

577
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU CONTRAT DE GAGE EN DROIT ROMAIN
ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

L'Acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu

Le jeudi 2 juillet 1868, à 2 heures et demie.

PAR

Frédéric-Arthur REUFLET

Avocat à la Cour de Paris.

PRÉSIDENT : M. BUENGER, Docteur en Droit.

SUPPLÉANTS : { MM. Colmet d'Auge,
Machelard, } PROFESSEURS.
Colmet de Saurerrey,
Gide. } Agrégés.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'Enseignement.

PARIS

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE RENOU ET MAULDE
144, RUE DE RIVOLI 144

1868

F

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

(C)

DU CONTRAT DE GAGE EN DROIT ROMAIN

ET EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Le développement du crédit est la conséquence forcée de la civilisation. Plus un peuple étend ses relations, plus il augmente ses rapports avec l'étranger, en un mot, plus son commerce est florissant, plus il lui est nécessaire de pouvoir promptement et sans grande perturbation réaliser sa fortune. C'est à cette seule condition qu'il agira efficacement sur les marchés éloignés, qu'il y trouvera les matières premières nécessaires à son industrie et qu'il arrivera à sa fin désirée : l'augmentation de son bien-être intérieur.

La plus grande extension possible du crédit, la circulation facile des capitaux, la mobilisation des fortunes est en effet un des besoins les plus pressants de notre époque.

C'est un problème qui se recommande à l'attention de nos hommes d'Etat, et, disons-le, bien que nous n'ayons pas encore atteint le degré de perfection exis-

tant chez quelques nations rivales, depuis vingt ans de bien grands progrès ont été réalisés, bien des facilités ont été données à notre commerce terrestre et maritime.

Le crédit en lui-même trouve sa cause dans l'état de société; il est de l'intérêt commun que ceux qui possèdent fassent, sous certaines garanties, profiter de leurs biens les personnes moins favorisées.

Pour atteindre ce résultat, le contrat de gage a été un des moyens qui s'est le plus naturellement présenté à l'esprit.

Les Hébreux en faisaient usage (*Deutéronome*, chap. 24, n. 6, versets 6, 10, 11 et 12); il était réglementé chez les Grecs dès avant Solon (Bocck, *Economie politique chez les Athéniens*, t. 1^{er}, chap. 22). Son historique chez les Romains va nous montrer quelles transformations successives il a subies au fur et à mesure de l'augmentation des besoins de cette nation.

Les premiers Romains ne connaissaient pas ce que nous appelons aujourd'hui les sûretés réelles : au début de leur état de société, ils satisfaisaient à leurs besoins de crédit au moyen d'engagements réciproques et de cautions personnelles qui prenaient divers noms, suivant qu'il s'agissait d'une *intercessio* ou d'une *compromissio*.

La population augmentant, ces modes ne devaient bientôt plus leur suffire, et ils en arrivèrent vite à sanctionner leurs obligations par l'engagement de leurs biens.

Le premier pas qu'ils firent dans cette voie fut d'en transférer la propriété à leurs créanciers suivant les

façons employées alors chez eux, la *mancipatio* ou *cessio in jure* (Gaius, *Commentaire* 11, § 59), en ayant soin d'ajouter à ce transport une clause *de fiducia* par laquelle le créancier, ainsi nanti, promettait de leur retransférer cette même propriété, aussitôt libération de la dette.

Il y a quelque analogie entre cet acte primitif et ce que nous appelons chez nous la vente à réméré ; pourtant une différence essentielle est à noter. Tandis qu'en droit français le réméré est une condition telle, qu'une fois accomplie, tous les droits conférés par le vendeur à l'acheteur sont anéantis rétroactivement, donnant en conséquence au vendeur une action réelle sur la chose pour la recouvrer dans l'état où il l'a transmise, la clause *de fiducia* chez les Romains n'accordait au débiteur libéré qu'une action personnelle contre son créancier pour le forcer à lui retransférer la propriété de l'objet qu'il lui avait concédée.

Il devenait par là l'ayant-cause de son ancien créancier, obligé de supporter sur sa chose les droits réels que ce dernier avait pu conférer aux tiers pendant qu'il était propriétaire.

Il avait, il est vrai, en ce cas, et en raison même du pacte *de fiducia*, une action personnelle pour se faire indemniser du dommage qui lui était causé, mais, si nous supposons le créancier devenu insolvable, nous comprendrons facilement quels immenses inconvénients pouvaient résulter de ce système. Son action devenait illusoire : quant à sa chose, elle était ou détériorée ou perdue pour lui.

En raison des dangers d'une telle situation, la légis-

lation romaine admit que le débiteur, au lieu de transporter la propriété, se bornerait à transférer à son créancier la possession de la chose accompagnée des garanties qui, à cette époque, existaient au profit du possesseur (nous traiterons dans un chapitre particulier de ces garanties.)

Le débiteur conservait donc son droit réel de propriété, qu'il pouvait toujours exercer à l'égard des tiers, sauf le cas du *sub-pignus*, dont nous parlerons, et à l'égard de son créancier après extinction de la dette; il en conservait les attributs (loi 63 au Dig. *de adquirendo rerum dominio*, § 4), moins la possession, et encore à cet égard devons-nous faire une réserve, puisqu'il lui restait la *possessio civilis ad usucapionem*.

C'est ce qui résulte d'un texte de Javolenus au *Digeste*, liv. 41, titre 3 *de usurpationibus*, loi 16; on peut y ajouter dans le même sens la loi 33, § 4 au même titre et la loi 1^{re}, § 15, au titre précédent.

Primitivement, le droit du créancier se résumait en un droit de rétention jusqu'à extinction de la dette. La faculté de vendre l'objet en cas de non paiement à l'échéance ne pouvait résulter que d'une convention expresse des parties (Gaius, *Comment. II*, § 64 *in fine*. — Javolenus, liv. 47, titre 2, *de furtis*, loi 73.)

A l'instigation des jurisconsultes, cette convention fut regardée comme sous-entendue et comme de la nature du contrat. Le créancier eut le droit de vendre après l'échéance, sous la condition de sommations préalables adressées au débiteur. Ulpien, loi 4. liv. 13. titre 7 au Digeste : *de pignerat. actione*, nous dit que de

son temps on avait admis cette jurisprudence pour les cas où il n'y avait pas stipulation contraire. Suivant Paul dans ses *Senteneces*, liv. 2, titre 3, § 1, ce droit ne pouvait s'exercer sans trois sommations préalables.

On en vint à décider qu'il était de l'essence du contrat; qu'en conséquence, une stipulation contraire ne pourrait plus le paralyser, et on ne réserva alors la nécessité des trois sommations que pour cette dernière hypothèse.

Le gage ainsi organisé peut être défini : une sûreté réelle, accessoire d'une obligation principale, entraînant pour le débiteur déposition de sa chose au profit de son créancier, qui se trouve constitué *procurator in rem suam*, à l'effet de l'aliéner en cas de non paiement de la dette à l'échéance.

Cette aliénation n'est que facultative; le créancier peut, si bon lui semble, retenir la chose jusqu'à parfait paiement.

Cette nouvelle forme de crédit réalisait un progrès incontestable sur l'institution précédente; elle n'était pas cependant exempte d'inconvénients graves.

En premier lieu, elle épuisait le crédit du débiteur, puisque, dépossédé de sa chose, il ne pouvait plus, quelle que fût sa valeur, excédant le montant de la dette garantie, s'en servir comme instrument d'un nouvel emprunt.

En second lieu, elle le privait des objets nécessaires à son industrie, elle lui enlevait les moyens de rétablir sa fortune compromise ou ébranlée. Tout mode de crédit qui a pour effet d'absorber une certaine quantité de la richesse privée est nécessairement

imparfait et opposé aux lois d'une saine économie politique.

Cette observation est d'autant plus frappante dans la constitution du gage que si le créancier emploie la chose à son usage (*Institutes*, liv. 4, titre 1^{er}, *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, § 6), il commet un vol. Gaius, loi 54, *in principio* au *Digeste*, liv. 47, titre 2, *de furtis*, répète la même chose.

Ajoutons toutefois que cette rigueur était corrigée dans la pratique par l'adjonction au contrat de gage d'un second contrat. Tantôt c'était un contrat de précaire par lequel le créancier laissait au débiteur la possession de sa chose sous l'obligation de la lui restituer à première demande, tantôt un contrat de louage (Florentin, loi 35, § 1, liv. 13, titre 7. — Paul, loi 37, au *Digeste*, même titre. — Modestin, loi 23, liv. 20, titre 1^{er}. — Marcien, loi 37, liv. 41, titre 2, *de acquirenda vel amittenda possessione*.) S'il fallut chercher un remède, cela prouve d'autant mieux que le mal existait.

Un autre perfectionnement devait se produire par la création de l'hypothèque. Le droit prétorien, si fécond en expédients ingénieux pour étendre, amender les institutions juridiques, admit qu'un simple pacte, une simple convention entre les parties pourrait conférer au créancier un droit réel sur la chose de son débiteur, avec faculté de s'en mettre en possession à partir de l'échéance suivie de non paiement.

Tel est le résultat de l'hypothèque en droit romain. Le débiteur reste en possession de sa chose jusqu'à l'échéance; à compter de cette époque, s'il n'est pas payé,

Le créancier a une action pour se la faire délivrer et prendre ainsi la position du gagiste que nous venons d'indiquer.

Bien que mon sujet ne comporte dans son étendue que le pur contrat de gage, on voit que ces deux droits de créancier gagiste et de créancier hypothécaire se tiennent de si près dans la législation romaine, puisque le second a été le complément du premier, que je ne crois pas pouvoir me dispenser de mettre ici en relief les différences essentielles existant entre eux.

Dans la loi 5, § 1, au Digeste liv. 20, titre 4^o de *pignoris*, Marcien nous dit : « *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* » Il ne faudrait pas prendre à la lettre cette proposition du juriconsulte; car, s'il est vrai qu'après l'échéance de la dette, lorsque le créancier s'est fait mettre en possession au moyen de son action hypothécaire, sa position devient identique à celle du gagiste, jusque-là, comme nous l'avons vu, il y a entre eux cette différence que par le *pignus* proprement dit, et en raison de la nature de ce contrat, le créancier a le droit de réclamer la possession aussitôt l'accord de volontés des parties. L'*hypotheca*, au contraire, ne lui confère qu'une action pour obtenir cette possession à l'échéance.

C'est ce que nous trouvons dans la Loi 9 d'Ulpien, § 2, insérée au Digeste, liv. 13, titre 7. *Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem.* » Justinien dans ses Institutes, liv. 4, titre 6

de actionibus § 7, *in fine* nous confirme encore ce point : « Nam pignoris appellatione eam proprie rem
« contineri dicimus, quæ simul etiam traditur credi-
« tori, maxime si mobilis sit, at eam quæ sine tradi-
« tione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ
« appellatione contineri dicimus. »

De là découle cette conséquence que le créancier gagiste peut actionner son débiteur avant l'échéance pour obtenir la possession de l'objet soumis à son gage, tandis que le créancier hypothécaire doit attendre ce délai avant d'exercer aucune action.

Une autre différence existe encore entre le créancier hypothécaire et le gagiste. Elle est aussi une suite de l'obligation pour le débiteur de transférer la possession. Le créancier devant être investi ne peut être que seul possesseur : en d'autres termes, plusieurs droits de gage ne peuvent exister simultanément au profit de plusieurs personnes sur le même objet. Il peut y avoir au contraire plusieurs hypothèques, mais le second créancier n'exerce rarement son droit qu'après avoir désintéressé le premier (*jus offerendæ pecuniæ, jus successendi*). Si, négligeant cette voie, il met l'objet en vente, il n'éteint pas le droit du créancier antérieur et s'expose au recours en garantie de la part de l'acquéreur.

L'hypothèque fut donc un progrès, mais on était encore bien loin d'avoir organisé un moyen de crédit efficace. M. Bonjean, dans son *Traité des actions*, tome 2, livre 3, chapitre 1, § 285, lui adresse deux reproches sévères. Il les fonde : le premier, sur le

défaut de publicité qui ne permet pas à une personne voulant prêter sur hypothèque de connaître si déjà quelques droits semblables n'existent pas au profit d'autres créanciers et qui la force en conséquence à s'en rapporter à la bonne foi de l'emprunteur ; le second sur l'absence d'un système de purge.

Le créancier hypothécaire est sans sécurité, incertain des hypothèques qui peuvent primer la sienne ; et l'acquéreur de la propriété est exposé aux mêmes craintes, au même danger d'éviction ; danger perpétuel, vu l'imprescriptibilité de l'hypothèque jusqu'à l'époque du Bas-Empire. C'est en effet une constitution des empereurs Honorius et Théodose, insérée au Code de Justinien, Loi 3, livre 7, titre 39 *de prescriptione XXX vel. XL annorum*, qui rendit l'hypothèque prescriptible par trente ans à l'égard des tiers.

Le caractère occulte des hypothèques a lieu de surprendre dans la législation romaine, en raison de son origine que les romanistes imputent à l'influence de la civilisation grecque.

L'hypothèque (*ὑποθήκη*), était usitée en Grèce, dès les temps les plus reculés, et accompagnée d'un mode de publicité, imparfait sans doute, mais qui en somme offrait aux tiers une garantie. L'engagement des fonds était manifesté par l'apposition de tables de pierre ou de poteaux (*ἔροι*) sur lesquels on écrivait le montant de la dette et le nom du créancier. Boeck, dans son *Traité d'économie politique chez les Athéniens*, tome I, chap. 22, page 217, nous apprend que c'était une coutume fort ancienne et qui existait avant Solon, puisqu'en abolissant en quelque façon les

dettes ou en les allégeant, ce législateur fit enlever les pierres qui étaient à presque tous les champs.

CHAPITRE I.

Éléments constitutifs du gage.

Les éléments du gage sont au nombre de quatre : un objet sur lequel il porte, une obligation principale à laquelle il doit accéder, le consentement des parties et la translation de la possession.

§ 1.

De l'objet du gage.

Le gage peut avoir pour objet toute espèce de choses qui sont dans le commerce, ou, d'après la division des institutes de Justinien, Liv. 2, titre 1, *in principio* « quæ in nostro patrimonio habentur. » Telle est la règle générale : il faut qu'elles soient susceptibles d'un droit de propriété et que, soit leur nature, soit une inaliénabilité résultant d'une disposition législative, ne viennent pas paralyser l'établissement de ce droit. Gaius Loi 9, § 1, Liv. 20, titre 1 au Digeste *de pignoribus* s'exprime ainsi : « Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. »

On est étonné de trouver une définition aussi large dans cette loi 9 du titre *de pignoribus*, si l'on se reporte à la loi 238, § 2, Liv. 30, titre 16 *de verborum signifi-*

tionne, émanant du même jurisconsulte, et qui semble restreindre l'objet du gage aux choses mobilières. « *Pignus appellatum a pugno : quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* » Justinien dans § 7 *De actionibus*, aux Institutes, lib. 4, dit aussi : « *Maxime si rei mobilis sit.* » Il est probable qu'à son origine le gage n'avait jamais lieu que sur les meubles, et cela s'explique historiquement. Les interprètes du droit romain discutent sur le point de savoir si les interdits qu'à le créancier gagiste comme garantie de sa possession lui ont été accordés dès l'origine et tout en acceptant l'opinion de M. de Savigny (*Traité de la possession* § 24), qui les considère comme ayant précédé l'action servienne, on peut cependant admettre que, lors de la création du gage on n'y a pas ajouté immédiatement ces moyens de sanction ; dans cette opinion il est facile de comprendre que le gage ne pouvait porter que sur des objets dont la détention était effective. Comment constituer un gage sur un immeuble si la possession n'en est garantie ? Puis, successivement la législation complétant son œuvre, et donnant au créancier une action pour recouvrer la possession s'il venait à la perdre, le droit de gage a été étendu sur les choses immobilières. Il est certain que dès avant Justinien, aux temps de la jurisprudence classique, la constitution du gage portait non-seulement sur les biens dont on avait le *dominium ex jure Quiritium*, mais encore sur ceux que l'on possédait *in bonis*. Scævola, dans la Loi 31 au Digeste, liv. 20, titre 1, *De pignoribus*, suppose donné

en gage un immeuble provincial débiteur d'un vectigal.

On alla plus loin : les choses incorporelles elles-mêmes furent susceptibles d'être soumises à ce droit. Paul (loi 16, § 2 au Digeste, liv. 13, titre 7) nous dit : *Non etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed et superficiarum : quia hodie utiles actiones superficiaribus dantur.* » On peut ajouter dans le même sens la loi 13, § 3 de Marcien, lib. 20, titre 1^{er}. M. Bourjean dans son *traité des actions* (lib. 3, chap. 1^{er}) remarque que le gage portait moins sur les droits en eux-mêmes que sur la chose corporelle qui en était affectée. On pouvait aussi l'établir sur un usufruit (Marcien loi 11, § 2 au Digeste, liv. 20, titre 1^{er}) et probablement sur les autres servitudes personnelles.

Le droit de l'usager pourtant faisait exception, car d'après les principes, sa jouissance était incessible; sa position se distinguait de celle de l'usufruitier et de la personne à qui compétait un droit d'habitation ou un *Jus operarum*, en ce qu'il devait user par lui-même, tandis que les autres avaient la faculté de remettre l'exercice de leurs droits à un tiers.

Les servitudes rurales étaient aussi sujettes à ce droit (Paul, loi 12 au Digeste, liv. 20, titre 1^{er}), mais non les urbaines (loi 11, § 3, même titre); et cela se comprend, puisque ces dernières ne pouvaient être vendues aux enchères.

La créance elle-même garantie de cette façon, pouvait être remise au même titre à un tiers; c'est ce que l'on appelait le *sub pignus* (Ulpien, loi 27 au Digeste, liv. 13, titre 7. — Papinien, loi 40, § 2 au même titre. et Marcien, loi 13, § 2, liv. 20, titre 1.)

Enfin la chose d'autrui était capable d'en être affectée (Ulpien, loi 9, § 4 au Digeste, liv. 13, titre 7.) Le contrat de gage existait alors entre les parties comme si la chose eut appartenue au constituant, mais il est bien entendu qu'il ne pouvait nuire à l'exercice du droit du véritable propriétaire, si ce dernier n'y avait consenti.

Nous avons établi cette proposition : que le gage en droit romain existait valablement sur tous les objets qui sont dans le commerce. Si au contraire ils sont frappés d'une inaliénabilité, soit absolue, comme les choses communes, publiques et religieuses (Paul, loi 29 au Digeste, liv. 42, titre 5, *de rebus auctoritate judicis, etc.* : — Institut. de Justinien, liv. 2, titre 1, § 8. — Loi 21 au Code, liv. 1, titre 2, *de sacrosantis ecclesiis*. — Loi 2 *in fine* au Code, liv. 3, titre 44. — Loi 3 au Code, liv. 8, titre 17), soit relative en raison de la position de leur propriétaire que le législateur a voulu prendre sous sa garde, comme les choses constituées en dot ou comprises dans une donation *propter nuptias* (Gaius, loi 4, liv. 23, titre 3, *de fundo dotali* au Digeste — Africain, loi 11 au même titre — loi unique, § 13 au Code *de rei uxoriae actione*), les biens des fils de famille administrés par le père (loi 2 au Code, liv. 6, titre 60 *de bonis maternis* — loi 4, au titre suivant, *de bonis que liberis, etc.*) les prix obtenus par les athlètes (loi 5 au Code, liv. 8, tit. 17), dans tous ces cas ils ne pouvaient y être soumis.

Pour un motif d'ordre public, pour éviter les chicanes et la prolongation des procès, on avait admis

chez les Romains qu'un bien litigieux ne serait pas susceptible d'aliénation jusqu'à la clôture du débat. Marcien nous apprend dans la loi première, § 2 au Digeste, liv 20, titre 3), que, dans ce même but et d'après les avis des jurisconsultes, il était soustrait au droit de gage. Cette loi de Marcien peut être critiquée pour sa généralité. Elle ne distingue pas entre le cas où l'objet litigieux a été engagé par le demandeur revendiquant non possesseur, ou par le défendeur en possession. Il résulte cependant d'autres textes qu'au premier seul s'appliquait l'exception. Le § 8 d'un fragment, *de jure fisci* dont l'auteur est inconnu, tiré d'un palimpseste de Verone porte : « *Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, præterquam emptio nullius nomen est, penam quinquaginta sestertiorum fisco representare compellitur.* » Gaius Commentaire *de ses Institutes*, § 447 *in fine*, écrit dans le même sens : « *Item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente, petas opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summoveris.* » C'est en faisant cette distinction que l'on parvient à expliquer d'une façon péremptoire la loi 18 du même jurisconsulte Gaius au Digeste, lib. 6, titre 1^{er} *de rei vindicatione* : « *Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere : periculum est enim cum vel pigneraverit, vel manumi serit.* » Le possesseur d'un esclave litigieux qu'il a usucapé pendant le procès, est obligé, en le transférant au demandeur sur l'arbitrium du juge, de donner caution *de dolo*, car on peut craindre que pendant l'espace de temps où

il a été propriétaire, c'est-à-dire depuis l'époque de l'usucapion jusqu'au prononcé du jugement, il ne l'ait donné en gage ou affranchi. Or, l'on comprend que si la constitution de gage faite par lui eut été nulle, cette caution eut été inutile. C'était l'objection qu'Accurse avait faite. Cujas (tome 7, page 270) y répondait : « Que l'aliénation ou l'hypothèque d'un objet litigieux était valable *jure civili* et seulement réprouvée par le droit prétorien ; qu'en conséquence l'acquéreur ou le créancier gagiste serait repoussé par une exception, s'il voulait agir, mais ne pourrait être inquiété, s'il était en possession. » L'explication était ingénieuse, mais la distinction que nous avons établie d'après les textes ci-dessus est préférable. Gaius suppose dans la loi 18 *de rei vindicatione* un gage constitué par un défendeur en possession. En ce cas l'exception ne s'appliquait pas et alors l'utilité de la caution *de Dolo* devient évidente. Il faut donc apporter cette restriction à la généralité des termes de la loi 1^{re}, § 2 de Marcien au Digeste, liv. 20, titre 3.

On sait quels pouvoirs étendus la puissance paternelle conférait au père sur le fils de la famille : ils n'allaient pas jusqu'à lui permettre d'établir un gage sur lui (*Sentences* de Paul, liv. 5, titre 1^{er}, § 1^{er} — loi 5 du même au Digeste, lib. 20, titre 3 — *Novelle* 134, (chapitre 7.) Ces décisions nous apprennent même que le créancier était puni de la déportation s'il l'acceptait.

§ 2.

*De l'obligation principale à laquelle le gage
doit accéder.*

Le contrat de gage est, de sa nature, accessoire ; il vient toujours s'adapter à une obligation pour en être la garantie, et au moment de sa naissance il est lui-même affecté de tous les vices, de toutes les modalités qui pèsent sur le contrat principal. Il n'est pourtant pas nécessaire que l'obligation résultant de ce contrat soit civile : il peut être adjoit à une obligation prétorienne ou même naturelle, et dans ce dernier cas il confère un très-grand avantage au créancier qui trouve ainsi le moyen de faire exécuter son droit. Il importe peu que cette créance, son fondement légitime, ait pour objet de l'argent ou toute autre chose (Marcien, loi 5, liv. 20, t. 1^{er}, *Digeste*. Le jurisconsulte, il est vrai, ne prévoit dans ce texte que l'hypothèque, cette règle est aussi vraie pour le gage. Si l'obligation est conditionnelle, il n'existe que sous la même modalité (même loi, *in fine*) : mais il faut remarquer que, s'il ne peut prendre naissance à défaut de l'événement qui doit produire l'obligation, dans le cas au contraire où la condition vient à s'accomplir, il est censé parfait à partir du jour de sa constitution, pourvu, bien entendu, que le créancier ait été mis à cette époque en possession. C'est une conséquence déduite des lois 9, *principium*, § 1 et 2 d'Africain et 11, § 1^{er} de Gaius, liv. 20, titre 4.

Si la dette principale est nulle en droit civil, le contrat accessoire sera aussi frappé de nullité (loi 129, § 1 au Digeste, lib. 50, titre 17 *de regulis juris* : « *cuiu principalis causa non consistit, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent.* » Item loi 178 au même titre). Mais si au lieu d'une nullité absolue, nous supposons l'action principale paralysée par une exception, permettons-nous au débiteur gagiste de l'invoquer pour empêcher l'action de son créancier sur le gage ? Nous distinguerons ici entre les exceptions *personæ aut rei cohærentes*, entre les exceptions temporaires et les exceptions perpétuelles. Les exceptions *personæ cohærentes* ne profiteront au débiteur gagiste que s'il est en même temps débiteur de l'obligation principale. Les exceptions *rei cohærentes* seront utiles à tous les obligés, principaux et accessoires qui n'y renoncent pas ou n'y ont pas renoncé. Les exceptions temporaires pourront toujours être invoquées par le débiteur gagiste, quel qu'il soit : les exceptions perpétuelles suivant certaines circonstances. Le constituant savait-il qu'une *perpetua exceptio* pouvait être opposée à l'action résultant de la créance, en ce cas nous validerons le contrat ? En effet, si le gage a été donné par le débiteur lui-même capable de renoncer à cette exception, cette mesure équivaut à une renonciation de sa part. S'il a été donné par un tiers en connaissance de cause, cette constitution ainsi faite est pour lui un abandon de tout recours contre le débiteur ; il est censé avoir agi *animo donandi*, et en conséquence nous déclarons encore l'acte valable. Si au contraire l'un ou l'autre était dans l'ignorance de la *perpetua*

exceptio qui repoussait le droit du créancier, nous infirmerons le contrat accessoire. Cette proposition sera rendue plus claire par un exemple. Le sénatus-consulte Macédonien défendait tout prêt d'argent aux fils de famille. L'obligation contractée au mépris de cette disposition n'était pas nulle de plein droit : l'action était seulement repoussée par une *perpetua exceptio* et le fils de famille, tant qu'il restait dans cette condition, n'ayant pas la capacité d'y renoncer, ne pouvait sanctionner son engagement au moyen d'un *pignus*. Mais si un tiers connaissant l'incapacité du débiteur venait s'obliger accessoirement envers le créancier, alors agissant *animo donandi*, perdant tout recours contre le fils de famille, il rendait, quant à lui, son acte parfait.

§ 3

Du consentement des parties et de la translation de la possession.

Il nous reste à citer comme derniers éléments du contrat de gage le consentement des parties et la tradition de la chose engagée. Nous avons peu de choses à dire à ce sujet : Le consentement est l'accord de volonté des parties sur l'objet qui doit être soumis à ce droit et sur l'étendue de la garantie à fournir. Il suffit que les parties s'entendent parfaitement, de quelque façon que ce concours de volontés se produise, et que de plus il y ait prise de possession de la part du créancier pour que le contrat soit parfait.

Quant aux modes par lesquels se faisait cette tradition nous rappellerons seulement qu'elle pouvait être ou réelle ou feinte pour les objets matériels : les choses incorporels à l'origine n'en étant pas susceptibles. Plus tard on assimila à la possession effective la tolérance de l'exercice du droit (*usus et patientia*); c'est ce que l'on a appelé quasi-possession.

CHAPITRE II.

QUI PEUT CONSTITUER OU ACQUÉRIR UN GAGE.

Pour pouvoir constituer un gage, il faut avoir la libre disposition d'une chose. « *Nexum non facit prædiorum, nisi persona quæ jure potuit obligare* » (Loi 8, au Code liv. 8, titre 16. *Si aliena res pignori data sit*). Un propriétaire qui n'a pas le libre exercice de ses droits vaudrait donc vainement l'établir. C'était un acte interdit au pupille, à l'adolescent pourvu d'un curateur, à l'homme en démence. Leur tuteur ou curateur sous certaines conditions étaient autorisés à faire valablement en leurs noms de tels contrats (loi 1^{re}, § 2, au Digeste, liv. 27, titre 9.), mais sans mésuser de ce pouvoir en se servant des biens du pupille dans leur propre intérêt. « *Curator adulti, vel tutor pupilli propriam rem mobilem ejus cujus negotia tuetur, pignoris jure non obligare potest, nisi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat.* » (Loi 3, au Code liv. 8, titre 16 et loi 7, au même titre). Un propriétaire ne pouvait donc pas toujours constituer un gage;

il était au contraire dans certains cas valablement établi par un administrateur. Ainsi, outre le tuteur et le curateur, l'esclave et le fils de famille ayant la disposition de leur pécule, avaient ce pouvoir. (Paul, loi 18, § 4, liv. 13, titre 7 au Digeste) « *Servus rem peculiarum si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit : nam et alienare ea res potest.* » Marcien, loi suivante : « *Eadem et de filio familias dicta intelligemus.* » Cette faculté leur appartenait pour l'avantage de leur pécule ; si au contraire ils prenaient un tel engagement pour autrui, on l'annulait. (Marcien, loi 1, § 1^{er}, au Digeste, liv. 20, titre 3.)

Que dire si un gage a été constitué sur la chose d'autrui ? Il était sans aucun doute parfaitement valable, s'il avait été donné avec l'assentiment du véritable propriétaire ou, si, établi à son insu, il y avait eu plus tard ratification de sa part. (Paul, loi 20, liv. 13, titre 7, au Digeste). Cette ratification pouvait même être considérée comme tacite dans le cas où il gardait le silence pour tromper le créancier (loi 2, au Code, lib. 8, titre 16) : de toute façon elle rétroagissait au jour de la constitution (loi 16, § 1^{er}, lib. 20, titre 1^{er}, au Digeste). Mais, si ni l'un ni l'autre de ces faits ne s'était produit, quoique le gage fut évidemment nul à l'égard du propriétaire, les jurisconsultes n'hésitaient pas à accorder entre les parties les actions résultant du contrat (loi 9, § 4. — Loi 16, § 1^{er}, et loi 32, liv. 13, titre 7, au Digeste). La position des parties est donc parfaitement déterminée : le débiteur aura l'action *pigneratitia directa* après paiement pour recouvrer la possession de la chose : le créancier aura de

son côté l'action *pigneratitia contraria* dont il pourra user contre son débiteur, mais il sera évincé par le véritable propriétaire lorsque celui-ci agira.

Qu'arrivera-t-il si le débiteur acquiert par la suite la propriété de l'objet? Conservera-t-il la même faculté d'éviction? Pourra-t-il venir reprocher à son créancier les vices qui pesaient sur le droit à l'origine, à l'égard du propriétaire, et lui dire qu'étant aujourd'hui au lieu et place de ce dernier, il se propose de mettre en jeu les actions que lui-même aurait pu exercer? (Paul, loi 41, *in principio*, au Digeste, liv. 13, titre 7) protège les créanciers au moyen d'une action utile et ne distingue pas entre le cas où il a été de bonne ou de mauvaise foi. « *Rem alienam pignori dedisti : deinde dominus rei ejus esse cœpisti : datur utilis actio pigneratitia creditori.* » Papinien ne leur accorde au contraire cette action utile que dans deux hypothèses, lorsqu'ils étaient de bonne foi ou lorsque leur débiteur avait déjà, au moment de l'engagement, un titre pour obtenir l'objet. De mauvaise foi il ne leur réserve qu'un droit de retention. (Loi 1^{re}, *in principio*, Digeste, liv. 20, titre 1). Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien insérée au Code, loi 5, liv. 8, tit. 16, consacre l'avis de Paul comme un progrès de la jurisprudence.

Si on renverse l'espèce : si l'on suppose que le véritable propriétaire est devenu héritier du débiteur, et par conséquent tenu des dettes de ce dernier, nous trouvons encore les avis des jurisconsultes Paul et Modestin en contradiction. Modestin, loi 22, *de pignoribus*, liv. 20, titre 1, donne au créancier une action utile : Paul, loi 41, liv. 13, titre 7, la lui refuse.

Pour qu'un gage fut valablement établi il n'était pas non plus nécessaire que les parties fussent présentes. Ce contrat pouvait avoir lieu entre absents au moyen d'un nuntius ou d'une lettre missive, si déjà la personne à qui devait être fournie la garantie avait la détention de la chose (Modestin, loi 23, § 1^{er}, liv. 20, titre 1, au Digeste. Il n'en serait pas de même si au lieu d'un nuntius ou d'une épistola on avait voulu employer un procurator : cela tient aux règles du mandat chez les Romains. Le mandataire acquérait les obligations pour lui-même : toutes les actions lui étaient données en son nom, sauf la nécessité de rendre compte à son mandant. De plus l'obligation étant un rapport de personne à personne, un lien de droit entre deux individus qui s'astreignent à une chose l'un envers l'autre, l'on ne comprenait pas alors dans la pureté des principes que l'un d'eux pût être remplacé au contrat. Les seules parties participantes étaient liées. Le droit de propriété ne pouvait non plus s'acquérir au moyen d'un étranger. La prise de possession au contraire, étant un fait, s'effectuait valablement par un intermédiaire, et c'est ce qui nous explique le § 6 de la loi 13 d'Ulpian, liv. 13, titre 7. Un tiers pouvait donc posséder en votre nom, il ne lui était pas donné d'acquérir pour vous un droit de propriété. Le gage répugnait à la présence d'un étranger en raison des obligations qu'il produisait, et cela dura jusqu'à Justinien, qui modifia ce principe par une constitution insérée au Code, liv. 4, titre 27, loi 2.

Enfin, nous avons dit, chapitre 1^{er}, § 1^{er}, qu'un gage était utilement conféré non-seulement par le proprié-

taire ayant le *dominium ex jure quiritium*, mais encore par celui qui avait la chose *in bonis* : par l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier et celui à qui appartient un droit d'habitation ou d'*operæ*, pour la durée de leurs droits.

Nous venons de voir qu'elles personnes peuvent constituer un gage, recherchons maintenant quelles sont celles susceptibles de l'acquérir. La règle, en ce cas, est qu'il faut être capable de s'obliger. Le contrat de gage étant de sa nature synallagmatique imparfait, c'est-à-dire capable de créer *ex post facto* des obligations à la charge du créancier gagiste (nous dirons plus loin quelles sont ces obligations), l'on saisit de suite l'intérêt de cette règle. Ainsi un pupille ayant toujours la faculté de faire les actes qui rendent sa position meilleure ne pouvait cependant pas, *sine auctoritate tutoris*, créer un contrat de gage parfait. Il engageait envers lui le débiteur qui seul devait supporter la peine de sa faute d'avoir traité avec lui, mais il n'était pas tenu de la responsabilité civile d'un créancier gagiste. C'est ainsi qu'il faut entendre la loi 38, liv. 13, titre 7, au Digeste : « *Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiæ actionis necessaria est tutoris auctoritas.* »