et autres effectués en si grand nombre par les rois et les seigneurs, on verra que ces concessions convergent bien plus vers le réméré que vers l'antichrèse, et ce n'est que pour les dispenser des lods et ventes qu'on leur donnait le nom d'engagement. Mais, en réalité, les engagistes étaient plus voisins de la propriété que de l'antichrèse; bien que leur titre fût précaire, ils avaient, pendant tout le temps de leur jouissance, des droits presque égaux à ceux du maître.

Du reste, rien n'est plus fréquent dans notre ancien droit que les contrats d'engagement. Les seigneurs et les princes, pressés par des besoins d'argent, engageaient des terres moyennant une somme qu'on leur remettait, et ils stipulaient une faculté de rachat. La diplomatie du moyen âge et même des temps postérieurs offre par milliers les contrats de cette espèce. J'en ai trouvé particulièrement un nombre incalculable dans l'histoire des évêques de Metz, Toul et Verdun, et dans l'histoire des ducs de Lor-

(1) *Pactum antichreticum* est une locution employée par les interprètes.

raîne, à cause des nécessités d'argent auxquelles les soumettaient, malgré leurs grandes richesses, les ravages des guerres (1). Par la suite des temps, beaucoup de titres d'engagements s'étant perdus, les détenteurs passèrent, d'une situation précaire ou résoluble, à la situation de propriétaires incommutables. Souvent aussi les seigneurs, privés de ressources pécuniaires, négligèrent l'exercice de leur faculté de rachat et la laissèrent s'oublier. C'est pourquoi, dans les procès qui remuent ces vieilles questions et mettent en lumière ces vieux titres, il arrive si souvent de voir des concessions, qui très probablement ne furent dans l'origine que des titres d'engagements, se convertir plus tard en tenures de propriétaire. Ce n'est pas que le gagiste puisse jamais prescrire contre son titre (2). Mais n'oublions pas qu'ici le possesseur était très voisin de l'acheteur, qu'on le confondait, très souvent, avec lui, et qu'à la faveur de cette confusion, produite par l'ambiguïté des titres, il ne faisait que prescrire contre la faculté de rachat qui de soi a toujours été prescriptible (3). Sans doute, beaucoup d'auteurs avaient soutenu que lorsque la faculté de rachat avait été stipulée à toujours, elle n'était pas sujette à prescription (4). Mais

(1) C'est ce que j'ai montré dans la *Préface*.

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 481.

(3) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 708.

(4) *Loc. cit.*

on sait que leurs principes n'étaient pas partout adoptés. Ce n'est que dans les engagements du domaine public (engagements trop fréquents et trop immodérés) que le principe tutélaire de l'imprescriptibilité permettait d'opérer perpétuellement le retrait de la chose.

505. Il ne faut pas non plus voir le contrat d'antichrèse ou de mort-gage dans une tenure fort connue, dans la coutume de Metz et l'ancien territoire des trois évêchés, sous le nom de *gagière* (1). Voici ce que j'en ai dit dans des conclusions que j'ai été appelé à donner en qualité d'avocat général près la Cour de Nancy à l'occasion d'un procès très considérable entre le domaine de l'État, successeur de l'évêque de Metz, et les héritiers Lebègue. Il s'agissait précisément de déterminer les caractères de la gagière.

« Toutes les personnes qui se sont livrées à l'étude des lois intermédiaires savent quelle affection nos ancêtres avaient pour la conservation des biens immeubles dans les familles. Une foule de restrictions élevaient des obstacles à leur aliénation. Cependant la propriété a besoin d'une certaine mesure de mobilité; les intérêts privés se soulevaient contre ces gênes et cherchaient à les éluder; c'est à ces efforts qu'il faut attribuer l'origine des *gagières*, si célèbres dans l'évêché de Metz.

(1) Brillou, v° *Gagière*.

» Pour l'intelligence du droit qui les gouvernait, il faut savoir que les biens vendus à réméré dans les coutumes de Metz, de l'Évêché et de la Lorraine, étaient considérés comme meubles tant que durait la faculté de rachat. Les biens ainsi aliénés échappaient donc aux prohibitions d'aliéner, puisque celles-ci ne frappaient que sur les immeubles. Il en était de même des contrats d'engagement et d'antichrèse, qui, d'après les mêmes principes, ne constituaient que des droits mobiliers.

» Partant de là, on s'avisa de cacher la qualité d'acquéreur sous celle d'engagiste, afin de pouvoir faire jouir les acquêts de la même liberté d'aliénation que les meubles. Cela se pratiquait dans l'origine au moyen de deux contrats et d'une personne interposée, au profit de laquelle on passait une vente simulée de l'immeuble; celle-ci mettait au même instant l'acquêt en gage entre les mains du véritable acquéreur.

» Cet expédient parut commode. Il devint si fréquent, qu'à la fin du treizième siècle il était déjà légitimé par l'usage et considéré comme une forme d'acquérir propriétairement, laquelle donnait la liberté de disposer de la chose comme d'un meuble.

» Ces sortes d'acquêts prirent le nom de gagères, nom qui en apparence désignait un engagement, mais qui dans la réalité ne signifiait plus qu'un *immeuble mobilier*, si nous pouvons nous servir de cette expression bizarre pour

dépeindre une combinaison plus bizarre encore.

» Ainsi, d'après le droit de l'Évêché, on distinguait deux sortes d'immeubles, le *tréfonds*, c'est-à-dire les immeubles véritablement immeubles, et les *gagères*, c'est-à-dire les immeubles assimilés aux meubles (1).

» Il suit de là que de ce que les détenteurs des immeubles en question (la grande foresterie) ont déclaré qu'ils les tenaient à titre de gagière de l'évêque de Metz, il ne s'ensuit pas qu'ils aient voulu dire qu'ils n'étaient pas des acquéreurs véritables et de vrais propriétaires. Quelle a donc été leur pensée? elle a été de déclarer qu'en achetant de l'évêque la grande foresterie, ils n'avaient pas voulu posséder cet immeuble comme tréfonds, qu'ils avaient voulu lui imprimer la qualité de meuble, et que, pour y parvenir, ils avaient donné à leur acquêt le titre de gagière, sans rien ôter à leur droit de pleine propriété. »

506. Revenons maintenant à la défense de l'antichrèse portée par le droit ancien. Comme cette défense était gênante, on avait cherché à l'éluider. Toutes les entraves à la liberté raisonnable de contracter provoquent la désobéissance. Nous

(1) V. Gabriel, *observat.* sur la coutume de Metz, t. 2, p. 237, 238.

V. art. 14, t. 3, de la cout. de la ville et cité de Metz, et t. 5, art. 2.

venons de le voir en parlant de l'histoire des gagères. On va s'en convaincre de nouveau ici. L'antichrèse, en effet, avait cet avantage de ne pas grever le débiteur par des cautions qui exigeaient des pots de vin, et de le mettre à l'abri des exécutions ruineuses, fort à la mode auprès des avides gens de justice des quinzième et seizième siècles (1). La pratique cherchait donc les moyens de se soustraire à une défense embarrassante. Elle imagina le contrat pignoratif, moyen compliqué de remplacer par un équipollent la combinaison simple de l'antichrèse.

507. Mais, avant de nous en expliquer, nous ferons remarquer que si quelquefois les auteurs anciens ont donné à la vente à réméré le nom de contrat pignoratif (2), ce n'est que dans un sens impropre. Lors même qu'à raison de certaines circonstances inclinant vers l'usure, la vente à réméré n'était qu'une antichrèse dissimulée, elle ne constituait pas le contrat pignoratif proprement dit; elle contenait sans doute, à cause de ces circonstances particulières, une impignoration; elle n'était réméré que de nom, et, au fond, elle cachait un engagement; mais elle n'était pas le vrai contrat pignoratif; elle n'était qu'un autre moyen de faire l'usure avec nantissement sous forme de vente.

(1) Louet, lettre P, somm. IX.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 234.

J'ajoute qu'il était fort difficile de distinguer le réméré licite du réméré cachant une antichrèse. Bacquet donnait des règles d'interprétation qui n'étaient rien moins que sûres. Il voulait qu'on s'attachât à rechercher si l'agissement avait commencé par la vente, ou s'il avait commencé par le prêt, le qualifiant de réméré dans le premier cas, et d'antichrèse dans le second. D'autres auteurs avaient imaginé d'autres expédients pour découvrir la vérité; mais ils n'étaient pas plus satisfaisants, et Pothier (1) décidait, avec Covarruvias, qu'il valait mieux s'en rapporter à la prudence du juge, ajoutant que celui-ci ne devait pas facilement supposer un prêt à intérêt accompagné d'antichrèse (2). En effet, dans l'usage, il était très rare de voir les tribunaux convertir le réméré en antichrèse. Lors même que le réméré aurait été, dans l'intention présumable des parties, un engagement, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (3), ce n'était pas une raison pour y voir une antichrèse, c'est-à-dire une usure prohibée. L'engagement des immeubles n'était pas prohibé en soi dans l'ancien droit; il n'y avait que l'engagement par antichrèse qui le fût, à

(1) *Vente*, n° 407.

V. aussi Fachin, *Controv.*, 11, 12.

(2) Duparc-Poullain, t. 3, p. 120, n° 123.

(3) N° 504.

cause du prêt à intérêt que ce contrat suppose nécessairement. Si l'engagement à réméré eût été proscrit, on aurait enlevé aux grands propriétaires de la féodalité et de l'ancien régime leur principal moyen de crédit.

508. Qu'était-ce donc que le contrat pignoratif, distinct du réméré et se confondant avec l'antichrèse? c'était une combinaison compliquée dont voici le mécanisme (1) :

Le créancier se gardait bien de reconnaître qu'il prenait un immeuble en nantissement avec pacte d'en recueillir les fruits en compensation des intérêts; mais il achetait un immeuble à vil prix avec faculté de rachat, et, mêlant le bail avec la vente, d'après les lois 37, D., *De acquir. possess.*, et 37, D., *De pignerat. actione* (2), il le donnait à bail au vendeur qui payait, à titre de fermage, une somme déterminée. Comme cette vente était fictive; comme le contrat de bail qui l'accompagnait n'était qu'un moyen de procurer au créancier l'intérêt de son argent; comme, enfin, la stipulation de faculté de rachat indiquait que le créancier avait voulu joindre aux combinaisons d'un prêt défendu une impignoration qui, en pareil cas, n'était pas plus permise qu'une

(1) Duparc-Poullain a décrit ce contrat avec détail, t. 3, p. 114, n° 117. Il était fort usité en Bretagne, et l'auteur l'appelle : *funeste contrat*.

(2) V. ci-dessus, n° 8, où je cite Caius, II, 60.

antichrèse, on donna à cet agissement le nom de contrat pignoratif (1). C'était même le vrai contrat pignoratif. Il était fort différent de la vente à réméré. Celle-ci emporte aliénation; au contraire, le contrat pignoratif ne contient pas une aliénation de la chose; la volonté des parties n'est pas de contracter une vente, mais un prêt; elle n'entend qu'engager la chose pour sûreté du prêt (2). Qu'était-ce donc que ce contrat pignoratif qui mettait en jeu des ressorts si compliqués? c'était une impignoration réalisant les conditions d'une véritable antichrèse. Il est vrai que l'antichrèse laisse au gagiste la perception des fruits de la chose et qu'ici c'était le débiteur qui recueillait les fruits et payait des intérêts. Mais il faut remarquer que le propriétaire ne gardait pas la possession de la chose *ut dominus*; il la gardait à titre précaire, pour le compte de l'engagiste, comme son locataire et son représentant. C'était véritablement l'engagiste qui jouissait de la chose par le bail qu'il en faisait.

509. Il y avait cependant quelques pays où le contrat pignoratif était permis. Il l'était dans les provinces de Maine, Anjou, Loudunois et Tou-

(1) Lecamus d'Houlouvre, *Traité des intérêts*, p. 348.

M. Merlin, *Répert.*, v° *Pignor. contr.*

(2) Ferrière sur Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 234.

raine (1), à cause du tenement de cinq ans qui y avait lieu. Par l'effet du droit particulier à ces provinces, l'acquéreur d'un héritage grevé de rentes s'en déchargeait par une possession de cinq ans sans interruption. C'était un grave danger pour les créanciers de ces rentes; on n'osait pas placer ainsi son argent, à moins que le contrat pignoratif ne vint protéger les capitalistes contre une si dangereuse prescription; c'est pourquoi les créanciers, afin de se prémunir contre elle, se faisaient vendre la chose avec faculté de rachat et relocation au vendeur; ce qui leur assurait une possession civile à laquelle la possession précaire laissée au vendeur ne pouvait préjudicier.

Malgré les bonnes raisons qui légitimaient, dans les provinces dont il est question, le contrat pignoratif, il eut d'abord de la peine à trouver grâce auprès du parlement de Paris, si attentif à proscrire l'usure. Un arrêt de règlement du 29 juillet 1572 le défendit expressément. Mais, dans la suite et pendant la translation du parlement à Tours, sa jurisprudence, dit M. Mer-

(1) Delaurière, Dissert. sur le *tenement de 5 ans*, Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 7, nos 15 et 16. Ferrière sur Bacquet, *loc. cit.*
M. Merlin, Q. de droit, v° *Contrat pign.*, p. 629.
Louet et Brodeau, lettre P, somm. XI, n° 4.

lin, fut plus favorable au contrat pignoratif (1); on l'accepta comme engagement d'immeubles (2). Toutefois, en le recevant, la jurisprudence le purgea de tout pacte commissaire; le créancier était obligé de s'adresser à la justice pour faire vendre la chose et se payer de son dû (3).

510. C'est avec un tout autre caractère que le contrat pignoratif était aussi admis dans le Lyonnais. Là, le prêt à intérêt et l'antichrèse n'étaient pas défendus. Il n'y avait aucune raison pour dissimuler ces conventions permises. Si donc la vente avec faculté de rachat et relocation se rencontrait dans un contrat, on ne la tenait pas, de plein droit, pour un engagement; on la prenait en réalité pour ce qu'elle était en apparence. Elle emportait, non pas un simple engagement, mais une translation véritable de propriété (4). En effet, si l'on met à part l'usure et la fraude, rien ne défend à un acheteur de louer au vendeur la chose qu'il vient d'acquérir

(1) Q. de droit, v° *Contrat pignoratif*, p. 629, col. 2.

(2) Louet, lettre P, § 10 et 11, et Brodeau, n° 4.
Lecamus d'Houlouvre, p. 354.

(3) *Id.*, M. Merlin, *loc. cit.*

(4) Denizart, v° *Antichrèse*.
Arrêt du 17 février 1674.
M. Merlin, Quest. de droit, v° *Contrat pignoratif*, p. 630.
Arrêt de cassation du 14 fructidor an VIII.