

45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1935-1936

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
DROIT PRIVE
REPETITIONS ECRITES
DE
DROIT CIVIL
APPROFONDI ET COMPARÉ
rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS
SORBONNE

de

M. CAPITANT

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

226

X

" LES COURS DE DROIT



060 043888 9

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —



Répétitions Écrites et Orales
Reproduction interdite

D R O I T C I V I L A P P R O F O N D I

(DOCTORAT)

L'EVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT DES CONTRATS

JUSQU'A L'EPOQUE PRESENTE.

Il importe d'abord de préciser le sens que je donne à ce titre. Le mot d'évolution est un terme que l'on emploie dans des significations bien différentes. Si l'on ouvre le vocabulaire philosophique du professeur Lalande, on y lit que c'est un des termes philosophiques qui reçoivent les sens les plus vagues et même les plus opposés. Je l'emploie ici pour désigner les transformations lentes et graduelles qu'a subies le droit des contrats au cours des siècles. A ce mot d'évolution ne s'attache, du reste, ni un sens de progrès ni un sens de défaveur, de régrès, comme disent certains philosophes. Il s'agit simplement de constater les transformations qui peu à peu se sont produites dans le droit des contrats et qui semblent se précipiter depuis la guerre.

Je précise que ces transformations ou modifications peuvent résulter soit de l'intervention législative qui en est aujourd'hui la principale source; soit de la coutume juridique, ce qui est surtout vrai pour notre ancien droit, mais s'applique également pour notre droit moderne, soit de l'interprétation des

tribunaux que nous désignons sous le nom de jurisprudence; soit de l'action exercée par la doctrine, c'est à-dire par les ouvrages des auteurs.

J'ai précisé, en ajoutant au mot : évolution, le mot : historique parce que mon intention est de retracer ces transformations depuis le droit romain jusqu'à l'époque présente.

D'autre part, j'ai ajouté : du droit des contrats afin de bien marquer que je ne considérerai que le droit contractuel et non pas le droit des obligations dont le contrat est toujours donné comme étant une partie. Le sujet du droit des contrats est déjà bien assez vaste par lui-même, pour que je ne traite dans le droit des contrats que le droit général, c'est-à-dire que je n'y parlerai que des principes qui dominent la matière, en ne faisant que de très brèves allusions, chemin faisant, lorsqu'il y aura lieu, à certains contrats spéciaux.

Plan général du Cours.

Première partie : Du Droit romain au Code civil.

Seconde partie : Les principes généraux du droit des contrats dans le Code civil.

Troisième partie: Les transformations du droit des contrats depuis le Code civil jusqu'à nos jours.

OBSERVATIONS PRELIMINAIRES.

L'élargissement moderne du domaine du contrat et la restriction de la liberté contractuelle.

Le contrat est l'opération juridique la plus usuelle. Il constitue, sous ses multiples applications la trame de notre vie économique; l'ordre juridique actuel est à base contractuelle. Le doyen Duguit de la Faculté de Bordeaux qui pourtant a prétendu que dans le droit moderne le rôle du contrat s'effaçait, diminuait de jour en jour, et que celui du statut se substituait à lui, - ce qui à mon avis n'est pas exact a dit d'autre part d'une façon plus exacte, que quand on a énuméré la propriété, la responsabilité et la liberté contractuelle, on a donné les trois fondements de l'ordre civil moderne. Lui-même reconnaissait donc que la liberté contractuelle ou le contrat est un des fondements de l'ordre civil moderne, et cette proposition est en effet difficile à discuter. Pourtant, on parle volontiers aujourd'hui, comme l'a fait Duguit, du déclin, de l'effacement du contrat et bien des livres ou des articles ont été publiés au cours de ces dernières années sur ce sujet. Voyez notamment le

livre de M. Gaston Morin, doyen de la Faculté de Droit de Montpellier, intitulé : La loi et le contrat; la décadence de leur souveraineté. Et dans le très beau livre que vient de publier Georges Ripert sous le titre : Le régime démocratique et le droit civil moderne, un chapitre 5 est intitulé : Le déclin du contrat et l'organisation économique de l'Etat.

Or dans cette formule qui est à la mode : le déclin du contrat, je trouve, pour ma part, beaucoup d'exagération. C'est une formule à effet, destinée à frapper l'esprit mais qui à mon avis ne répond pas exactement à la réalité présente. Je suis, pour ma part, plutôt porté à croire que le domaine du contrat s'amplifie au lieu de se rétrécir et que de jour en jour apparaissent de nouveaux contrats inconnus, inusités auparavant. Je ne suis pas seul du reste à partager ce sentiment car dans le recueil d'études en trois volumes publié cette année en l'honneur du doyen Gény, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Nancy, au tome 2, M. Josserand, actuellement conseiller à la Cour de Cassation, a publié un article qu'il a intitulé : l'essor moderne du concept contractuel, qui est dans la même ligne que celle que j'indique moi-même. En vérité, ce que l'on vise, car il faut bien s'entendre sur le sens des mots, quand on parle du déclin du contrat, ce que visait déjà Duguit, et ce que visent ceux qui après lui ont employé cette expression, c'est le développement du droit corporatif, qui dit-on, empiéterait largement sur le droit des contrats et en diminuerait le domaine; mais si le droit corporatif se développe, s'il nous apparaît comme un droit tout à fait moderne, nouveau, son développement s'accomplit à côté du contrat et non aux dépens de celui-ci. A mon sens la vérité est la suivante : le champ, le domaine du contrat ne diminue pas, je crois au contraire qu'il va en s'élargissant; mais ce qui dans le domaine se rétrécit, c'est la liberté contractuelle, c'est-à-dire le droit pour les contractants de régler comme ils veulent leurs rapports contractuels, le droit d'organiser leur contrat, les obligations qui doivent en naître, comme ils l'entendent, en pleine liberté, à charge bien entendu, - la règle a toujours été la même depuis le droit romain, - de ne porter atteinte ni à l'ordre public d'une façon large, ni aux bonnes moeurs. Les lois modernes qui réglementent certains contrats laissent une part moins large, quelquefois très étroite, à la liberté contractuelle et la plupart de leurs dispositions sont d'ordre impératif, c'est-à-dire s'imposent au respect des contractants. C'est en cela qu'il est vrai de dire que la conception du contra

se modifie et qu'on peut parler, si l'on veut, du déclin du contrat en entendant par là le déclin de la liberté contractuelle, ce qui est tout autre chose (1)

II - Il est bon, avant d'étudier notre matière, de définir ce qu'on entend par le mot contrat, et de bien préciser nos idées sur ce point.

Définition du contrat dans le C.C. Critique de cette définition.

L'article 1101 du Code civil, à la différence de codes modernes, qui ne donnent pas volontiers de définitions, nous donne la définition du contrat. Cette définition nous vient directement du droit romain.

"Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose".

C'est une définition vieillie, qui prête le flanc à la critique.

Inutilité de la distinction entre la convention et le contrat.

D'abord les rédacteurs du Code civil ont distingué entre le contrat et la convention. Le contrat, disent-ils, est une convention. Ils distinguent donc le contrat, espèce, de la convention, genre. Ils considèrent le contrat comme une espèce du genre convention. Ils ont emprunté cette distinction à Pothier, qui, dans son Traité des obligations, n° 3, s'exprimait comme suit :

"Un contrat est une espèce de convention". Et il ajoutait : "Pour savoir ce qu'est un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. Une convention, disait-il, ou un pacte, car ce sont termes synonymes (à son époque c'étaient termes synonymes, mais jusqu'au 16^e siècle le contrat et le pacte ont été distingués, nous le verrons, parce qu'on restait sous l'empire de la distinction romaine entre le pacte et le contrat) est le consentement de deux ou de plusieurs personnes pour former entre elle

(1) Cf. Ripert dans Recueil d'Etudes en l'honneur du doyen Gény : L'ordre économique et la liberté contractuelle, où l'auteur développe cette idée que l'économique l'emporte sur la volonté des individus, et Ibid M. Etienne Parreau, Professeur à Toulouse : Une évolution vers un statut légal des contrats dans lequel l'auteur marque bien l'idée du statut impératif. Melle de Lagrange : La crise du contrat et le rôle du juge. Thèse Paris 1935. M. Josserand : Le contrat dirigé (c'est-à-dire le contrat réglementé par le législateur) D.H. Chr. 1933, p. 89, et H. Capitant Le régime de la violation des contrats (titre qui veut marquer que le législateur intervient dans les contrats alors même qu'ils sont conclus) D.H. Chr. 1934, p. 1.

un engagement, ou pour en résoudre un précédent ou pour le modifier". Il terminait en disant : "L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle contrat".

A la suite, les rédacteurs du Code ont distingué d'une part le contrat, accord de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître un engagement entre elles, - en vue de s'obliger, soit réciproquement, ce qui est le cas le plus fréquent car les contrats les plus habituels sont les contrats synallagmatiques, ou d'obliger l'un des contractants envers l'autre ce qui suppose un contrat unilatéral, - d'autre part, la convention, qui plus large, comprend les accords de volonté ayant pour objet de modifier un contrat antérieurement formé, de le résoudre, ou de le résilier.

Cette distinction du contrat et de la convention que les rédacteurs du Code civil ont conservée, n'a plus aucun intérêt pour nous. On peut la considérer comme périmée. Elle peut être abandonnée. Elle ne se rencontre plus dans les codes modernes. Ainsi le code polonais des obligations, qui a été publié tout récemment, contient un article 50 dans lequel ne se trouve pas à proprement parler une définition, mais qui est rédigé comme suit, en deux paragraphes :

§ 1 : "Le contrat se forme par la déclaration concordante de volonté des deux parties, l'une obligeant à une prestation, l'autre acceptant cette prestation".

Je n'aime pas beaucoup, soit dit en passant, cette façon de préciser ce qu'est le contrat, parce qu'elle paraît viser surtout le contrat unilatéral, alors qu'en fait le contrat courant est le contrat synallagmatique.

§ 2 : "Le contrat peut avoir aussi pour objet, de créer, modifier, ou éteindre un rapport juridique (donc on comprend bien dans la notion de contrat même les accords de volontés qui ont pour objet de modifier, ou d'éteindre un rapport juridique), en dehors de toute obligation de prêter. Le traducteur a employé le mot prêter, qui n'existe pas dans notre langue juridique.

Le code polonais comprend dans la catégorie des contrats les accords de volontés qui ont pour objet de modifier ou d'éteindre un contrat précédent. Il ajoute : "en dehors de toute obligation de prêter", ce qui n'est pas très clair. Dans le projet de code franco-italien des obligations préparé par deux Commissions, l'une de juristes français, l'autre de juristes italiens, de 1918 à 1927, on trouve la définition suivante, car ce code a gardé les traditions

du code civil, "Le contrat est l'accord de deux ou de plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique".

Il n'y a donc aucun intérêt à distinguer le contrat de la convention, si ce n'est un intérêt de pure tradition qui ne suffit vraiment pas. On a pourtant objecté (Planiol et Ripert, Traité pratique, Tome 2 des obligations, page 18, dans une partie rédigée par M. Cassin) que la distinction du Code civil présente un intérêt, parce que la capacité pour le paiement ou la remise de dettes, ou la cession de créances, n'est pas la même que celle qui est requise pour les contrats. Ces auteurs disent qu'il y a intérêt à distinguer du contrat le paiement ou la remise de dettes qui sont des conventions dans la terminologie du Code ou la cession de créance qui est une modification d'un rapport juridique antérieur, du contrat lui-même. Mais l'observation ne me paraît pas probante, parce qu'il me semble qu'on peut répondre tout simplement que la capacité n'est pas la même pour tous les contrats.

Inutilité de la distinction dans la définition du contrat, de l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

L'article 1101 du Code civil suscite encore d'autres observations, en dehors de cette première qui est la plus importante. Il déclare que l'obligation qui naît du contrat peut être une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. C'est une formule qui est empruntée à Pothier et qui pouvait avoir alors son intérêt, mais qui n'en a plus aujourd'hui. Pourquoi Pothier distinguait-il l'obligation de donner, de l'obligation de faire ou de ne pas faire ? C'est parce que l'obligation de donner (au sens du verbe latin, dare) c'était l'obligation de transférer la propriété, le corps certain, objet du contrat; Pothier voulait montrer que quand le contrat a pour objet de transférer la propriété d'une chose, ce transfert ne s'opérait pas par le simple accord des volontés par l'effet du contrat, mais ne se réalisait que par la tradition réelle, remise de la chose par le débiteur au créancier, soit une tradition feinte résultant d'une clause de dessaisine saisine insérée dans l'acte écrit constatant le contrat. Or, depuis le Code civil, le transfert de la propriété se réalise de plein droit par le seul effet de l'accord des volontés, et l'acquéreur d'une chose en devient propriétaire au moment même où les deux parties se sont mises d'accord pour en transférer la propriété.

D'autre part la distinction entre l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire que signale l'article 1101 du Code civil, toujours d'après Pothier,

ne présente pas non plus d'intérêt parce qu'il n'y a rien de particulier pour l'une de ces obligations. 1

définition proposée du contrat.

Il vaut donc mieux chercher une définition plus précise, plus exacte du contrat, et l'on peut proposer la suivante : Le contrat est un accord de deux ou plusieurs volontés (c'est le point essentiel qu'il faut bien mettre en lumière, le contrat est un accord de volontés) en vue de créer un rapport obligatoire entre deux ou plusieurs personnes, ou de modifier ou d'éteindre un rapport préexistant.

Définition simple, plus exacte, plus correcte que la précédente.

Si le contrat est un accord de volontés, cependant tous les accords de volontés ne sont pas des contrats.

conditions pour qu'un accord de volontés constitue un contrat.

Pour qu'il y ait contrat, plusieurs conditions sont nécessaires :

1° - intention des parties de l'obliger

1° - Il faut que les parties s'obligent; comme le dit Pothier, dans le passage déjà cité, dans le contrat les parties promettent et s'engagent. "Car, ajoute-t-il, il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement qui forment un contrat". Cela va de soi. Il ajoute : "Il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement". Cela arrive lorsque celui qui promet déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager, ou bien lorsque cela résulte des circonstances ou des qualités de celui qui promet ou de celui à qui la promesse est faite. Par exemple, dit-il, lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire pendant les vacances un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père en faisant cette promesse n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit. Il y a des actes de simple complaisance, de courtoisie, des échanges de volontés que nous désignons sous le nom de rapports mondains, qui évidemment ne sont pas des contrats. Mais il y a plus que cela: Les Anglais élargissent sensiblement le cercle de ces accords de volontés, auxquels ils ne veulent pas donner un caractère obligatoire, ils les appellent Les gentlemen's agreements, des accords entre gentlemen. Ils rangent dans cette catégorie certaines opérations qui pour nous sont des opérations juridiques, telle notamment pour ne citer que celle-là, et on pour-

Des accords qui ne font pas naître d'obligation et ne constituent pas des contrats; des rapports mondains, le transport bénévole...

rait en trouver d'autres, la convention collective de travail, par laquelle deux syndicats, l'un patronal, l'autre ouvrier, déterminent les conditions du travail dans telle usine, ou dans les usines d'une région. Pour les Anglais, pour les Américains du Nord ce sont là des accords qui ne relèvent pas des tribunaux. On les respecte parce qu'on est un gentleman; elles n'en ont pas moins leur valeur morale, mais elles ne sont pas au sens propre du mot des contrats. Elles ne font pas naître d'obligations qu'on pourra faire sanctionner par les tribunaux, dont on pourra exiger l'exécution par la force.

La question s'est posée au cours de ces dernières années à propos de la responsabilité du transporteur au cas de transport à titre bénévole. Par exemple, un automobiliste prend un passager pour lui faire plaisir; il rencontre sur la route un homme, une femme qui le sollicite de le conduire au prochain village, ou bien il invite un ami à faire une excursion. Il n'y a pas là contrat de transport. L'automobiliste ne contracte pas d'obligation envers son passager, et pourtant s'il survient un accident dont est victime ce dernier, l'automobiliste peut être responsable, mais la responsabilité sera non pas d'ordre contractuel mais d'ordre délictuel. Il s'agira alors de savoir si on applique l'article 1382 ou l'article 1384. La jurisprudence applique le premier de ces articles. Elle admet que celui qui monte dans l'automobile accepte le risque du transport, à condition qu'il n'y ait pas faute grossière du conducteur. (Sur ce premier groupe d'accords de volontés cf. E. Perreau : Courtoisie, complaisance et usages obligatoires. Revue trimestrielle, 1914, p. 449)

2° - Distinction entre le contrat et certains accords de volonté ayant pour effet de soumettre les parties à une situation juridique réglée par la loi: le mariage, l'adoption.

2° - Bien que cette observation soit discutée par certains auteurs, - il faut également exclure de la classe des contrats les accords de volontés qui ont pour effet de placer les individus sous un statut légal dont ils ne peuvent pas modifier l'organisation. Ces accords de volontés diffèrent beaucoup de ceux que je viens d'envisager. Sans doute, il font naître des obligations pour les deux parties, néanmoins ce ne sont pas des contrats, pour cette raison que ces obligations ne dépendent en rien de la volonté des intéressés; elles sont, jusque dans les moindres détails, réglementées par la loi. Au premier chef, il faut citer le mariage. On a beaucoup discuté pour savoir si le mariage était ou non un contrat, et on a apporté dans la discussion des préoccupations confessionnelles qu'il faut écarter. Les catholiques sou-

tiennent que le mariage n'est pas un contrat; les gens de la Révolution française, eux, avaient considéré le mariage comme un contrat purement civil ressemblant aux autres. Je crois que du point de vue juridique pur on ne peut pas dire que le mariage est un contrat. C'est un accord de volontés en vue de se soumettre aux obligations légales du mariage. L'accord de volontés qui est l'élément essentiel du mariage place les époux sous le régime de l'institution du mariage. Il est exact ici d'employer cette expression d'institution, dont les publicistes et les philosophes ont tellement abusé et à laquelle ils ont donné des sens si divers qu'elle est devenue aujourd'hui bien difficile à préciser. Il est exact pour le mariage de dire qu'il est une institution, car l'organisation du mariage en tant qu'institution juridique ne ressemble en rien à celle du contrat. La source des obligations qui naissent du mariage et que le législateur détermine très soigneusement, n'en laissant aucune à la liberté des parties, n'est pas dans l'accord des volontés, elle est uniquement dans la loi. Ce ne sont pas les époux qui se créent leur loi, comme c'est la règle dans les contrats. Certes il est bien des contrats qui sont réglementés d'une façon impérative, comme le contrat d'assurance, ou le contrat de travail, dans lesquels la liberté des contractants peut être plus ou moins limitée, mais cette liberté y subsiste toujours; il y a un fond de réglementation qui dépend d'eux. Il en est tout autrement pour le mariage. On peut, employant une comparaison, dire que par l'accord de volontés les époux entrent dans un édifice juridique où tout est organisé, établi, déterminé par le législateur, ils n'y peuvent rien changer, rien modifier, rien transformer; toutes les obligations qui résultent du mariage sont établies par la loi, les époux n'y peuvent pas toucher. Donc l'accord de volontés est antérieur; une fois qu'on s'est accordé, on entre dans l'institution du mariage.

Ce que je dis du mariage, on peut le dire de l'adoption qui, elle aussi, suppose un accord des volontés de l'adoptant et de l'adopté. C'est également le législateur, et le législateur seul, qui réglemente ses effets, et il n'est pas permis aux parties, adoptant et adopté, de les modifier en quoi que ce soit.

Cette distinction entre ces accords de volontés et le contrat n'est pas dénuée d'intérêt comme on pourrait le penser. Le fait de considérer le mariage comme un contrat purement civil, comme l'ont fait les législateurs de la Révolution, peut conduire à une réglementation du mariage, contraire à sa stabilité

à sa dignité. Je ne fais pas ici allusion au divorce, car le divorce peut être admis dans la conception que j'ai du mariage, mais les gens de la Révolution avaient poussé l'idée que le mariage est un contrat jusqu'au point que l'on pouvait rompre le mariage comme on peut rompre tous les contrats qui ne sont pas faits pour une durée déterminée. C'est là qu'apparaît l'abus de la conception purement contractuelle du mariage.

3° - Différence entre le contrat et l'acceptation d'une fonction publique.

3° - On pourrait en dire autant d'autre part, si on voulait continuer dans cette voie des accords de volontés qui ne sont pas des contrats, de l'acceptation d'une fonction publique. Ce n'est pas un contrat, et pourtant il y a bien là un accord de volontés. L'agent demande à être nommé, l'Administration publique consent à le nommer, voilà bien l'échange de volontés, mais ce n'est pas un contrat, parce qu'il ne dépend pas de l'agent de réglementer les conditions qui lui seront faites, et que l'Etat a le pouvoir de les modifier par sa seule autorité, par exemple de modifier le traitement des fonctionnaires.

Dans ce cours je ne m'occuperai pas des contrats proprement dits. J'ajoute que je laisserai de côté la donation entre vifs, non pas que la donation entre vifs ne soit pas un contrat, elle est à proprement parler un contrat, la volonté des parties joue en plein, et le donateur peut imposer telles conditions qu'il veut au donataire, mais chez nous la donation entre vifs a toujours été l'objet d'une réglementation spéciale, distincte de celle qui s'applique aux autres contrats, pour des raisons historiques que le Code civil a conservées. Nous ne traiterons donc que des contrats d'ordre patrimonial, abstraction faite de la donation entre vifs.

Première Partie

DU DROIT ROMAIN AU

CODE CIVIL.

Notre droit moderne, tel que nous le trouvons dans le Code civil, a incontestablement sa source dans le droit romain. Ses principes ont été tirés des textes du Digeste et du Code de Justinien, mais il ne serait pas exact de dire qu'il est la représentation du régime romain des contrats. Il a subi au cours des siècles, jusqu'au Code civil, de nombreuses et profondes transformations, qu'il importe, me semble-t-il, de mettre en lumière.

Chapitre I - Le Droit romain.

Chapitre II- L'ancien droit français.

Je regrette de ne pouvoir donner ici que des notions un peu vagues et de n'avoir pas dans les ouvrages qui sont à la disposition des civilistes, des précisions suffisantes pour bien marquer l'évolution du droit des contrats dans notre ancienne France. C'est une matière de la plus haute importance. Je me servirai de ce qui existe.

Chapitre I

LE DROIT ROMAIN.

Pour donner une idée d'ensemble du régime des contrats, j'envisagerai ici successivement :

- 1° - La formation des contrats.
- 2° - Les conditions de validité des contrats.
- 3° - Les effets des contrats.
- 4° - Leur dissolution.

La formation des contrats.

La règle *ex nudo non nascitur obligatio*.

La différence essentielle entre le droit romain et le droit moderne est la suivante : tandis que dans notre droit actuel l'accord de volontés n'est, en principe, soumis à aucune formalité et engendre par lui-même le lien obligatoire, en droit romain, le simple pacte, le pacte nu ne suffit pas pour lier les parties. C'est une règle du droit romain classique qui se trouve énoncée dans divers textes, que : *ex nudo pacto actio non nascitur*; l'action ne naît pas d'un pacte nu; le pacte nu n'engendre pas d'action. Le pacte nu, c'est-à-dire le simple engagement réciproque, le simple accord de deux volontés. On trouve cette règle au Digeste, 2. 14, De pactis, 7, § 4 et 5; au Code 2. 3., De pactis, 13 et 21; Paul, Sentences 2. 14. I (1)

Cette règle que le pacte n'engendre pas une action est restée toujours vraie en droit romain. Même sous Justinien, le simple accord des volontés, ne crée pas d'une façon générale, le lien obligatoire. En effet il semble bien que les textes confirment cette opinion car Gaius (3 § 89) à propos de la source des obligations après avoir dit que les obligations naissent des contrats ou des délits, continue par ces mots :

fruits *re*
verbis
litteris
consensu "Commençons par nous occuper des obligations qui naissent des contrats". Or il nous dit qu'il y a 4 genres de ces obligations : ou bien l'obligation est contractée *re*, c'est-à-dire par la remise de la chose, *aut* *verbis*, ce qui vise la stipulation ou contrat formaliste, *aut* *litteris*, ce qui vise le contrat *litteris* ou *expensilatio*, *aut* *consensu*, ce qui vise les contrats consensuels. Or les Institutes de Justinien reproduisent ce texte de Gaius, ce qui prouve bien que le droit n'a pas changé entre Gaius, qui écrit à la fin du II^{ème} siècle après J.C., et Justinien. Dans les Institutes de Justinien (III, 13, 2), nous retrouvons la formule de Gaius, qu'il y a 4 sortes d'obligations contractuelles, celles qui naissent *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*. Le

(1) On a discuté la portée de cette règle. Des auteurs prétendent qu'il ne s'agit pas dans ces textes du pacte à proprement parler, mais du *pactum non petendo*. Cette opinion me paraît assez aventurée et n'est pas assez solidement établie aujourd'hui pour qu'on en tienne compte dans un cours comme celui-ci.

droit romain n'a donc jamais admis que le simple accord des volontés pouvait dans tous les cas créer des obligations entre les intéressés, entre les parties.

Pourtant, il s'était fait une évolution très sensible depuis le temps de Gaius, jusqu'au Bas-Empire. On peut dire qu'à la vérité, au Bas-Empire, beaucoup d'accords de volontés se trouvaient sanctionnés comme tels, étaient productifs comme tels, sans aucune forme d'obligations,

Les contrats
consensuels
en droit ro-
main; leur nom-
bre limité.

*vente
location
mandat
société*

Tout d'abord, et c'est là ce qui paraît vraiment très curieux, le droit romain a admis de très bonne heure que certains contrats se formaient solo consensu. Ces contrats consensuels étaient les contrats qui sont les plus fréquents entre les hommes : la vente qui est certainement le contrat que l'on fait le plus souvent dans la vie, soit au comptant, soit à crédit; la location, le louage, qui est nécessaire dès qu'on n'habite pas sa maison propre et qu'on n'est pas propriétaire du sol; le mandat moins fréquent, la société très fréquente. Ces quatre contrats qui sont parmi les plus importants du commerce juridique, les Romains admettaient qu'ils pouvaient se former solo consensu. Or les contrats consensuels ont été admis de bonne heure. La vente consensuelle, la vente sans forme existait au témoignage de Cicéron plus de 100 av. J.C.

Comment se fait-il qu'ayant admis ici la consensualité, qu'ayant admis que l'accord de volontés suffisait pour ces contrats, les Romains n'aient pas généralisé cette règle et qu'en particulier ils ne l'aient même pas appliquée à l'échange qui ressemble tellement à la vente, mais qui a toujours été chez eux un contrat innomé, c'est-à-dire un contrat qui ne se formait que par la prestation de l'une des parties à l'autre. C'est là chose curieuse, mais qu'il faut bien admettre néanmoins, puisque les Institutes de Justinien ont soin de distinguer les contrats qui se forment consensu de ceux qui se forment re, verbis ou litteris.

Cependant, au Bas-Empire, le formalisme avait considérablement diminué et bien des conventions se concluaient par le simple accord des volontés.

A côté des contrats consensuels, mandat, société, un certain nombre de pactes avaient été déclarés obligatoires, soit par le préteur, soit par la jurisprudence, soit par les constitutions impériales. Or le pacte, dans la conception romaine, ce n'est autre chose que l'accord de deux personnes, non soumis à une formalité quelconque, l'accord de deux personnes par le simple échange de leurs volontés.

I - Trois sortes de pactes étaient reconnus obligatoires.

Les pactes
prétoriens :

1°) Les recepta

1° - Les pactes prétoriens qui étaient des conventions unilatérales, c'est-à-dire n'engendrant d'obligations que pour un des contractants. Les principaux de ces pactes étaient d'abord les recepta, contrats qui supposaient en principe la remise d'une chose par une partie à l'autre, qui s'obligeait à la restituer; tel le receptum du capitaine de navire pour les marchandises qu'il recevait, de l'aubergiste pour les effets qu'apportait le voyageur, du banquier qui, moyennant le versement d'une somme d'argent, se chargeait de payer la dette de son client.

2°) Le serment.

En dehors des recepta, deux grands pactes avaient été sanctionnés par le préteur : le pacte de serment et le pacte de constitut.

2° - Le pacte de serment était le pacte par lequel deux plaideurs se rapportaient au serment pour trancher le litige; le demandeur, n'ayant pas le moyen de prouver sa prétention, s'adressait au défendeur et se fiant à son serment lui disait : Jurez que vous ne me devez rien. Le défenseur pouvait alors, soit jurer qu'il n'était tenu d'aucune dette, soit au contraire référer le serment au demandeur. C'est encore la règle aujourd'hui pour le serment en justice.

3°) Le constitut.

Le pacte de constitut jouait à Rome un rôle très important; il y tenait un rôle analogue à celui qui est dévolu dans notre droit moderne à la promesse de payer une dette préexistante. Par un simple pacte sans forme, par un simple accord de volontés, le créancier acquérait ainsi une action nouvelle contre son débiteur, action qui venait renforcer sa créance. Le pacte de constitut était un procédé très commode, très pratique soit pour modifier le lieu du paiement de la dette, soit pour avancer ou pour reculer l'échéance, soit pour adjoindre une caution à la dette du débiteur principal, soit pour opérer une délégation imparfaite en substituant un nouveau créancier à l'ancien, soit même pour transformer une obligation naturelle en obligation civile. Le pacte de constitut permettait ainsi d'obtenir en pratique les résultats qui auparavant n'auraient pu être obtenus que par la stipulation.

La pratique
des pactes
gémés.

Ce pacte a pris dans notre ancien droit une très grande importance; il a été un des procédés que les canonistes puis les romanistes ont utilisé pour tourner la règle d'après laquelle le pacte nu n'engendrait pas d'obligations. Voici quel était ce procédé : un premier pacte était conclu, un simple pacte qui en vertu de la règle énoncée aux Institutes

et au Digeste, ex nudo pacto actio non nascitur, ne produisait pas d'effets. Mais une fois ce premier pacte fait, on pouvait y greffer postérieurement un pacte de constitut, et par ce second pacte, par ce second accord de volontés, naissait une action. De telle sorte que ces deux pactes successifs, ces deux pactes géminés, engendrait un contrat obligatoire.

II - Les pactes adjoints. Distinction des pactes ad minuendam ou ad augendam obligationem.

II - A côté des pactes prétoriens, le droit romain reconnaissait la validité des pactes adjoints à un contrat. Parmi ces pactes, on distinguait ceux qui avaient pour objet de diminuer l'étendue de l'obligation du débiteur et ceux qui avaient pour objet de l'augmenter. Les premiers qu'on appelait les pactes minutoires, les pactes conclus en vue de la diminution de l'obligation, étaient toujours reconnus comme valables, soit qu'ils intervinssent au moment même où le contrat avait été formé, soit qu'ils intervinssent postérieurement, et ils donnaient au défendeur, au débiteur, une exception qu'il pouvait opposer au demandeur pour obliger ce dernier à respecter le pacte qui avait diminué l'étendue de l'obligation.

Quant aux pactes adjoints à un contrat valable civilement, qui avaient pour objet d'étendre l'obligation du débiteur ou pactes d'accroissement, on distinguait suivant qu'ils avaient été conclus au moment même du contrat, in continenti, ou plus tard, ex intervallo. Seuls les pactes faits in continenti étaient considérés comme obligatoires et comme donnant une action in factum aux parties. Quant aux pactes ex intervallo, jamais on n'en avait reconnu l'effet.

III - Pactes légitimes.

III - Il y avait enfin une troisième catégorie de pactes, dits pactes légitimes, parce qu'ils étaient reconnus par la loi. Les Constitutions impériales avaient élevé certains accords de volontés sans forme au rang de conventions obligatoires. Ces pactes légitimes étaient la promesse de donation, la constitution de dot et le compromis.

Nécessité de recourir à la stipulation pour donner force obligatoire à toute autre convention. Le formalisme de la stipulation et son

En dehors de ces cas, le procédé habituel pour rendre un contrat obligatoire, était la stipulation par demande et par réponse, dans laquelle le formalisme consistait à employer certaines expressions que répétait le débiteur, spondesne ? spondeo. Mais de très bonne heure le formalisme s'est atténué et il a fini par disparaître. C'est une évolution qu'il est important de rappeler pour la question que nous étudions. Dès le temps de Gaius, c'est-à-dire au II^{ème} siècle après J.C., les mots qu'on peut employer ne sont plus solennels. On peut remplacer le mot spondere

atténuation
progressive.

par des termes analogues, promittisne ? promitto, et plus tard, au Vème siècle, l'empereur Léon en 472 (C. 8. 37. 10), déclare que toutes les stipulations sont valables, quels que soient les termes employés par les parties.

La stipulation n'était donc plus qu'un procédé commode pour préciser le moment où les pourparlers engagés entre deux parties qui voulaient former un contrat se transformaient en convention obligatoire. L'interrogation faite par le stipulant à l'autre partie marquait la conclusion du contrat. Il est vrai que la stipulation, par le fait même qu'elle était une interrogation orale, exigeait la présence des parties, et ceci nous paraît une assez grosse lacune. Elle ne permettait donc pas les contrats entre absents qui cependant jouent un si grand rôle dans la vie juridique et surtout dans la vie commerciale; mais il faut tenir compte que, dans l'économie romaine, ces contrats entre absents pouvaient se conclure par l'intermédiaire des esclaves. Les Romains, quand ils voulaient correspondre avec quelqu'un, se servaient d'un esclave pour transmettre leur missive, et, s'il s'agissait d'un contrat, l'esclave ainsi envoyé par son maître, pouvait stipuler en faveur du maître qu'il rendait créancier.

L'usage de
l'écrit dans
la stipulation
La clause sti-
pulatoire et
sa persistance
au Moyen âge
et dans notre
ancien droit.

La transformation de la stipulation n'en est pas restée là. Au Bas-Empire, la stipulation a fini par se réduire à l'insertion d'une clause dans l'acte écrit qu'on dressait pour constater la convention et pour en servir de preuve; car au Bas-Empire, les parties, quand elles font un contrat de quelque importance, dressent un écrit, et un texte des Institutes de Justinien (3. 19. 12) nous dit que cette pratique était courante du temps de Justinien, c'est-à-dire au VIème siècle après J.C. On rédigeait un acte écrit constatant la convention et on y ajoutait tout simplement ces mots : stipulatione subnixa, la stipulation ayant eu lieu entre les parties. Ainsi la vieille forme solennelle d'interrogation verbale s'était réduite à une clause insérée dans l'écrit servant de preuve de l'obligation. En présence de cette pratique, Justinien décida (C. 8. 37. 14) que quand un acte écrit constatait qu'il y avait eu stipulation, il n'était pas besoin de rechercher si, en fait, les paroles avaient bien été prononcées. On présumait qu'elles l'avaient été et l'on ne pouvait attaquer cette présomption qu'en prouvant que l'une des deux parties était absente toute la journée du lieu où l'acte avait été passé, c'est-à-dire en prouvant qu'il n'avait pas pu y avoir véritablement stipulation.

Dès lors, comme le dit très bien M. Cuq (page 416), dans ses Institutions du droit romain, la stipulation fut plus souvent une fiction qu'une réalité. De la forme antique il ne reste que la présence des parties, et encore vous voyez qu'elle est présumée. L'écrit prend la place de la parole comme dans le droit moderne. Le rapprochement est très saisissant; il a besoin d'être fait pour éclairer les idées. La prononciation de paroles solennelles qui pendant tant de siècles avait joué un rôle prépondérant dans la formation des actes juridiques n'était plus guère qu'un souvenir.

Cet usage s'est conservé au Moyen âge en Italie et dans les pays du midi de la France. Les tabellions, qui étaient nos notaires d'autrefois et qui avaient le même esprit traditionaliste qu'ont conservé ceux d'aujourd'hui, ont continué à faire comme faisaient les anciens, ceux qui avaient rédigé des actes avant eux. Ils ajoutaient dans les actes qu'ils donnaient la clause stipulatione subnixa. Du midi de la France, cette habitude s'est répandue dans les pays de coutumes. Les tabellions des pays de coutumes ont fait comme leurs collègues des pays de droit écrit. Douaren, jurisconsulte des pays de coutume (1509-1559) nous dit que, de son temps, il n'y avait pas de contrat qui ne contiât mention de la stipulation. Un autre auteur du siècle suivant, Charondas le Caran, qui nous décrit les coutumes dans ses Pandectes de droit français (livre 2, p. 282, édition de 1637), s'exprime ainsi : "En tous les contrats de quelque qualité, espèce qu'ils soient, les subtils et advizés notaires ont accoutumé d'insérer les termes desquels la stipulation était conclue, à savoir : promettant et stipulant de bailler ou faire ce qui est convenu entre les parties, représentant ainsi la forme de stipulation ex sponsion, telle qu'on peut dire à présent avec Paul, (il cite les Sentences de Paul), livre V titre 8, que les stipulations sont pratiquées "obligationum firmandarum causa"".

Ainsi telle était encore à cette époque la force de la vieille règle romaine, ex nudo pacto actio non nascitur, qu'on se croyait tenu d'insérer dans l'acte écrit cette vieille formule, stipulatione subnixa.

Bien plus, nous la trouvons encore au XVIIIème siècle. Furgole qui a écrit un Traité sur l'Ordonnance des donations, de d'Aguesseau de 1731, traité intitulé : Questions remarquables sur la matière des donations, s'exprime ainsi, titre 2 question 8 N° 32, à la veille du Code civil : "C'est une maxime en France que la stipulation est censée introduite dans

tous les contrats reçus par les notaires et que toutes les conventions sérieuses sont prises pour des stipulations". Il ne nous dit pas qu'on met encore : stipulatione subnixa mais pour expliquer la validité des contrats faits sans forme, il fait appel à l'expédient de la clause stipulatoire.

Persistance du principe ex nudo pacto actio non nascitur malgré ses atténuations, à l'époque byzantine.

En résumé, voilà le point où était arrivé le droit romain à la fin de son évolution. Malgré les très nombreuses, très importantes atténuations qu'il avait subies, la règle : ex nudo pacto actio non oritur, ou encore : nuda pactio obligationem non parit, subsistait toujours, au moins comme règle théorique. Elle ne fut pas renversée, même au Bas-Empire et aux temps byzantins. Le pacte demeurait dépourvu de sanctions civiles dans cinq cas qu'il est bon d'indiquer pour montrer où les progrès du droit romain se sont arrêtés. Ces cinq cas étaient les suivants :

1° - La convention d'intérêts pour laquelle le simple pacte ne suffisait pas, pour laquelle il fallait la stipulation.

2° - La promesse de prêt avec ouverture de crédit, c'est-à-dire la simple promesse de prêt, puisqu'à Rome le prêt se faisait par la remise des deniers, il était un contrat réel comme il l'est encore, du reste, dans notre Code civil.

3° - La promesse de vente, car si la vente était depuis très longtemps un contrat consensuel, la promesse de vente, elle, ne produisait pas, à elle seule, un effet obligatoire.

4° - Les conventions synallagmatiques, devant se transformer en contrats innomés par l'exécution de l'une des obligations.

5° - Le compromis fait sans serment ou sans écrit. Le compromis est le contrat par lequel deux personnes décident de soumettre le litige qui les sépare au jugement d'un arbitre, et déterminent les questions qu'elles vont poser à l'arbitre ou aux arbitres. Le compromis n'était valable que s'il était accompagné d'une stipulation.

Dans ces cinq cas, lorsque deux personnes voulaient rendre leur accord de volontés obligatoire, elles devaient l'englober dans la stipulation restée, comme aux temps classiques, le moule universel, le mode général de s'obliger.

Arrivé à ce point du développement juridique, il n'y avait vraiment plus qu'un pas à franchir pour admettre la règle moderne que les contrats se forment par le seul échange des volontés, mais nous verrons qu'il a fallu des siècles pour le franchir.

Voilà donc le premier trait, le plus important,

le plus caractéristique pour nous, des contrats en droit romain, au moins théoriquement : *ex nudo pacto actio non nascitur*.

II - Conditions exigées par le droit romain pour la validité des contrats.

L'art. 1108 du Code civil indique quatre conditions pour la validité des contrats :

- 1° - Le consentement de celui qui s'oblige.
- 2° - La capacité de celui qui s'oblige.
- 3° - Un objet certain.
- 4° - Une cause licite dans l'obligation.

Disons un mot du consentement dans le droit romain, de la cause et de l'objet.

Le consentement.

Le consentement élément essentiel de tout contrat.

Bien qu'ils aient distingué entre les contrats consensuels, (vente, louage, mandat, société) et les autres, les Romains ont très bien vu que le consentement était un élément indispensable pour tous les contrats. C'est ce qui résulte en particulier d'un texte d'un jurisconsulte du I^{er} siècle de notre ère, Pedius (D. 2. 14. I. 31), où il est dit : nullam obligationem quae non habet in se conventionem, - (il n'y a aucune obligation qui ne porte en soi une convention, c'est-à-dire un accord de volontés), sive re, sive verbis, fiat, (qu'elle ait lieu par la remise de la chose, qu'elle ait lieu par la stipulation). Les jurisconsultes romains ont donc bien compris que la base de tout contrat, et c'est cela qui est l'essentiel, est l'échange des consentements.

Les vices de consentement en droit romain.

Les Romains ont déterminé, d'autre part, les effets que produisent sur le consentement les vices dont il peut être entaché, c'est-à-dire le dol, l'erreur, la violence, mais ils avaient sur ce point un système différent du nôtre.

Parlons d'abord de l'erreur.

1) L'erreur; son caractère destructif du consentement. Nullité absolue sanctionnant l'erreur.

A Rome l'erreur est considérée comme destructive du consentement; chez nous elle n'est qu'une cause de nullité relative (art. 1110 C.C.). A Rome elle emporte nullité absolue du contrat. Les textes nous disent : non videntur consentire qui errant, ceux qui se trompent ne sont pas censés donner de consentement (D. 50. 17. 16 § 2), ou encore : errantis nulla voluntas, celui qui se trompe n'émet pas une véritable manifestation de volonté.

Les différents cas d'erreur.

Les Romains admettaient plusieurs causes d'erreur destructives du consentement : l'error in negotio, l'erreur sur le contrat, l'error in corpore

l'erreur sur l'objet du contrat, puis l'error in substantia ou in materia, qui se rapproche de notre erreur sur la substance de la chose de l'art. 1110. Dans la conception primitive, cette erreur n'emportait pas nullité du contrat, mais on a admis aux temps classiques, que, en matière de vente, elle était une cause de nullité absolue; elle détruisait le consentement, tandis que chez nous elle est une cause de nullité relative. Ulpien, au Digeste, D. 18. 1. 9 § 2, citant Marcellus, indique précisément le cas de chandeliers qui sont en cuivre (nous retrouvons l'exemple dans Pothier) et qu'on croyait en or, de la table que l'on croyait en citronnier massif et qui est en plaqué. Dans ces cas, dit-il, le contrat est entaché d'une nullité absolue.

Quant à l'error in persona, celle dont parle l'art. 1110 du Code civil, il est difficile de dire quelle était sur ce point la doctrine romaine à cause de l'insuffisance des textes; cela n'a pas empêché les commentateurs de construire de nombreux systèmes, sortis de leur ingéniosité. La majorité des interprètes pensent que l'error in persona était toujours une cause de nullité. En vérité il n'y a au Digeste sur ce cas-là qu'un texte qui vise le mutum (D. 12. 1. de reb. cred. 32). Le tout est de savoir s'il faut l'élargir ou non.

2°) Le dol et la violence.
Leur sanction:
action pénale,
exceptio,
restitutio in
integrum.

L'erreur était le seul vice du consentement qui fut reconnu comme destructif de la volonté. Quant au dol et à la violence ils étaient, dans la conception romaine, des délits et engendraient au profit de la personne trompée ou violentée une action pénale. Celle qui sanctionnait le dol était une action infamante. Quant à l'action dirigée contre la violence, c'était une action tendant à une condamnation au quadruple.

Mais l'action pénale n'était pas la seule sanction de la faute commise par l'auteur du dol ou de la violence. Une exception était accordée au débiteur trompé ou violenté, grâce à laquelle il pouvait refuser d'exécuter l'obligation qu'il avait contractée.

Enfin plus tard la *restitutio in integrum* lui fut accordée. C'est même pour la violence le moyen qui paraît avoir été adopté tout d'abord.

Voilà les trois vices que reconnaissait le droit romain et comment il les sanctionnait.

Caractère exceptionnel de la nullité pour cause de lésion entre majeurs.

Quant à la lésion, elle n'était admise qu'au profit des mineurs de 25 ans. Pour les majeurs la lésion n'était jamais une cause de nullité du contrat. Ce n'est qu'à la fin du III^{ème} siècle, au temps de Dioclétien, que fut introduite pour la vente d'un immeuble la règle, que nous avons conservée, d'après

laquelle le vendeur qui avait subi une *laesio enormis*, c'est-à-dire qui avait vendu l'immeuble moins de la moitié de ce qu'il valait, pouvait en demander la restitution à charge d'en restituer le prix, à moins que l'acheteur ne consentit à payer le supplément. Il est probable que cette règle s'est introduite sous l'influence des idées chrétiennes; nous verrons, en effet, combien le droit canonique a apporté de moralité dans le droit des contrats; il y a introduit en particulier la notion de juste prix, devant correspondre à la valeur exacte de la chose.

La cause.

La cause.

Sur la cause, peu de chose à dire. On peut se demander si vraiment la théorie moderne de la cause a son origine dans le droit romain. Les jurisconsultes romains employaient ce mot, *causa*, dans des sens bien différents. Cette théorie de la cause a plus son origine dans notre ancien droit et dans le droit canonique que dans le droit romain.

Objet des contrats.

Objet des contrats.

Les textes du Digeste nous disent que : 1° l'objet du contrat doit être possible naturellement ou juridiquement. Ce sont presque les termes dont se servent les articles 1126 et suivants du Code civil.

2° - Il doit être licite et non contraire aux bonnes mœurs. En particulier les Romains interdisent les pactes sur succession future comme nous avons continué à le faire.

3° - L'objet doit présenter un intérêt pour le créancier et notamment un intérêt pécuniaire.

4° - Il doit porter sur le fait du débiteur et non sur le fait d'un tiers. D'où la règle qu'on ne peut pas promettre pour autrui. D'où aussi la règle que notre droit civil conserva malencontreusement, qu'on ne peut pas promettre, stipuler pour autrui.

III - De l'effet des contrats. X

1) Distinction entre le contrat acte créateur d'obligation et l'acte translatif de propriété ou de droit réel.

Ici il faut signaler deux particularités du droit romain : Premier effet: en droit romain, les contrats engendrent des obligations, mais ils ne transfèrent pas la propriété de la chose, du corps certain, qui en est l'objet. La vente ne transfère pas la propriété de l'objet qui est vendu. Le transfert s'opère par des modes spéciaux qui sont la mancipatio, ou l'in jure cessio devant le magistrat, ou enfin le mode courant qui est devenu plus tard le seul mode, la tradition ou cession de la possession.

La mancipatio et l'in jure cessio sont des modes de transfert du droit des gens. Cette dernière subsiste seule au Bas-Empire, au temps de Justinien.

Cette distinction entre le contrat créateur d'obligations et le contrat translatif de propriété s'est maintenue pendant tout notre ancien droit. Les interprètes, les glossateurs du Moyen âge en fixent les termes. Ils distinguent le titre d'acquisition, le titulus ou causa acquirendi, et le modus acquirendi c'est-à-dire le mode de transfert qui doit suivre le contrat. On sait que le Code civil a abandonné cette conception. Aujourd'hui, le simple consentement transfère la propriété, mais il est curieux de voir qu'il a fallu des siècles pour passer de la vieille règle à la règle moderne.

2) Distinction entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict.

Seconde particularité : à Rome les contrats se divisent en contrats de droit strict, sanctionnés par des actions de droit strict, les condictiones au sens large, et les contrats de bonne foi sanctionnés par les judicia bonae fidei. Les contrats de droit strict sont les contrats formalistes : la stipulation, le contrat litteris ou expensilatio et le mutuum contrat réel, le contrat de prêt de consommation. Les contrats de bonne foi sont les autres contrats : les contrats consensuels, les contrats innomés et les contrats réels autres que le mutuum : dépôt, gage, commodat. La différence entre les deux sortes de contrats était la suivante : les contrats de droit strict étaient d'interprétation rigoureuse; le juge devait s'en tenir à la lettre du contrat, aux termes choisis par les parties. Dans les contrats de bonne foi, au contraire, il pouvait chercher derrière les paroles l'intention des parties, suppléer aux oublis du créancier, protéger le débiteur contre les surprises dont il avait été victime, contre les rigueurs exagérées résultant de la lettre du contrat. La formule donnée par le prêteur en lui prescrivant de chercher ce qui est dû ex fide bona, donnait au juge pour l'application de ces contrats un nouveau pouvoir.

La distinction romaine a disparu depuis longtemps, et, dès notre ancien droit, nos anciens auteurs nous disent qu'on ne connaît plus dans le droit la subtilité de la distinction romaine et que tous les contrats sont de bonne foi.

IV - La dissolution des contrats.

Pas de résolution du contrat synallagmatique pour inexécution de sa prestation par l'une des parties. L'usage de la *lex commissoria*

Une seule question retiendra ici notre attention: c'est celle de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations. L'art. 1184 du Code civil nous dit que quand l'une des parties n'exécute pas ses obligations l'autre peut demander au juge la résolution du contrat. Le droit romain ne connaissait pas cette règle. Il ne permettait pas au contractant qui se plaignait de la non exécution de l'obligation assumée par l'autre partie, de la non prestation que l'autre partie lui avait promise, de demander la résolution du contrat. Il ne pouvait que poursuivre l'exécution forcée du contrat. Ainsi le vendeur non payé du prix n'avait pas le droit de demander la résolution du contrat de vente. Son seul droit consistait à poursuivre l'acheteur en paiement du prix.

Comme cette règle était gênante, parce que très souvent la partie qui est en face de la mauvaise foi de l'autre préfère abandonner le contrat, le rompre, dans la pratique on y remédiait en insérant dans les actes de vente une clause résolutoire dite *lex commissoria* qui concédait au vendeur la faculté de résoudre la vente au cas où l'acheteur ne paierait pas le prix au terme convenu. La résolution alors avait lieu de plein droit en vertu de la clause; il n'était pas besoin de s'adresser à la justice. Mais il importe de noter que les Romains n'ont pas connu le droit pour le contractant qui se plaint de l'inexécution de la prestation qui lui a été promise, de demander à la partie la résolution du contrat.

L'action en restitution dans les contrats innomés.

Cependant il faut ajouter qu'il en était autrement dans les contrats innomés. Dans les contrats innomés, lesquels ne devenaient obligatoires qu'autant que l'une des parties avait exécuté son obligation, le contractant qui avait exécuté son obligation avait conservé, à côté de l'action en exécution de l'autre obligation, une action civile en répétition de sa prestation, action en répétition de sa prestation qui était par conséquent un moyen de résoudre le contrat, de reprendre ce qu'il avait versé.

Voilà ce qui a trait au droit romain. Nous voyons par ce tableau rapide ce qui reste du droit romain dans notre droit moderne et les règles qui ont été abandonnées. Malgré l'évolution qui s'est faite, au cours des siècles, le cadre romain dans son

ensemble s'est maintenu.

Chapitre II

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Section 1 : Influence du droit romain sur le droit des contrats dans notre ancien droit.

Section 2 : Les contrats dans le très ancien droit français, c'est-à-dire jusqu'à la renaissance du droit romain.

Section 3 : Influence du droit canonique sur la formation du droit des contrats de notre ancienne France.

Section 4 : L'influence de la pratique commerciale.

Section 5 : Le droit des contrats à la fin de l'ancien droit à la veille du Code civil.

Section 1

Influence du droit romain.

- 1° - La période antérieure au XI^{ème} siècle.
- 2° - La renaissance du droit romain au XI^{ème} siècle.
- 3° - La seconde renaissance du droit romain au XVI^{ème} siècle.

Ce sont ces deux renaissances qui vont nous expliquer l'influence énorme que le droit romain a conservée dans notre droit des contrats.

I - Le droit romain jusqu'au XI^{ème} siècle.

La persistance du Droit romain du C. Théodosien en France après les invasions.

Après la chute de l'Empire d'Occident, à la suite des invasions, le droit romain avait continué à être la grande coutume du midi de la France, mais le droit qui s'y appliquait était celui du code Théodosien, code antérieur d'un siècle au Droit de Justinien ayant été rédigé en 438. Ce code Théodosien avait été conservé par la loi romaine des Visigoths dans le Bréviaire d'Alaric, ou plus exactement par les abrégés nombreux qui furent faits de cette loi à partir du VII^{ème} siècle. C'est donc le Code Théodosien qui a formé la première couche de droit romain en pays de droit écrit, mais il s'y était sensiblement altéré, nous dit M. Chénon (Histoire générale

L'Eglise et le
maintien du
Droit romain
à l'encontre
des coutumes
germaniques.

du droit français, public et privé, 1926. T.I, pp. 502 et ss.), d'abord par les emprunts qu'au cours de cette période on avait fait au droit germanique, ensuite par les éléments coutumiers venus des pays du nord de la France, qui s'y étaient mêlés. Peut-être même, devant cette invasion du droit coutumier, du droit des pays du nord, cette première couche de Droit romain eut-elle complètement disparu si l'Eglise ne l'avait sauvée. En effet, l'Eglise, à l'époque franque, vivait sous la loi romaine et non pas sous la loi franque. Elle y vivait au moins en tant que corps constitué et en tant qu'Eglise catholique. Sans doute elle avait son droit propre, le droit canonique, mais elle en avait emprunté une forte partie au droit romain qu'on considérait comme le meilleur de l'antiquité. C'est donc par l'Eglise et par le droit canonique que le droit romain s'est conservé en vigueur dans les pays du midi, et que, de là, il a pénétré dans les pays du nord. Il ne semble pas, bien qu'au XI^{ème} siècle, le droit romain ait complètement disparu, antérieurement au X^{ème} siècle, de notre territoire. Néanmoins, il est certain que, jusqu'au XI^{ème} siècle, le droit romain ne vivait plus en somme qu'à l'état de souvenir, à l'état de veillesse, lorsqu'est arrivée sa grande renaissance dans la seconde moitié du XI^{ème} siècle. Cette renaissance s'est manifestée d'abord en Italie, puis très vite en France.

II - La renaissance du Droit romain.

Elle a commencé en Italie à l'école du droit de Bologne, à la suite de la découverte, qui fut comme un bouleversement des idées juridiques, du manuscrit du Digeste de Justinien.

Il y avait à Pise, depuis une date inconnue et jusqu'au début du XV^{ème} siècle, un manuscrit du Digeste qui s'y était conservé et qu'on appelle : la littera Pisana, la lettre de Pise. Ce manuscrit y fut connu des grands juristes et, en 1406, lorsque Pise fut prise par les Florentins, ceux-ci emportèrent le manuscrit à Florence où il est encore dans la bibliothèque Laurentienne. C'est le célèbre manuscrit, dit la Florentine, qui a servi de base à nos éditions actuelles du Digeste, en particulier à la grande édition publiée par Mommsen, l'illustre romaniste allemand.

C'est en tout cas dans la seconde moitié du

L'Ecole de Bologne; pénétration du droit romain de Justinien en France.

Irnérius

XI^{ème} siècle, à Bologne, que l'on a commencé à enseigner ce qu'il y avait dans ces textes du Digeste qui jusque-là étaient restés ignorés. C'est un des grands maîtres de l'Ecole de Bologne, Irnérius, qui a ressuscité ce droit romain. Il avait probablement à sa disposition un manuscrit du Digeste et il connaissait non seulement le Digeste, mais le Code et les Nouvelles de Justinien. L'enseignement de l'Ecole de Bologne eut un retentissement universel. Presqu'immédiatement l'enseignement du droit romain passe d'Italie en France. Dès le début du XII^{ème} siècle, dès 1100, le droit romain est enseigné dans les principales universités de France, qui avaient alors leur siège dans de petites villes. Pourtant on le tenait en suspicion. Les Conciles de l'Eglise canonique lui manifestaient une certaine hostilité parce qu'ils trouvaient que les clercs abandonnaient pour son étude les textes sacrés. De leur côté, les rois de France le considéraient avec défiance parce qu'ils craignaient la résurrection du Saint-Esprit romain. C'est pour cette double raison que l'enseignement du droit romain fut prohibé à Paris pendant longtemps. Mais ces prohibitions n'empêchèrent pas le succès de l'enseignement de cette législation nouvelle qui paraissait si supérieure à ce qu'on connaissait alors.

La méthode des glossateurs italiens fut suivie par les juristes et les canonistes français. Le plus connu de ces jurisconsultes est Placentin qui, étant né en Italie, était venu se fixer en France. Il avait quitté Bologne pour des raisons personnelles et il a enseigné à Montpellier la plus grande partie de sa vie. C'est lui qui a répandu le droit romain de Justinien en France.

Les glossateurs et la méthode exégétique.

La méthode de cette époque était une méthode purement exégétique. Elle consistait à étudier les textes, à les expliquer et à les appliquer à des cas. Comme cette méthode était un peu sèche, froide et que la glose s'encomrait d'une série de cas qui n'avaient pas de lien entre eux, elle fut remplacée, dans la seconde moitié du XIII^{ème} siècle, par la méthode scolastique, plus scientifique qui cherchait les principes généraux compris dans les applications données par les textes, pour en déduire par le raisonnement toutes les conséquences logiques.

Les Bartolistes et la méthode scolastique. L'influence du droit romain surtout en

Jacques de Révigny, juriste philosophe et théologien français, fut l'initiateur en France de la nouvelle méthode; il professa à Toulouse, puis à Orléans et mourut évêque de Verdun en 1296. La méthode scolastique fut également adoptée en Italie où son plus illustre représentant fut le grand Bartole. En

matière d'obligations.

France ce sont les disciples de Jacques de Révigny qui contribuèrent à faire connaître le droit de Justinien. Mais ce droit de Justinien était un droit théorique; il n'avait pas d'application dans la pratique, il n'avait de valeur que par sa renommée. Son introduction dans la pratique fut très lente.

Pendant tout le XII^{ème} et le XIII^{ème} siècle, elle s'est heurtée au droit coutumier sous l'empire duquel on vivait alors, aussi bien dans les pays du midi que dans les pays du nord. C'est seulement au XIV^{ème} siècle que l'on peut constater le développement du droit romain et son influence de plus en plus grande sur la vie juridique. Certaines matières du droit privé en vinrent à être régies presque exclusivement par le droit romain. Il en fut ainsi notamment et surtout, de la matière des obligations. Cette matière des obligations a fini par être régie uniquement par le droit romain.

Les coutumes, qui ont été rédigées au XV^{ème} et au XVI^{ème} siècles, ne contiennent rien sur le droit des contrats et des obligations. Dans la coutume de Paris, dans la coutume d'Orléans il n'y a pas de titre consacré aux obligations et aux contrats, parce que les obligations et les contrats étaient une matière que l'on trouvait réglementée dans les textes du Digeste et du code, et que cette réglementation avait paru si parfaite qu'on l'avait adoptée. On l'avait adoptée partout, dans toute la France, c'est ce qui avait valu au droit romain cette réputation deratio scripta, de raison écrite, qu'il avait acquise dans notre ancien droit et qu'il conserve encore puisqu'il a été le père nourricier de tous les droits continentaux d'Europe. A cette première renaissance du droit romain en a succédé une seconde au XVI^{ème} siècle.

(au 16^{ème}.)

III - La seconde renaissance du droit romain. (1)

Caractère scientifique de cette seconde renaissance;

Cette seconde renaissance fut plutôt d'ordre scientifique. Elle fut provoquée par la découverte de documents nouveaux, notamment par l'Épître de Gaius, les Sentences de Paul, les Basiliques et par

(1) Cf. Chénou, Histoire du droit, tome II, p. 329, et Esmein, Histoire du droit, édition de 1892, p. 727

La méthode
historique -
Cujas.

l'emploi de méthodes nouvelles qui se substituèrent à celle des Bartolistes.

Sous l'influence de la renaissance des études grecques et latines, les juristes étudièrent le droit romain avec un sens historique, avec une érudition qui avaient manqué aux gens du XIII^{ème} siècle, Placentin, Bartole...

Le foyer principal de cette renaissance fut la petite université de Bourges. C'est là que l'illustre Cujas, (1522-1590), qui est resté le plus grand maître de cette école, a enseigné. Il s'est rendu célèbre par ses énormes travaux, par le fait qu'il a ressuscité le véritable droit romain, d'après l'étude de ses sources. Mais, par là-même, il n'a pas exercé une grande action sur le droit de son temps.

Son rival, Doneau qui a été son grand adversaire, (1527-1591), a eu beaucoup plus d'influence que lui sur la pratique coutumière. Sa méthode différerait en effet de celle de Cujas en ce qu'elle consistait à dégager des textes du droit romain, certains principes, considérés, à tort ou à raison, comme des principes généraux, et à en déduire logiquement, rigoureusement, toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, sans s'inquiéter de la question de savoir si en fait les juristes romains les avaient admises. Evidemment c'est une méthode inférieure, inadmissible pour l'historien en Droit, mais elle était mieux adaptée aux besoins de l'époque. Elle permettait de trouver une solution aux questions qui se posaient dans la pratique. Aussi cette méthode eut-elle un grand succès, non seulement en France mais en Allemagne, où l'on vivait sous l'empire d'un vieux droit romain adapté aux besoins de l'époque. Doneau, appelé à enseigner en Allemagne, en 1573, y professa pendant un certain nombre d'années.

Doneau se préoccupait moins d'établir la véritable doctrine des juristes romains que de trouver dans leurs œuvres des solutions pour les questions que posait la vie juridique.

Conclusion.

L'influence du
droit romain
dans la forma-
tion du droit
moderne des
obligations.

Je vous en ai dit assez pour vous montrer l'influence énorme qu'a exercé le droit romain sur le droit des contrats. Nulle autre partie de notre droit civil ne s'est romanisée, c'est l'expression qu'emploie Brissaud professeur à Toulouse qui a écrit le seul manuel d'histoire du droit privé que nous ayons, nulle autre partie, dit-il, de la législation ne s'est romanisée comme le droit des obligations et des

contrats.

On peut dire qu'en cette matière l'unification du droit était réalisée dans notre ancienne France, et réalisée d'après les principes du droit romain. C'était le même droit des contrats qui s'appliquait dans le nord et dans les pays du midi. Ici, la distinction classique des pays de coutumes et des pays de droit écrit ne se retrouvait pas. Le droit romain a donné des formules précises, un cadre déterminé que nous avons conservé et qui reste encore celui de notre droit actuel. Mais ce n'est pas seulement le droit romain qui a contribué à la formation du droit moderne des contrats. D'autres influences ont participé à cette formation, au premier rang desquelles il faut citer celle du Droit canonique.

Section II

Les contrats dans le très ancien

droit français. (1)

Sur cette matière la bibliographie française est assez courte et je n'insisterai pas beaucoup pour cette raison que ce droit n'a pas laissé de traces dans la formation de notre droit actuel des contrats.

Insuffisance
du consente-
ment dans les
traditions
germaniques
pour créer une
obligation.

Dans son manuel d'histoire du droit privé M. Brisaud présente d'abord cette observation dont l'exagération est certaine, page 420 : "Quelques vieilles formules, dit-il, ont fait croire que le droit germanique avait révélé au monde la fidélité à la parole donnée, c'est-à-dire admettait la règle d'après laquelle le simple échange des consentements engageait les parties". En effet, certaines vieilles formules données comme venant du droit germanique avaient pu le faire croire, en particulier cette formule : ein Mann, ein Wort : Un homme, un mot. En d'autres termes : un homme d'honneur n'a qu'une parole. Mais il est

(1) Le livre fondamental reste le livre d'Adhémar Esmein : Les contrats dans le très ancien droit français, 1883. Cf. également Jean Yver aujourd'hui professeur à Caen : Les contrats dans le très ancien droit normand. Thèse Caen 1926. Renseignements beaucoup plus restreints dans Brisaud : Manuel d'histoire du droit privé, 1908, pp. 420 et ss. et Chénou : L'histoire générale du droit français public et privé, 1926, p. 436.

certain que ce serait détourner de son sens cette formule que d'y voir une application de la règle que les contrats se forment par le seul consentement des parties. Pas plus dans le droit germanique que dans l'ancienne Rome le consentement ne suffisait à faire naître les obligations; le droit germanique admettait le formalisme comme l'ancien droit romain. Il en a été de même du droit franc.

Les contrats
dans le droit
franc : fides
facta et res
praestita.

Sur le droit des contrats à l'époque franque, on sait d'ailleurs fort peu de chose. On ne connaît par les textes contemporains que quelques termes et quelques gestes : la fides facta, la res praestita, sans même qu'on sache le sens exact, ni l'origine, ni le domaine d'application, ni les effets de ces institutions. Néanmoins l'opinion générale, dans laquelle il y a une certaine part d'hypothèse étant donnée la pauvreté des sources, distingue à l'époque franque deux sources d'obligations : le contrat formaliste et le contrat qui se forme re; le contrat formaliste suppose l'emploi de certains rites, et le contrat re se forme par la réception d'une certaine valeur.

Ce que l'on peut dire en faveur de cette distinction qui est généralement admise, c'est qu'elle a le mérite de correspondre à deux chapitres de la loi salique, le premier intitulé : De fide facta, qui a trait au contrat formaliste (Ch. 50), le second (ch. 52, De re praestita) qui suppose un contrat qui se forme par la remise de la chose. Il faut au surplus tenir compte qu'à cette époque la plupart des transactions ont lieu au comptant et que les opérations à crédit sont très rares, étant donné le manque de capitaux. La vente elle-même n'était pas un contrat consensuel comme à Rome. La vente se faisait au comptant, ou bien elle se concluait par la remise sinon de la chose, du moins par la remise d'arrhes qui était l'élément matériel qui constatait la formation du contrat.

Quant au contrat formel, il portait le nom de fides facta, la foi promise, et cette fides facta ou praestita supposait l'accomplissement d'un geste et la prononciation de paroles. Le geste était l'étreinte des mains des deux contractants, le débiteur mettant sa main dans celle du créancier, ou dans celle d'un tiers qui recevait solennellement son engagement. Il reste un souvenir de cette formation du contrat dans l'habitude qu'ont les paysans qui traitent dans une foire ou un marché de se frapper dans la main pour constater la formation du contrat, le moment où l'un d'eux vend une chose, des bestiaux à

un autre.

Sur le caractère de cette fides il y a du reste des discussions. Certains voient dans le fait que le débiteur met sa main dans la main du créancier, un engagement du corps de la personne du débiteur à l'égard du créancier. Le débiteur engage sa personne envers celui auquel il promet quelque chose. D'autres voient dans la fides un caractère religieux comme une promesse solennelle.

persistance de
es formes
ans le très
ancien droit
coutumier;
e contrat
e plévine.

Ces formes ont subsisté dans le très ancien droit coutumier, c'est-à-dire le droit qui va jusqu'au XI^{ème} siècle et au XII^{ème} siècle. Dans le très ancien droit coutumier, comme à l'époque franque, le consentement ne suffit pas pour obliger et il faut soit l'accomplissement d'une prestation prévue au contrat, la remise d'une chose, soit un signe équivalent attestant la formation du contrat, par exemple le denier à Dieu. Il y avait aussi le contrat formaliste, la fides qui s'employait encore. Ce qu'il y a de curieux à constater, c'est qu'à cette époque il semble que le contrat le plus fréquemment employé était le contrat de gage ou de cautionnement. Le débiteur donnait un gage au créancier ou lui donnait une caution et ce contrat portait le nom de plévine. On pense que la fréquence de ce contrat s'expliquait par cette idée que la remise d'un otage, d'une personne était peut-être à une époque où les contrats n'étaient pas encore obligatoires, ne donnaient pas naissance à une action en justice, un moyen de satisfaction donné au créancier, si bien que le contrat de prêt était ordinairement accompagné de cet engagement d'une caution ou de la remise d'un gage.

'usage de
'acte écrit
u X^{ème} siècle.
endance à
confondre l'é-
crit de l'obli-
gation.

Il est inutile d'insister davantage sur ces idées, mais ce qu'il faut d'autre part constater, c'est que, dès le X^{ème} siècle, l'usage de dresser un écrit au moment où se faisait une convention, se répandit de plus en plus. Par l'écrit on se procurait un moyen de preuve du contrat. Pourtant il semble que les gens de cette époque n'aient pas considéré l'écrit comme un simple moyen de preuve, ainsi que le faisaient les Romains, mais ont considéré que la rédaction d'un écrit était nécessaire pour engendrer l'obligation. Ceci d'autant plus que, comme nous l'avons dit, l'usage s'était perpétué d'insérer dans ces écrits la vieille formule romaine de la stipulation, la clause stipulatione subnixā. Si bien que l'écrit se confondait, pour ainsi dire, dans la pensée des contractants avec la stipulation qui donnait naissance à Rome à l'engagement. L'écrit paraît donc

avoir été considéré comme un élément créateur du lien contractuel. C'est ainsi qu'on trouve au XIII^{ème} siècle chez Beaumanoir, une formule d'après laquelle il dit que les parties peuvent s'obliger par lettre. Il est assez naturel, comme le dit Esmein dans son *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*, que les hommes de l'époque franque et les gens du Moyen âge, peu subtils, peu instruits, aient confondu la question de preuve avec la question d'obligation et aient estimé que toute convention constatée par écrit devenait par là-même obligatoire.

Ecrits publics
et privés.

Ces écrits qui étaient ainsi entrés dans l'usage pouvaient être soit publics, soit privés. Les écritures publiques étaient l'oeuvre des praticiens, gens d'église ou dépendant des tribunaux ecclésiastiques représentants du roi ou des seigneurs. Ces écrits étaient revêtus du sceau de juridiction qui leur conférait l'authenticité, la force exécutoire. Quant aux écritures privées, elles acquéraient force probante en vertu d'une reconnaissance faite par le débiteur ou de l'aveu en justice du signataire, ou en vertu d'une vérification d'écritures.

Observation
sur le rôle et
la portée des
contrats à
cette époque.

Ce très ancien droit coutumier, curieux à étudier en lui-même, n'a pas, comme je l'ai déjà dit, laissé de traces dans notre droit moderne et par conséquent il n'est pas nécessaire de beaucoup insister sur lui. Il faut ajouter cette observation que cette période qui va jusqu'au XI^{ème} siècle, paraît bien avoir été une période d'obscurantisme dans laquelle le droit était fort peu développé. Il faut aussi dire qu'à cette époque les engagements, les contrats étaient assez rares pour des raisons d'ordre politique et économique, qui s'opposaient à leur multiplication. D'abord, la plupart des relations sociales étaient réglées à l'avance et invariablement par la coutume. Ainsi les services que rendent aujourd'hui aux propriétaires de libres fermiers ou des ouvriers agricoles, qui supposent des contrats de fermage ou des contrats de travail, étaient alors reçus par les propriétaires du fait des serfs, des colons ou des esclaves. D'autre part, l'état économique d'une époque où chaque ménage produisait à peu près tout ce qu'il lui fallait pour vivre, ne contribuait pas à rendre les contrats très fréquents. Enfin l'absence de capitaux empêchait les opérations de crédit. Pourtant, et d'autre part, il faut aussi faire cette observation qui est indiquée dans la thèse d'Yver, p. 12, que, dans le monde féodal, le contrat sert de fondement à l'ordre politique et social, s'il n'occupe qu'une part infime dans les sources du droit privé,

et que le droit féodal est sorti de deux sortes de contrats : la commandatio ou recommandation des personnes qui se plaçaient sous la protection d'un homme plus puissant et le beneficium, contrat par lequel un propriétaire foncier concédait une terre en bénéfice à un autre.

D'autre part, il y avait au Moyen âge un grand nombre de locations perpétuelles : les alleux, les fiefs, les censives faisaient l'objet de locations perpétuelles, qui donnaient naissance à de nouvelles tenures, et ces locations perpétuelles étaient devenues très nombreuses à l'époque féodale (Cf. Chénon).

Section III

L'influence du droit canonique et de la

pratique commerciale

sur la théorie des contrats.

§ 1 - Le déclin du formalisme sous l'influence du droit canonique et de la pratique commerciale. Sa disparition définitive.

§ 2 - Les autres influences que le droit canonique a exercées sur la formation moderne de la théorie des contrats.

La bibliographie française comprend quelques ouvrages :

D'abord Brissaud, Histoire du droit privé; un article d'Adhémar Esmein, Nouvelle Revue historique, 1888, pp. 252 et ss : Le serment promissoire dans le droit canonique, plusieurs thèses intéressantes publiées au cours de ces dernières années : en premier lieu une thèse de M. François Spies De l'observation des simples conventions en droit canonique, thèse Nancy 1928. Une thèse de Jules Roussier : Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, Faculté de droit de Paris 1933, couronnée par la Faculté de droit; une thèse de Georges Chevrier, aujourd'hui professeur à Dijon, Paris 1929, couronné par la Faculté : Essais sur l'histoire de la cause dans les obligations; une thèse de Henri Garnier, Faculté de droit de Paris, 1900 : L'idée du juste prix chez les théologiens et chez les canonistes du Moyen âge.

§ 1 - Déclin du formalisme - Sa disparition.

1° - Le droit canonique.

2° - L'influence de la pratique commerciale, particulièrement de la pratique commerciale italienne vers le XIII^e et le XIV^e siècles.

3° - Le consensualisme est admis sans contestation au XVII^e siècle. La règle moderne ne triomphe définitivement qu'à cette époque.

X I - Le droit canonique.

Le devoir de conscience
fondement du
respect des
promesses.

Les théologiens ont les premiers mis en lumière le rôle principal du consentement dans l'accord des volontés. Ils se placent à un point de vue particulier. Ils étudient les rapports de la créature, de l'homme avec Dieu et non pas les rapports des individus entre eux. Ils étudient le côté théologique et non le contrat. Analysant la notion de promesse, ils posent cette règle que celui qui ne tient pas sa promesse commet un mensonge, c'est-à-dire se rend coupable d'un péché dont il est responsable devant la Divinité. Tel est donc pour eux le fondement de l'obligation contractuelle, le fondement de l'engagement contractuel du débiteur. Cette évolution s'est faite en deux étapes : d'abord par le serment promissoire, puis elle a été étendue à toute espèce de promesse non accompagnée de serment.

1°) Le serment promissoire : force obligatoire de l'engagement revêtu d'un serment.

Le serment promissoire : Bien des phrases des théologiens appuient cette affirmation que celui qui ne tient pas son serment commet un péché. Voyez la thèse de M. Roussier citant Huguccio : "Car il commettrait un péché, celui qui n'observerait pas un pacte nu honnête, ne contenant rien de contraire à la loi". Et il ajoute : "Et qu'il intervienne une stipulation ou qu'il n'y en ait pas, le promettant n'est pas excusé du péché". Il commet un péché du moment qu'il ne fait pas ce qu'il a promis. Tous les canonistes répètent que le respect des promesses est un devoir de conscience et que celui qui ne tient pas sa promesse commet un péché mortel.

Revenons au serment : le serment était un moyen de rendre l'engagement obligatoire. Il reste toujours un acte religieux. Il se comprend comme un engagement que l'on prend envers la Divinité. Il n'y a pas encore longtemps que chez nous on jurait par devant Dieu et devant les hommes. Le serment était donc un acte religieux et l'individu s'engageait non seulement envers son créancier mais envers Dieu à exécuter ce qu'il promettait. Comme la promesse était accompagnée d'un serment, le tribunal ecclésiastique devenait

compétent si un litige s'élevait entre le créancier et le débiteur.

Conditions
de validité
du serment.

Deux conditions étaient requises, nous dit Bris-
saud (Manuel, p. 148) pour la régularité du serment.

1° - Le prononcé de la formule par laquelle on prenait Dieu à témoin de son engagement ou la formule par laquelle on s'obligeait directement envers lui à accomplir sa promesse. Les termes variaient : on disait souvent : per Deum juro et sic me Deus adjuvet. Je jure par Dieu et qu'ainsi il me vienne en aide. Ou encore on jurait par les Evangiles, les Saints, la Croix, c'est-à-dire par quelque chose de sacré.

2° - En même temps le serment était accompagné de gestes en rapport avec les déclarations verbales. Le serment se faisait la main droite posée sur des reliques ou sur l'Evangile, ou la main droite levée comme on le fait encore aujourd'hui.

Validité de cet
engagement
même si la
cause n'est
pas indiquée
dans le
serment.

Donc, dans la promesse accompagnée de serment, celui qui jure s'engage envers Dieu directement, et accessoirement envers le débiteur. Le serment promissoire ainsi prononcé devenait obligatoire, même si la cause pour laquelle on s'engageait n'était pas énoncée dans la formule, si on ne disait pas pourquoi le débiteur s'engageait, si, en d'autres termes, son engagement n'était pas causé. Cette promesse par serment devenait quelque chose de très commode. On pouvait s'obliger par la voie du serment à toutes sortes d'objets, créer une obligation nouvelle, confirmer une obligation préexistante. Le serment jouait le rôle que jouait autrefois à Rome le pacte de constitut. Si le serment n'était pas tenu, le créancier pouvait alors poursuivre le débiteur devant la Cour d'Eglise.

Précautions
et remèdes con-
tre les abus
de serment.

En vue de prévenir les abus du serment et d'empêcher qu'il ne fût inséré dans des actes nuls, ou que le créancier exigeât un serment de son débiteur pour tourner une prohibition de la loi, pour faire quelque chose de défendu, les canonistes usèrent de divers procédés. Ils admettaient que le serment n'était obligatoire que si les choses restaient en l'état, ou étaient telles que le promettant les avait prévues, par exemple si le promettant ne devenait pas insolvable ou en cas de dot, si le mariage avait lieu, ou encore si le cocontractant remplissait lui-même sa promesse.

D'autre part il était admis que le juge d'Eglise pouvait obliger le créancier qui avait reçu le serment, à le remettre quand il devait avoir pour le débiteur des conséquences fâcheuses, et notamment

lorsque le créancier s'était fait promettre un intérêt pour l'argent qu'il avait prêté; car nous verrons que cette prohibition a été une des grandes règles morales de l'Eglise catholique.

Enfin le supérieur ecclésiastique avait le droit lui-même de relever un débiteur de son serment lorsqu'il estimait qu'il y avait une juste cause de prononcer ce relèvement.

Moyens employés par les tribunaux laïques pour retenir devant les procès relatifs ou engagements pris sous serment.

La théorie canonique du serment promissoire qui devenait ainsi un mode obligatoire de s'obliger résistait à se faire accepter par les tribunaux laïques, par les tribunaux séculiers, mais elle avait l'inconvénient de leur enlever les justiciables au profit des Cours d'Eglise et de permettre parfois de tourner les prohibitions de la loi. C'est pourquoi les tribunaux civils réagirent et en arrivèrent à retenir les causes, même lorsqu'il s'agissait de promesses faites avec serment, pour la raison que le serment était l'accessoire du contrat, ce qui était contraire à la doctrine catholique, puisque dans le serment l'accessoire est le contrat, et le principal la promesse envers Dieu. D'autre part, les légistes reconnurent au roi le droit de relever du serment, comme le pouvait le chef religieux, et de déclarer nul tout serment contraire à une disposition de la loi ou aux bonnes mœurs.

Persistance de l'usage du serment joint à un engagement jusqu'à la fin de l'ancien Droit.

Cet usage du serment joint à un contrat, à une promesse s'est maintenu pendant fort longtemps. Une fois que les choses sont entrées dans la pratique l'institution subsiste, alors même qu'elle a perdu son intérêt. C'est ainsi que Pothier au XVIII^{ème} siècle, alors que depuis longtemps le consensualisme a triomphé, consacre encore dans son Traité des obligations une section au serment. (1^{ère} partie, art. 8 : Du serment que les parties ajoutent quelquefois à leurs conventions. N^o 103 et ss.). Voici ce qu'il nous dit à ce sujet : "Les parties emploient quelquefois le serment pour assurer davantage l'accomplissement futur des engagements qu'elles contractent. Le serment dont il est question ici est un acte religieux, par lequel une personne déclare qu'elle se soumet à la vengeance de Dieu ou qu'elle renonce à sa miséricorde si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis. Les prétentions des gens d'Eglise avaient autrefois rendu bien commun l'usage du serment dans tous les contrats. Les gens d'Eglise prétendaient que la connaissance de toutes les contestations sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait aux juges d'Eglise, parce que le serment était un acte de religion et le refus d'exé-

cution d'une obligation confirmée par serment était une violation de la religion du serment. La religion paraissait ainsi intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements, ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'Eglise. C'est pourqu岸 les notaires, qui étaient gens d'Eglise, ne manquaient pas d'insérer dans les contrats qu'ils passaient que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat et de les exécuter fidèlement afin d'assurer au juge d'Eglise la compétence de l'exécution du contrat. Ceci se voit encore dans plusieurs anciens actes".

Pothier ajoute : "Il y a très longtemps que les gens d'Eglise ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avait donné lieu, et l'usage des serments a cessé dans les contrats des particuliers. Néanmoins comme il arrive encore quelquefois que des personnes emploient le serment pour assurer l'accomplissement futur de leurs promesses, il ne sera pas hors de propos d'examiner sommairement quel peut être l'effet du serment". Il consacre alors toute une étude aux effets du serment promissoire. Pothier était très renseigné sur la pratique du droit ayant été très longtemps avocat du roi au Présidial d'Orléans avant d'être professeur à l'Université d'Orléans. Il nous montre que même au XVIII^e siècle il y avait certain contractants ou certains notaires qui ajoutaient encore la formule du serment à la fin de leurs actes.

2°) La force obligatoire en droit canonique de la simple promesse en dehors de tout serment.

Mais le droit canonique n'en est pas resté à cette étape, et les théologiens ont admis qu'une promesse était obligatoire en l'absence de toutes formes, alors même qu'elle n'était pas accompagnée de la formalité du serment. En effet, disaient-ils, Dieu ne fait aucune différence, aucune distinction entre la promesse jurée et la simple promesse. A la fin du XII^e siècle, à partir de 1180, c'est une doctrine constante et générale dans l'Eglise que toute convention est obligatoire sans conditions de formes, sans aucune formalité, et par conséquent que le simple accord des volontés oblige les contractants.

Discussion sur la sanction de cet engagement : condictio ex canone ou sanction simplement spirituelle ?

Une longue controverse s'était néanmoins élevée, dont vous trouverez toute l'histoire dans la thèse de Roussier, entre les canonistes quant à la détermination du moyen procédural destiné à sanctionner le pacte nu, c'est-à-dire la convention sans formes, les uns permettant au créancier d'agir directement en exécution de la promesse, et lui permettant d'invoquer une condictio qu'on appelait, faute d'autre nom, la condictio ex canone, une condictio tirée

des textes canoniques et qui correspondait à la vieille *condictio ex lege* du droit romain, parce que le droit canonique a été tout entier bâti sur le vieux droit romain, les autres au contraire, adoptant une opinion différente, celle d'Innocent IV élu pape en 1243, lequel soutenait que la sanction de l'engagement sans formes était une sanction purement canonique, et d'ordre spirituel. Le débiteur encourait l'excommunication, mais le créancier ne pouvait pas exiger directement l'exécution de la promesse.

La force
obligatoire
du pacte nu,

*Regle opposée
au droit romain
d'action naît
d'un simple pacte*

Cependant la première opinion avait triomphé, semble-t-il, et l'opinion commune des canonistes se prononçait pour la *condictio ex canone*, c'est-à-dire pour le droit du créancier de demander directement au tribunal ecclésiastique l'exécution de la promesse qui lui avait été faite. Dès lors le droit canonique admet cette règle contraire à celle du droit romain, ex nudo pacto actio oritur. L'action naît d'un simple pacte sans forme, sans autre chose que l'échange des volontés.

La renaissance
du droit ro-
main et la ré-
action contre
la force obli-
gatoire du
pacte nu.

Mais la renaissance du droit romain au XII^{ème} siècle et l'enthousiasme qu'elle suscita devait provoquer une réaction contre la théorie canoniste et ramener les canonistes eux-mêmes au respect de la vieille règle romaine qui était entourée de tout le prestige de son ancienneté, *ex nudo pacto actio non nascitur*.

Balde, qui a été à la fois un canoniste et un romaniste, déclare, dans ses commentaires sur les Décrétales, c'est-à-dire sur le droit canonique, qu'il est impossible d'admettre que tout pacte même nu engendre une obligation, parce que les textes du droit romain disent le contraire. Il n'y a que les pacta vestita qui produisent des effets, disent-ils. C'était la vieille théorie des romanistes qui distinguaient les *pacta nuda* des *pacta vestita*, c'est-à-dire des pactes qui rentraient dans les vieilles catégories de contrats reconnues par le droit romain : "Il n'y a que les *pacta vestita* qui produisent cet effet, dit-il". Si tout pacte nu engendrait une action, il n'y aurait plus aucune différence entre les pactes et il n'y aurait plus à distinguer entre les contrats nommés et les contrats innomés. Les catégories du droit romain tomberaient. Elles ne se comprendraient plus ! Ces juristes ont tellement le respect de ces catégories du droit romain qu'ils n'osent pas affirmer la règle contraire. C'est pourquoi on voit au XIII^{ème} siècle les canonistes eux-mêmes se rallier à la doctrine romaine, et l'un des plus grands, au XIII^{ème} siècle, Hostiensis, qui fut évêque,

nous dit : "L'obligation ne naît pas du pacte dans les contrats re, verbis, litteris, consensu, elle naît de la remise de la chose ou de la solennité des mots, ou de la solennité des lettres, ou enfin du consensus". Et il ne se rend pas compte que quand il dit : elle naît du consensus, il admet tout de même qu'ici l'obligation naît bien de l'accord des volontés. Il n'admet pas que le simple pacte puisse engendrer l'obligation parce que l'obligation, dit-il, ne naît pas du pacte. Elle naît de l'une de ces quatre formes : re, verbis, litteris, consensu.

L'essor du droit canonique paraissait donc étouffé par le triomphe du droit romain, ce qui n'empêche que le germe qu'il avait jeté allait fructifier et que la règle de la consensualité devait finir par dominer.

II - La pratique commerciale.

La renaissance du commerce au XI^e siècle; caractère international des règles de droit commercial; le caractère obligatoire entre marchands du pacte nu.

La renaissance du commerce date du XI^e siècle; deux grands foyers d'activité commerciale se constituèrent à partir de cette époque, le plus grand à Venise et dans l'Italie méridionale, l'autre sur la côte flamande. Le commerce renaît à cette époque parce que les croisades ouvrent la Méditerranée au commerce et qu'en même temps le crédit se répand; les opérations maritimes se développent par le fait que la Méditerranée permet plus facilement les relations d'un point à un autre.

Le droit qui est né de ces relations de commerce a pris dès sa naissance une forme internationale. Ce droit des marchands, le jus mercatorum tout imprégné des souvenirs romains, constitué sous l'empire des nécessités qui imposaient des besoins identiques, régissant les rapports de pays variés, était devenu un droit commun pour toutes les places commerciales du monde occidental. Son essor fut grand dans les villes italiennes et dans les villes de Hollande. La pratique commerciale du XIV^e siècle admettait que dans les rapports entre commerçants et dans les procès portés devant les juridictions de marchands, les contrats conclus entre marchands ne devaient pas être tenus pour non obligatoires, pour la raison qu'ils n'avaient pas été contractés avec l'observation des formes prescrites par le droit romain.

On admettait donc que les contractants s'obligeaient entre eux par le simple échange de leurs consentements. Et Balde, qui se rattache au XIV^e siècle, ayant vécu de 1327 à 1400, écrit, dans son Commentaire des Décrétales, qu'il était admis que les

marchands agissent entre eux, même en vertu d'un pacte nu. Lorsque les commerçants et les artisans font entre eux un statut, il est valable, même lorsqu'il est constaté par un simple pacte. Bartole à la même époque, 1314-1357, fait la même remarque sur la loi 48 au Digeste au titre Du mandat, L. XVII, I et il l'appuie sur cette raison que, dans la curia mercatorum, on juge non pas d'après le droit, mais d'après l'équité. L'équité est quelque chose qui ressemble au droit naturel et comme on juge d'après l'équité, on n'est pas tenu par les règles strictes du droit romain.

Le fondement du caractère obligatoire du pacte nu dans les usages commerciaux; différence avec le droit canonique.

Vous noterez que cet usage commercial a un fondement différent de la règle canonique. Tandis que la règle canonique qui admettait que le pacte nu engageait les parties, avait un fondement moral, l'obligation de tenir ce que l'on a promis sous peine de commettre un péché, l'usage commercial est fondé sur le besoin de sécurité dans les rapports entre commerçants, et peut-être aussi sur la nécessité de simplifier la conclusion des contrats entre commerçants, contrats qui sont fréquents et doivent être rapides. Balde note très bien ce point dans ses commentaires des livres du Code de Justinien.

Voilà donc l'origine double de la règle moderne, que le simple consentement suffit à obliger les contractants.

Le triomphe de la règle solus consensus obligat au XVII^e siècle.

III - Le consensualisme.

La règle solus consensus obligat, qui est la règle moderne finit par triompher, assez tard, au XVII^eème et au XVIII^eème siècles, car il a fallu plusieurs siècles pour que le principe nouveau, qui avait trouvé son application en droit canonique et dans le droit commercial, fût appliqué dans les relations purement civiles. Il a pénétré peu à peu dans les rapports entre particuliers, par l'intermédiaire de la clause stipulatoire qu'il ne faut pas oublier : La clause stipulatione subnixa, qu'on avait l'habitude de joindre aux écrits par lesquels on constatait la formation du contrat. Mais ceci ne s'est produit qu'assez tard. Au XVI^eème siècle notre grand civiliste Dumoulin (1500-1566) est un des premiers à admettre la validité d'un simple accord des volontés (sur Lois 1 et 2 au Digeste, titre du Digeste : De verborum obligatione, livre 45 titre 1, rubrique 42). Dumoulin est le premier à enseigner que toute convention librement conclue vaut comme stipulation c'est-à-dire engendre une obligation efficace, et il déclare que cette solution était acceptée à son époque

Son affirmation par Dumoulin.

Loysel.

aussi bien devant la juridiction civile que devant la juridiction ecclésiastique. Nous trouvons une confirmation de l'idée de Dumoulin dans la maxime 357 des Institutes de Loysel, nous y trouvons une formule qui correspond bien à cet état du droit. Loysel reproduisant les maximes qui étaient courantes à son époque nous dit : "On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain".

Persistance
du principe
ancien chez
la plupart des
jurisconsultes.

Mais pourtant la règle était loin d'être admise par les auteurs coutumiers de l'époque. Les auteurs coutumiers du XVIème siècle ne suivent pas Dumoulin. Ils affirment toujours, sur la foi des textes du droit romain, que les pactes nus n'engendrent pas d'obligations. Vous trouverez cette affirmation chez Duaren (1509 à 1559) chez Connan (1508 à 1551) chez Cujas et chez Doneau, ce qui est plus intéressant, parce que Doneau (1527-1591) est très impressionné par le droit qui s'applique à son époque.

Affirmation
du principe
consensuel par
Grotius.

Il faut aller jusqu'à la fin du XVIème siècle pour voir reproduite la théorie de Dumoulin. Elle est enseignée par le grand fondateur de l'Ecole du droit des gens, Grotius, qui vivait au XVIème siècle, 1583-1645. Grotius se rallie franchement à la règle nouvelle dans son Traité de la guerre et de la paix (L. II, ch. XI, Des promesses). Là, il combat ouvertement la doctrine des auteurs qui soutiennent la règle romaine, en particulier celle de Connan. Au début du chapitre XI, il nous dit : "Je me vois d'abord obligé de réfuter l'opinion d'un jurisconsulte dont l'érudition n'est pas commune. C'est François de Connan qui soutient que, selon le droit de la nature et des gens, les simples conventions qui ne renferment point de contrat (entendez de contrat obligatoire) n'imposent aucune obligation au promettant". Après avoir exposé les raisons de Connan il essaie de les réfuter et il ajoute : "Puisqu'on reconnaît que les lois qui sont comme une convention du corps du peuple, nom qui leur est ainsi donné par Démosthène et par Aristote, peuvent par leur autorité rendre les simples conventions véritablement obligatoires, on ne saurait alléguer aucune raison pourquoi la volonté d'une personne qui est absolument déterminée à s'engager et qui en donne toutes les marques possibles n'aurait pas cette vertu, surtout lorsque les lois civiles n'y mettent aucun obstacle". Il affirme par conséquent lui aussi que la simple promesse dépourvue de formes engage les parties.

Domat.

Après lui, au XVIIème siècle, la règle nouvelle

a définitivement cause gagnée. Le premier des civilistes français qui l'a formulée est Domat qui vécut de 1625 à 1695. Il a été le premier qui, en France, ait rédigé un traité systématique des lois privées. Boileau l'a appelé le "restaurateur de la raison dans la jurisprudence". Domat, avocat du roi au Présidial de Clermont, nous dit dans ses lois civiles (L. I, T. I, Sect. I, N° 7) : "Toutes les conventions, soit qu'elles aient ou qu'elles n'aient point de nom ont toujours leur effet, elles obligent à ce qui est convenu". Et il ajoute : "Il n'est pas nécessaire d'expliquer ici la différence qu'on faisait dans le droit romain entre les contrats qui avaient un nom et ceux qui n'en avaient pas. Ces subtilités qui ne sont point de notre usage embarrasseraient inutilement".
 X Voilâ bien le principe nouveau. Il n'y a plus de distinction à faire entre les contrats re, verbis, litteris, consensu et les autres. Toutes les conventions valent par le seul fait que les deux parties ont donné leur consentement.

Ainsi le vieux cadre romain est définitivement brisé et, au XVIIème siècle, il est admis sans discussion, sans contestation, que le simple consentement verbalement exprimé oblige les contractants et donne au créancier le droit d'agir contre le débiteur. En d'autres termes : solus consensus obligat.

Pothier.
 Justification
 qu'il donne
 au principe de
 consensualité
 par le droit
 naturel.

Au XVIII° siècle, Pothier, notre grand civiliste va reproduire cette règle sans même indiquer qu'il y ait plus discussion. Comment la justifiera-t-il ? Il la justifie comme les hommes du droit des gens, comme Grotius. Il explique cette règle nouvelle par le droit naturel. Voici ce qu'il nous dit dans son Traité des Obligations : "Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes et sur la distinction des contrats et des simples pactes n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité ne sont pas admis dans notre droit". En d'autres termes, la vieille règle : ex nudo pacto actio non nascitur est définitivement abandonnée, définitivement vaincue.

Pourtant ne l'a-t-elle été vraiment qu'à cette époque ? Faut-il aller jusqu'au XVIIème siècle pour trouver son abandon définitif ? Cela peut-être a dépendu des provinces, et il résulterait de la thèse de M. Yver qu'en droit normand la réforme s'est réalisée beaucoup plus tôt. D'après M. Yver, qui a consulté de très nombreux actes de cette époque, à partir du XIIIème siècle il aurait été admis en droit normand que le simple consentement suffisait pour obliger les parties.

En tous cas il n'en était certainement pas ainsi dans d'autres régions de la France.

Tempérament apporté au principe de la consensualité par l'exigence d'un écrit pour la preuve d'une convention.

Mais en même temps que le principe solus consensus obligat prenait la place de l'ancien, apparaissait une règle complémentaire qui allait en limiter l'effet; règle complémentaire consistant dans la nécessité d'un écrit pour faire preuve de la convention. Jusqu'au XVII^{ème} siècle, la preuve des contrats se faisait par témoins. La preuve testimoniale était librement admise. On se contentait de maintenir la règle, édictée par Constantin, qui voulait que le plaideur qui désirait prouver son droit, produisît au moins deux témoins, pour prouver sa prétention. D'où le vieil adage : testis unus, testis nullus. Mais, à part cette exigence, les témoignages étaient considérés comme le meilleur moyen de preuve; il était préféré aux écrits, et cette préférence trouvait un point d'appui dans la Novelle 73 de Justinien, chapitre 3, où il est déclaré que ce qui se dit de vive voix et avec serment, mérite plus de foi que ce qui est écrit. Le témoignage des actes écrits est muet, diront après lui les glossateurs, et ne peut répondre aux demandes que l'on peut faire, au lieu que le témoin parle, rend raison de ce qu'il dit, et à force d'être interrogé répond enfin à tout ce qu'on lui demande. (C'est vrai, mais rien ne l'empêche de mentir). D'où l'adage de cette époque que "les témoins passent lettres", qu'ils valent mieux que les lettres.

Cette tradition de la supériorité de la preuve orale sur la preuve écrite s'est maintenue en France jusqu'à la fameuse Ordonnance de Moulins de février 1566, qui la renversa dans son article 54 au moment même où triomphait dans la pratique la règle : solus consensus obligat. L'Ordonnance de Moulins ordonne, c'est l'origine de notre article 1341 du Code civil, de passer contrat par devant notaire ou sous seings privés, (c'est-à-dire passer un écrit) de toutes choses ou valeur excédant la somme ou valeur de 100 livres une fois payées. Elle décide que toute preuve sera faite en ces matières par écrit seulement, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant y celui, lors et depuis.

Vous notez bien qu'il ne s'agit ici que de la preuve. L'Ordonnance de Moulins ne rétablit pas chez nous le formalisme. Mais l'obligation de prouver par écrit le contrat diminue considérablement la portée de la règle solus consensus obligat, car avoir un droit que l'on ne peut pas prouver, c'est ne rien avoir du tout. Ainsi au moment même où triomphe la

nouvelle règle son effet se trouve justement sagement limité par l'obligation de la preuve par écrit.

A propos de l'atténuation que, en fait, l'origine d'une preuve écrite apporte au principe que le contrat se forme par le simple consentement, MM. Colin et Capitant (Traité II, N° 19) font justement remarquer que "Sans doute, au point de vue théorique, il y a une différence essentielle entre la forme exigée pour la conclusion d'un contrat et la preuve de ce contrat. La forme est un élément constitutif de la convention en l'absence de laquelle celle-ci ne naît pas à la vie juridique, ne vaut rien. Mais en pratique cette différence disparaît presque totalement. La preuve prend une importance presque égale à la forme, car l'absence de l'une comme de l'autre conduit au même résultat quoique par des raisons différentes, résultat qui est de priver le lien juridique de toute efficacité. Le défaut de preuve ne permet pas au créancier d'établir l'existence de la convention et par conséquent d'établir l'existence de son droit. Dès lors une législation qui, comme la nôtre, ordonne de passer acte de toute convention excédant aujourd'hui la somme ou valeur de 500 francs (150 francs jadis), apparaît comme dégagée du formalisme, beaucoup plus en apparence qu'en réalité".

Il est indispensable de bien apercevoir ainsi la portée de la règle nouvelle de notre droit d'après laquelle les contrats se forment par le simple consentement.

§ 2 - Autres influences que le droit canonique a exercées sur la formation du droit des contrats.

L'apport du droit canonique : l'équité dans les contrats et la notion de juste prix.

Le droit canonique a introduit dans la théorie des contrats un élément de moralité et de justice. Il a proclamé que dans les contrats, et spécialement dans les contrats synallagmatiques qui sont les plus fréquents, il doit y avoir équivalence entre les prestations que se promettent les parties, et que l'une d'elles ne doit pas s'enrichir injustement au détriment de l'autre. Cette idée de l'équivalence dans les prestations des contractants est ancienne. On en retrouve l'origine chez les philosophes grecs. Platon dans ses oeuvres, qui veut le triomphe de la justice et rêve de l'imposer par l'autorité de la loi, flétrit ceux qui, ne voulant pas se contenter d'un gain modeste, aspirent à des profits sans mesure, et il demande que les gardiens des lois déterminent le prix raisonnable des choses afin d'éviter précisé-

ment cette différence dans les prestations que se promettent réciproquement les parties. Même idée chez Aristote, son disciple, dans la Morale à Nicomaque, V. 5. C'est cette idée morale, cette idée d'équité, de justice, que les théologiens et les canonistes du Moyen âge ont reprise, parce qu'elle concordait avec leurs préoccupations de faire régner la justice dans les rapports des hommes.

Saint Thomas d'Aquin qui fut le plus grand des théologiens de l'Eglise, (1226-1274), insiste dans sa Somme théologique, sur l'égalité dans les contrats. Il enseigne que dans les conventions chaque partie doit donner l'équivalent de ce qu'elle reçoit : "Dans la vente, dit-il, le vendeur ne doit exiger qu'une somme d'argent équivalente à la valeur réelle de la chose, et de son côté l'acheteur ne doit pas chercher à obtenir un prix inférieur à cette valeur". Il en conclut que le vendeur s'il a vendu trop bon marché : au-dessous de la valeur de la chose, peut exiger l'excédent du prix, de même que l'acheteur peut obtenir une réduction du prix. Il admet néanmoins des exceptions notables à cette règle à raison du besoin de l'un des contractants et de la privation de l'autre qui va résulter de l'aliénation de la chose.

Au surplus comme la plupart des théologiens il voit le négoce d'un mauvais oeil. Il admet le négoce, entrepris, dit-il, dans l'intérêt du pays ou pour les besoins des pauvres, ou de la famille, mais il va jusqu'à dire qu'à ses yeux, le commerce à quelque chose de honteux. C'est une idée qui, atténuée chez ses successeurs, reparaitra encore. De là, les canonistes ont tiré la notion du juste prix sur laquelle ils insistent beaucoup à propos de la vente. On la trouve énoncée dans les Décrétales de Grégoire IX. Les Décrétales de Grégoire IX sont une collection qui a été faite sous la direction de ce pape au XIII^{ème} siècle et qui comprend les décisions pontificales depuis Alexandre III, de 1159 à 1181. On peut les comparer, a-t-on dit, au Code de Justinien. Elles forment en effet la 2^{ème} partie du vieux corpus juris canonici, la première partie étant constituée par le Décret de Gratien, qui avait réuni les Décrétales des papes antérieurs. Dans ces Décrétales recueillies sous le pontificat de Grégoire IX, il y a un titre 17 sur la vente, dans lequel le canon 3 décide que si le vendeur a subi une lésion supérieure à la moitié du juste prix (on voit reparaitre l'idée du Bas-Empire romain) il peut demander le supplément de ce juste prix et, si l'acheteur s'y refuse, demander la restitution de la chose vendue.

1) L'équité et l'équivalence des prestations; persistance de cette notion chez les anciens civilistes.

J'insiste encore, avant d'arriver au juste prix, sur cette idée de l'équité qui doit régner entre contractants. Cette notion introduite par les canonistes, nous la retrouvons chez les civilistes jusqu'à la fin de l'ancien droit, bien que pourtant elle n'ait pas exercé sur la législation une influence directe. Voici notamment ce que dit Pothier, au Traité des Obligations, lère P. N° 33 : "L'équité doit régner dans les conventions, d'où il suit que dans les contrats intéressés dans lesquels un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est suffisante par elle-même pour rendre les contrats viciés car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicié, parce qu'il pèche contre l'égalité qui doit y régner". D'ailleurs, ajoute-t-il, il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée. Il reprend la même idée dans son Traité du prêt de consommation qu'il appelle le prêt de consommation, N° 55 : "C'est une règle de l'équité qui doit régner dans tous les contrats que l'une des parties qui n'a pas intention de faire une donation à l'autre ne peut être obligée à lui donner que l'équivalent de ce que l'autre de son côté lui a donné ou s'est obligé de lui donner. Si on l'oblige à donner plus, l'équité qui consiste dans l'égalité est blessée et le contrat est inique".

X
F
Vous voyez la persistance de cette idée qu'il doit y avoir une équivalence entre les prestations des parties pour que le contrat soit conforme à l'équité ou à la justice. Vous noterez aussi qu'après avoir affirmé cette idée, Pothier n'en fait guère d'application qu'à la vente. Il admet ce qu'admettaient déjà les Romains que la vente doit être résolue lorsqu'il y a lésion énorme, laesio enormis.

Conséquences du principe de l'équivalence des prestations du droit canonique.

De ce principe le droit canonique a fait découler certaines conséquences qui ont fini par s'introduire dans le droit civil.

La première a trait à la lésion dans les contrats et tout particulièrement à la notion du juste prix.

La seconde a été la prohibition par l'Eglise du prêt à intérêt qu'elle a maintenue jusqu'à la fin de l'ancien droit.

Le troisième a été une notion qui reparaît

aujourd'hui ou qui tend à reparaître dans notre droit, la notion d'imprévision. Enfin on peut encore rattacher à la même préoccupation morale deux autres institutions dont on trouve l'origine dans le droit canonique : 1° l'institution de la cause des obligations du contrat, et 2° celle de la résolution judiciaire des contrats pour le cas où l'une des parties n'exécute pas son obligation. Le plan de notre développement se trouve ainsi tracé. En appendice je dirai un mot d'une autre conception qui a été également mise en honneur par les canonistes, et empruntée par eux à l'antiquité, la conception du contrat social, qui a joué un rôle si important dans les théories du droit public et qui, par là-même, a eu sa répercussion indirecte sur le droit privé parce qu'elle a exalté l'idée de contrat.

I - La théorie de la lésion. - La notion du juste prix dans la vente.

Admission tardive et limitée de la lésion en droit romain.

Nous avons dit en étudiant le droit romain que la rescision de la vente au cas où le vendeur a été lésé, c'est-à-dire a vendu trop bon marché, était inconnue du droit classique. En droit classique, on ne peut pas attaquer un acte pour cause de lésion à moins qu'il n'y ait eu dol de la part de celui qui a causé préjudice à l'autre partie en lui imposant des conditions rigoureuses, ou à moins que la lésion n'ait atteint un mineur. Le droit classique n'admettait donc pas cette règle que le contrat peut être rescindé pour cause de lésion. La lésion n'a été admise comme telle qu'au Bas-Empire. Une constitution du Code de Justinien (IV 44, 2) attribue cette innovation à Dioclétien (IV^{ème} siècle). Mais les romanistes sont d'accord pour dire que ce texte du Code de Justinien a été interpolé ou qu'il contient une erreur. Ils affirment que la lésion ne date que des empereurs chrétiens. Il est bien probable qu'elle est passée dans le droit du Bas-Empire par l'intermédiaire de la doctrine catholique. La Constitution du Bas-Empire que nous venons de citer ne vise que le vendeur. Elle nous dit que le vendeur peut demander la rescision de la vente pour cause de lésion lorsqu'il a subi une lésion supérieure à la moitié de la valeur de la chose qu'il a vendue.

D'autre part, le Bas-Empire a également admis que le partage pouvait être rescindé pour cause de lésion, c'est-à-dire que le copartageant qui avait été lésé dans la composition de son lot, qui avait subi une lésion de plus du quart, pouvait demander

Développement
de cette no-
tion par les
canonistes;
le juste prix
dans la vente.

la rescision du partage (Voir l'art. 887, C. civ.).

Les canonistes ont repris cette règle, mais ils l'ont conçue un peu différemment. Ils disent, partant de l'idée de l'équivalence dans les prestations, que le prix dans la vente doit être juste, et ils se posent la question de savoir si la rescision de la vente ne peut pas être demandée même lorsqu'elle est inférieure à la moitié du juste prix. La majorité des canonistes se prononçait pour l'affirmative. Ainsi Molina, canoniste espagnol, 1535-1600, décide que, même pour une violation *infra dimidiam partem justipretii*, la restitution est due, et cela non seulement en conscience, dit-il, (parce qu'en principe les canonistes traitent la matière des contrats d'après le *for intérieur*, ils distinguent ce qui n'est pas permis aux fidèles), mais aussi, *in foro exteriori*, c'est-à-dire devant le tribunal ecclésiastique.

Admission limi-
tée de la théo-
rie de la lésion par les
tribunaux
séculiers.
Analyse de la
notion de jus-
te prix par
Pothier; dis-
tinction entre
le domaine de
la conscience
et du domaine
du *for exté-
rieur*.

La théorie de la lésion a passé dans le droit civil, mais devant les tribunaux laïques, il n'était tenu compte de la vileté du prix que s'il était inférieur à la moitié de la valeur, et seulement dans les ventes d'immeubles, c'est-à-dire que les civilistes s'en sont tenus à la règle du Bas-Empire. Il est très intéressant de consulter Pothier sur ce point (Traité de la vente, Ed. Bugnet. III. N° 242), il commence par se demander si le vendeur peut, dans le *for* de la conscience, vendre quelquefois au delà du juste prix. Voici comment il s'exprime : "Le juste prix des choses est le prix auquel les choses de pareille nature et bonté ont coutume de se vendre dans les lieux où elles sont situées, si ce sont des héritages, ou dans les lieux où elles sont exposées en vente si ce sont des choses mobilières. Par exemple, le juste prix d'une métairie composée de terres labourables et de prés, doit se régler sur celui que se vend communément l'arpent de terre labourable ou l'arpent de pré de pareille bonté, dans la province où cette métairie est située. Le juste prix d'une aune d'étoffe d'une certaine qualité, est celui que les étoffes de même qualité ont coutume de se vendre dans le lieu. Comme ces choses ne se vendent pas toujours pour la même somme, *circum circa*, plus ou moins, le juste prix de ces choses ne consiste pas dans un point fixe et indivisible, comme le prix de celles qui sont taxées par le juge de police, mais il a une certaine étendue. On y distingue le *pretium medium*, (ce sont des restes de la scolastique du Moyen âge) qui est celui auquel elles se vendent le plus ordinairement, le *pretium summum* et le *pretium infimum*, qui sont ceux jusqu'auxquels elles se vendent, au-dessus ou au-dessous du

pretium medium. Cette étendue du juste prix est plus ou moins grande selon la différente nature des choses. Celui des choses dont le commerce est fréquent et journalier telles que sont les marchandises les plus connues, a ordinairement peu d'étendue. Au contraire, le juste prix des choses dont le commerce n'est pas journalier a ordinairement plus d'étendue". Il nous dit qu'il y a même des choses qui sont tellement rares qu'elles n'ont pas de juste prix, puis il ajoute: "A l'égard des choses qui ont un juste prix, les parties peuvent bien se débattre du prix, pourvu qu'elles ne sortent pas de l'étendue qu'a ce juste prix. Par exemple, quand le juste prix du cheval que vous me vendez est de 18 à 20 pistoles, vous pouvez licitement me le vendre 20 pistoles, si je consens de vous en donner ce prix, comme je puis l'acheter licitement pour le prix de 18 pistoles si vous voulez bien me le donner pour ce prix, mais ordinairement il n'est pas permis de le vendre plus de 20 pistoles qui est le summum pretium, comme il n'est pas permis de l'acheter au-dessous de 18 pistoles qui est le pretium infimum".

Voilà des règles bien sévères pour le commerce des hommes. Aussi Pothier ajoute-t-il : "Ce principe n'a lieu que dans le for de la conscience. Il n'est pas suivi dans le for extérieur. Un acheteur n'y est pas ordinairement reçu à se plaindre qu'il a acheté plus cher que le juste prix, étant de l'intérêt du commerce que les parties ne soient pas facilement admises à revenir contre leur marché". Pothier, qui connaît la pratique et la vie, sent bien que tout ce qu'il vient de dire est de la pure morale, mais que dans la vie des affaires les marchands vendent le plus cher qu'ils peuvent et les acheteurs achètent le meilleur marché qu'ils peuvent, eux aussi.

C'est pourquoi, après tout ce bel exposé, il n'admet la lésion qu'en matière de vente tout comme les Romains du Bas-Empire, et lorsque la lésion est énorme, lorsqu'elle a dépassé la moitié de la valeur de la chose, et il ne l'admet qu'en matière de vente d'immeubles, tout comme le Bas-Empire. Néanmoins il étend l'application de la règle du Bas-Empire. Il l'élargit en ce sens que, d'après lui, l'acheteur peut lui-même faire rescinder la vente s'il souffre une lésion énorme dans le prix. Par conséquent la lésion n'existe pas seulement au profit du vendeur, comme le déclare la Constitution de Justinien, mais elle existe aussi au profit de l'acheteur. Seulement Pothier reconnaît que la question est disoutée. Traité de la vente, N° 373. art.2, intitulé : De l'action rescisoi-

La rescision
de la vente
d'immeuble
pour cause de
lésion à la
fin de l'an-
cien Droit.
Est-elle admi-
se au profit
de l'acheteur
comme du
vendeur ?

re de l'acheteur :

"On a mis en question si lorsque l'acheteur souffrait une lésion énorme dans le prix, il avait aussi une action rescisoire pour faire rescinder le contrat. Automne tient la négative, mais son opinion est contraire aux principes du droit et au sentiment de presque tous les auteurs. Dumoulin, dans son Traité de l'usure, suppose comme une chose constante que l'acheteur peut, pour cause de lésion énorme, se pourvoir contre le contrat, et il n'en fait même pas question. L'action rescisoire pour cause de lésion n'est pas fondée sur la loi 2 au Code, elle est fondée sur un principe de la nature des contrats dans lesquels chacune des parties contractantes n'entend donner ce qu'elle donne que pour recevoir l'équivalent. D'où il suit que ces contrats sont viciés et doivent être comme tels rescindés, lorsque l'une des parties souffre une lésion énorme et ne reçoit pas à beaucoup près l'équivalent de ce qu'elle donne. Or il est évident que ce principe ne milite pas moins à l'égard de l'acheteur qu'à l'égard du vendeur." C'est pourquoi il va étudier la rescision pour cause de lésion au profit de l'acheteur. Pothier nous dit bien que c'est le sentiment de presque tous les auteurs. La question n'était pas moins très discutée, et si nous ouvrons le Traité de Domat, (il écrit bien avant Pothier et se rattache au XVII^{ème} siècle) nous constatons qu'il n'est pas question chez lui de la rescision de la vente au profit de l'acheteur. Il s'en tient à la Constitution de Justinien qui n'admettait la rescision qu'au profit du vendeur d'immeubles lésé de plus des 7/12.

Vous voyez comment la notion de lésion a été introduite dans notre droit civil, non seulement par la loi romaine dans la Constitution de Justinien mais par les canonistes en vertu de leur doctrine sur l'équivalent dans les prestations que se promettent les contractants.

Suppression momentanée de la rescision pour cause de lésion pendant la période intermédiaire.

Cette notion de la rescision pour cause de lésion a subsisté dans notre droit. Pourtant elle a été supprimée par la Révolution par la loi du 14 Fructidor an III. (31 août 1795) Cette loi a aboli la rescision pour cause de lésion en matière de vente immobilière. Ce fut un épisode de la crise économique causée par la dépréciation des assignats. Celui qui propose cette loi, Lanjuinais, disait qu'une multitude de procès étaient nés depuis quelques années, depuis la dépréciation des assignats, portés devant les tribunaux, parce que les vendeurs prétendaient que les prix des objets vendus avaient doublé de moitié à cause de la baisse extrême de la monnaie de papier.

Dans un grand nombre de départements, disait-il, surtout dans ceux de l'ancienne Normandie, on comptait pour chaque tribunal, 40, 50 jusqu'à 100 procès en rescision, tandis qu'avant les variations produites alors par le cours du papier monnaie, on en comptait à peine 2 ou 3 par bailliage.

Les mêmes événements produisent les mêmes effets. Nous avons assisté au même afflux de demandes en rescision à la suite de la baisse du franc après la guerre, et voici comment : les propriétaires d'immeubles qui avaient signé des promesses de vente de leurs immeubles au profit d'un tiers moyennant un prix qui représentait alors, au moment où ils avaient passé la promesse de vente, un prix en or, demandaient la rescision de leurs promesses de vente, parce que le franc avait perdu une grande partie de sa valeur. Ils refusaient en effet d'accepter en paiement de leur promesse 100.000 francs papier, c'est-à-dire une somme qui ne représentait plus que le cinquième des 100.000 frs. par eux stipulés. Ces propriétaires ont donc demandé la rescision des promesses de vente au moment où les bénéficiaires de ces promesses demandaient à les réaliser. Les tribunaux, après quelques hésitations, ont accordé cette rescision pour cette raison que d'après le Code civil la rescision doit se calculer au moment de la vente. (art. 1675). C'était donc au moment où l'acheteur profitant de la dépréciation de la valeur du franc, voulait acheter la chose en livrant 100.000 francs papier, que le vendeur demandait la rescision de la vente. Les tribunaux se sont prononcés en faveur de la rescision. C'est du reste le seul cas où les créanciers ont pu se défendre contre la baisse de la monnaie. Dans les autres cas, ils ont été obligés d'accepter ce que leur apportaient les débiteurs, c'est-à-dire de l'argent déprécié. Mais revenons à notre sujet.

✓ Sous la Révolution, en l'an V, Lanjuinais proposait de suspendre provisoirement toute action en instance de rescision des contrats de vente, mais on jugea cette mesure insuffisante, et la loi du 14 Fructidor an III abolit la rescision pour cause de lésion. L'abolition ne fut pas du reste de longue durée. Quelques années après une loi du 19 Floréal an VI (8 mai 1799), vint rétablir la règle ancienne, le droit pour le débiteur lésé de demander la rescision de la vente, ou le supplément du juste prix, et indiquer le moyen de calculer la lésion lorsque le prix avait été stipulé payable en assignats. La valeur des assignats variait à cette époque de jour en jour.

Lors de la rédaction du Code civil, une grande

La question de la rescision lors de la discussion du projet du C.C. La solution admise par le C.C.

discussion s'est élevée au Conseil d'Etat entre les partisans et les adversaires de la lésion dans la vente. D'un côté Cambacérès, Berliet, Real, Regnault de Saint-Jean d'Angély, proposaient de revenir au système de la loi du 14 Fructidor an III, c'est-à-dire d'abolir définitivement cette vieille théorie de la rescision pour cause de lésion. Dans l'autre camp, il y avait outre le Premier Consul, Portalis, Bigot Préameneu et Tronchat. Ce furent ces derniers qui l'emportèrent. Ils obtinrent que la rescision de la vente pour cause de lésion fût inscrite dans le Code civil. Portalis, qui en fut le grand défenseur, fit valoir les raisons qu'il avait trouvées dans Pothier, la règle de l'équivalence des prestations.

"Le contrat, dit-il, est vicieux lorsqu'il pèche contre l'équité qui doit y régner". C'est la vieille idée des canonistes qui apparaît toujours, qui subsiste. "D'ailleurs, ajoute-t-il, il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée". Il admet que le consentement de la partie lésée n'a pas été libre. "Car celle-ci n'a voulu donner ce qu'elle a donné dans le contrat, que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place valait autant que ce qu'elle donnait". Il y a donc eu de sa part une erreur. Le Premier Consul, Bonaparte, reprit les mêmes arguments et invoqua également la contrainte dans laquelle se trouve le vendeur pressé par le besoin d'argent, obligé de vendre. Pourtant par mesure de transaction il fut décidé, c'est la règle actuelle de l'art. 1674, que la rescision ne serait admise dans la vente d'immeuble, que dans le cas où la lésion subie par le vendeur serait, non seulement supérieure à la moitié, ultra dimidium, comme disaient les textes anciens, mais de plus des 7/12 de la valeur de l'immeuble vendu, afin de rendre la rescision un peu moins fréquente. Le Code civil a eu soin, pour mettre un terme à la controverse qui s'était élevée autrefois, de décider dans l'art. 1683 que la rescision n'a jamais lieu au profit de l'acheteur. Il n'y a que le vendeur qui peut demander la rescision pour cause de lésion, et cela dans la vente d'immeubles.

Vous voyez comment l'idée a cheminé depuis le droit canonique jusqu'au Code civil. J'ajoute qu'il y a aujourd'hui un retour de faveur aux idées de l'ancien droit, et que la théorie de la lésion reprend une place plus importante dans notre législation moderne.

II - Prohibition du prêt à intérêt, ou usure,

La prohibition de l'intérêt par l'Eglise catholique; son fondement dans les Livres Saints et dans Aristote.

Le droit romain permettait le prêt à intérêt. C'est l'Eglise catholique qui l'a sévèrement interdit. La défense du prêt à intérêt ou usure, (car, dans le sens primitif du mot, l'usure est l'intérêt de l'argent prêté, ce n'est pas le fait de demander un intérêt excessif) était trouvée par les catholiques à la fois dans l'Ancien Testament et dans le Nouveau Testament.

D'abord dans le Deutéronome, (cinquième livre du Pentateuque), versets 19 et 20, chapitre 26, on trouve, parmi les préceptes donnés par Moïse au peuple juif, les suivants : "Tu ne prêteras pas à intérêt à ton frère, ni de l'argent, ni des vivres, ni toutes autres choses. Mais tu prêteras à ton frère sans intérêt ce dont il a besoin". Et au verset 20 : "Tu pourras prêter à intérêt à l'étranger, mais tu ne donneras pas à intérêt à ton frère". C'est ce qui vous explique que les juifs aient pratiqué le prêt à intérêt dans leurs rapports avec les catholiques.

Dans le Nouveau testament, la même prohibition est enseignée dans l'Evangile de Saint Luc L. VI. v. 25. On cite couramment cette phrase : *mutuum date nihil inde sperantes*. Voici la traduction complète de la phrase rapportée dans Saint Luc : "Si vous ne prêtez qu'à votre ami et à ceux dont vous espérez la pareille, quelle vertu y a-t-il en cela ? Les pécheurs en font autant. Aimez vos ennemis, et prêtez même à ceux de qui vous n'espérez aucun retour ni reconnaissance".

C'est de là que les canonistes ont tiré l'interdiction de demander un intérêt pour l'argent prêté. L'esprit de fraternité qui était le fondement de la doctrine du Christ venait confirmer ces paroles. C'est pourquoi les Conciles tenus par l'Eglise ont à maintes reprises prohibé le prêt à intérêt. Pothier qui étudie longuement la question dans le prêt de consommation, cite un grand nombre de ces Conciles (N° 63 à 65 de son Traité) en particulier le Concile de Nicée tenu en 325, qui interdit aux clercs, c'est-à-dire aux gens d'Eglise de prêter à usure. Il déclare qu'en prêtant à usure les clercs commettraient un péché d'avarice et feraient un profit déshonnête et condamné par la loi divine : "Les écrits des Pères, nous dit d'autre part Pothier N° 75, concourant avec les Conciles à établir la tradition de l'Eglise sur ce point". Il appuie la prohibition du prêt à intérêt, non seulement sur la parole divine, mais sur un argument de raison qu'il emprunte à Aristote, lequel avait dit dans sa Politique : l'argent ne peut pas produire d'argent, *nummus nummos non parit*, l'argent ne

peut pas engendrer d'argent; il est donc contraire à la nature des choses d'exiger quand on prête de l'argent, quelque chose en plus.

Saint Thomas, dans sa Somme théologique, art. 1. Q. 78.S.2. reprend le même argument. Il déclare que les choses fongibles qui font la matière du prêt de consommation, étant de nature à se consommer par l'usage qu'on en fait, n'ont pas un usage qui soit distingué de la chose même, d'où il conclut que recevoir quelque chose pour le prix de ce qu'on en accorde par le prêt, est une injustice semblable à celui qui vendrait pour un prix quelque chose qui n'existerait pas. Il ajoute que l'usage de ces choses étant renfermé dans la chose même, et n'étant pas quelque chose qui en soit distinct, exiger des intérêts pour l'usage de ces choses, outre le sort principal, c'est-à-dire outre le capital, c'est se faire payer deux fois une même chose. (Pothier. Traité du Prêt de consommation N° 56).

La prohibition ne s'est d'abord appliquée qu'aux clercs, mais l'Eglise l'a ensuite étendue aux laïques.

Adhésion des
civilistes à
la prohibition
de l'intérêt.

Les glossateurs du droit romain qui ne voyaient rien de semblable dans les textes du droit romain se sont élevés contre cette prohibition. Ils l'ont vivement combattue et l'on trouve des ouvrages destinés à justifier le prêt à intérêt jusqu'à la fin de l'ancien droit. Mais leur résistance fut vaine, et au XIV^{ème} siècle les jurisconsultes civils se rallièrent au système de l'Eglise. Ils admettent tous la prohibition du prêt à intérêt. Vous la verrez très longuement justifiée dans Pothier, au prêt de consommation.

La répression
de l'usure
dans le droit
canonique et
les ordonnances.

Le pouvoir royal a suivi le précepte de l'Eglise et les Ordonnances royales ont, à leur tour, interdit le prêt à intérêt. Elles prohibent non seulement les usures énormes, mais toute usure quelque modique qu'elle soit, c'est-à-dire tout intérêt quelque modique qu'il soit. Cependant en pratique, seules les usures énormes donnaient lieu à la poursuite criminelle. Vous verrez dans le Traité de Pothier l'Ordonnance de Poissy de Philippe le Bel du 8 décembre 1312, et l'Ordonnance de Blois art. 202. Le débiteur qui a payé l'usure a le droit de répéter ce qu'il a versé, même s'il ne s'agit pas d'usure énorme. Il peut aussi refuser de payer l'usure qu'il a promise.

Quant aux peines, elles consistaient de la part de l'Eglise dans la déposition du clerc lorsque c'était un clerc qui s'en était rendu coupable, et dans l'excommunication des laïques. Les Ordonnances, mais seulement au cas où il y avait usure énorme, prononçaient, d'autre part, la confiscation contre le coupeur.

ble.

Tous les auteurs laïques, tous les civilistes et les publicistes se sont ralliés à la doctrine de l'Eglise. Nous la trouvons notamment dans Dumoulin, *Traité du contrat d'usure*, en 1546, dans Grotius dans son livre *De jure belli et pacis*, N° 84, où il déclare que tout intérêt de prêt est défendu par la loi de Dieu, à moins qu'il ne soit purement compensatoire d'un préjudice réel que le créancier aurait souffert du prêt, et il décide en conséquence que la loi de Hollande qui permet le prêt à intérêt ne peut rendre légitime l'intérêt dans le for de la conscience. Les pays protestants en effet autorisaient le prêt à intérêt à la différence des pays catholiques. Dumoulin est moins sévère. Il soutient que l'Ecriture ne condamne que l'usure excessive, oppressive pour le pauvre, mais non pas l'intérêt exigé du riche qui réalisera de gros bénéfices à l'aide de l'argent qu'il emprunte.

Les usures
palliées.

Malgré tout cet appareil de défense et bien que la prohibition fût à la fois prononcée par les canons de l'Eglise, par les Ordonnances royales et admise par les auteurs, l'usage du prêt à intérêt ne put jamais être déraciné. Le commerce ne s'en pouvait passer. Les prêteurs s'ingéniaient à tourner la défense et à éviter les effets de la prohibition. Certains auteurs venaient à leur aide en soutenant que l'intérêt était permis dans les prêts commerciaux ou encore à l'égard des deniers pupillaires. Mais tous ces tempéraments, tous ces adoucissements sont combattus par Pothier. Les prêteurs d'argent étaient en conséquence obligés d'inventer des procédés pour tourner la loi et pour faire produire un intérêt à l'argent qu'ils prêtaient. Le plus simple est celui qu'employaient les usuriers aujourd'hui : il consistait à comprendre l'intérêt dans le sort principal, c'est-à-dire à déclarer que la somme prêtée est plus importante qu'elle ne l'est en réalité, et à exiger de l'emprunteur qu'il reconnaisse qu'il a reçu une somme supérieure. On ajoutait ainsi les intérêts au capital qu'on prêtait.

On dissimulait encore le prêt à intérêt sous d'autres contrats : la vente à reméré, contrat qui a toujours gardé sa mauvaise réputation et sert encore aujourd'hui à dissimuler l'usure, le change, et ce qu'on appelait le contrat mohatra sur lequel Pothier dans son *Traité de l'usure* nous donne les indications suivantes : N° 88 : "Par ce contrat, dit-il, le prêteur vendait une certaine chose à l'emprunteur, pour

une certaine somme que celui-ci s'obligeait à payer au bout d'un certain terme, par exemple pour une somme de 600 livres payable dans 6 mois. Ensuite le dit vendeur rachetait cette chose par lui-même ou par une personne interposée pour une somme moindre, par exemple pour une somme de 540 livres payées comptant. Ce contrat, dit Pothier, ne passe que pour un contrat de prêt de 540 livres et le lucre que je fais d'une somme de 60 livres est une véritable usure". C'est un véritable intérêt.

La constitution de rente; son caractère licite.

Parmi les procédés employés pour tourner la prohibition, certains avaient fini par être reconnus comme licites, notamment la constitution de rente. Pothier nous explique dans son Traité de la constitution de rente, comment il est arrivé à remplacer le prêt à intérêt (Ed. Bugnet, III, p. 435). Il nous dit: "La constitution de rente est un contrat par lequel un des contractants vend à l'autre une rente annuelle et perpétuelle, dont il se constitue le débiteur pour un prix licite convenu entre eux, qui doit consister en une somme de deniers qu'il reçoit de lui sous la faculté de pouvoir toujours racheter la rente lorsqu'il lui plaira, pour le prix qu'il en a reçu pour la constitution et sans qu'il puisse y être contraint". Une des parties vend à l'autre moyennant le paiement d'une somme d'argent, pour un prix licite convenu entre elles, une rente annuelle et perpétuelle qu'elle lui paiera. Donc l'emprunteur qui reçoit le capital vend une rente annuelle et perpétuelle. Le prêteur ne peut pas exiger le remboursement du capital qu'il a versé, mais l'emprunteur peut toujours racheter la rente en remboursant au prêteur le capital qu'il a reçu de lui. Pothier reconnaît bien que ce contrat a quelque rapport avec le prêt à intérêt, et il ajoute que ces rapports ont fait mettre en doute la validité de l'opération. Mais on en a reconnu, dit-il, le caractère licite parce que le débiteur de la rente ne s'oblige qu'à la prestation de la rente. Il n'est pas débiteur en outre du capital qu'il a reçu, car le créancier ne peut pas l'exiger de lui, tant qu'il reçoit la rente. Le débiteur peut le rembourser mais le créancier ne peut pas l'exiger. D'où concluait-on, il n'y a pas prêt d'argent. C'est dans l'aliénation à perpétuité du sort principal que consiste le caractère essentiel et distinct qui différencie le contrat de constitution de rente du prêt à intérêt. La constitution de rente fut le grand moyen employé dans notre ancien droit pour tourner la prohibition. Pothier notamment nous en parle, à propos des billets émis par la Compagnie des Indes, moyennant un intérêt de

5 % par an. La Compagnie des Indes se procurait ainsi de l'argent en empruntant au public de l'argent sous forme de rente, et elle promettait une rente de 5 % par an. Pothier dit : Ce n'est pas un contrat de prêt. C'est une constitution de rente. Nous citerons plus loin l'argument donné par Pothier.

Juifs,
Lombards et
Cahortins.

D'autre part, ce qui faisait supporter la prohibition c'est que certaines personnes étaient autorisées à prêter à intérêt. C'étaient les juifs, parce que leur religion ne leur interdisait le prêt à intérêt qu'à l'égard de leurs coreligionnaires. Puis il fut permis aux Lombards. On donnait le nom de Lombards aux nombreux Italiens originaires de la Lombardie et du Piémont qui étaient venus s'installer en France, en Angleterre et en Allemagne à partir du XIII^{ème} siècle et qui y avaient apporté le commerce. Les rois leur avaient accordé la même faveur qu'aux juifs et leur avaient permis, pour faciliter leurs opérations commerciales, de prêter à intérêt. Le roi y trouvait son bénéfice, car de temps en temps, il confisquait l'argent gagné par les juifs et par les Lombards. La même autorisation avait été donnée à ceux qu'on appelait les Cahortins. C'étaient des gens du sud-ouest de la France, et plus particulièrement de Cahors, ce qui serait l'origine de leur nom. Ils avaient également obtenu, étant Français, un privilège analogue à celui des Lombards, privilège que l'Etat leur concédait à prix d'argent bien entendu. Si l'Etat violait ainsi la loi de l'Eglise, il apaisait sa conscience en confisquant de temps en temps les fortunes gagnées par les intéressés.

Les discussions sur la validité du prêt à intérêt ont duré jusqu'à la fin de l'ancien régime. C'est la Révolution qui a définitivement aboli la prohibition.

Les discussions sur la légitimité de l'usure au XVIII^{ème} siècle.

Les discussions entre partisans et adversaires de l'usure ou, en d'autres termes, du prêt à intérêt, ont duré jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Voici notamment comment s'exprime Voltaire dans son Dictionnaire philosophique, au mot intérêt : "La Sorbonne a décidé que le prêt à intérêt est un péché mortel. Il n'y a aucun de ces raisonneurs qui ne fasse valoir son argent quand il le peut à 5 ou 6 % en achetant sur la place des billets des fermes, des actions de la Compagnie des Indes, des billets du Canada". Ces divers modes de prêt avaient en effet été autorisés. En particulier la Compagnie des Indes avait été autorisée par le roi à emprunter 10 millions sous forme de billets de 1.000 ou 500 livres produisant un intérêt de 5 % l'an, jusqu'au rembour-

sement qu'elle ferait de ces sommes prêtées, par voie de tirage au sort annuel des billets à rembourser.

Pothier dans son *Traité de l'usure*, discute de la validité de ces billets. N° 94 Ed. Bugnet t. V pp. 83 et ss. Il se prononce pour leur validité et voici pourquoi : "Je pense, dit-il, que ces billets renferment un contrat de constitution de rente très légitime. La raison en est que ce n'est pas envers les créanciers de ces billets que la Compagnie s'oblige au rachat. Elle ne contracte cette obligation qu'envers le roi qui met cette condition à la permission qu'il lui accorde de faire l'emprunt. Il n'y a que le roi qui puisse contraindre la Compagnie au rachat. De même il peut en proroger le terme ou même l'en dispenser tout à fait. Ce ne sont donc pas les créanciers des billets qui ont droit d'exiger le rachat, ce qui suffit selon les principes que nous avons exposés, pour que ces billets ne contiennent pas une aliénation de capital et qu'ils soient de légitimes contrats de rentes".

Vous voyez le raisonnement : la Compagnie emprunte de l'argent. Elle promet 5 ou 6 % à titre de rémunération, mais, dit Pothier, elle ne promet pas aux prêteurs de leur rembourser le capital. Ce n'est pas aux prêteurs qu'elle le promet, c'est le roi qui l'a autorisée à faire ce remboursement par voie de tirage au sort. Il faut bien reconnaître qu'il y a là une distinction subtile et qu'au fond cela nous paraît bien un prêt moyennant un intérêt de 5 ou 6 %. L'opération ressemble singulièrement aux rentes amortissables émises par l'Etat, c'est-à-dire aux sommes que l'Etat emprunte moyennant un intérêt annuel et qu'il s'engage à rembourser par voie de tirage au sort. Or, on ne considère pas ces rentes comme de vrais contrats de rente, précisément parce que l'Etat promet de rembourser le capital par voie de tirage au sort. Quoi qu'il en soit, cette prohibition du prêt à intérêt a exercé une grande influence sur le régime économique de notre ancien droit.

Conséquences
économiques
de la prohibi-
tion de l'in-
térêt.

M. de Tocqueville dans son livre *L'ancien régime et la Révolution* s'exprime comme suit : (8ème édition 1877, p. 345) :

"La prohibition du prêt à intérêt eut une grande influence sur la division des terres et sur leurs tenures. Elle multiplia à l'infini les rentes perpétuelles... parce que ceux qui en avaient besoin ne pouvant emprunter en promettant un intérêt constituaient des rentes à ceux qui leur avançaient de l'argent... tant foncières que non foncières... parce qu'on pouvait constituer des rentes même quand on ne

possédait pas d'immeubles, c'est ce qu'on appelait alors les rentes constituées par opposition aux rentes foncières... ce qui a fort contribué d'une part à diviser le sol... (sur ce point l'affirmation de Tocqueville est peut-être aventurée, excessive) "... de l'autre à surcharger la petite propriété d'une multitude de servitudes perpétuelles", (c'est-à-dire une multitude de rentes que chaque propriétaire constituait ainsi sur sa terre quand il avait besoin d'argent, rentes qui ont été liquidées par la Révolution).

Suppression
par la Révolution
de la
prohibition
du prêt
à intérêt.

La prohibition canonique a disparu sous la Révolution. La Constituante, dès ses débuts, le 3 octobre 1789, décréta qu'à l'avenir on pourrait prêter de l'argent à terme fixe avec stipulation d'intérêts, suivant le taux déterminé par la loi. La Constituante n'avait donc pas l'intention de permettre librement la fixation du taux conventionnel de l'intérêt. Elle déclarait que le prêt à intérêt serait permis à condition de ne pas excéder le taux que fixerait la loi. Mais ce taux maximum, ni la Constituante, ni la Législative, ni la Convention ne l'ont établi. De telle sorte qu'en fait on passa de la prohibition à la liberté complète. A son tour, le Code civil décide, dans son article 1905, qu'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières, mais il ne fixe pas non plus de limite maxima du taux de l'intérêt.

La loi de 1807
et la fixation
du taux maxi-
mum de l'inté-
rêt conven-
tionnel.
L'usure et sa
répression.

Cette limite fut du reste établie quelques années plus tard par la loi du 3 septembre 1807 qui la fixa à 5 % en matière civile et à 6 % en matière commerciale. L'exposé des motifs de la loi de 1807 s'exprimait ainsi : "Il est reconnu que le taux excessif de l'intérêt de l'argent attaque la propriété dans ses fondements, qu'il mène l'agriculture à sa perte, qu'il empêche les propriétaires de faire des améliorations utiles, qu'il corrompt les véritables sources de l'industrie, que par sa pernicieuse facilité de procurer des gains considérables il détourne les citoyens des professions utiles et modestes, enfin qu'il tend à ruiner des familles entières et à y porter le désespoir. Le commerce lui-même est loin de réclamer une exception à ces principes". Voilà donc le nouveau régime établi par le Premier Empire. Le prêt à intérêt est permis, mais le taux de l'intérêt est limité. Dès lors le mot usure a pris une nouvelle signification. Il n'est plus synonyme d'intérêt, il désigne le fait par un prêteur d'exiger un intérêt supérieur à celui que permet la loi. L'usure est

devenue depuis la loi de 1807 un acte prohibé et un délit pénal.

L'usure est en effet réprimée dans la loi de 1807 tant au point de vue civil qu'au point de vue pénal. Au point de vue civil, la loi de 1807 décide que le prêteur sera condamné à restituer l'excédent, s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le capital de la créance. Au point de vue pénal, la loi de 1807 réprime l'usure, mais seulement quand elle est habituelle, c'est-à-dire lorsque le prêteur d'argent est un véritable usurier qui a l'habitude d'exiger un taux supérieur au maximum fixé par la loi. Un seul prêt avec stipulation d'un taux supérieur à la loi n'est pas un délit, d'après le système de la loi de 1807. La peine prononcée par la loi de 1807 était une amende ne pouvant excéder la moitié de la somme prêtée.

Ce régime a été critiqué par l'Ecole libérale, qui s'est élevée vivement contre la fixation d'un maximum du taux de l'intérêt, pour cette raison, disait-elle, que l'argent est une marchandise dont on peut trafiquer comme de toutes les autres et qu'il est juste que son prix varie suivant la loi de l'offre et de la demande. Au cours du XIX^{ème} siècle, diverses propositions de loi ont été déposées par les adeptes de cette école en vue d'obtenir l'abolition de la loi de 1807. Elles ont été déposées sous le gouvernement de Juillet en 1836, 1837, sous le Second Empire en 1857, et plusieurs fois sous la Troisième République, en 1871, 1876 et 1881. Jamais elles n'ont abouti.

En revanche, et tout à l'opposé, une loi du 19 décembre 1850 vint modifier l'art. 3 de la loi de 1807 en vue de préciser la sanction civile et d'aggraver la sanction pénale de l'usure. En particulier cette loi de 1850 ajouta à l'amende un emprisonnement de 6 jours à 6 mois. L'exposé des motifs de cette loi signalait, tout comme en 1807, les effets désastreux de l'usure dans les campagnes et le petit commerce. Une grande enquête ouverte en 1861 sous le Second Empire sur la même question aboutit à la même conclusion qu'il fallait maintenir la limitation du taux de l'intérêt.

Atténuations
au maximum du
taux de l'in-
térêt.

Mais diverses dérogations furent, d'autre part, apportées à la prohibition de dépasser le taux maximum fixé par la loi pour certains établissements auxquels ce taux paraissait inapplicable.

La première dérogation fut établie pour les Monts-de-piété qui s'étaient développés au XIX^{ème} siècle et qui ne pouvaient pas faire leurs affaires avec un taux d'intérêt aussi bas que celui de 5 %.

Une seconde dérogation fut apportée pour l'escompte du papier commercial, afin de permettre aux banquiers privés l'escompte des lettres de change et des billets à ordre.

Les adversaires ont continué à faire leur campagne en faveur de la liberté. Finalement ils ont abouti à faire triompher une partie de leurs réclamations. Une proposition de loi déposée au Parlement en 1885 demandait à nouveau l'abrogation de la loi de 1807 tant en matière civile qu'en matière commerciale, pour la raison disait-elle, que la liberté est le meilleur remède en cette matière, le meilleur régime. Les emprunteurs sont les meilleurs juges de leurs intérêts. La limitation est contraire à l'équité, à la liberté des contrats, au principe de la propriété. On ajoutait, ce qui est vrai, que les usuriers pouvaient aisément échapper à la sévérité de la loi de 1807, de même qu'on ne manquait pas de moyens dans l'ancien droit pour tourner la prohibition du prêt à intérêt.

La loi de 1886
et la liberté
du taux de
l'intérêt en
matière
commerciale.

Cette proposition de loi n'aboutit cependant qu'en partie. Le Parlement vota une loi du 12 janvier 1886 qui abrogea la loi de 1807 en matière de commerce, mais laissa subsister le taux maximum de l'intérêt conventionnel pour les prêts civils. La pratique de l'usure au détriment des paysans, des artisans avait convaincu les Chambres du danger qu'aurait présenté une abrogation totale. Le Parlement estima que les commerçants étaient mieux protégés contre les abus de l'usure par le fait de la concurrence des banques.

La loi de 1918
et l'établisse-
ment provi-
soire de la
liberté du
taux de l'in-
térêt conven-
tionnel en
matière civile.

A la suite de la guerre et du fait de l'augmentation du taux des intérêts conventionnels, du fait que par suite de leurs besoins grandissants l'Etat et les communes étaient obligés d'emprunter à court terme à un taux supérieur au taux fixé par la loi, on a été conduit à supprimer la limitation de l'intérêt conventionnel en matière civile. Une loi du 18 avril 1918 a, en conséquence, non pas abrogé, mais simplement suspendu la loi de 1807 pendant la durée de la guerre, et pendant une période qui ne pouvait être inférieure à 5 ans à partir de la cessation des hostilités. Un décret devait déterminer la fin de cette suspension. Mais ce décret n'a pas encore été promulgué, de telle sorte que ce régime provisoire subsiste toujours. Nous sommes donc aujourd'hui sous le régime de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel. Par là-même, depuis 1918, l'usure n'existe plus légalement. Il n'y a plus de délit ni civil ni pénal d'usure, si haut que soit le taux de l'intérêt

stipulé par le prêteur et quand bien même il aurait abusé du besoin, de l'ignorance, de l'état de nécessité de l'emprunteur, quand même il aurait exigé un taux de beaucoup supérieur au taux normal, au taux habituellement pratiqué, il ne commet pas le délit d'usure. La stipulation est valable, le débiteur est obligé de payer ce qu'il a accepté. Ainsi le délit d'usure avait complètement disparu depuis 1918. Il faut du reste reconnaître qu'au cours des dernières années le taux de l'intérêt a beaucoup augmenté et que l'Etat prend en vain des mesures pour le faire diminuer.

Le décret-loi du 10 août 1935 et le rétablissement du délit d'usure en matière civile et commerciale, tout en maintenant le principe de la liberté du taux de l'intérêt.

Néanmoins on a senti la nécessité de réprimer de nouveau le délit d'usure et c'est un décret-loi du 10 août 1935 qui a rétabli ce délit, mais sans toucher à la liberté du taux de l'intérêt. Il a conçu le délit d'usure d'une autre façon. L'utilité de ce décret-loi ne me paraît pas contestable. Il a été une bonne mesure. On peut en effet comprendre qu'il y ait usure même sous un régime de liberté du taux de l'intérêt, parce qu'à côté du taux normal de l'argent, du loyer habituel de l'argent il y a le loyer usuraire, c'est-à-dire abusif, immoral, pratiqué par des gens sans scrupules à l'encontre des gens qui ont besoin d'emprunter, et les paysans, les ouvriers, les artisans, de tous ceux qui sont sollicités par des intermédiaires, des banquiers marrons ou des prêteurs sans vergogne. Contre ces abus il est bon de lutter, il est bon de sévir. D'après le décret-loi du 10 août 1935, l'usure consiste dans le fait d'exiger un taux d'intérêt dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi, pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques que le prêt dont il s'agit. Le délit d'usure est donc laissé à l'appréciation des conditions du prêt par le tribunal. C'est à lui qu'il appartient de décider, par une comparaison entre le taux exigé par le prêteur dans l'espèce qui lui est soumise, et le taux normal demandé par le commerce de bonne foi. Si, par exemple, le taux exigé dépasse 12 % alors que le taux usuel est de 8 % il y a prêt usuraire.

On a pensé que cette disposition permettrait de réprimer les opérations usuraires qui malheureusement en pratique sont devenues très fréquentes. Seulement on peut se demander si les usuriers ne trouveront pas aisément le moyen de le tourner comme ils trouvaient moyen de tourner la loi de 1807.

Le décret-loi prononce contre l'usure, nouveau style, des pénalités à la fois civiles et pénales,

comme la loi de 1807. La pénalité civile est la même que celle de la loi de 1807, c'est-à-dire que les perceptions excessives sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance, et si la créance est éteinte en capital et en intérêts, le prêteur est condamné à la restitution des sommes indûment perçues avec intérêt du jour où elles lui ont été payées.

Au point de vue pénal, le décret-loi réalise une innovation. Il supprime la condition d'habitude qui était un des gros inconvénients de la loi de 1807, de telle sorte qu'aujourd'hui le simple fait du prêt à intérêt usuraire emporte la sanction pénale. Un seul fait d'usure est passible actuellement, depuis le décret-loi, des peines édictées par lui.

Ces peines consistent en une amende de 100 à 5.000 francs, et en cas de récidive, en un emprisonnement de 6 jours à 6 mois et une amende de 500 à 10.000 francs. Il ne faut pas oublier que les amendes pénales ont été terriblement augmentées par le décret-loi du 16 juillet 1935, qui les a majorées de 100 dixièmes, ce qui double par conséquent la peine.

Il convient enfin de noter que ces nouvelles dispositions s'appliquent aussi bien aux prêts commerciaux qu'aux prêts civils, ce qui est tout à fait logique car l'usure peut se produire même contre les non commerçants.

La nouvelle
conception de
l'usure;
rapprochement
avec l'idée
de lésion.

X La nouvelle conception de l'usure que vient d'établir le décret-loi du 10 août 1935 est certainement préférable à l'ancienne. La limitation par la loi du taux conventionnel de l'intérêt est une mesure rigide qui s'accorde mal avec les fluctuations de la vie économique. Elle ne tient pas compte de ce fait que le loyer de l'argent varie suivant les périodes de prospérité ou de crise et que le législateur n'y peut rien. Un prêt consenti à 8 % peut être normal ou usuraire suivant la période où il est fait. Il était usuraire avant la guerre; il ne l'est pas aujourd'hui parce que le taux de 8 % est courant et je crois bien que c'est le taux qu'exige le Crédit foncier lui-même quand il prête sur des immeubles.

C'est pourquoi ce système de la limitation du taux conventionnel a fait son temps. Il est abandonné aujourd'hui par presque toutes les législations étrangères. Toutes admettent que l'usure est le fait de tirer d'un prêt un profit anormal, excessif, hors de proportion avec les conditions habituelles du crédit. Si bien que cette conception de l'usure se rapproche de celle de la lésion qui consiste à abuser

du besoin, ou de l'ignorance de celui avec qui on contracte pour lui imposer des conditions draconiennes. Les codes les plus récents considèrent l'usure simplement comme une application de la lésion, et contiennent une formule générale qui s'applique non plus seulement au prêt d'argent, mais à tous les contrats. Il en est ainsi dans le Code civil allemand de 1900, § 138; dans le Code civil suisse, au livre Des obligations, art. 21; dans le code tout récent des Obligations de la République polonaise, dont l'art. 42 s'exprime comme suit : "Si l'une des parties en exploitant la légèreté, l'imbécillité, l'inexpérience ou la gêne de l'autre accepte en contre-partie de sa prestation, ou stipule pour elle-même ou pour autrui, une prestation dont la valeur patrimoniale lors de la conclusion du contrat est nettement disproportionnée par rapport à la valeur de la contreprestation, l'autre partie peut demander la réduction de sa propre prestation, ou l'augmentation de la contreprestation et lorsqu'une pareille réduction ou augmentation est difficile à réaliser, elle peut se soustraire aux effets juridiques de la déclaration de volonté". Dans le projet de Code franco-italien des obligations, art. 22, nous avons introduit une disposition analogue, justement en considération du fait que l'usure est une variante de la lésion.

Mais tous ces textes ne visent que la sanction civile de l'usure. Le décret-loi reste utile en ce qu'il ajoute une sanction pénale pour le prêt à intérêt.

Ce qui reste de la prohibition canonique.

En résumé, et pour conclure, il ne reste plus rien de la prohibition du prêt à intérêt prononcée par l'Eglise. Brissaud, dans son Manuel d'histoire du droit privé, rappelant cette évolution et étudiant l'histoire de la prohibition du prêt à intérêt par l'Eglise, fait cette observation :

"L'attitude de l'Eglise en présence de la législation moderne a été assez embarrassée. Elle s'est refusée à déclarer l'intérêt légitime en lui-même, mais elle a recommandé aux autorités ecclésiastiques de ne pas inquiéter les prêteurs qui se conformeraient aux lois, jusqu'à ce que le Saint-Siège eût émis une sentence définitive". Et Brissaud ajoutait "On attend encore cette sentence". Sur ce dernier point toutefois, il se trompe. En effet une encyclique de Benoît XIV du 1er octobre 1794, l'encyclique "Vix pervenit", a répondu en maintenant le principe de la prohibition. D'autre part le Code de droit canonique, codex juris canonici, promulgué en 1917, réglemente la question dans le canon 1543. Ce canon

contient deux phrases, qui, au premier abord, paraissent difficiles à concilier :

Première phrase : "Si une chose fongible est donnée à quelqu'un en propriété" (en principe une chose fongible est toujours donnée en propriété) "pour qu'elle soit restituée postérieurement dans son genre" c'est-à-dire que soit rendue postérieurement une chose du même genre, ou de l'argent si de l'argent a été prêté, ou une quantité de denrées égale à celle que je vous ai donnée", ... aucun lucre, en raison même du contrat, ne peut être perçu". Ainsi la prohibition du prêt à intérêt est de nouveau affirmée dans le canon : nihil lucri, ratione, ipsius contractus, percipi potest.

"Mais, ajoute la seconde phrase,

"Dans la prestation d'une chose fongible il n'est pas illicite en soi de convenir d'un bénéfice légal, (conforme à la loi, ce qui vise le cas où la loi fixe un maximum) ou même supérieur, pourvu qu'il ne soit pas lui-même immodéré s'il y a un titre juste et proportionné".

En apparence il semble qu'il y ait comme une opposition entre ces deux membres de phrases et une difficulté de conciliation.

En réalité cette seconde partie ne vise que les tempéraments traditionnels que l'Eglise avait apportés à la règle de la prohibition du taux d'intérêt. Ce bénéfice permis visé doit être non pas un bénéfice purement lucratif, mais avoir une autre cause, telle par exemple que la réparation d'un préjudice ou le caractère de dommages-intérêts, ou celui d'une pénalité.

Mais ce n'est pas à dire que l'influence du droit canonique sur notre législation civile ait complètement disparu. Certainement non, car le délit d'usure trouve sa source dans le droit canonique; c'est parce que le droit canonique a prohibé l'usure, parce que le pouvoir royal à son tour a prohibé le prêt à intérêt, ce qu'on appelait l'usure aenormis, l'intérêt excessif, que nous avons dans notre législation actuelle le délit d'usure. L'influence du droit canonique se fait sentir dans la conception que nous avons aujourd'hui de la lésion, conception toute nouvelle qui n'était pas du tout celle des rédacteurs du Code civil, mais que nous reprenons à plusieurs siècles de distance.

J'ai voulu pousser cette théorie du prêt à intérêt et de l'usure jusqu'au droit moderne, parce que c'est une question toute particulière et que je n'aurai probablement pas l'occasion de la reprendre et

qu'il me paraît préférable, pour des questions de ce genre, de les présenter dans leur développement historique complet.

Il y a une autre influence du droit canonique qui est assez curieuse. Le droit canonique a été en effet le premier défenseur de la théorie de l'imprévision que nous avons vu reparaître au XXème siècle et principalement depuis la grande guerre.

II - La théorie de l'imprévision.

Le principe de la stabilité des contrats doit-il céder devant une modification imprévisible des circonstances économiques ?

La stabilité des contrats est un principe nécessaire. La notion d'engagement implique l'obligation pour celui qui s'est engagé de faire ce qu'il a promis, d'exécuter son obligation. Il n'y a pas sans cela de sécurité dans le commerce des hommes. C'est la règle admise par toutes les législations : rien ne peut dispenser le débiteur de s'exécuter sauf le cas de force majeure, ou le cas fortuit qui s'oppose à l'exécution.

Mais si telle est la règle, ne faut-il pas y apporter au moins un adoucissement lorsque les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu (nous supposons un contrat successif qui doit prolonger ses effets pendant un certain temps) ont été bouleversées par la situation économique de telle sorte qu'il est certain que le contractant ne se serait pas obligé, n'aurait pas contracté, s'il avait pu prévoir le bouleversement qui s'est produit dans la vie économique ?

Le droit romain n'avait pas connu de scrupule de ce genre, et, en dehors de certains cas d'espèce tout particuliers que nous pouvons négliger, les textes que nous avons ne tiennent pas compte de ces changements de circonstances. Il n'y avait pas à Rome une règle générale disant que des modifications profondes dans les circonstances économiques pouvaient entraîner une rupture du contrat. Cependant les philosophes romains avaient exprimé cette idée et on trouve deux passages qui ont été maintes et maintes fois cités par nos anciens auteurs, auxquels toujours se réfèrent canonistes et civilistes. L'un dans le De officiis de Cicéron, livre I, chapitre 10, l'autre dans Sénèque, De beneficiis, livre 3, chapitre 25.

Le passage de Cicéron est assez vague et peu probant, bien qu'il ait été souvent invoqué, je le laisse donc de côté et je ne cite que celui de Sénèque qui est beaucoup plus net :

"Je n'aurai trahi mon engagement, on ne m'accusera d'infidélité que si, toutes choses étant dans le même état au moment de mon obligation, je manque à mon exécution. Un seul point changé me laisse libre

L'opinion de Sénèque. Son développement chez les canonistes : La clause rebus

sic stantibus
sous-entendue
dans tous les
contrats.

de délibérer de nouveau et me dégage de ma parole". (Ce qui peut aller un peu loin. Sénèque parle en philosophe, il ne parle certainement pas en juriste). "Tout doit être dans le même état que lorsque je t'ai promis, pour que tu puisses dire que tu as ma parole".

Puis Sénèque cite quelques exemples pour expliquer sa pensée :

"J'ai promis de t'assister en justice mais je découvre que par ton procès, tu cherchais à nuire à mon père. J'ai promis de partir avec toi à l'étranger, mais on m'annonce que la route est infestée de brigands. Je devais pour toi comparaître en personne (en justice) mais la maladie de mon fils, mais les couches de ma femme me retiennent". Voilà qui suffit d'après lui pour libérer le débiteur de l'engagement qu'il a pris.

Les canonistes vont reprendre cette idée et elle leur paraîtra d'autant plus naturelle qu'elle s'accorde fort bien avec la conception qu'ils ont de la promesse. Celui qui viole sa promesse commet un péché. C'est par là, avons-nous dit, que la théorie des contrats intéresse les canonistes. Mais, ajoutent-ils, il n'en est pas de même lorsque les choses sont modifiées par des événements que les parties n'ont pas prévus. Alors il n'y a plus péché à ne pas faire ce que l'on a promis, parce que les circonstances ont changé. C'est en particulier ce que dit le grand docteur de l'Eglise, Saint Thomas d'Aquin, dans sa Somme théologique. "Il y a deux cas dans lesquels le promettant peut être excusé de ne pas tenir sa promesse. Le premier quand il a promis quelque chose d'illicite, de contraire à la loi; le second, quand les conditions des personnes et des choses ont changé. Le promettant est toujours censé promettre sub intellectis debiti conditionibus, sous les conditions indiquées pour la dette".

Nous retrouvons la même idée dans les textes du droit canonique, dans le décret de Gratien qui a précédé les Décrétales et qui fait partie du vieux corpus canonici, seconde partie causa 22, question 22 lettre A. Reprenant les exemples tirés de Cicéron et de Sénèque, il imagine diverses hypothèses où il estime qu'il n'y a ni duplicité ni mensonge à ne pas tenir sa promesse lorsque quelques changements imprévus rendraient son exécution dangereuse. Et un autre canoniste du XIII^{ème} siècle, Bartholomé de Brescia généralise et conclut ainsi : "Donc il y a toujours lieu de sous-entendre cette condition dans les contrats, Si res in eodem statu manserit". C'est bien la clause rebus sic stantibus.

La clause
rebus sic
stantibus chez
les Romanistes
et chez les
auteurs de
l'Ecole du
droit de la
nature et des
gens.

Bartole, romaniste, reprend cette théorie dans sa glose d'un texte de Neratius au Digeste 12, 4 : De conditione sine causa, 8. Il l'applique, il est vrai, aux renonciations seulement, et il déclare que la renonciation à un droit doit s'interpréter comme contenant la clause sic rebus stantibus. Plus audacieux que lui, Balde étend cette règle à toutes les promesses, dans la seconde partie du vieux Digeste. Plus tard, Alciat qui vécut au XVIème siècle, (1492-1550) se prononce contre cette proposition, car dit-il, dans les contrats la clause rebus sic stantibus n'a pas d'effet, et la volonté des parties ne peut pas être modifiée. Pourtant il reconnaît qu'il y a des exceptions, notamment quand il survient quelque événement imprévu, tel que les parties n'ont pas pu envisager son éventualité. Le Président Favre qui a été un grand juriste, Président du Parlement de Savoie et qui a écrit des livres renommés sur le Digeste et le Code, au livre 4 de son code, titre 25, définition 5, déclare que tout mandat suppose sous-entendue la clause si res in eodem statu permanserit. Et il ajoute en note : Comme d'ailleurs dans presque toutes les matières, c'est-à-dire dans presque tous les contrats.

Grotius, dans son traité de la paix et de la guerre, Traduction de Barbeyrac, livre 2, chapitre 13, De la manière d'expliquer une promesse ou une convention § 27 fait également quelque concession à cette idée : "Un autre indice qui oblige à accepter certains cas comme ne s'accordant pas avec la volonté de celui dont on explique les paroles, est lorsque s'attachant scrupuleusement aux termes, il résulterait de là quelque chose, non pas à la vérité d'illicite en soi à tous égards, mais qui, à juger équitablement, serait trop dur et insupportable eu égard à la constitution de la nature humaine en général, soit en comparant la personne et la chose dont il s'agit avec le but même de l'engagement. Lorsque par exemple on a prêté une chose pour quelques jours, on peut la redemander avant le terme expiré, s'il se trouve qu'on en ait grand besoin soi-même; de même si on a promis du secours à un allié et que dans le temps qu'il le demande, on ait à craindre chez soi quelque irruption, on sera dispensé de fournir des troupes à cet allié, tant qu'on en aura besoin pour sa propre défense. L'exemption de charges et d'impôts accordée à quelqu'un doit être entendue des impositions ordinaires et annales, mais non pas de celles que demande une nécessité extraordinaire ou un besoin pressant qui fait que l'Etat ne peut pas s'en passer".

A la suite de Grotius, les tenants de son Ecole, Puffendorf et les autres, se prononcent en faveur de la clause tacite rebus sic stantibus.

Silence des
civilistes
français des
XVII^e et XVIII^e
siècles sur
cette clause.

Chose curieuse, chez nous elle a disparu. Nous ne la trouvons plus mentionnée chez nos auteurs du XVII^e et du XVIII^e siècles. Consultons Domat, consultons Pothier, nos deux grands civilistes, il n'est plus question de ce tempérament. Ils nous disent que le débiteur n'est dispensé d'exécuter son obligation que s'il est empêché par un cas fortuit ou de force majeure. Cependant il semble que ce tempérament ait continué à s'appliquer devant les tribunaux. (M. Bruzin, l'imprévision dans les contrats Thèse Paris 1922), prétend que la pratique au XVII^e et au XVIII^e siècles appliquait cette théorie. En tout cas les auteurs n'en font pas mention et cela m'étonne parce que Pothier particulièrement était fort bien renseigné sur la pratique de son temps.

Quoi qu'il en soit, notre Code civil ne contient aucune disposition rappelant cette vieille conception du droit canonique. Celle-ci pourtant a laissé des traces dans les codes étrangers, en particulier dans le code prussien de 1794, et elle reparait dans le code le plus récent, le code polonais des obligations

L'imprévision
dans le C.C.
prussien.

Le § 377 du C. prussien de 1794 pose d'abord le principe : "Hors le cas d'impossibilité réelle, l'exécution d'un contrat ne peut dans la règle être refusée à cause d'un changement de circonstances", (ce qui semble condamner la règle rebus sic stantibus). Le principe est donc que l'exécution d'un contrat ne peut dans la règle être refusée à cause d'un changement de circonstances.

§ 378 : "Mais s'il devenait impossible d'arriver au but expressément déterminé ou qui résulte de l'affaire pour l'une et l'autre partie, chacune d'elles pourra revenir sur le contrat non encore rempli". Exception très limitée qui suppose que le changement de circonstances ne permet pas d'arriver au but visé par les deux parties.

Le § 380 est un texte très intéressant : "Si par le changement de circonstances le but de l'une des parties, déterminé d'une manière expresse ou clairement indiqué par la nature de l'affaire se trouvait entièrement annulé, elle peut revenir sur le contrat". Ce § diffère du § 378 en ce qu'il n'est plus nécessaire que ce soit le but visé par les deux parties qui soit rendu impossible, mais le but visé par l'une des parties seulement, ce qui donne une ouverture à la règle rebus sic stantibus, mais une ouverture très limitée.

Silence des codes postérieurs sur l'imprévision sauf le C. polonais des obligations.

En dehors de ce code on ne trouve rien dans les codes postérieurs qui rappelle ce droit pour le débiteur d'échapper à l'exécution de sa prestation sous prétexte que les circonstances l'ont rendue trop onéreuse ou trop lourde pour lui. On ne trouve rien dans le Code civil français, ni dans le code allemand de 1900, ni dans le code suisse au livre des obligations. Il semble donc que le législateur ait définitivement abandonné cette clause.

Mais le dernier paru de ces codes, le code polonais des obligations, y a fait place dans son article 269 qui porte pour rubrique : De l'extinction ou du changement dans les obligations dus à des événements exceptionnels. Voici comment il est rédigé : "Lorsque par suite d'événements exceptionnels tels que guerre, épidémies, perte totale des récoltes, et autres cataclysmes naturels, l'exécution de la prestation se heurterait à des difficultés excessives ou menacerait l'une des parties d'une perte exorbitante que les parties n'ont pas pu prévoir lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut, s'il le juge nécessaire d'après les principes de la bonne foi, après avoir pris en considération les intérêts des parties, fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation, ou même prononcer la résolution de la convention". Voilà donc bien, dans des termes précis, l'adoption de la clause *rebus sic stantibus*. Cet article donnant au juge le droit soit de prononcer la résolution de la convention, soit d'en modifier les conditions. Il est bon sur ce point, car nous n'avons pas encore de commentaires, de citer un article qui a été publié par un professeur de l'université de Lwow, Pologne, M. Longchamps de Bérrier. Il a publié un commentaire qui est le résumé d'une conférence qu'il est venu faire à Paris sur le nouveau code civil des obligations de Pologne : "L'influence du changement des circonstances constitue parmi les modes d'extinction des obligations une nouveauté législative. Bien que la science reconnaisse, depuis Windscheid, cette influence et s'ingénie à la justifier par diverses constructions (Voir la théorie de la *Voraussetzung*, l'extension de la notion de l'impossibilité d'exécution à des cas d'une difficulté excessive, la théorie de la clause *rebus sic stantibus*, la théorie de l'imprévision, la théorie de l'*abus de droit*), bien que la jurisprudence s'efforce, surtout depuis la grande guerre, de subvenir par divers moyens aux débiteurs ou aux créanciers menacés de ruine en cas d'exécution stricte de l'obligation dans des circonstances radicalement changées, les

Codes, même les plus récents, ne contiennent aucun texte sur cette question, ceci pour ne pas ébranler le principe : pacta sunt servanda et diminuer la sécurité du commerce juridique. Néanmoins, le législateur polonais a jugé que cette attitude était comparable à celle de l'autruche, qui cache sa tête dans le sable pour ne pas voir la vérité, et qu'elle était inconséquente avec le principe énoncé dans le Code, que les obligations doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément aux exigences de la bonne foi. Est-ce qu'il n'est pas plus sage de donner au juge quelques directives qui puissent le guider dans les ténèbres et qui soient capables de le préserver de l'abus du pouvoir ? C'est en s'inspirant de ces réflexions que le Code permet au juge de changer le contenu ou même d'annuler les obligations à cause du changement des circonstances. Mais il lui impose de nombreuses restrictions :

1° - Le changement des circonstances doit être provoqué par des événements extraordinaires, comme la guerre, les épidémies, une récolte mauvaise et autres fléaux élémentaires. La guerre cela va de soi, c'est surtout à son sujet que la question a été posée.

2° - A raison de ce changement, la prestation doit apparaître comme extrêmement difficile pour le débiteur, ou elle doit menacer une des parties, débiteur ou créancier d'une perte excessive.

3° - Il est nécessaire qu'on n'ait pas pu prévoir ces conséquences au moment de la conclusion du contrat.

4° - Le juge ne peut s'en prendre qu'aux modifications exigées par la bonne foi (c'est un critère d'une très grande fragilité).

5° - Il ne peut décider qu'après avoir pesé les intérêts des deux parties. Il n'est pas forcé toujours de libérer le débiteur ou de résilier le contrat, comme d'après la théorie de la difficulté excessive, mais il peut ordonner un autre mode d'exécution, par exemple accorder au débiteur un délai, diminuer ou augmenter la prestation, etc... "On pourrait, si l'on veut, dit-il, voir, le germe de cette institution dans l'art. 1184 du Code Napoléon, in fine, qui permet au juge d'accorder un délai au défendeur tandis que les autres codes de Pologne ne laissaient pas même ce pouvoir au juge. Ce commentaire nous informe très exactement du contenu et de l'importance de la règle nouvelle inscrite dans l'art. 269 du code polonais. Quel sort lui fera la jurisprudence polonaise ? L'avenir le dira.

a théorie de l'imprévision en France.

Ceci dit et pour en terminer avec cette théorie de l'imprévision, je veux vous indiquer les tentatives faites en France depuis la guerre pour l'intégrer dans l'interprétation du Code civil, puis la résistance persistante opposée à toutes ces tentatives par la Cour de cassation. J'ajouterai un mot du système adopté par le Conseil d'Etat, et je vous dirai en terminant dans quelle mesure les lois récentes, inspirées soit par l'état de guerre, soit par l'état de crise dans lequel nous nous trouvons depuis près de cinq ans, ont accueilli cette théorie de l'imprévision.

arguments invoqués en faveur de l'imprévision :

1) arguments ébattus, art. 1134. Exécution des contrats selon la bonne foi.

Un certain nombre d'auteurs ont, au cours de la guerre, tenté de justifier la théorie de l'imprévision, en prétendant la faire découler d'une interprétation de certains articles du Code civil. Mais cette tentative n'a pas abouti.

D'abord ils ont invoqué l'histoire. Or il n'y a rien à en tirer puisque cette théorie a disparu à peu près de notre droit au XVII^e siècle et n'y a presque pas laissé de traces. Ensuite ils ont invoqué l'art. 1134, puis les art. 1156 et 1150 du Code civil, mais ils n'en ont tiré que des arguments fragiles qui n'ont jamais impressionné la jurisprudence de la Cour de cassation. L'art. 1134 dans son 3^eme alinéa nous dit : "Les conventions doivent être exécutées de bonne foi". Or, disent les partisans de la théorie de l'imprévision, et vous retrouvez l'argument invoqué par M. Longchamps de Bérrier, la bonne foi s'oppose à ce que l'un des contractants se prévale d'une convention quand les choses ont changé au point que les parties ne traiteraient plus aux mêmes conditions. Mais cette interprétation de l'art. 1134 est tendancieux et à mon avis insoutenable. Elle est contraire au paragraphe qui précède, et qui nous dit que "les conventions ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise". Voilà la règle, le principe. Lorsqu'on s'est lié par un contrat, il faut l'exécuter, et la révocation ne peut venir que de la volonté commune des deux parties.

L'article 1147 nous dit de son côté : Le débiteur qui s'est engagé, n'est dispensé d'exécuter son obligation que s'il en est empêché, littéralement empêché par un obstacle insurmontable c'est-à-dire par le cas fortuit ou par un événement de force majeure. Le sens du 3^eme alinéa de l'art. 1134 est donc bien clair. Il signifie que les parties doivent se conduire avec la bonne foi que l'on apporte dans l'exécution de ses obligations. On doit exécuter ses obligations de bonne foi, voilà ce que veut dire le 3^eme alinéa. Ce 3^eme alinéa est du reste commenté par

l'article suivant, l'art. 1135 : "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est formellement exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature". Toutes les suites que l'équité, la bonne foi par conséquent commandent. Prétendre que le créancier n'a pas le droit d'exiger l'exécution de l'obligation parce qu'elle est devenue trop lourde pour le débiteur, c'est alors faire peser sur le créancier le risque du changement des circonstances; c'est libérer le débiteur au détriment du créancier. Je suppose que j'ai passé un marché de charbon pour 3 ou 4 ans parce que je suis prévoyant, que je prévois que le taux du charbon peut changer et j'ai obtenu d'une mine qu'elle me livrera le charbon dans telles conditions. Le commerçant, c'est-à-dire la mine, qui a dû réfléchir comme moi aux conditions qui pouvaient changer, a accepté le marché dans les conditions indiquées et il a pris son engagement comme j'ai pris le mien, c'est-à-dire livrer le charbon au prix convenu. Si le prix du charbon montant il se trouve qu'il a fait une affaire détestable, c'est tant pis pour lui. Il n'y a, en matière de contrat, qu'à réfléchir avant de s'engager. C'est ce principe que la Cour de cassation française a toujours admis.

b) art. 1156.
Interprétation
des contrats
d'après la commune
intention
des parties.

Autre argument invoqué par les auteurs de la théorie : Il est également très fragile. Art. 1156, c'est l'article qui commence la section consacrée à l'interprétation des conventions : "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes". Ai-je besoin de dire qu'il n'y a rien à tirer de ce texte et qu'à vouloir y trouver la consécration de la théorie de l'imprévision on le détourne évidemment de son sens naturel. Il signifie que quand il y a doute sur la signification d'une clause on doit se référer non à la lettre mais à la commune intention des parties, ce qui n'a rien à voir avec la théorie de l'imprévision. Dans la théorie de l'imprévision on ne peut pas se fonder sur la commune volonté des parties pour résoudre le contrat, car il est évident que c'est dans ce cas de crise et d'augmentation de la valeur des choses que l'intérêt des deux contractants se trouve en conflit. Le créancier demande qu'on lui livre les choses, parce qu'il ne trouverait pas à se les procurer ailleurs au prix indiqué; le débiteur ne veut plus livrer parce que c'est trop cher pour lui. L'opposition d'intérêts est portée à son comble; elle devient essentielle et ce n'est pas par l'art. 1156

c) art. 1150
sur le montant
des dommages-
intérêts pré-
vus ou qu'on
a pu prévoir.

que l'on peut justifier la théorie de l'imprévision, puisqu'il vise la commune intention des parties.

Reste enfin l'art. 1150 : "Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée". Règle générale : en matière de dommages-intérêts le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts que l'on a pu prévoir lors du contrat. Cet article n'a pour but que de fixer le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur qui n'exécute pas, rien de plus. Cet article n'a pas eu pour intention de dire que, au cas de changement imprévu dans les circonstances ou imprévision le contrat peut être soit résolu soit modifié.

Condamnation
par la Cour de
cassation de
la théorie de
l'imprévision.

C'est presque enfoncer une porte ouverte que de répondre à des arguments aussi fragiles. C'est pourquoi ils n'ont jamais impressionné la Cour de cassation, même à l'époque de la guerre. Elle a maintenu ferme la règle que le débiteur qui s'est engagé doit exécuter son obligation, si lourde que soit pour lui cette exécution. Elle s'est prononcée non seulement au début de la guerre mais à diverses périodes et en particulier dans trois circonstances qui valent d'être rappelées.

L'affaire des
agences de
remplacement.

C'est d'abord vers le milieu du XIX^{ème} siècle, par une série d'arrêts qui s'échelonnent de 1856 à 1859 et dont le premier est un arrêt de la Chambre civile du 9 janvier 1856 D. 1856.I.53.S.1856.I.129 et le second est un arrêt du 2 avril 1856.D.56.I.100, à propos de ce qu'on appelait le contrat de remplacement militaire. C'était l'époque où les jeunes gens appelés, par le tirage au sort, à faire leur service militaire avaient le droit d'échapper à cette obligation en trouvant quelqu'un qui voulût bien les remplacer, en se payant, comme on disait, un remplaçant qui, moyennant le versement d'une somme d'argent, consentait à faire le service à leur place. Des contrats avaient été passés entre les conscrits de la classe 1853 et des agences de remplacement qui les avaient assurés, moyennant le versement d'une prime contre la mauvaise chance du tirage au sort, parce que ne portaient que ceux qui tiraient un mauvais numéro. Or les agences de remplacement fixaient le montant des primes d'après l'importance du contingent qui devait être appelé chaque année sous les drapeaux. Or le contingent appelable de la classe 1853 fut, au dernier moment, considérablement augmenté par la loi, parce qu'on était à la veille de la guerre avec la Russie. Les assurances, ayant beau-

coup de peine à trouver des remplaçants, qui naturellement se faisaient payer plus cher parce qu'il fallait partir faire la guerre au loin, demandèrent la révision des contrats qu'elles avaient conclus, pour cause d'imprévision, parce que l'exécution de ces contrats était bien plus lourde qu'elles ne l'avaient prévu. Un certain nombre de Cours d'appel prononcèrent la résiliation; elles décidèrent que la substitution d'un contingent beaucoup plus élevé au contingent légal qui avait servi de base aux contrats, constituait un cas de force majeure, parce qu'elle avait aggravé les chances de perte pour les assureurs et qu'il était injuste de les obliger à fournir des remplaçants qui coûteraient plus qu'ils ne coûtaient auparavant sans qu'il y ait une élévation proportionnelle du taux de la prime. Cas de force majeure. C'était aller trop loin. Ce n'était pas un cas de force majeure, mais c'était un cas de perte considérable pour les agences de remplacement. Ces agences n'étaient pas mises dans l'impossibilité de trouver des remplaçants; mais elles étaient obligées de les payer beaucoup plus cher qu'elles ne l'avaient prévu. La Chambre civile appelée à se prononcer a cassé ces arrêts et a décidé que la loi nouvelle élevant le contingent ne constituait pas un cas fortuit, un cas de force majeure, parce qu'elle était dans le domaine du pouvoir législatif, et qu'elle ne rendait pas impossible l'accomplissement de l'obligation de l'assureur, ni l'exécution de celle de l'assuré et que les assureurs ayant consenti à garantir les assurés contre les chances du remplacement s'étaient fait à eux-mêmes une loi dont ils ne sauraient s'affranchir en déclarant que leurs prévisions avaient été trompées. C'était donc la condamnation très ferme de la théorie de l'imprévision.

L'affaire
du canal de
Craponne.

On en trouve une seconde dans l'arrêt du 6 mars 1876. S. 1876. I. 161. Il s'agissait en l'espèce une taxe d'arrosage des terres qui avaient été fixée au XVIème siècle pour les terres irriguées par le canal de Craponne, qui est un canal dérivé de la Durance. Les actes de 1560 et 1567 avaient fixé la redevance due par les propriétaires à trois sols par quarterade de 60 arbres. Naturellement ce prix au XIXème siècle n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal; ces frais ayant quadruplé depuis trois siècles. En conséquence le syndicat d'arrosage avait demandé une augmentation de la taxe aux propriétaires dont elle irriguait les terres. Certains propriétaires ayant refusé d'accepter l'augmentation furent actionnés et le tribunal et la Cour d'Aix autorisèrent

l'élévation de la taxe à 30 centimes par quarterade de 1834 à 1874 et à 60 centimes à partir de 1874. La demande du syndicat d'arroseurs paraissait donc bien fondée, et cependant la Chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'Aix pour violation de l'article 1134. "Attendu, a-t-elle dit, que cet article établit une règle générale absolue, qui s'applique aux contrats successifs comme aux autres; que dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse être leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les parties..." Voilà donc une rémunération fixée au XVIème siècle, qui devait être encore respectée presque à la fin du XIXème siècle, parce que le contrat liait toujours les parties.

L'affaire
des baux
à cheptel.

Enfin, la Cour suprême a encore affirmé sa doctrine au sujet des contrats qui ont fait naître des conflits après la guerre entre propriétaires et fermiers ou métayers à propos de la restitution à la fin du bail par ces derniers des animaux qu'ils avaient reçus en cheptel. Voici la difficulté qui se présentait et qui a troublé toute la France, surtout la France de l'ouest. Un propriétaire a, par exemple, remis à son fermier en 1913 ou 1914 un troupeau de 40 bêtes, estimé dans le bail 10.000 francs; 10.000 francs or. Le bail finit en 1920. Le fermier sortant est-il obligé de rendre au propriétaire le même nombre de bêtes et de même valeur, ou suffit-il qu'il rende 10.000 francs de bétail? Etant donné le prix que valait alors le bétail il pouvait juste rendre une quinzaine de bêtes alors qu'il en avait reçu 40. Il s'agissait donc de savoir qui devait supporter la perte, soit du propriétaire, soit du fermier. La question s'est posée devant la Cour de cassation le 6 juin 1921 (D.1921.I.73.S.1921.I.193, avec un rapport de M. Ambroise Colin et une note de M. Hugueney). La Cour d'appel avait statué en faveur du propriétaire, en déclarant que les parties n'avaient pu en contractant prévoir l'augmentation extraordinaire du prix des animaux par suite de la raréfaction du bétail à la suite de la guerre; qu'elles n'avaient pu prévoir dans leur contrat qu'une hausse normale dont le maximum correspondait au prix le plus fort du bétail pendant la période des dernières années antérieures à la conclusion du contrat, et que la hausse considérable du bétail par suite de sa raréfaction à cause de la guerre, était une circonstance imprévue dont il fallait tenir compte. La Cour de cassa-

tion a cassé cet arrêt. Elle a décidé qu'en s'astreignant à supporter le risque d'une élévation factice du cours des bestiaux et des troupeaux, le bailleur s'était fait à lui-même une loi dont il ne pouvait s'affranchir en alléguant que ses prévisions avaient été trompées; qu'il lui aurait appartenu de restreindre son engagement à un taux déterminé mais qu'en induisant ces circonstances sur lesquelles le bail ne s'était pas expliqué, l'arrêt attaqué avait substitué une convention supposée à la convention exprimée par les parties.

En résumé, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation un débiteur ne peut être libéré que par un cas fortuit ou de force majeure; tant que son obligation peut être exécutée, si lourde qu'elle soit devenue pour lui, il doit l'exécuter.

Il y a eu cependant pendant la guerre des Cours d'appel qui ont affirmé qu'il fallait tenir compte de l'imprévision résultant des difficultés d'exécution causées par l'état de guerre, mais la Cour de cassation n'a jamais modifié sa doctrine. (cf. notamment Paris 21 décembre 1916. D. 1917.2.33 note de M. Capitant et une note de M. Rouast, S. 1923.2.17).

jurisprudence
du Conseil
d'Etat.

On a souvent opposé à cette jurisprudence de la Cour de cassation la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais à tort. La jurisprudence du Conseil d'Etat, différente de celle de la Cour de cassation, a été affirmée par divers arrêts, dont le premier fut un arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916. D. 1916.3.25. S. 1916.3.17 avec une note de M. Hauriou, et un arrêt d'avril 1919. D. 1919.3.25, S. 1920.3.32; un autre arrêt du 8 mai 1925 et du 27 mars 1926 D. 1925.3.17 et 1927.3.17, enfin un arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 1932 D. 1933.3.17, note très complète et bien faite de M. Robert Pelloux, Sirey 1933.3.9. note d'un jeune auditeur au Conseil d'Etat, M. Laroque.

Tous ces arrêts ont été rendus à l'occasion des difficultés que la hausse des matières premières avait fait naître entre certaines villes et les compagnies auxquelles elles avaient concédé le service de l'éclairage public, du gaz en particulier. Ces arrêts ont décidé, ce qui paraît contraire à la doctrine de la Cour de cassation, que le concessionnaire était fondé à demander une modification aux clauses de son cahier des charges quand l'économie du contrat se trouvait absolument bouleversée par la hausse des prix. Plusieurs compagnies gazières, en effet, à la suite de la hausse du prix du charbon, se trouvaient dans l'impossibilité de fournir le gaz aux conditions qui leur étaient imposées par leur cahier

des charges et étaient acculées à la faillite. Le Conseil d'Etat ne leur a pas imposé l'obligation de livrer tout de même quoique la ruine pût s'ensuivre pour elles, mais il a décidé qu'il fallait modifier le contrat et le mettre en accord avec les conditions nouvelles. Il a renvoyé les parties à s'entendre.

Justification
de la divergen-
ce entre les
deux jurispru-
dences.

Il faut tenir compte de la différence de situation, pour bien comprendre que cette jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas en réalité contraire à celle de la Cour de cassation. D'abord le Conseil d'Etat n'est pas lié par les articles du Code civil, il statue en matière administrative et les articles du Code civil ne sont faits que pour les rapports des particuliers entre eux. Il se garde donc bien, dans les arrêts qu'il rend, d'invoquer l'art. 1134 : les conventions sont la loi des parties. D'autre part, appelé à assurer avant tout le fonctionnement d'un service public qui ne peut pas s'arrêter, il prend la décision qui lui paraît la meilleure à cet effet. Il estime que le service public doit avant tout fonctionner et il prend les mesures pour qu'il puisse fonctionner, or si la société concédante était acculée à la faillite, le service public s'arrêterait. C'est une solution qui est inadmissible et dans l'intérêt même du service public il faut modifier le contrat.

En effet, il y a une différence profonde, considérable entre les marchés conclus entre des particuliers et les rapports qui lient le concessionnaire d'un service public et l'Administration. Dans les marchés à terme conclus entre particuliers, les deux contractants ont un intérêt opposé. Si le contrat devient onéreux pour l'une des parties, il devient avantageux pour l'autre. Plus grande est la hausse du prix des marchandises qui font l'objet du contrat, plus le vendeur a intérêt à résilier, mais plus l'acheteur a intérêt à conserver le bénéfice du contrat. Le contrat par lequel les deux parties se lient est un acte de prévoyance. C'est, peut-on dire, une garantie contre la hausse que fait l'acheteur. Contracter c'est prévoir. Le contrat, on l'a dit très exactement est une emprise sur l'avenir. Dans les concessions de services publics, au contraire, l'Administration a le même intérêt que le concessionnaire. Ils visent l'un et l'autre le même but qui est d'assurer le fonctionnement du service public. L'Administration ne spéculé pas comme le commerçant qui passe un marché à livrer, elle est l'associée du concessionnaire, non son adversaire. Dès lors quand elle contracte, elle n'a pas l'intention de s'en tenir exclusivement dans l'avenir aux conditions du cahier des charges. Son intérêt

n'est pas d'agir ainsi, car elle compromettrait, si elle le faisait, la marche du service public et c'est avant tout ce fonctionnement qu'il faut assurer. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a eu bien soin de limiter la portée de sa jurisprudence. Il ne l'applique qu'aux marchés dans lesquels l'entrepreneur ou le fournisseur collaborent aux services publics et non pas à tous les marchés passés par un particulier et l'Administration. Notamment quand le fournisseur n'est pas associé à la gestion d'un service public, alors le contrat ne crée plus entre l'Administration et le fournisseur le même rapport d'association, on retrouve l'opposition d'intérêts qui se rencontre dans le contrat de droit privé, et le Conseil d'Etat n'applique plus sa doctrine. Cette différence importante est très bien marquée dans les notes indiquées plus haut. Il convient d'ajouter que le Conseil d'Etat, dans les arrêts qu'il a rendus, n'a pas autorisé la résolution du contrat mais sa révision. Il a accordé une compensation au débiteur.

Les tribunaux français se sont donc montrés résistants à l'adoption de la théorie de l'imprévision. Ils n'ont jamais voulu l'admettre. Le législateur n'a pas agi de même et tenant compte des circonstances, des modifications qui se sont produites dans la situation économique, il a voté au cours de la guerre et depuis, un certain nombre de lois qui sont des applications de la théorie de l'imprévision. Ces lois diffèrent du texte du code polonais des obligations en ce qu'elles sont toutes des lois de caractère temporaire, des lois de crise, faites pour un état de choses déterminé. Le législateur français n'a pas encore promulgué de loi reconnaissant comme règle de notre droit civil la théorie de l'imprévision.

De ces lois, la plus connue est celle du 21 janvier 1918 qui a pris le nom du député qui en a été le promoteur, la loi Faillot. Elle vise les contrats passés avant guerre, ayant un caractère commercial pour les parties ou pour l'une d'elles seulement, et comportant soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou différées. En d'autres termes, elle vise les marchés à livrer conclus pour une certaine durée de temps, et qui sont presque toujours des contrats commerciaux ou qui du moins ont un caractère commercial de l'un des côtés. Elle a décidé que ces marchés et contrats pourraient être résolus sur la demande de l'une des parties, s'il était établi qu'à raison de l'état de guerre, l'exécution de l'obligation de l'un des contractants entraînait des charges ou lui causait un

Admission de l'imprévision dans certaines lois de circonstances en France.

4

préjudice dont l'importance dépassait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention. C'est bien l'application de la théorie de l'imprévision : modifications dans les circonstances assez graves pour rendre le contrat très onéreux pour l'une des parties, et modifications qui n'ont pas été prévues au moment de la convention. Ce n'est pas la force majeure, parce que chez nous la force majeure se présente avec un caractère restrictif : il faut que le cas de force majeure soit insurmontable et imprévisible, il faut qu'on n'ait pas pu la prévoir au moment du contrat, or les gens qui passaient des contrats en 1911, 1912, 1913 devaient prévoir qu'une guerre pouvait éclater. La guerre n'était pas un fait imprévisible au moment où ils contractaient. La guerre ne pouvait être considérée comme un cas de force majeure du moment qu'elle n'avait pas rendu impossible la livraison des marchandises dont il s'agissait. Si la marchandise avait été par exemple réquisitionnée par la force publique, alors il y aurait eu cas de force majeure.

Une seconde application a été faite dans les fameuses lois sur les baux à loyer rendues au profit des locataires. La loi de 1918, la première sur les baux à loyer, a décidé que les baux à loyer seraient sans préjudice des causes de résiliation du droit commun résiliables pour cause d'imprévision. Il y a une série de lois semblables, dont les dernières sont la loi du 8 avril 1933 qui a permis aux fermiers de demande la revision en vue d'obtenir la réduction du prix des baux conclus avant le 11 novembre 1932 en raison de la crise agricole qui sévit sur le pays, la loi du 12 juillet 1933 qui a donné aux commerçants, industriels et artisans liés par des baux antérieurs au 1er juillet 1932, le droit d'introduire une action en réduction du prix de leur loyer, à cause de la crise qui frappe le petit commerce, et qui n'avait pas été prévue, a-t-on dit au moment où les baux ont été passés. Enfin la loi réglementant le paiement du prix des fonds de commerce, loi du 29 juin 1935 D. 1935.4.316. qui autorise le juge à réduire le prix dû par les acheteurs, toujours pour la même raison. Ces lois font application de la théorie de l'imprévision, mais je le répète, ce sont des lois de circonstance. Il n'y a dans notre législation française aucun texte qui corresponde à l'article du code polonais. Il ne reste donc rien aujourd'hui chez nous de cette fameuse théorie de l'imprévision, de cette fameuse clause tacite rebus sic stantibus dont nous avons trouvé l'origine dans les œuvres des canonistes.

La théorie de la cause influence le droit canonique sur la formation de cette théorie et la règle de la résolution judiciaire des contrats bilatéraux.

La matière de la cause est une matière compliquée, c'est un terrain sur lequel ont poussé tant de controverses, qu'il n'est pas aisé de s'y aventurer. (1)

Précision du sens du mot cause.

Précisons d'abord le sens du mot de cause : Il s'agit de la cause de l'obligation ou des obligations résultant d'un contrat; le mot cause doit être entendu comme signifiant la cause finale, c'est-à-dire le but que vise celui qui s'oblige en contractant. Il faut que je vous donne une idée générale de cette notion de cause pour que vous puissiez comprendre les explications qui vont suivre.

Le but. Son importance au point de vue juridique. La cause finale élément de la volonté de celui qui s'oblige.

Le but est un élément de la volonté du contractant qui s'oblige. On peut dire que toute personne qui s'oblige, qui contracte un engagement, le fait en vue d'un but, vise à une fin déterminée; sa volonté est toujours dominée par le désir d'obtenir un résultat, d'arriver à un but. Comme l'a dit très justement Ihering dans son "Zweck im Recht", (traduction de Meulenaere, "le but dans le Droit" p. 27 :

Il faut, pour que la volonté agisse, une raison suffisante, une cause, c'est la loi universelle. Mais, dans la nature inanimée, cette cause est d'essence mécanique, causa efficiens, c'est la cause qui produit un effet; elle est psychologique lorsqu'il s'en va de la volonté; celle-ci agit en vue d'une fin, causa finalis. L'individu agit en vue d'un but auquel il veut arriver. La pierre ne tombe pas pour tomber,

(1) Sur cette matière, surtout au point de vue théorique, cf. Capitant : la cause des obligations 1923, 3ème Ed. 1927; Boyer actuellement professeur à Bordeaux "Recherches historiques sur la résolution des contrats" Thèse Bordeaux 1924; Macqueron, actuellement à l'Ecole Française de Droit du Caire, "Histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations en droit romain", Thèse, Paris 1924; Chevrier actuellement professeur à Dijon "L'histoire de la cause dans les obligations", Thèse Paris 1929, premier essai général un peu détaillé publié sur l'histoire de la cause, en France, bon livre, un peu difficile à lire parce qu'il entre dans le détail de toutes les discussions entre glossateurs, post-glossateurs et canonistes.

mais parce qu'elle doit tomber, parce que son soutien lui est enlevé. L'homme qui agit n'agit point parce que, mais afin que, c'est-à-dire en vue d'atteindre tel ou tel but; cet afin régit inéluctablement l'acte de la volonté comme le parce que détermine le mouvement de la pierre qui tombe". Un acte de la volonté sans cause finale est une impossibilité aussi absolue que le mouvement de la pierre sans cause efficiente." En d'autres termes, le but fait partie intégrante de la manifestation de volonté créatrice de l'obligation. On ne s'oblige jamais sans but; tout individu qui contracte commence par s'obliger, mais il s'oblige en vue d'une fin déterminée. Et le but varie suivant la nature de l'obligation, c'est-à-dire suivant la nature du contrat qui donne naissance à l'obligation.

La classification des contrats d'après leur but.

C'est précisément la distinction des divers buts que se proposent les contractants, qui explique la classification des contrats du droit du patrimoine en trois groupes : 1) les contrats à titre onéreux dans lesquels chacun des contractants est déterminé par son propre intérêt, c'est-à-dire par le désir d'acquiescer quelque chose en retour, en échange de ce qu'il donne, de la prestation qu'il fait; il fait une prestation en vue d'obtenir l'exécution d'une autre prestation, d'obtenir quelque chose en retour.

2°) Les libéralités, dans lesquelles le donateur ou le testateur veut simplement gratifier une personne, ou bien faire une fondation, créer une oeuvre, assurer la constitution de cette oeuvre et son fonctionnement. Dans les libéralités, le but poursuivi par le donateur, c'est donc le désir soit de gratifier une personne ou, si c'est une fondation, la création de cette oeuvre.

3° - Enfin, les contrats désintéressés qui se caractérisent par ce trait que l'un des contractants rend à l'autre un service non rémunéré, un service désintéressé. Il ne faut pas confondre les contrats à but désintéressé avec les libéralités. Exemple de contrat désintéressé : le prêteur à usage qui prête gratuitement sa chose à une autre personne en vue de lui rendre service; le prêteur d'argent qui n'exige pas d'intérêts de l'argent qu'il prête; le dépositaire qui consent à recevoir une chose en dépôt pour rendre service au déposant, c'est-à-dire gratuitement; le mandataire non salarié, la caution qui s'oblige dans l'intérêt du débiteur envers le créancier dans l'intérêt du débiteur principal et sans y avoir elle-même un intérêt personnel.

De ces trois groupes de contrats, le premier est évidemment le plus important, étant donné que

l'homme, dans ses rapports avec ses semblables, est surtout guidé par l'intérêt. Il agit habituellement poussé par son intérêt propre, il recherche un profit comme contre-partie de l'obligation qu'il assume, qu'il contracte.

Le Code civil énonce, dans l'art. 1108, les conditions essentielles pour la validité d'une convention : "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige - (c'est le fait de s'obliger) - la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation".

Il aurait fallu rapprocher la notion de cause de celle de consentement, puisque la cause finale est un élément de la volonté de celui qui s'oblige par le contrat. L'art. 1131, revenant sur la notion de cause, Section IV du même chapitre II, ajoute :

"L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet".

Cette notion de cause a toujours été discutée et rencontre encore aujourd'hui des adversaires, ceux qu'on appelle les auteurs anticausalistes, qui la suppriment purement et simplement comme étant une superfétation dont on peut se passer quand on analyse les éléments du contrat.

Quelle en est l'origine historique ? C'est un problème très délicat qui n'est pas encore bien tiré au clair. Cette notion, telle que nous la comprenons, et pour ceux qui croient à la cause, qui admettent qu'elle est un élément du contrat, comme le dit le Code civil, ne vient pas directement du droit romain. Les jurisconsultes romains ne l'ont pas dégagée nettement. Elle n'a pénétré, dans le droit romain, qu'indirectement avec la théorie de la *condictio sine causa* qui permettait à celui qui avait transmis la propriété ou s'était obligé sans cause, de se faire restituer sa prestation ou d'obtenir sa libération. Nous laisserons donc le droit romain de côté, sauf sur un point. Pour donner sur cette histoire de la cause quelques indications aussi claires que possibles, je vais diviser le sujet et parler d'abord de la cause dans les contrats unilatéraux; ensuite de la cause dans les contrats synallagmatiques, ce qui m'amènera à traiter de la résolution judiciaire des contrats.

I - La cause dans les contrats unilatéraux.

I - De la cause dans les contrats unilatéraux.

Un contrat unilatéral est un contrat dans lequel un seul des contractants s'oblige envers l'autre. C'est, dans la conception traditionnelle des contrats

Précision de
la notion
traditionnelle
du contrat nul.

réels, conception très discutable du reste, le mutuum, le gage, le dépôt. Je dis "dans la conception traditionnelle des contrats réels", c'est-à-dire dans la conception qui considère que ces contrats ne se réalisent que par la remise de la chose. D'après cette conception, il n'y a qu'un des contractants, celui qui a reçu la chose, emprunteur, dépositaire, créancier gagiste, qui s'oblige; il s'oblige à restituer la chose qui lui a été remise.

En dehors des contrats réels, le contrat unilatéral propre c'est la promesse : c'est, par exemple, la promesse de vente : Je promets de vous vendre ma maison tel prix s'il vous plaît de l'acheter; vous acceptez cette promesse, vous ne vous engagez pas à acheter ma maison, mais vous acceptez cette promesse, ce qui donne à l'opération le caractère contractuel. La promesse de vous vendre ma maison n'est pas une simple offre unilatérale, car en la faisant je m'engage à vous vendre ma maison. Voilà le cas le plus fréquent : Je vous loue pour 3, 6, 9 ans ma maison et je vous dis : "S'il vous plaît de l'acheter pendant la durée du bail, quand vous voudrez, vous aurez le droit de l'acheter pour un prix que nous fixons dès à présent. Vous prenez acte de ma promesse; vous l'acceptez de telle sorte qu'il se forme entre nous un contrat unilatéral, en ce sens que seul le promettant s'oblige. De même autres promesses : Promesse de bail ou encore, je promets de vous donner une somme d'argent; je me reconnais votre débiteur d'une somme d'argent. Voilà autant de contrats unilatéraux.

La stipulation
à Rome; son
caractère
abstrait.

À Rome, le contrat unilatéral par excellence était la stipulation. Le créancier interrogeait le débiteur : "Promets-tu de me donner telle chose"? Le débiteur répondait : "Je le promets." C'est bien le type du contrat unilatéral.

Pour bien pénétrer dans la notion de la cause, il importe de noter que ce qui caractérise ce contrat solennel du droit romain, c'est qu'il est abstrait, en ce sens que la cause pour laquelle le promettant s'oblige n'apparaît pas dans la formule; il n'est pas dit pourquoi il promet. Il s'engage donc sans indiquer la cause finale de son obligation; sa manifestation de volonté est détachée de la fin qui la détermine. C'est ce qu'on appelle un contrat abstrait.

Injustice pouvant résulter
du caractère
abstrait de
la stipulation.
Remède apporté :

C'est là le trait particulier et en même temps l'avantage que présentait la stipulation. L'engagement du promettant était valable, sans qu'il y eût à rechercher la cause qui l'avait déterminé à s'obliger. Le promettant était lié, quand même il se serait obligé sans cause ou pour une cause illicite ou sous

l'exceptio non numeratae pecuniae et la condictio. Preuve incombant au débiteur.

l'empire de la violence, du dol, de l'erreur. Gaius (Inst. IV, 116 a et 116 b) manifeste bien ce résultat et il nous dit : "Il arrive souvent que quelqu'un soit obligé jure civili, mais qu'il serait injuste de le condamner. Par exemple, si j'ai stipulé de toi une somme que je vais te prêter et que je ne la prête pas. Or, il est certain que je peux te réclamer cette somme d'argent et tu es obligé de me la donner puisque tu t'es engagé par stipulation; mais comme il serait injuste que tu sois condamné à me restituer ce que tu n'as pas reçu, tu pourras te défendre par une exception". L'équité exigeait donc que le débiteur, qui s'était engagé par voie de stipulation, fût secouru lorsqu'il s'était engagé sans cause ou sur une cause illicite ou lorsque son consentement avait été vicié. Il pouvait opposer une exception à la demande du stipulant qui voulait exiger l'exécution de l'obligation. Seulement, c'était à lui, débiteur, de faire la preuve de l'exception, c'est-à-dire du fait qu'il invoquait pour refuser de s'exécuter. D'autre part, si le promettant avait exécuté imprudemment son obligation, on lui donnait une action, une condictio incerti, pour se faire restituer ce qu'il avait versé, à la condition qu'il prouvât le fait qu'il invoquait pour se faire restituer sa prestation.

La querela non numeratae pecuniae et le renversement de la preuve; distinction entre la cautio discreta et la cautio indiscreta.

Cependant, il y a un cas, et ceci est assez intéressant et assez curieux et a amené dans notre ancien droit de longues discussions, dans lequel le droit romain a fini par admettre que la preuve du fait devait être imposée, non pas au promettant, mais au stipulant lui-même. C'est le cas où la stipulation précède un prêt d'argent; où elle a pour objet la reconnaissance d'un prêt d'argent. En cette matière, il en a été de tous temps de même et c'est ce qui fait que la conception qui considère le prêt de consommation, comme un contrat qui se forme *re*, n'est pas conforme à la réalité des choses, en cette matière, il a toujours été d'usage que le capitaliste qui prête de l'argent exige de l'emprunteur qu'il s'oblige à le restituer avant de lui verser les deniers; aujourd'hui, comme autrefois, le prêteur fait signer à l'emprunteur un acte par lequel celui-ci s'engage à lui payer un intérêt de tant pour cent et à lui rembourser la somme au terme convenu, et c'est seulement quand cet acte a été signé que le prêteur verse l'argent. De même, s'il s'agit d'un prêt sur hypothèque, le prêteur ne prête que lorsque le contrat de prêt est dressé, écrit et qu'il a pris inscription de son hypothèque. C'est ainsi que les choses se passent et c'est ce qui montre encore une fois que l'i-

dée que le contrat de prêt se forme non par la remise des deniers mais en réalité par l'engagement pris par l'emprunteur envers le créancier.

Donc, à Rome, le prêteur d'argent exigeait d'abord que son débiteur s'engageât envers lui par voie de stipulation; c'est ce que nous dit Gaius (4. §§ 116 et 119). Lorsque, vers le troisième siècle de notre ère, l'usage s'introduisit de rédiger des écrits pour constater les contrats, on prit également l'habitude, ainsi que nous l'avons dit, d'insérer dans l'écrit une clause valant stipulation : "stipulatione subnixa". C'est seulement après la signature de cet acte contenant stipulation, que le prêteur versait l'argent. Or, il pouvait arriver qu'un prêteur de mauvaise foi refusât ensuite de verser les deniers à l'emprunteur. Celui-ci devait alors opposer à l'action en restitution du créancier, l'exception non numeratae pecuniae : "Je n'ai pas reçu l'argent; l'argent ne m'a pas été livré; je ne peux donc pas le restituer". Comme la preuve eût été difficile à faire pour le débiteur, peut-être aussi parce que ces actes de mauvaise foi se reproduisaient fréquemment, des Constitutions impériales, qui remontent au III^{ème} siècle, (notamment C. 4. 30. 3) ont donné au débiteur une nouvelle arme la querela non numeratae pecuniae. Elles ont décidé, c'était un bouleversement des règles en matière de preuve, que, dans cette instance engagée par le débiteur qui prétend que l'argent ne lui a pas été versé, la charge incombait non pas à lui, demandeur, débiteur, mais au créancier lui-même qui devait établir la réalité du prêt par d'autres moyens que l'écrit qu'il avait entre les mains. Seulement la querela non numeratae pecuniae n'était donnée au débiteur que pendant un délai assez court : elle devait être intentée dans l'année qui suivait la rédaction de l'écrit; plus tard le délai fut porté à cinq ans, ce qui paraissait excessif, et ramené enfin par Justinien à deux années, toujours à compter de la rédaction de l'écrit. Cette exception aux règles de la preuve en dit long sur la mauvaise foi des prêteurs d'argent à cette époque puisqu'on leur imposa l'obligation, alors qu'ils avaient en main un écrit, constatant le prêt, de prouver, par d'autres moyens, qu'ils avaient bien versé les deniers, lorsque l'emprunteur soutenait que l'argent n'avait pas été versé. Cette réforme était considérable, elle enlevait toute efficacité à la fois à la stipulation insérée dans l'acte et à l'écrit probatoire qui la contenait.

Mais l'effet de cette réforme fut sagement limité par l'empereur Justin, prédécesseur de Justinien,

qui décida que le débiteur ne pourrait invoquer la querela non numeratae pecuniae que dans le cas où l'écrit par lequel il s'était engagé ne ferait pas mention de la numération des deniers, dans le cas où, dans l'écrit, il ne serait pas fait mention que les deniers avaient été comptés par le prêteur à l'emprunteur, donc seulement dans le cas où il ne serait rien dit dans l'écrit, où le débiteur s'engageait tout simplement à payer une somme d'argent.

✱ Les Constitutions 5 et 13, au Code, au titre de non numerata pecunia, firent une distinction qui a fait le désespoir des glossateurs : ils distinguaient suivant que la cautio. (l'acte écrit) était discreta ou indiscreta. Discreta veut dire "le cas où l'écrit fait mention de la cause", parce que discreta est un adjectif qui vient du verbe discernere; lorsque l'écrit rend compte de la cause du prêt, de la numération des deniers. Quand, au contraire, la cautio était indiscreta, c'est-à-dire ne mentionnait pas la cause de l'obligation de l'emprunteur, le créancier était obligé de prouver comment il était devenu créancier; par exemple, c'était une cautio ainsi rédigée : "Je promets de payer la somme de 100.000 frs.", sans dire pourquoi; c'est cela qu'on appelait la cautio indiscreta, c'est-à-dire celle qui ne permet pas de discerner pourquoi le débiteur a promis de payer telle somme. C'est dans ce cas, d'après la réforme apportée par Justin, que le créancier, lorsque le débiteur contestait l'existence de la dette, devait prouver la cause de l'obligation, de la promesse.

On trouve au Digeste cette décision dans un texte de Paul, (XXII, III, de probationibus, 25,4) qui a été visiblement interpolé par Justinien, car il contient les termes mêmes de la Constitution B. Sur cette Constitution, sur ce fragment de Paul, on a discuté indéfiniment en vue de préciser ce que signifiait ce mot indiscreta. Windscheid déclare que c'est un texte de mauvais aloi, qu'on ne sait comment interpréter. (§ 318, 412, note 2). Or, il convient d'observer que le texte de Paul, remanié par les Commissaires de Justinien, est plus large que la Constitution 13, car il ne vise pas seulement le prêt d'argent, le mutuum, mais il semble s'appliquer à tout écrit, à toute caution constatant l'existence d'une dette. C'est pour cela que je disais tout à l'heure qu'il s'applique à tout écrit qui serait rédigé sous cette forme : "Je promets payer telle somme, je reconnais devoir telle somme", sans dire pourquoi.

Tout naturellement, les glossateurs, en présence

de ce texte, ont discuté sans fin.

Distinction
entre l'écrit
simple
instrumentum,
mode de preuve
d'une obliga-
tion préexis-
tante, et de
l'écrit consti-
tuant une pro-
messe abstrai-
te.

Ici, pour voir un peu clair dans le sujet, il importe de faire une observation. Cette question de la validité ou de la non validité de l'écrit non causé, de la promesse abstraite de payer une somme d'argent est complexe et prête à une confusion qui se fait très souvent et que voici : En effet, elle change d'aspect, suivant qu'on considère l'écrit non causé comme un simple instrumentum destiné à constater un engagement antérieur ou comme un véritable engagement, une véritable stipulation écrite donnant naissance à une obligation. Si l'on considère l'écrit comme un simple instrumentum dressé pour constater une opération juridique antérieure par laquelle le promettant est devenu débiteur, alors la question se pose sur un autre plan que celui de la cause. Que va-t-on rechercher en effet ? On va rechercher quel est l'acte juridique antérieurement passé, qui a donné naissance à l'obligation du signataire de cet écrit ; on va rechercher quelle est la cause efficiente de son obligation, pourquoi il a signé cet écrit, c'est-à-dire quelle est l'obligation qui existait antérieurement à sa charge. Il ne s'agit plus ici de cause finale, puisque l'écrit n'est que la suite de l'obligation qui existait et dont il reconnaît l'existence. Il s'agit de cause efficiente.

Si, au contraire, nous voyons dans l'écrit un engagement nouveau, comme une stipulation, si nous le considérons, non pas comme un instrumentum, mais comme un acte constatant la naissance d'une obligation, on se demande : Pourquoi le débiteur s'oblige-t-il ? quel est le but qui le détermine à s'obliger et l'on est vraiment alors en présence de la notion de cause finale.

Voici deux exemples :

1.° - Une personne est tenue d'une simple obligation naturelle, c'est-à-dire d'une obligation dont l'exécution en justice ne peut être exigée. Par exemple, c'est un individu qui, ne voulant pas reconnaître qu'il est le père d'un enfant naturel, s'engage cependant envers la mère à payer les mois de nourrice ou à lui donner une indemnité. Le père d'un enfant naturel, en dehors des cas où la recherche de paternité est permise, n'est tenu que d'une obligation naturelle, il n'existe pas d'obligation civile à sa charge. Mais il peut transformer cette obligation naturelle en obligation civile et, précisément, il la transforme en obligation civile s'il signe un écrit en disant : "Je promets de payer à cette femme la somme de tant".

2° - Un débiteur est tenu d'une obligation et il veut la nover, la remplacer par une obligation nouvelle, sans dire quelle est la cause de la novation, pourquoi il la nove, il signe un nouveau papier: "Je promets de payer la somme de tant", mais en laissant dans l'ombre la raison qui le détermine, le but qu'il vise.

3° - Une personne veut faire une donation à une autre, mais elle tient à ne pas le dire, à la dissimuler sous l'apparence d'une dette. Par exemple, un individu veut faire une donation, un legs à sa maîtresse, mais il ne tient pas à le dire ouvertement; et à cet effet, il lui signe un billet ainsi conçu: "Je promets de payer à une telle la somme de", ou encore "je reconnais devoir la somme de tant". Il dissimule ainsi sous cette obligation, sous cet écrit qui contient une obligation, la véritable cause pour laquelle il s'engage.

Vous voyez comment, dans cette matière, il est difficile de distinguer l'écrit rédigé pour servir de preuve d'une obligation préexistante, d'une obligation civile préexistante et l'écrit rédigé pour engendrer une obligation. C'est sur ce second terrain que je me place, puisque je parle ici de cause finale.

On retrouve dans tout le Moyen âge et jusqu'à aujourd'hui dans l'interprétation de l'article 1132 du Code civil, article sur lequel on reviendra plus loin, cette confusion entre l'écrit, simple instrumentum, donc simple mode de preuve d'une obligation antérieure, et l'écrit destiné à constater la formation d'un engagement, l'écrit constituant une promesse abstraite. Ceci dit revenons à notre sujet.

La disparition de la querela non numeratae pecuniae dans notre ancien droit.

La querela non numeratae pecuniae a été définitivement abandonnée au cours de notre ancien droit; elle a fini par perdre toute application pratique et cela pour cette raison que, quand ils rédigeaient des actes, les notaires d'autrefois, les tabellions, se préoccupaient tout naturellement de donner à ces actes toute la force qu'ils pouvaient; ils avaient donc pris l'habitude (on retrouve des clauses analogues dans nos actes notariés d'aujourd'hui) de faire renoncer le débiteur qui s'engageait dans un acte dressé devant eux, à tous les moyens qu'il pourrait invoquer pour en contester la validité, et notamment à la querela non numeratae pecuniae. C'est là la raison qui a fait que cette vieille action imaginée par le Bas-Empire, a complètement disparu dans la pratique et même que certaines coutumes l'ont expressément abrogée, de telle sorte que nos anciens auteurs ont fini par admettre que celui qui s'était engagé en

vertu d'un prêt pouvait bien contester la numération des deniers, prétendre que les deniers ne lui avaient pas été prêtés, mais à charge par lui de faire la preuve. Le renversement de preuve établi par le droit du Bas-Empire fut donc définitivement abandonné.

La notion de cause chez les canonistes.
Importance de la cause par suite du caractère obligatoire du pacte nu.

Laissant ce point de côté, arrivons à l'importance que les canonistes ont attachée à la notion de cause. M. Chevrier dans sa thèse (p. 142), observe très justement que : "Pour des moralistes étrangers aux préoccupations juridiques, la question de la cause se confond avec un problème plus général, l'appréciation des actions humaines d'après leur fin. Pour les théologiens, la valeur d'un acte humain se mesure à sa cause finale. Indifférentes en elles-mêmes, la plupart de nos actions ne deviennent bonnes ou mauvaises que suivant le but que nous recherchons, la fin que nous voulons; l'intention fait le mérite ou le démérite de l'acte". Cette conception, les théologiens l'ont appliquée aux opérations juridiques, notamment aux promesses, aux vœux, aux serments, à tous les actes dans lesquels ils recherchent le fondement moral. Les théologiens, les canonistes, étaient d'autant plus portés à rechercher la cause des actes, des contrats, qu'ils admettaient, contrairement à la règle traditionnelle, que le pacte nu engendrait une obligation; ils avaient dès le XII^{ème} siècle admis qu'une action pouvait naître d'un pacte nu : *Ex nudo pactio actio oritur*. Mais il y avait là, en même temps un danger parce qu'il est à craindre que l'individu qui s'oblige par un pacte nu, sans formalités, ne s'engage imprudemment ou pour une cause illicite ou parce que sa bonne foi a été surprise par celui envers lequel il s'est engagé. De telle sorte que, par le fait même qu'ils ont admis cette règle nouvelle, les canonistes se sont préoccupés de garantir le contractant contre un engagement imprudent ou contraire à la loi. C'est pourquoi ils ont introduit dans la notion de pacte, l'élément de cause, c'est-à-dire qu'ils se sont préoccupés de la fin qui détermine le promettant à s'engager.

J'ai déjà dit, à propos du serment provisoire, que l'Eglise relevait le débiteur de son serment, lorsque l'obligation par lui contractée était contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, c'est-à-dire lorsque la promesse qu'il avait faite sous serment n'avait pas de cause licite. Les canonistes ont appliqué la même règle au simple pacte, c'est-à-dire à l'engagement sans serment; il leur a paru qu'il était nécessaire, en même temps qu'ils créaient cette règle nouvelle, d'en limiter la portée, afin que le promet-

tant ne fût pas engagé d'une façon contraire à l'équité.

Un des canonistes qui a eu le plus d'influence sur la formation de la doctrine de l'Eglise, Hostiensis, exprime, au XIII^{ème} siècle, cette idée de façon saisissante quand il dit : Peu importe qu'un pacte ne soit pas accompagné de la clause stipulatoire, peu importe qu'il soit nu, nudum a solemnitate, c'est-à-dire dépouillé de toute solennité, il est valable pourvu qu'il ne soit pas nudum a causa, c'est-à-dire pourvu que l'engagement pris ait une cause licite.

Adoption par les civilistes de la notion canonique. Les discussions sur le billet non causé.

Cette doctrine des canonistes est à l'origine de la notion de cause finale qui a été ensuite adoptée par les civilistes et est passée dans notre Code civil. Les civilistes ont donc suivi, sur ce point, la conception canonique et distingué, dans un engagement, le cas où l'engagement est sans cause et celui où il a une cause. Ils ont discuté, comme l'avaient fait les glossateurs et comme on discute encore aujourd'hui sur le billet non causé, sur le billet qui se présente avec un caractère abstrait : "Je promets payer telle somme, je m'engage à payer telle somme, je reconnais devoir telle somme". Et ils se demandent si un billet comme celui-là est valable ou nul. Et pourquoi se demandent-ils s'il est nul ? Précisément parce qu'on n'y voit pas la cause de celui qui s'oblige.

Un des praticiens de notre ancien droit, Boiceau, qui a écrit, au XVI^{ème} siècle, un traité de la preuve (1599) qui a joui d'une grande réputation dans notre ancien droit, s'exprime comme suit à ce sujet, 2^{ème} partie, chapitre III, N^o I : "J'ai souvent vu alléguer en justice par forme d'exception que ces promesses non causées, ces promesses abstraites étaient nulles parce qu'elles n'étaient point causées. Et, sur ce fondement, on prenait des lettres de rescision pour les faire déclarer nulles comme faites sans cause et n'ayant même pas dû être faites".

Le créancier devait alors prouver la cause de sa promesse si l'engagement était nul; c'était alors au créancier à dire : "Voilà pourquoi je suis créancier"; on revenait, en quelque sorte à la règle romaine. De même, celui qui a payé une somme en vertu d'une cédula non causée, peut la répéter comme l'ayant payée indûment. Ainsi, pour Boiceau, l'engagement non causé, l'engagement abstrait est nul précisément parce qu'on n'en voit pas la cause, parce que la cause n'y est pas indiquée.

Néanmoins, la pratique n'a pas suivi cette règle et on peut constater que la jurisprudence de nos anciens Parlements, confirmait assez volontiers les

promesses non causées et laissait alors au débiteur le soin d'établir que, en réalité, la dette dont il avait reconnu l'existence, n'existait pas, ou avait une cause contraire à la loi.

Cette question de la promesse non causée n'a pas cessé d'être discutée de nos jours. Le Code civil contient un article 1132 qui est rédigé en ces termes : "La convention n'est pas moins valable quoi que la cause n'en soit pas exprimée".

L'art. 1132
C.C. - Son
sens véritable.

Les commentateurs discutent sur la signification de ce texte et on voit reparaître ici la vieille confusion entre l'écrit considéré comme un instrumentum et l'écrit considéré comme une véritable promesse engendrant une obligation. La plupart des commentateurs expliquent cet article 1132 en disant : En parlant de convention, l'art. 1132 vise tout simplement un écrit probatoire et l'article signifie que lorsqu'un débiteur, obligé en vertu d'une dette antérieure, reconnaît l'existence de cette dette par écrit sans dire quelle en est la cause, cet écrit, bien que n'indiquant pas l'existence de l'obligation. Ainsi, d'après cette opinion, l'article 1132 viserait non pas la promesse non causée, c'est-à-dire l'engagement abstrait, mais simplement l'acte écrit rédigé pour constater, sans faire mention, l'existence d'une obligation préexistante.

XI
Or, à nos yeux, cette interprétation de l'article 1132 est contraire à toute l'histoire. L'article 1132, à notre avis, et de l'avis de deux des plus grands commentateurs du Code civil, Aubry et Rau, vise bien la promesse abstraite, c'est-à-dire l'acte rédigé pour constater la naissance d'une obligation à la charge du débiteur. L'article 1132 signifie que la promesse abstraite constatée par écrit est valable. Voilà ce que signifie l'article 1132. (Voir pour plus de détails Aubry et Rau et H. Capitant soit dans son livre sur la cause, soit dans le traité de droit civil de Colinet Capitant.) Ce qui prouve que l'article 1132 vise l'engagement lui-même et non l'acte instrumentaire c'est que, s'il visait simplement l'instrumentum destiné à constater l'existence d'une dette antérieure, le créancier ne pourrait pas se contenter de cet écrit, et serait, d'après la règle de la preuve, obligé de prouver l'obligation antérieurement contractée à son égard, parce que tout demandeur en justice, doit faire la preuve du fait juridique qu'il invoque, du fait juridique qui l'a rendu créancier. Or, tous les auteurs sont obligés de reconnaître que le billet non causé fait preuve complète de l'obligation qu'il constate et que c'est au débiteur qu'il

incombe de démontrer que sa dette n'existe pas ou a une cause illicite. Sinon il faudrait admettre que l'article 1132, par une dérogation qui ne se comprendrait pas, fait exception à la règle que le créancier est toujours obligé de prouver le fait juridique en vertu duquel le droit qu'il invoque est né.

II - Le droit canonique et la notion de cause dans les contrats synallagmatiques.

La cause dans les contrats synallagmatiques et la résolution pour inexécution des obligations d'une des parties. (1)

Quelques mots d'explication d'abord sur la cause des obligations nées des contrats synallagmatiques pour en comprendre l'historique.

Observation
sur le terme
contrat synal-
lagmatique.

Le contrat synallagmatique ou bilatéral, c'est le contrat dans lequel chacun des contractants contracte une obligation comme contre-partie de celle qui lui est promise. L'art. 1102 nous dit :

"Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres".

Le mot synallagmatique vient du grec sunallagma comme nous le dit Ulpien D.50.16.19 : contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant. Cette épithète synallagmatique fait du reste un pléonasma avec le mot contrat parce qu'en grec, sunallagma signifiait déjà contrat, accord, union, de telle sorte que dire "contrat synallagmatique" c'est dire contrat contractuel, c'est répéter deux fois le mot contrat. C'est pourquoi on désigne ces contrats d'une façon plus exacte en disant : les contrats bilatéraux. Les Romains marquaient bien ce caractère bilatéral dans la dénomination qu'ils donnaient aux principaux de ces contrats, puisqu'ils appelaient la vente emptio venditio, l'achat-vente; le louage, locatio-conductio qui revient à dire : donner et prendre à bail.

La cause dans
le contrat
synallagmati-
que.

Quelle est, dans les contrats synallagmatiques ou bilatéraux la cause de l'obligation de chacune des parties ?

(1) Sur ce sujet, cf. Naz : Essai sur l'histoire de la résolution de la vente; Thèse Paris 1870; - Cassin : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, Thèse Paris 1914; - Boyer, op. cit. - H. Capitant, la cause des obligations.

Par exemple, quelle est la cause de l'obligation du vendeur et celle de l'obligation de l'acheteur ? Les auteurs se contentent d'ordinaire d'une analyse imparfaite de la notion de cause et répondent que l'obligation du vendeur a pour cause l'obligation que contracte l'acheteur et que l'obligation de l'acheteur a pour cause l'obligation qu'assume le vendeur. Mais cette explication manque de substance et ne présente qu'une vue incomplète de l'opération contractuelle; elle revient simplement à constater que chaque partie s'oblige parce que l'autre s'oblige également, ce qui revient à dire que le vendeur s'oblige parce que l'acheteur s'oblige et réciproquement, affirmation qui ne nous apprend rien qui ne soit déjà contenu dans la notion d'accord des volontés et de consentement réciproque des parties.

Quelques interprètes, poussant l'analyse un peu plus loin, font observer que la cause de l'obligation du contractant, c'est l'objet de l'obligation de l'autre, c'est-à-dire que la cause de l'obligation du vendeur c'est le prix que promet l'acheteur et la cause de l'obligation de l'acheteur, c'est la chose vendue. Mais eux aussi s'arrêtent à mi-chemin; leur analyse est encore incomplète et prête à cette objection qu'on n'a pas manqué de faire, que la cause, ainsi comprise, se confond avec l'objet et qu'au fond, cette notion de cause est une notion superfétatoire parce qu'elle consiste uniquement à considérer l'objet d'un point de vue spécial. On n'ajoute en effet rien aux éléments de la vente quand on dit : la cause de l'obligation, c'est l'objet de l'autre, on n'ajoute rien à cette idée que, dans le contrat de vente, il y a l'accord des volontés puis un double objet : la chose vendue et le prix payé.

C'est bien ce qui fait que les adversaires de la cause, notamment Laurent, dans son grand traité de droit civil, (tome 18, N°III), a pu soutenir que la cause ne servait à rien et qu'un contrat est complet du moment qu'il réunit les trois premières conditions énoncées dans l'article 1108 : le consentement, la capacité, l'objet. Cela tient à ce que ces explications sur la cause sont incomplètes et insuffisantes et n'en donnent pas une notion exacte.

Tout au contraire devient clair lorsqu'on identifie bien la notion de cause et celle de but visé par les contractants.

Quel est dans le contrat de vente le but visé par le vendeur ? Ce n'est pas, évidemment, le seul fait que l'acheteur s'oblige envers lui; c'est sa volonté d'obtenir l'exécution, c'est-à-dire de tou-

La cause et le but visé par les contractants. La cause de l'obligation de l'une des

parties est l'exécution de l'obligation assumée par l'autre partie.

cher le prix qui lui est promis; ce qui le détermine à vendre, c'est la certitude que le prix lui sera payé. De même, du côté de l'acheteur, ce qui le détermine à acheter, à payer le prix, c'est qu'il veut acquérir la propriété paisible et utile de la chose que le vendeur consent à lui vendre.

Il faut donc dire que, dans les contrats synallagmatiques, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation que l'autre lui promet.

Au surplus, on trouve l'idée déjà bien énoncée dans une explication qu'a donnée Portalis, lors de la discussion du titre de la vente, alors qu'on se demandait si on accepterait, dans la vente d'immeubles, la rescision pour cause de lésion de plus des 7/12. Portalis (Fenet tome 14, pp. 40 et ss. et pp. 127 et ss.) disait :

"Il est avoué que le contrat de vente est un contrat commutatif, c'est-à-dire où chaque partie ne donne que pour recevoir l'équivalent ou, si l'on veut un prix proportionnel à la valeur de la chose dont il se dessaisit. Ainsi, d'abord est-il dans l'essence du contrat, qu'il soit rescindé quand l'équivalent de la chose n'a pas été fourni". Puis il ajoute :

"Une autre maxime, non moins certaine dans le droit, est qu'il n'y a pas d'obligation sans cause. Dans les contrats intéressés, la cause est l'intérêt, c'est-à-dire l'avantage que les parties trouvent à les faire. Dans la vente, cet intérêt est, pour le vendeur, d'avoir le prix représentant la chose plutôt que la chose elle-même puisqu'il consent à se dépouiller de la chose; pour l'acheteur, d'avoir la chose plutôt que la somme d'argent qui en représente la valeur".

Voilà bien l'idée claire et précise de ce qu'est, à mon avis, la cause de l'obligation de chaque partie, de chaque contractant dans les contrats bilatéraux.

Labbé, qui a été un très grand Maître de la Faculté, à la fois un romaniste et un civiliste d'esprit très affiné, qui a été le créateur des notes de jurisprudence au Sirey, Labbé dans ses : "Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose", s'exprime comme suit (pag 118, N° 101):

"Dans les contrats consensuels (il parle du droit romain) le consentement, un consentement qui porte sur un objet réel et licite, un consentement donné sur les éléments du contrat est la cause efficiente et génératrice des obligations, mais non pas leur cause en prenant ce mot dans le sens de but.

Considérons la vente. Les obligations des parties, d'après la nature du contrat et l'intention des contractants, les obligations qui naissent sont unies entre elles par une réciprocité essentielle, elles naissent ensemble. Est-ce à dire que l'obligation d'une partie ait pour cause l'obligation de l'autre ? Pour condition d'existence ? Oui, mais pour cause impulsive, pour cause finale, non. L'affirmer, ce serait méconnaître le but que les parties se sont proposé : L'acheteur s'oblige à payer un prix pour avoir en sa possession ou dans son domaine la chose par lui achetée; le vendeur s'engage à procurer la chose avec toute son utilité pour avoir le prix".

Cette phrase surtout nous intéresse parce qu'elle vient à l'appui de l'analyse que j'ai donnée moi-même de la notion de cause dans les contrats synallagmatiques.

Enfin, la jurisprudence moderne a repris la même idée et je pourrais vous citer de nombreuses décisions; bornons-nous à un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1921 (D. 1925. I. 114) dans lequel on lit l'attendu suivant :

"Dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie".

"A pour cause", non plus l'obligation d'une partie, comme disaient imprudemment et inconsiderément les auteurs, mais a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie.

Ainsi entendue, la cause joue dans les contrats synallagmatiques un rôle très important : Elle doit non seulement exister au moment de la conclusion du contrat : On ne comprendrait pas qu'elle n'existât pas, il n'y a pas de contrat synallagmatique sans que la cause n'apparaisse nécessairement au moment de sa formation. Mais comme la cause est le soutien de chacune des parties, cette cause doit subsister tant que ces obligations n'ont pas été exécutées. L'obligation de chacun des contractants dans ces contrats a pour base, pour support, la cause qui en a justifié sa naissance. Il en résulte que, si cette cause vient à tomber, à disparaître, l'obligation doit disparaître aussi, et par suite le contrat perd sa raison d'être.

De cette analyse de la cause découlent plusieurs conséquences :

1° - La première, c'est l'explication de l'exceptio non adimpleti contractus c'est-à-dire de l'exception en vertu de laquelle l'un des contractants peut se refuser à exécuter son obligation tant que l'autre ne consent pas à exécuter la sienne; excep-

De l'existence de la cause au moment de la conclusion du contrat et pendant toute sa durée.

Conséquences de la notion de cause :
1°) L'exceptio non adimpleti contractus.
Application

qu'on en rencontre dans le Code.

tion que l'on appelle aussi quelquefois, par suite de l'explication qui en a été donnée par les auteurs allemands, l'exception de l'exécution trait pour trait.

L'existence dans notre Droit de l'exception non adimpleti contractus est certaine, bien qu'il n'y ait pas, dans le Code civil français, de texte qui la formule. On en trouve diverses applications, notamment à propos de la vente dans les art. 1612 et 1613.

Article 1612 :

"Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement".

Nous appelons cela, en droit français, le droit de rétention du vendeur sur la chose vendue; c'est en réalité une application de l'exception non adimpleti contractus.

De même l'art. 1613 nous dit, toujours à propos du vendeur :

"Le vendeur ne sera pas non plus obligé à la délivrance quand même il aura accordé un délai pour le paiement si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme". Le vendeur, même quand il a donné un terme pour le paiement du prix, peut donc encore refuser la délivrance si, par suite des circonstances, l'acheteur se trouve dans une mauvaise posture économique et s'il y a lieu de craindre qu'il ne tombe en déconfiture ou en faillite; ici encore, redoutant l'inexécution de l'obligation contractée envers lui, c'est-à-dire le non-paiement du prix, le vendeur peut conserver, retenir la chose.

On trouve d'autres applications de cette exception non adimpleti contractus au titre de la vente, notamment l'art. 1651 à propos de l'acheteur. "S'il n'a rien été réglé à cet égard, en ce qui concerne le paiement du prix, principale obligation de l'acheteur lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance". On rencontre à propos de l'échange qui est réglé par les dispositions concernant la vente, une autre application encore de cette exception, dans l'article 1704 :

"Si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre

Explication
de cette
exception
par la notion
de cause.

celle qu'il a reçue".

Sur le fondement de cette exception non adimpleti contractus on a discuté.

Certains auteurs se contentent de dire, par une analyse incomplète et insuffisante, qu'elle est fondée sur l'équité. Explication insuffisante parce que cette notion d'équité on l'invoque trop souvent lorsqu'on ne sait pas à quelle autre faire appel et parce que après tout on peut dire que la notion d'équité est comme une atmosphère générale dans laquelle baigne tout le droit. La véritable explication de cette exception, on la trouve dans la notion de cause. L'un des contractants ne veut pas exécuter son obligation s'il ne reçoit pas la prestation qui lui a été promise parce qu'il craint que la cause de son obligation ne s'évanouisse s'il livre sans rien recevoir ou s'il livre sans recevoir la contre-partie qui était le but qu'il visait.

Telle est bien l'explication que donne Domat dans un passage des lois civiles où il nous dit :

"Dans toute convention synallagmatique l'engagement de l'un étant fondement de celui de l'autre - (Domat s'en tient ici à l'analyse incomplète que je combattais tout à l'heure), - le premier effet de la convention est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement en exécutant le sien de sa part".

L'exception non adimpleti contractus est donc la suite naturelle et normale de la notion de cause et, ici encore, la jurisprudence a, dans bien des arrêts, justifié cette exception par cette idée notamment dans deux arrêts, l'un de la Chambre civile 5 mars 1894 (D. 1894.I.508), et l'autre de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 20 avril 1921 (D. 1922.I. 104).

2°) La résolution
du contrat.

2° - La deuxième conséquence de la notion de cause dans les contrats synallagmatiques est la suivante : Lorsqu'un des contractants est empêché d'exécuter son obligation par un événement indépendant de sa volonté, l'autre partie se trouve par là libérée de son obligation.

Libération respective de
chaque partie
quand l'autre
ne peut exécuter son obligation
par suite d'un cas
fortuit ou de

Je prends, tout d'abord, vous le voyez, le cas où l'un des contractants se trouve empêché d'exécuter son obligation par un événement de force majeure ou par un cas fortuit, (les deux expressions comme synonymes en droit français). Dans ce cas, que devient l'obligation de l'autre partie ? L'autre partie est dispensée d'exécuter la sienne, elle est libérée parce que son obligation n'a plus de cause.

Demolombe, l'un des grands commentateurs du

Force majeure.

Code civil dans son *Traité des obligations* (Tome 25, N° 2 427), dit très justement :

"L'obligation de l'autre partie cesse très justement d'avoir une cause du moment que la prestation sur laquelle elle comptait ne peut pas être exécutée."

Applications
de cette idée
dans le C.C.
en matière
de louage.

Nous trouvons du reste des applications de cette règle dans le Code civil : d'abord en matière de louage (nous verrons tout à l'heure pourquoi nous ne prenons pas la vente comme exemple). Dans le louage, ces applications sont tellement simples qu'elles sautent aux yeux. L'art. 1722 nous dit :

"Si, dans la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit". Cela va de soi, le locataire ne peut pas continuer à payer le loyer convenu s'il est privé, par suite d'un cas fortuit, de la jouissance de la chose donnée.

"Si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail".

Voici encore une autre application, toujours dans le même titre du louage, art. 1741 :

"Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs obligations".

Je prends ces applications dans le louage et non dans la vente parce que pour la vente il y a une règle différente qui trouble les esprits et que je ne fais que signaler ici. En effet, si l'objet vendu vient à périr par cas fortuit entre les mains du vendeur, c'est-à-dire avant qu'il ne l'ait livrée à l'acheteur, ce dernier doit néanmoins payer le prix. Cela résulte de l'art. 1138 du Code civil ainsi rédigé : "L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite". Cela peut paraître tout d'abord en opposition avec la règle ci-dessus énoncée que la chose périssant par cas fortuit entre les mains du vendeur, l'acheteur devrait être délivré de son obligation de payer le prix puisqu'il ne reçoit pas la chose vendue.

→ Cette solution nous vient des Institutes de Justinien, III. 23-3 : "Periculum rei venditae ademptorem pertinet, tametsi : adhuc ea res emptori tradita non sit". Elle s'accordait mal avec les principes du Droit romain en matière de transfert de propriété. En effet, la vente romaine ne transférait pas la propriété de plein droit : l'acheteur ne devenait propriétaire qu'autant que la tradition de la chose lui

avait été faite et qu'il avait payé le prix. Aussi les interprètes se sont-ils évertués à en chercher une explication, sans en trouver une qui soit vraiment décisive. En droit français, elle se justifie mieux, parce que la vente transfère de plein droit la propriété de la chose, au moment même où elle est conclue, pourvu, bien entendu, qu'elle ait pour objet un corps certain. De telle sorte qu'aujourd'hui on peut dire : res perit domino. Le point de vue est donc différent de celui des jurisconsultes romains. Et ainsi l'on voit que la solution énoncée dans l'article 1138, C. civ., n'est pas en désaccord avec la règle ci-dessus énoncée d'après laquelle l'impossibilité d'exécuter résultant d'un cas fortuit ou de force majeure entraîne la résolution du contrat synallagmatique.

Inexécution
tenant à la
faute du débi-
teur : possi-
bilité pour
l'autre partie
de poursuivre
l'exécution
ou de deman-
der la résolu-
tion.

3° - Voici maintenant une troisième conséquence : Lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation parce qu'elle a commis une faute, lorsque l'inexécution de l'obligation de l'une des parties est imputable à sa faute, notre Code civil dans l'art. 1184 donne à l'autre contractant une option; il peut, ou demander l'exécution forcée de l'obligation, c'est-à-dire poursuivre l'autre partie en exécution forcée, ou bien, s'il le préfère, demander au juge la résolution du contrat : "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement."

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

"La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

C'est d'ailleurs ce second parti que prend le plus souvent le contractant, parce que, plutôt que de poursuivre en justice l'exécution forcée, avec tous ses frais, il préfère reprendre sa liberté et rompre le contrat.

L'art. 1184
et la notion
de cause. Rôle
du juge auquel
il demande la
résolution.

Or, l'article 1184 s'explique, lui aussi, par la notion de cause. Au surplus, dans la conception du Code civil et dans la conception historique, le juge devant lequel la question est portée, n'est pas tenu de prononcer la résolution du contrat, il apprécie quelle est l'importance de l'obligation qui n'a pas été exécutée; car vous comprenez que, dans un

contrat, il n'y a pas qu'une seule obligation ou l'obligation n'est pas toujours inexécutée pour la totalité. Le juge apprécie quelle est l'importance de la non-exécution de l'obligation qui pesait sur l'un des contractants et, s'il estime que cette non-exécution est de telle importance qu'elle détruise pour l'autre l'intérêt qu'il avait à contracter, c'est-à-dire qu'elle empêche qu'il ne puisse atteindre le but visé, il prononcera la résolution du contrat, mais il est libre de la prononcer ou non, il a un pouvoir souverain, il ne dépend pas du demandeur d'exiger la résolution du contrat, c'est le juge qui estime et qui décide dans son plein pouvoir s'il doit ou non résoudre le contrat.

Histoire de la
résolution
dans l'ancien
droit.

Ces quelques notions sur les effets de la cause étaient nécessaires pour bien comprendre la naissance de cette action en résolution dans le droit canonique. J'arrive donc à l'étude de l'histoire de la résolution, de l'action résolutoire dans notre ancien droit français, et, en particulier dans le droit canonique qui en a été le point de départ.

Absence de
l'idée de con-
nexité des
obligations et
de l'action en
résolution en
Droit romain.

Les jurisconsultes romains n'ont jamais eu la claire vision du lien de connexité qui unit les obligations des contractants dans les contrats synallagmatiques. Pour eux, une fois le contrat né, les obligations des deux parties, du vendeur et de l'acheteur, pour prendre la vente comme type de contrat consensuel, sont indépendantes les unes des autres. Ainsi notamment, ils admettaient, ainsi qu'il a été dit plus haut, que si la chose vendue vient à périr par cas fortuit entre les mains du vendeur, la perte est pour l'acheteur. Or, en droit romain, à la différence de ce qui se passe de nos jours, la vente ne suffisait pas pour transférer la propriété, la propriété n'était transférée que par la livraison de la chose et par le paiement du prix. § 41, T. II, I. Malgré cela, les Romains décidaient que si la chose venait à périr entre les mains du vendeur, qui en était propriétaire, l'acheteur n'en était pas moins tenu de payer le prix. Ceci montre bien qu'ils ne voyaient pas le lien de connexité, l'union qui existe entre les obligations engendrées par le contrat et ne comprenaient pas que la cause de chaque obligation est l'exécution de la prestation promise comme contrepartie. De même, les Romains n'admettaient pas que, lorsqu'un des contractants n'exécutait pas son obligation, lorsqu'il était en faute d'exécuter son obligation, l'autre pût demander la résolution du contrat, ils n'admettaient pas la résolution du contrat, en particulier en matière de vente.

dans les con-
trats innomés

Cette résolution n'est apparue chez eux que dans la construction qu'ils ont faite au sujet des contrats innomés, et c'est dans les textes relatifs aux contrats innomés que l'on trouve la première application de l'action résolutoire en matière de contrat synallagmatique. Ces contrats innomés ne se formaient que quand l'une des parties avait exécuté son obligation. Or, à l'origine, lorsque l'un des contractants avait accompli sa prestation, il ne pouvait pas exiger de l'autre la contre-prestation qui lui avait été promise, le prêteur lui donnait simplement une action, une *condictio* pour se faire restituer la chose qu'il avait livrée, la *condictio sine causa*. Plus tard, lorsque les contrats innomés ont été reconnus comme de véritables contrats, lorsqu'on a donné à celui qui avait exécuté son obligation une action dite action de *praescriptis verbis* pour contraindre l'autre à exécuter lui-même, l'ancienne action en restitution est demeurée à côté de l'action *praescriptis verbis*, de telle sorte que celui qui avait exécuté le contrat avait le choix entre deux actions : il pouvait, soit exiger l'exécution de la prestation qui lui avait été promise, soit demander la répétition de ce qu'il avait livré, mais seulement dans le cas où l'inexécution de l'autre partie provenait de sa faute.

Utilisation de
ce précédent
par les cano-
nistes. La règle non servan-
ti fidem fides
non est servan-
da. Ses consé-
quences au
point de vue
des contrats
synallagmati-
ques.
Comparaison
avec l'art.
1134.

C'est de ces textes que les canonistes ont tiré la notion de résolution des contrats pour inexécution de l'obligation de l'une des parties. Les canonistes ont observé que l'accord des volontés, le contrat, n'a de valeur qu'autant qu'il doit conduire les parties au but qu'elles se sont proposé; ils ont fait de la cause le substitut de la forme, elle est devenue pour eux le soutien de l'accord des volontés, et spécialement dans les contrats synallagmatiques, ils ont considéré que, quand deux contractants s'obligent réciproquement à accomplir une prestation, si l'un d'eux ne tient pas sa promesse, l'autre peut, au lieu de le poursuivre, demander au tribunal ecclésiastique de le relever de son engagement, c'est-à-dire de prononcer l'anéantissement du contrat. Cette règle, ils l'ont formulée dès le XII^{ème} siècle; on la trouve chez Hostiensis au XIII^{ème} siècle et également énoncée au Décret de Gratien, X, II.24 de *jurejurando*, N^o 3, dans une formule bien connue et que tous les civilistes reproduiront plus tard: *Non servanti fidem fides non est servanda* : A celui qui ne tient pas la foi qu'il a promise, la foi ne doit pas être conservée à son égard. *Frangenti fidem non servatur eidem* : contre celui qui rompt la foi, que la foi soit également rompue.

Cette proposition qui fut adoptée très vite par la papauté et qui joua un rôle considérable dans la conception des canonistes et dans leurs rapports d'ordre religieux d'ordre spirituel, contenait en germe toute la théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques. Elle entraînait d'abord comme conséquence le droit pour le contractant de refuser l'exécution de sa prestation quand l'autre n'exécutait pas la sienne, c'est-à-dire qu'elle entraînait comme conséquence l'exceptio non adimpleti contractus dont on trouve précisément l'origine dans les écrits des canonistes et, ensuite elle comportait le droit, pour le contractant, de demander la résolution du contrat quand l'autre refusait d'exécuter la sienne ou ne pouvait plus l'exécuter. Cette théorie canoniste fondée sur cet adage non servanti fidem non est fides servanda, présente de nombreuses ressemblances avec notre résolution judiciaire du contrat, avec notre article 1184 du Code civil. Elle est d'abord, elle aussi, devenue de nature strictement contractuelle, elle ne s'appliquait qu'en matière de contrat; d'autre part, elle était entendue comme une condition tacite insérée dans le contrat : "Je m'engage, mais à condition que tu exécuteras ce que tu m'as promis; je promets, mais c'est à condition que tu exécuteras ce que tu me promets de ton côté". Elle est conçue comme une condition tacite insérée dans le contrat; elle peut être invoquée, non seulement lorsque l'inexécution provient d'un cas fortuit, mais même lorsqu'elle provient de la faute du contractant, même quand elle est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure. Il semble bien qu'à partir du XIX^{ème} siècle la résolution de l'engagement contractuel ne pouvait être obtenue qu'à condition de s'adresser à la justice. Sur ce point, cependant, il y a quelques doutes (cf. Boyer op. cit.)

Lenteur de la
pénétration de
l'action réso-
lutoire dans
le contrat de
vente.
Influence de
Dumoulin.

Pourtant, cette théorie de la résolution des contrats pour non-exécution de l'obligation de la part d'une des parties, les canonistes n'ont pas osé l'étendre aux contrats consensuels par excellence; ils n'ont pas osé l'appliquer au contrat de vente parce qu'ici ils se trouvaient en présence des textes du droit romain qui disaient expressément le contraire, qui ne permettaient pas de demander la résolution de la vente pour inexécution de l'obligation de l'autre partie. C'est seulement plus tard que l'action résolutoire a fini par pénétrer dans le contrat de vente.

Elle y a été admise au XVI^{ème} siècle seulement. C'est notre grand civiliste Dumoulin qui le premier

lui a fait accueil; c'est lui qui, le premier, a combattu la tradition romaine sur ce point et a proposé d'appliquer à la vente la résolution pour défaut d'exécution des obligations des autres parties. Il a combattu la solution adoptée par le droit romain, d'abord dans certains cas particuliers, en donnant à certains textes du Digest, une interprétation toute particulière; spécialement il expose sa thèse à propos d'une loi qui est au code (3,32, 12) et qui refuse l'action en résolution au vendeur d'un esclave non payé du prix : On voit bien qu'ici les Romains n'admettaient pas la résolution pour inexécution de l'obligation de l'autre partie. Dumoulin dit :

"Il faut interpréter restrictivement ce texte et non pas, comme on l'a fait, en généraliser la solution".

Il imagine alors une distinction subtile. D'après lui, on doit distinguer entre le cas où le vendeur n'a d'intérêt qu'à recevoir le prix, c'est-à-dire l'équivalent de sa chose, cas dans lequel il ne peut pas agir en résolution; et le cas où il a vendu en vue d'une fin particulière, d'un emploi spécial qu'il voulait faire du prix; par exemple, c'est pour racheter la maison paternelle qu'il aliénait un fonds rural; dans ce cas, ayant perdu, faute de paiement du prix, l'espoir de retrouver la maison paternelle, le vendeur ne sera pas tenu de poursuivre le paiement du prix, mais il pourra agir en répétition du fonds vendu afin qu'il ne soit pas privé à la fois du fonds et du prix par la fraude ou la faute de l'acheteur. Or, quel argument invoque-t-il ? Précisément l'argument des canonistes : "Envers celui qui n'observe pas la foi, on n'est pas tenu de respecter la sienne". C'est donc, par une distinction subtile, qui ressemble à un véritable *distinguo*, que Dumoulin a introduit la notion d'action résolutoire dans le contrat de vente pour inexécution de l'une des parties des obligations de l'une des parties.

La jurisprudence, étant donnée l'autorité considérable qui s'est attachée aux travaux de Dumoulin, l'influence énorme qu'il a exercée sur les civilistes de son époque et sur la pratique, s'est emparée de cette conception nouvelle; appliquée dans un esprit d'équité, à maintes reprises dans ses arrêts, elle s'est introduite dans le domaine juridique et au XVIII^{ème} siècle elle est couramment admise.

Domat, qui est l'auteur auquel il faut recourir pour toutes ces notions de cause et de résolution parce que c'est lui, le premier qui les a clairement exposées (on sent qu'à l'époque où il écrit, tout

La résolution dans la vente chez Domat et chez Pothier.

cela est déjà bien établi), Domat nous dit dans ses "lois civiles", au contrat de vente, section 2, N°19:

"Outre les dommages-intérêts causés par le défaut de la délivrance, c'est encore une peine du vendeur qui manque de délivrer, que la vente soit résolue s'il y a lieu. Comme, par exemple, si celui qui devait livrer une marchandise au jour de l'embarquement ou à un jour de foire, n'y satisfait pas, il sera obligé de reprendre sa marchandise si l'acheteur le veut et de rendre le prix s'il l'avait reçu; il sera tenu, de plus, des dommages-intérêts pour n'avoir pas fait la délivrance au jour et au lieu". Voilà, accordé à l'acheteur, le droit de demander la résolution du contrat lorsque le vendeur ne lui livre pas la chose au temps convenu. Domat applique bien entendu la même règle au vendeur lorsque l'acheteur ne paie pas le prix. Ce qu'il y a d'intéressant à constater c'est que Domat donne au magistrat, au juge, un pouvoir souverain d'appréciation : la vente sera résolue, dit-il, selon les circonstances, c'est-à-dire suivant que les juges estimeront qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu de prononcer la résolution.

Au siècle suivant, au XVIIIème, Pothier ne raisonne pas autrement : Après avoir déclaré que le défaut de paiement du prix permet au vendeur de demander la résolution du contrat, quoiqu'il n'y ait pas de clause résolutoire insérée dans l'acte, il élargit la question et il nous dit : à l'égard de toutes les autres obligations, soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat; elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela.

En résumé, l'origine de l'action résolutoire qui est aujourd'hui la règle consacrée par notre Code civil dans l'article 1184, se retrouve dans le droit canonique.

Quelques mots à ajouter à titre d'appendice à l'étude que nous avons faite concernant les canonistes sur la notion de contrat social. Les théologiens ont également exercé une influence, celle-là indirecte, sur le droit des contrats, en ce qu'ils ont remis en honneur une vieille idée empruntée par Aristote dans sa Politique (L. I, ch. I §§ 1, 9 et 10) et à la République de Platon (L. 2.p. 79, de l'édition Piker) idée d'après laquelle la société humaine a son origine dans un contrat que les hommes passent entre eux en vue de se grouper et de s'unir. Cette idée a séduit les canonistes. Elle a été déve-

La notion de Contrat Social chez les théologiens; son développement chez les auteurs de l'Ecole du droit naturel et chez J.J. Rousseau.

loppée par le grand docteur de l'Eglise, Saint Thomas d'Aquin et par ses successeurs, notamment par Suarez, jésuite espagnol qui a vécu de 1548 à 1617 et dont les ouvrages sont un des meilleurs commentaires de la doctrine de Saint Thomas d'Aquin. La société, disent-ils, ne se forme pas de plein droit. Elle exige le consentement de ses premiers membres; elle suppose un véritable contrat social, exprès ou tacite, par lequel les fondateurs de la société s'obligent, eux et leur postérité, à suivre une direction commune en vue du bien commun. Cette idée de contrat social que les canonistes ont remise en honneur, a passé chez les publicistes de notre ancien droit. On la retrouve chez presque tous. On en rencontre également l'expression au XV^{ème} siècle, aux Etats généraux de 1484 et surtout au XVI^{ème} siècle à l'époque des guerres de religion. Elle inspire également l'oeuvre de Grotius. Grotius ne l'expose pas dans son ensemble, mais il y fait des allusions répétées. De même qu'il fonde le droit civil sur le caractère obligatoire des promesses, d'après le droit naturel comme nous le dirons tout à l'heure, de même il admet que l'Etat est une association de personnes qui se sont groupées pour mieux se défendre contre la mauvaise foi et les méfaits de certains d'entre eux, et ont concédé à l'Etat certains droits, le droit de punir, et de contraindre à l'exécution forcée, et aussi le droit d'exiger l'obéissance à ses ordres. Pufendorf, qui a été un des disciples de Grotius, a développé à son tour cette notion de contrat social. On la retrouve également chez les orateurs de l'Eglise, chez Bossuet, et on sait quelle importance elle a pris au moment de la Révolution, et quelle vogue lui a donnée Jean-Jacques Rousseau dans son livre sur le Contrat social dont nous parlerons plus loin. Cette théorie n'est plus aujourd'hui invoquée, mais elle a joué un rôle considérable au moment de la Révolution. Je ne fais ici que la signaler parce qu'elle n'intéresse pas directement le droit privé, le droit des contrats, mais il fallait au moins la noter dans cette évolution historique, parce qu'elle a exalté la notion de contrat.

Résumé sur
l'apport cano-
nique dans le
droit des
contrats.

Ayant terminé cette étude de l'influence exercée par les canonistes sur la formation de notre droit des contrats, nous pouvons la résumer en ces quelques propositions :

Le droit canonique a tout d'abord mis en lumière l'importance de l'accord des volontés. Il a le premier renversé la vieille règle du formalisme et proclamé que les pactes sont obligatoires en l'absence

de toute forme. Le pactum nudum a solemnitate est considéré par eux comme obligeant les parties.

D'autre part et en second lieu ils ont analysé avec finesse l'élément volontaire qui est l'élément essentiel du contrat et nous avons vu qu'ils en ont déduit la notion de cause finale qu'ils ont distinguée de la cause efficiente. Je vous rappelle que s'ils ont admis que le pactum nudum a solemnitate était valable, du moins ont-ils exigé que le pactum ne fût pas nudum a causa, que les obligations contractées eussent une cause finale.

Enfin l'Eglise a introduit l'idée d'équité, de justice dans les rapports contractuels. On peut même dire que cette idée morale est la racine maîtresse de la doctrine canonique. L'homme ne doit pas spéculer, il ne doit pas poursuivre la richesse comme fin en soi. Il ne doit pas abuser de sa force pour léser son prochain dans le contrat qu'il passe avec lui. De là découlent la notion du juste prix, celle de l'imprévision, la prohibition de l'usure; toutes notions qui ont été admises par les canonistes. Cette conception morale reparait aujourd'hui dans la législation récente, dans une certaine mesure et M. Ripert l'a mise en relief dans son livre sur la Règle morale dans les contrats.

Section IV

Le droit des contrats du XVI^e au XVIII^e siècle.

- § 1 - L'influence de Grotius.
- § 2 - Les grands civilistes français de l'ancien droit, Dumoulin, Domat, Pothier.
- § 3 - L'exaltation de la notion de contrat et de la liberté contractuelle par les philosophes et par la doctrine des Physiocrates.

§ 1 - L'influence de Grotius.

Grotius; son
œuvre. Peu
influence
il a exer-
cé sur le
droit civil.

Je m'imaginai, en commençant cet historique, que l'école du droit des gens dont Grotius a été le chef, avait exercé une grande influence sur la formation de notre ancienne doctrine du droit des contrats. Au fond, cette influence est assez limitée, de telle sorte que je n'insisterais pas si Grotius n'était un jurisconsulte, je ne veux pas dire Français, puisqu'il est la gloire de la Hollande, mais qui se rattache à la France parce qu'il y a passé presque toute sa vie et que son œuvre qui a eu un tel retentissement, a certainement exercé une influence sur les

civilistes. Grotius a vécu au ^{XV}^e et au ^{XVI}^e siècles 1583-1645. (cf. Basdevant Les fondateurs du droit international, Paris 1904, pp. 125 à 267).

Il a été un énorme travailleur. Il est à la fois jurisconsulte, philosophe, diplomate, il a également été poète et théologien. Au fond il était tout cela plus que jurisconsulte. Parmi ses oeuvres, la plus connue est son Droit de la paix et de la guerre, De jure belli at pacis qui a fait le tour du monde, qui a été traduite dans toutes les langues, notamment en français par Barbeyrac, en 2 volumes. Il avait publié auparavant un Traité des prises en cas de guerre, De jure praedae. En fait de droit civil, il a écrit une introduction au droit hollandais qui a été traduite en anglais par M. Lee, fellow à Oxford, qui ayant enseigné auparavant dans l'Afrique du sud, a bien connu la doctrine de Grotius et a traduit son livre sous ce titre : Jurisprudence of Holland, le Droit hollandais 1926. Dans cette traduction anglaise j'ai pris connaissance de l'oeuvre de Grotius. Cette introduction au droit civil hollandais est une des oeuvres faibles de Grotius. S'il n'avait fait que cela il ne serait pas arrivé à la renommée universelle qu'il a acquise. On n'y trouve pas grand chose sur le droit des contrats, du moins pas plus qu'on ne trouve dans son Droit de la guerre et de la paix.

Grotius né à Delft, est enterré dans la cathédrale de Delft. Ayant été, à la suite de troubles politiques et de l'assassinat de son protecteur et ami, condamné à la prison perpétuelle en 1619, il parvint à s'échapper. On lui avait permis d'avoir des livres dans sa prison et il se dissimula dans une caisse de livres. Il se réfugia en France en 1621 et il y a vécu, en assez mauvais termes, avec Richelieu; puis il fut choisi comme ambassadeur en France par le roi de Suède. C'est chez nous qu'il a publié en 1625 son De jure belli et pacis. C'est un ouvrage de philosophie du droit fondé sur la pure raison, où il cherche à établir des règles pour diminuer l'horreur de la guerre telle qu'elle se pratiquait alors. Dans cet ouvrage, il consacre au livre 2, le chapitre XI aux promesses, et le chapitre XII aux contrats.

La théorie des promesses. Conditions auxquelles la promesse est obligatoire.

Il donne au mot promesses, un sens très large. Il distingue les promesses en trois groupes : 1° celles qui consistent à déclarer simplement le dessein que l'on a pour l'heure, de faire un jour telle ou telle chose, promesses qui, bien entendu, n'ont aucun caractère obligatoire.

2° - Ce qu'il appelle la promesse imparfaite, déclaration de promesse avec l'affirmation de persé-

vérer dans les intentions que l'on témoigne. Ces distinctions un peu subtiles sont des restes de la philosophie scolastique.

3° - La promesse parfaite qui est un véritable engagement, c'est-à-dire qui oblige celui qui l'a faite, promesse de donner, promesse de faire. Il se prononce pour le caractère obligatoire de la promesse parfaite, contre l'avis des civilistes qui maintenaient encore à cette époque la règle romaine, que le simple pacte n'oblige pas, et il combat l'opinion de François Commanus, jurisconsulte du droit coutumier, qui, lui, au contraire, s'en tenait à la tradition romaine.

Pour que la promesse soit valable, dit Grotius, il suffit d'un acte extérieur, c'est-à-dire un signe insuffisant de la volonté du promettant. Il peut la faire connaître par un simple mouvement de tête, en disant oui, avec la tête; mais le plus souvent il le fait par des paroles prononcées de vive voix, ou par écrit. Grotius ajoute que la promesse n'est valable, qu'autant que d'autre part elle a été acceptée (c'est là ce qui va lui donner son caractère obligatoire) par celui auquel on l'a faite. La promesse ainsi comprise devient bien une convention, un pacte, elle n'est plus une sollicitation.

La théorie des contrats; abandon du formalisme; la notion d'équité dans les contrats.

Au chapitre, Des contrats, qui suit, il rejette toutes les distinctions romaines, et spécialement la distinction entre les contrats nommés et les contrats innomés. Toute sa théorie est imprégnée de l'idée qu'il faut de l'égalité dans les contrats. Imbu des notions d'équité et d'égalité, c'est autant en théologien et en philosophe qu'en jurisconsulte qu'il raisonne. Ce chapitre est écrit plus encore du point de vue du droit naturel, que du point de vue du droit positif. Nous pouvons donc retenir de Grotius qu'il a été un des premiers à enseigner, après les canonistes, que le consentement, le simple accord de volontés oblige les contractants.

§ 2. Les grands civilistes : Dumoulin, Domat, Pothier.

La valeur de Dumoulin comme jurisconsulte.

Dumoulin a été un jurisconsulte considérable qui a eu une influence très grande sur la formation de notre droit civil. Il a été avec Cujas un des plus puissants jurisconsultes de notre ancien droit. Il est du XVI^{ème} siècle, ayant vécu de 1500 à 1566. Il était avocat au Parlement de Paris, mais il ne plaidait guère, parce que, paraît-il, il avait la parole difficile. Ce n'en était pas moins un jurisconsulte entouré d'une très grande renommée, très grand écri-

vain, très grand esprit aussi, courageux, ardent qui combattit toujours pour la cause de la liberté. Il a été plusieurs fois condamné à la prison et a dû s'exiler pendant quelques années. Ses œuvres ont été mises à l'index à cause de leurs tendances, et de leurs attaques contre l'Eglise.

Dumoulin a été un grand romaniste et aussi un grand civiliste au sens actuel du mot, en ce sens qu'il a étudié presque toutes les coutumes de nos pays coutumiers. Il a été un des premiers frappé par la diversité, la complexité de toutes ces coutumes si nombreuses, et a demandé qu'on les simplifiât qu'on les unifiât. Daguesseau a dit de lui que par la profondeur de son jugement il aurait mérité de naître dans le siècle des Papinien et des Africain.

Sa vie est curieuse à lire. Elle a été fort mouvementée. Un des premiers il a admis la validité des simples accords de volonté, des simples pactes dépouillés de forme. Il a combattu la prohibition du prêt à intérêt. Il a été un des premiers à proposer d'appliquer à la vente la résolution pour non paiement du prix et d'une façon plus générale, pour non exécution de l'obligation par un des contractants.

Dumoulin et le principe de la liberté des contrats. Développement de cette notion chez nos anciens auteurs depuis Beaumanoir.

Sans revenir sur ces points, je voudrais simplement noter l'action qu'il a exercée en ce qui concerne l'admission du principe de l'autonomie de la volonté en matière de conflits de coutumes. Autonomie de la volonté; ces mots veulent dire que les contractants sont maîtres de leur volonté, qu'ils ont le droit de régler leurs contrats comme ils le jugent bon. Ils sont libres d'y insérer telle ou telle règle qu'ils croient opportun d'y insérer, pourvu qu'ils ne fassent rien de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs. C'est au fond, sous un nom particulier qui a pris faveur de nos jours, la théorie de la liberté contractuelle. Autonomie de la volonté et liberté contractuelle sont à peu près synonymes. Ce principe de la liberté des contractants de régler comme ils veulent leurs contrats n'est pas un principe moderne. On dit volontiers que le droit romain ne l'a pas connu. C'est très exagéré. Le droit romain n'a pas reconnu la validité des pactes dépouillés de formes, des pactes nus, c'est vrai, mais, après tout, grâce aux formes de contrat admises, et grâce à la stipulation, on pouvait faire à Rome, semble-t-il, toutes espèces de contrats. Mais il est vrai que ce principe nous ne le trouvons nulle part formulé par les jurisconsultes romains.

Il est admis par les canonistes, puisqu'ils admettent que les pactes sans formes obligent les

contractants et qu'ils ajoutent tout simplement : pourvu qu'ils ne contiennent rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs.

Il est admis aussi de très bonne heure par les auteurs coutumiers. On cite souvent, à titre de preuve, une phrase de Beaumanoir, qui vivait au XIII^{ème} siècle, dans sa Coutume de Beauvoisis (éd. Salmon, t. II, p. 2) : Convenance vaint loi. On a beaucoup discuté sur la véritable signification de ces trois mots, mais ce qui nous intéresse c'est de savoir le sens que leur ont attribué les auteurs des siècles suivants. Nous les trouvons rapportés au XVI^{ème} siècle par le fameux Loysel qui a écrit les Institutes coutumières, où il a réuni les adages qui étaient alors courants dans la pratique coutumière. Loysel a vécu de 1536 à 1617. Il y cite l'adage : Convenance vaint loi. (Ed. Dupin 2 petits volumes, t. I, p. 358). Voici comment il le commente :

"C'est un principe certain qu'on ne peut point déroger aux lois par des conventions particulières, mais quand les lois n'ont été faites que pour suppléer des conventions omises dans les contrats on y peut déroger par des conventions contraires, et dans ce cas il est vrai de dire : Convenance vaint loi. Les contractants peuvent donc déroger aux lois dans leurs conventions particulières. Mais Loysel paraît faire une distinction entre les lois impératives, les lois auxquelles on ne peut pas déroger, et les lois qui suppléent la volonté, les lois supplétives.

Au siècle suivant le président Bouhier (1673-1765), président à mortier (la toque que portent aujourd'hui les magistrats) qui a publié des observations sur la coutume de Bourgogne s'explique de même à ce propos (T. I, § 121) : "C'est une règle des plus triviales que nos anciens praticiens ont tirée des lois mêmes, que convenance vaint loi, non que la disposition de l'homme soit plus noble que celle de la loi comme le veut un habile homme (Froland) mais c'est que la loi laisse à l'homme cette liberté dans tous les cas où il n'y a pas de juste raison pour le gêner". Voilà bien l'idée de la liberté des contractants.

Une première application de ce principe de la liberté des contractants fut faite au XVI^{ème} siècle en matière de conventions matrimoniales. Il ne semble pas qu'avant le XVI^{ème} siècle la liberté des conventions matrimoniales ait été connue. Jusqu'à cette époque les gens qui se mariaient, étaient placés sous le régime de la communauté des meubles et acquêts

qui était le régime des pays du Nord, de même que les gens dans le Midi étaient mariés de droit sous le régime dotal. Or, au XVI^{ème} siècle, il fut admis, en pays de coutume tout au moins, car la nouvelle règle ne passa que plus tard en pays de droit écrit, que les futurs époux étaient libres de rédiger comme ils le voulaient leurs conventions matrimoniales, et non seulement de modifier le régime de la communauté des meubles et acquêts, mais même de l'exclure et d'organiser entre eux une séparation de biens.

Nous retrouvons cette idée dans l'art. 1387 du Code civil qui est le premier du titre du Contrat de mariage : "La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs..."

C'est donc au XVI^{ème} siècle que nous voyons s'épanouir cette règle de la liberté des contrats.

Les conflits
de coutumes
en matière de
contrats; leur
solution par
Dumoulin par
le principe
de l'autonomie
de la volonté.

Or, Dumoulin a appliqué cette conception de la souveraineté de la volonté à la solution des conflits de lois que soulevait la diversité des coutumes de notre ancienne France. Cette diversité compliquait la conclusion des contrats entre personnes vivant sous l'empire de coutumes distinctes. La question se posait presque tous les jours de savoir quelle coutume il fallait appliquer. Jusqu'à Dumoulin, on ne tenait pas compte de la volonté des parties dans la recherche de la loi applicable. Ainsi Bartole soumettait les effets naturels et normaux des contrats à la loi du lieu où ils avaient été conclus, à la *lex loci contractus*, pour cette raison que les contrats comme les délits rendent les parties sujettes au moins temporairement des pays où elles concluent leur accord.

Antérieurement à Dumoulin, on divisait les droits en deux groupes de droits, les statuts réels ou les statuts personnels. Le statut réel était la règle. On considérait comme réels les statuts qui s'appliquaient aux choses et comme personnels, les statuts qui concernaient l'état, la capacité des personnes. Comme les contrats ne rentraient ni dans le droit des choses ni dans le droit des personnes, c'est-à-dire ni dans les statuts réels ni dans les statuts personnels, on les rangeait d'office dans les statuts réels.

Il n'était donc pas question de rechercher la volonté des parties ni de faire aucune place à la volonté des parties quant à la loi qui pouvait régler leurs contrats. Dumoulin s'est élevé avec force

contre cette règle. Il a soutenu que dans le domaine des contrats la volonté des intéressés est souveraine maîtresse. C'est elle par conséquent que l'on doit consulter pour déterminer quels sont les effets du contrat. Cette volonté, pourvu qu'elle soit licite, qu'elle n'ait rien de contraire aux règles de l'ordre public, doit être respectée en tous lieux et produire ses effets même à l'égard des biens situés sur le territoire d'une autre coutume. Il pose donc un principe tout à fait nouveau, le principe de la souveraineté de la volonté, du respect de la volonté des contractants.

Application de cette idée aux conventions matrimoniales. La communauté légale interprétée comme tacitement voulue par les époux.

Dumoulin notamment a appliqué cette idée tout particulièrement aux conventions matrimoniales et il soutient que si les contractants n'ont pas clairement exprimé leur volonté, il faut s'en inspirer d'après les circonstances qui ont accompagné la conclusion du contrat. Poussant l'application de cette idée plus loin, Dumoulin en conclut que la communauté légale elle-même, communauté des meubles et acquêts, doit être comprise comme une manifestation de la volonté tacite des époux. Il la considère comme ayant été voulue tacitement par les époux, par le fait qu'en se mariant ils n'ont pas dit le contraire.

La réglementation légale substitut de la volonté des parties.

Nous voyons donc apparaître chez Dumoulin cette notion que la réglementation de la loi n'est en somme que le substitut de la volonté des parties. Nous verrons quelle importance cette idée a prise après la rédaction du Code civil. Cette théorie de Dumoulin a très rapidement fait fortune. Elle a été adoptée par notre ancienne jurisprudence, consacrée par les auteurs du XVIII^{ème} siècle, et, à la fin de notre ancien droit, il était admis sans discussion que les parties étaient libres de régler comme elles l'entendaient leurs contrats, et que les lois qui réglementaient les contrats, tiraient leur principale autorité de la volonté des parties.

C'est de là qu'est née une grande théorie du droit international privé moderne, qui est du reste contestée par une partie de la doctrine, la théorie de l'autonomie de la volonté, d'après laquelle, non seulement les parties sont libres, quand elles appartiennent à des nationalités différentes, de déterminer la loi qui réglera leurs contrats, mais peuvent même déroger à des lois impératives de l'un ou l'autre de leurs pays. C'est par là que Dumoulin a exercé une influence sur la notion de contrat, c'est par là qu'il lui a donné un caractère de souveraineté qui, avant lui, n'était pas admis.

Domat.

Le rôle de Domat a été également des plus impor-

Son autorité.

tants. Il a vécu au XVII^{ème} siècle (1625-1695). Il est né à Clermont en Auvergne, le Clermont-Ferrand d'aujourd'hui; le 30 novembre 1625 et il y a passé presque toute sa vie. Il avait été nommé avocat du roi au Présidial de Clermont. Les présidiaux étaient des juridictions qui avaient été instituées en 1552, par un édit de Henri II, dans un certain nombre de bailliages et de sénéchaussées qu'on appelait des bailliages et des sénéchaussées avec siège présidial. On peut les comparer, dans une certaine mesure, à ce que sont aujourd'hui nos tribunaux de première instance. Les magistrats y siégeaient à plusieurs; ils devaient être au moins 7 pour rendre la justice. Le présidial comprenait 9 juges. Les présidiaux jugeaient en dernier ressort sans appel les petites affaires jusqu'à un certain chiffre, qui fut successivement augmenté, et en premier ressort, avec appel devant le Parlement, les affaires les plus importantes ne dépassant pas un certain chiffre. Les affaires de plus grande valeur allaient directement devant le Parlement. Le présidial avait aussi une compétence criminelle. L'avocat du roi était le représentant du roi; il était un officier du ministère public. Il était spécialement appelé à prendre la parole dans le procès intéressant le roi, tandis que le procureur du roi était chargé de la procédure. Comme la fonction était modestement rémunérée, il lui était permis non de plaider contre le roi, mais de donner des consultations particulières dans les affaires où le roi n'était pas intéressé.

Domat, grand jurisconsulte, ressemble à Grotius. J'ai souvent pensé qu'il avait dû être influencé par Grotius; il n'avait que 20 ans quand Grotius est mort, mais il a certainement connu ses oeuvres et il est aussi philosophe que jurisconsulte, mais c'est un jurisconsulte très averti et pénétrant, quoi qu'on ait dit. Boileau l'a appelé le restaurateur de la raison dans la jurisprudence dans une lettre qu'il écrivait à son ami Brossette : (Boileau. Oeuvres. Edit. Langlois T. IV. pp. 400 et 401, lettre datée d'Auteuil 15 juin 1704 N° 124) et dont voici le passage intéressant pour nous : "J'ai naturellement peu d'inclination pour la science du droit civil, et il m'a paru étant jeune et voulant l'étudier que la raison qu'on y cultivait n'était point la raison humaine, et celle qu'on appelle le bon sens, mais une raison particulière fondée sur une multitude de lois qui se contredisent les unes les autres et où on se remplit la mémoire sans se perfectionner l'esprit. Je me souviens même que dans ce temps-là je fis sur ce sujet

des vers latins qui commençaient.. (passons-les, il cite trois vers et il ajoute : j'ai oublié le reste).. "il m'est pourtant demeuré dans la mémoire que j'y comparais les lois du Digeste aux dents du dragon que sema Cadmus et dont il naissait des gens armés qui se tuaient les uns les autres. La lecture du livre de M. Domat m'a fait changer d'avis, et m'a fait voir dans cette science une raison que je n'y avais point vue jusque-là. C'est un homme admirable, je ne suis donc point surpris qu'il vous ait si bien distingué, si jeune que vous étiez (Brossette étudiait le droit en 1691 avec les fils de Domat). Vous me faites grand honneur de me comparer à lui et de mettre en parallèle un misérable faiseur de satires avec le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. On m'a dit qu'on le cite déjà tout haut dans les plaidoiries comme Balde et Cujas et on a raison, car à mon sens, il vaut mieux qu'eux".

Les Loix Civiles dans leur ordre naturel.

Domat est le premier de nos jurisconsultes qui, s'élevant au-dessus des textes du corpus juris civilis, dont il continue du reste à invoquer toujours l'autorité pour ajouter à la certitude de ses déductions, et comme il dit, pour se mettre l'esprit en repos, ait tenté d'expliquer les lois civiles dans leur ordre naturel c'est-à-dire dans un ordre rationnel. Il a écrit un grand traité qu'il a intitulé : Les Loix civiles dans leur ordre naturel. Il dit dans sa préface intitulée : Sur le dessein de ce livre : "Il paraît bien étrange que les lois civiles, dont l'usage est si nécessaire, soient si peu connues et que n'étant presque toutes que des règles de l'équité dont la conséquence nous est naturelle, l'étude qui devrait en être également facile et agréable, soit si difficile et épineuse. Cependant il faut reconnaître que de la manière dont ces lois sont recueillies dans les livres du Digeste qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les savoir, plusieurs les ignorent et que personne n'y devient habitué que par une longue et pénible étude. On ne doit pas néanmoins tirer de cette vérité une conséquence contre l'estime et le respect que l'on doit à ces livres, puisque d'une part on peut y admirer les lumières que Dieu a données à des infidèles dont il a voulu se servir pour poser une science du droit naturel, et que, de l'autre, on doit avouer que cette science n'a pu se former que d'une manière qui a fait naître les difficultés de la bien entendre. Pour en juger, il faut considérer comment les auteurs de ces lois les ont composées et ensuite comment elles

sont compilées dans le droit romain, puis on expliquera le désir qu'on s'est proposé de rendre l'étude des lois civiles facile et agréable".

Il a donc été le premier à exposer le corps des lois civiles dans un ordre rationnel et non plus en suivant les textes du Digeste. Domat a écrit non seulement les Loix civiles, proprement dites, mais il les a fait suivre d'un traité des Loix publiques. Il était janséniste, très grand ami de Pascal qui est mort dans ses bras et qui lui a laissé ses papiers les plus intimes.

Le traité des lois; distinctions des lois naturelles et des lois arbitraires.

Le traité des lois civiles tel qu'il l'a conçu, c'est-à-dire selon leur ordre naturel, est précédé d'un traité des lois. C'est une espèce de frontispice, un traité assez court en 14 chapitres qui est une sorte d'introduction philosophique où l'auteur s'applique à établir le plan de la société, et à établir la distinction de ce qu'il appelle les lois naturelles et les lois arbitraires.

Les engagements; plan suivi par Domat pour cette étude.

La première partie de son Traité des lois civiles est consacrée aux engagements, qu'il distingue en engagements volontaires et mutuels par les conventions, et en engagements qui se forment sans conventions. Suivant sa méthode, il la divise en 6 sections: 1° Nature des conventions et manière dont elles se forment.

2° - Principes qui suivent de la nature des conventions et des règles pour les interpréter.

3° - Des engagements qui suivent naturellement des conventions quoiqu'ils n'y soient pas exprimés.

4° - Des diverses sortes de pactes qu'on peut ajouter aux conventions, et particulièrement des conditions.

5° - Conventions qui sont nulles dans leur origine.

6° - De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles. Vous voyez déjà là un effort de construction que Pothier n'aura qu'à suivre, et que les rédacteurs du Code civil adopteront en partie.

Puis, après qu'il a ainsi exposé la théorie générale des conventions, Domat traite des contrats les plus usuels, la vente, l'échange, le louage, le prêt, etc...

Les Loix civiles sont précédées d'un Traité des lois en 14 chapitres qui est une sorte d'introduction philosophique à l'oeuvre, et dont l'esprit est indiqué dans les lignes suivantes: "Toutes les lois ont leur source dans les premiers principes qui sont les fondements de l'ordre de la société des hommes, et l'on ne saurait bien entendre la nature et l'es-

sence des différentes espèces de lois que par la suite de leur enchaînement à ces principes et de leurs rapports à l'ordre de cette société dont elles sont les règles".

Or ces premiers principes que Domat expose, il les dégage de la nature de l'homme et de ses rapports avec Dieu. C'est donc une construction fondée sur le droit naturel et sur les préceptes de la religion. La société repose sur deux espèces d'engagements (vous voyez reparaître ici la notion de contrat et d'obligation) : la première espèce comprend les engagements qui ont lieu dans le mariage et la naissance, la seconde espèce comprend tous les engagements volontaires dont les contrats sont les plus importants, et les engagements non volontaires : Domat entend par là ceux qui résultent de la charge de la tutelle, ou de fonctions municipales, ou de la gestion d'affaires. Vous voyez l'importance qu'il donne à la notion d'engagement contractuel.

Dans les Loix civiles il consacre la première partie, livre I, titre I, aux conventions. "Ce mot de convention, nous dit-il, est un nom général qui comprend toutes sortes de contrats, traités et pactes de toutes natures. La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former quelque engagement ou pour en résoudre un précédent, ou pour le changer. Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement".

Voilà bien là règle formulée : les conventions se forment par l'accord des volontés. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas livrée, ni le prix payé. "Cependant ajoute-t-il, dans les contrats qui obligent à rendre ce que l'on a reçu (il entend sous cette expression le prêt, le dépôt ou le gage) l'obligation ne se forme que quand la délivrance accompagne le consentement". Sur ce point Domat conserve la vieille conception romaine. Il continue à considérer que le prêt, le gage ou le dépôt sont des contrats qui se forment re.

Enfin les obligations naissant des conventions doivent avoir une cause. Je ne reviens pas sur cette notion de cause. Il est le premier à l'avoir exposée et bien développée.

Il passe ensuite au principe de la liberté des conventions qui va être le grand principe de l'époque moderne. "Les conventions, nous dit-il, devant être proportionnées aux besoins où elles se rapportent, elles sont arbitraires, et telles qu'on veut, et toutes personnes peuvent faire toutes sortes de

Les conventions dans le livre de Domat. Formation de la convention par le simple accord de volonté des parties.

La liberté des conventions.

conventions pourvu seulement que la personne ne soit pas incapable de contracter et que la convention n'ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs."

C'est le principe que nous trouvons énoncé également dans nos lois modernes. Il ajoute à la section 4 N° 1 : "Comme les conventions sont arbitraires et se diversifient suivant les besoins, on peut dans toutes sortes de conventions, de contrats et de traités, ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales et autres pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ni aux bonnes moeurs".

Voilà le principe de la liberté contractuelle très fermement énoncé.

L'interprétation des contrats d'après la volonté commune des parties. Engagements résultant des conventions.

Puis Domat étudie les règles concernant l'interprétation des conventions. Il tire toutes ces règles de cette idée qu'il faut interpréter les conventions d'après la volonté commune des contractants.

Enfin il détermine les engagements qui suivent des conventions quoiqu'ils n'y soient pas exprimés : "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré". Nous retrouvons cette règle énoncée dans le Code civil en termes presque identiques. Nous en exposerons plus tard le développement.

En second lieu, les conventions obligent chacune des parties à exécuter ce qu'elles ont promis, et de là il conclut à l'existence de l'exception non adimpleti contractus, que chaque contractant peut, dans les contrats synallagmatiques ou bilatéraux, opposer à l'autre partie lorsque celle-ci n'exécute pas son obligation au moment où elle demande l'exécution de la prestation qui lui a été promise. Quant à l'inexécution des conventions, Domat nous dit qu'en toute convention, c'est le second effet des engagements, que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse ou qu'il ne le veuille, est tenu des dommages-intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution ou du retardement, et les circonstances. Et s'il y a lieu de résoudre la convention, elle sera résolue avec les peines qui en devront suivre contre celui qui aura manqué d'exécuter son engagement".

Nullité et résolution du contrat.

Enfin Domat, dans la même partie générale, étudie la nullité des conventions; je n'insiste pas sur ce point, vices du consentement, erreur, dol, force (ce que nous appelons aujourd'hui la violence).

Les conventions peuvent être également nulles

lorsqu'elles ont pour objet des choses hors du commerce.

Enfin elles sont nulles lorsque les obligations qu'elles engendrent n'ont pas de cause.

Dans une dernière section, il étudie la résolution des conventions qui ne sont pas nulles.

Influence
de Domat
sur le C.C.

Telle est l'oeuvre de Domat. Vous y trouverez les principes qui vont passer dans notre droit civil. C'est donc un juriconsulte qui a eu une très grande influence sur l'exposition de notre droit civil au XVII^{ème} siècle.

En dehors de ses oeuvres juridiques, il est intéressant de signaler que Domat, grand ami de Pascal, a laissé des maximes qui ne sont pas sans finesse d'observation ni sans élévation d'idées et qui sont pour la plupart Pascaliennes de pensée. En voici quelques-unes prises au hasard :

"Il y a une infinité de lois qui ne subsistent que parce qu'on n'a pas le temps de les réformer".

"Le superflu des riches devrait servir pour le nécessaire des pauvres, mais tout au contraire le nécessaire des pauvres sert pour le superflu des riches".

"Quand on est dans la vérité, il ne faut pas craindre de creuser, on trouve toujours un bon fond, on ne saurait manquer d'être soutenu, mais dans les choses vaines et incertaines, il est périlleux de creuser".

"Ce n'est pas une petite consolation pour quitter ce monde de sortir de la foule du grand nombre des sots et des méchants dont on est environné".

Pothier, père
du C.C.

Pothier. On l'a dénommé le père du Code civil. Il est du XVIII^{ème} siècle (1699 à 1772). Il existe une grande édition des oeuvres de Pothier en 10 volumes, publiée au XIX^{ème} siècle par un professeur de la Faculté de droit de Paris, M. Bugnet. Elle ne comprend pas toutes les oeuvres de Pothier mais seulement ses traités sur les coutumes et sur les obligations et les contrats. Pothier a beaucoup écrit. Il a en particulier publié une nouvelle édition des Pandectes; c'est-à-dire du Digeste et du Corpus, dans un ordre rationnel. C'était encore la même idée que Domat. Vous trouverez sur la vie de Pothier un éloge historique qui a été publié au XVIII^{ème} siècle par M. Letrosne, avocat du roi à Orléans, qui a bien connu Pothier, car c'est à Orléans que Pothier a passé sa vie, une vie comparable à celle de Domat. Domat a vécu à Clermont en Auvergne, Pothier à Orléans, sans presque en sortir. Comme Domat il était

janséniste, grand admirateur des hommes de Port Royal, Nicolle fut son auteur favori. Il eut à la fin de sa vie quelques démêlés de ce chef avec l'Eglise; on refusa d'abord de l'enterrer à la cathédrale d'Orléans, puis il y fut mis, puis il en fut enlevé à la fin du XVIII^{ème} siècle, sous un prétexte quelconque, de telle sorte qu'on ne sait plus bien aujourd'hui où est sa tombe. Comme Domat, il a entrepris de présenter un traité raisonné du droit civil français. Lui aussi, il nous dit qu'il a commencé ce traité parce qu'il voulait faire sa propre éducation juridique. Comme Domat, il fut encouragé dans cette œuvre par d'Aguesseau qui lui portait une grande amitié. Dans une lettre qu'il lui écrivait à propos de son commentaire des Pandectes, d'Aguesseau lui recommandait de faire usage de certains auteurs qu'il lui citait, surtout, disait-il, de M. Domat dont on peut tirer de grands secours sur les règles générales du droit. Son grand-père et son père étaient conseillers au Présidial d'Orléans, qui dépendait du Parlement de Paris. A 20 ans, il entra aussi dans la fonction, car ces offices étaient alors vénaux et héréditaires. Il fit son droit à l'Université d'Orléans, et à peine nommé magistrat, il se mit au travail. Pendant 20 ans il travailla d'abord à son Traité des Pandectes qu'il publia en 1748. Il devint ensuite professeur à l'Université d'Orléans en 1749, à la mort d'un des maîtres de cette Faculté de droit qui avait un grand renom, Prévot de la Janès. Il n'y a pas enseigné le droit romain; une chaire de droit romain était devenue vacante 10 ans avant, mais peu éloquent et timide, Pothier n'avait pas osé affronter le concours. Il fut nommé à la chaire de droit civil français, sans concours, par d'Aguesseau. Il a été un grand professeur ayant une très grande action sur ses étudiants. Il remplissait à la fois sa fonction de professeur et celle de juge.

A partir de 1760, il a publié un ouvrage sur la Coutume d'Orléans, puis son Traité des obligations, puis des Traités de divers contrats, de la communauté des biens, du douaire : il n'a pas pu terminer son œuvre. C'était un homme simple et bon. M. Letrosne raconte : "On a dit souvent que comme magistrat il jouissait d'une grande autorité, mais qu'on évitait de le mettre dans les procès criminels dans lesquels on prévoyait qu'il faudrait donner la question aux accusés, parce qu'il ne pouvait en supporter le spectacle". On le spécialisait dans les affaires civiles, précisément à cause de sa science. Il a vécu toute sa vie à Orléans, sans presque en bouger et M. Letros-

ne nous raconte qu'une fois il était allé à Paris sur l'invitation de d'Aguesseau "qui voulait le connaître et conférer avec lui sur le travail, qu'il l'engageait à entreprendre. Il se présenta d'abord à l'hôtel de la Chancellerie. On lui dit que M. d'Aguesseau n'était pas visible. Il s'en alla. Il voulait repartir le lendemain, si ses amis ne l'eussent retenu, il eut répété ce que fit La Fontaine qui partit de Paris pour aller voir sa femme à la Ferté Milon et revint sans l'avoir vue, parce qu'au moment de son arrivée, elle était au salut; on pourrait peut-être comparer le caractère de ces deux hommes en plus d'un point. Il retourna donc à la Chancellerie. M. le Chancelier, qui était averti, était dans son antichambre; il alla au-devant de lui et le reçut avec une distinction qui étonna beaucoup toute l'audience qui avait jugé cet homme sur la surface".

A part ce voyage il vécut tranquillement dans son pays d'Orléans. Il avait une petite propriété aux environs, où il passait la journée. Une fois, il alla jusqu'au Havre, parce qu'il voulait voir la mer qu'il n'avait jamais vue. C'est une existence bien différente de celle qu'on mène aujourd'hui et plus favorable au travail. Sa vie était réglée, sa journée tout entière était consacrée au travail, et pour écrire une oeuvre aussi importante que la sienne, on comprend qu'il lui fallût travailler sans relâche. On peut dire que Pothier a résumé, simplifié, clarifié toute la matière du droit civil, et qu'il a par là grandement facilité l'oeuvre des rédacteurs du Code civil, qui lui ont beaucoup emprunté, surtout dans la matière des contrats et des obligations.

C'est un esprit néanmoins bien différent de celui de Domat, moins philosophe, plus terre à terre, plus pratique. On sent qu'il est magistrat en même temps que professeur. Le droit appliqué l'intéresse davantage; il connaît bien la pratique de son époque, mieux que Domat. Pour Domat, le droit naturel joue un très grand rôle, dans l'oeuvre de Pothier il apparaîtrait à peine. Il creuse, il développe plus que Domat, mais il est moins constructeur, et par là précisément, parce qu'il expose avec plus de détail le droit vivant du XVIIIème siècle, il a plus directement influencé notre droit moderne.

Pothier et Domat, voilà donc les deux jurisconsultes qui, aux XVIIème et XVIIIème siècles, nous exposent le droit français tel qu'il s'est définitivement constitué.

§ 3 - L'exaltation de l'idée de contrat.

Influence du courant philosophique et du courant économique sur le développement du contrat.

Elle résulte d'un double courant, le courant philosophique et le courant économique du XVIII^e siècle. Les idées philosophiques et les conceptions économiques en cours à la fin du XVIII^e siècle ont contribué à donner à la notion de contrat et à la liberté contractuelle une véritable hégémonie. On peut dire que la fin du XVIII^e siècle est l'époque du triomphe de la notion de contrat et de la liberté contractuelle.

Le contrat social de Rousseau. L'individualisme et la liberté.

Voyons d'abord la doctrine philosophique en honneur à cette époque. Elle est connue sous le nom d'individualisme. Elle a été exprimée dans les œuvres de Jean-Jacques Rousseau, et dans son Contrat social. Le Contrat social de J.J. Rousseau a été l'évangile de la Révolution française. On trouve son influence dans tous les discours, dans toutes les lois de la Révolution. Un grand historien du droit anglais, Sumnermaine, a dit très exactement : "Nous n'avons pas vu de notre temps et le monde n'a vu qu'une ou deux fois dans le cours entier de l'histoire des travaux exercer une influence aussi prodigieuse, influant sur l'esprit des hommes de tous caractères et de toutes nuances intellectuelles, que celle de Rousseau de 1749 à 1762.

D'après Rousseau, l'état de nature est l'état primitif de l'humanité; la société a pour origine un contrat librement conclu et renouvelé par chaque génération. C'est l'idée du contrat social dont nous avons vu l'origine chez Platon, chez Aristote, et qui a été reprise chez les canonistes. Mais pour s'associer, il faut renoncer à sa liberté. Or, dit Rousseau, la liberté est quelque chose d'inaliénable. Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité même, aux devoirs qu' l'homme a envers lui, et envers ses semblables.

Comment concilier ces deux choses ? Comment trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste libre comme auparavant ? Rousseau donne comme solution à ce problème la formule suivante : "Chaque homme entrant en société se donne à tous et par là-même il ne se donne à personne. Comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd et plus de force pour conserver ce qu'on a".

C'est plus une formule qu'une vérité. C'est presque un sophisme. Mais c'est sur ce sophisme que le monde moderne a vécu si longtemps. Seulement n'entendez pas que Rousseau voie là une explication historique de la société. Il ne s'en préoccupe pas. C'est pour lui une explication d'ordre rationnel. Il cherche comment la société doit se constituer, de façon que tout individu en s'associant reste libre, ce qui est un problème très difficile, que Rousseau n'a pas résolu et qu'on discute encore puisqu'il y a d'un côté ceux qui donnent tous les droits à l'individu et de l'autre ceux qui les attribuent à la société, c'est-à-dire le socialisme.

Vous noterez aussi que Rousseau se contredit en quelque sorte; car, dans sa pensée, chaque individu abandonne la totalité de ses droits à la société; mais comme il les abandonne à cet être idéal la société, il nous dit qu'il ne les abandonne en réalité à personne, de telle sorte qu'il recouvre comme individu ce qu'il donne.

C'est pourquoi on a vu dans Rousseau l'inspirateur de la doctrine de l'individualisme, la doctrine qui a dominé si longtemps chez nous, tandis que d'autres le considèrent comme l'inspirateur de l'absolutisme pour cette raison qu'il concède tous les droits de l'individu à la société.

En tout cas, les hommes de la Révolution n'ont vu dans le Contrat social que l'idée de contrat et de liberté. Ils ont placé sous son autorité la conception des droits individuels qui appartiennent à l'individu, dont il ne peut se dépouiller et qui sont une limitation des pouvoirs de l'Etat. Or cette théorie de l'individualisme suppose pour l'individu la liberté de faire tout ce qu'il veut, pourvu qu'il ne fasse rien de contraire à l'ordre social. L'individu a des droits innés qu'il apporte en naissant et en conséquence la source du droit est dans sa personne et non pas dans le milieu social.

De cette doctrine résulte que la mission du législateur se trouve réduite au minimum. Sa mission consiste uniquement à assurer l'exercice des droits concurrents des individus, à délimiter la sphère de liberté de chaque personne afin d'en assurer l'exercice réciproque. Le but que doit se donner le législateur, suivant la formule de Kant, qu'on a également invoqué comme étant un des auteurs de l'individualisme, c'est de réaliser la coexistence des droits subjectifs. Sa mission est en quelque sorte négative. Le législateur doit se borner à limiter la liberté de chacun dans la mesure où cette limitation est

Le rôle du
législateur.

nécessaire pour assurer la liberté de tous. Toute loi est donc, en principe, considérée comme mauvaise. Elle est un mal, parce qu'elle a pour objet de limiter l'usage des droits; l'idéal est de réduire le plus possible le domaine de la loi et de donner à l'activité individuelle le plus large champ d'application. L'expansion de cette doctrine qui a dominé pendant tout le XIX^{ème} siècle en France, a été considérable. Si discutable qu'elle soit, elle a marqué d'une façon définitive l'esprit français. Parmi les oeuvres consacrées à l'individualisme et plus inspirées de son esprit, on peut citer un livre publié par un ancien doyen de la Faculté de droit de Paris, M. Beudant, intitulé : Le droit individuel et l'Etat.

Nous n'avons pas à discuter ici l'individualisme. Nous sommes loin aujourd'hui de l'époque où on considérait la loi comme un mal, puisque dès qu'un individu est gêné il se retourne contre le législateur et lui demande de faire une loi; nous sommes dans un régime où le rôle de la loi est devenu encombrant, excessif. Nous sommes dans une période de disparition de cette doctrine de l'individualisme.

L'individualisme et le dogme de la liberté contractuelle.

Mais ce qui nous intéresse c'est qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle elle proclame la liberté de l'individu de faire toute espèce de contrats, et fait de cette liberté un véritable dogme. C'est pour cela que l'on peut dire que cette époque a vraiment été l'époque de l'exaltation, du triomphe de l'idée de contrat.

Les Physiocrates; réduction au minimum du rôle du législateur; laisser faire.

Ce n'est pas seulement la théorie philosophique en honneur à cette époque qui a conduit à ce résultat, mais aussi les théories des économistes du XVIII^{ème} siècle.

A la fin du XVIII^{ème} siècle, l'Ecole régnante en France est l'école des Physiocrates dont Turgot était un des adeptes, et dont il s'efforça d'appliquer les principes. Le premier de ces économistes a été le Docteur Quesnay, médecin de Louis XV.

Ce nom de Physiocrate vient de ce que cette Ecole attribue à la nature, dans la production des richesses, un rôle prépondérant, l'agriculture étant aux yeux des économistes d'alors la seule industrie productive. Ce qui nous intéresse dans cette doctrine, c'est que les Physiocrates croient à l'existence d'un ordre naturel providentiel qui régit les phénomènes économiques comme les phénomènes naturels et en conséquence, ils prétendent que le pouvoir n'a pas à intervenir en matière économique. Le législateur ne pourrait en intervenant que troubler le fonctionnement des lois économiques naturelles. La philosophie sociale des Physiocrates se ramène donc à peu près à

celle des philosophes du XVIII^{ème} siècle. Elle se résume dans cette phrase de Quesnay : "Laisser-faire, laisser-passer". Laisser faire, c'est-à-dire maintenir la liberté du travail, le droit pour tous les hommes d'user à leur guise de leur activité, ne la limiter en aucune façon, ne pas établir de barrières, de contraintes, laisser s'épanouir la liberté de chaque individu, par conséquent les laisser organiser leurs rapports contractuels, comme ils le veulent, comme ils l'entendent! "Laisser passer", c'est-à-dire respecter la liberté des échanges. Ainsi les Physiocrates aboutissent au même résultat que les philosophes en ce qu'ils réduisent au minimum le rôle du législateur et exaltent l'activité individuelle.

Mais ce n'est là du reste qu'un rapprochement entre les deux doctrines, car en matière politique les Physiocrates se séparaient des philosophes individualistes. Ils considéraient que le monarque avait des droits absolus. Ceci nous importe peu. Nous voulons seulement marquer les ressemblances des doctrines.

Adam Smith et l'Ecole libérale; la liberté contractuelle.

Aux Physiocrates a succédé l'école de l'économie libérale qui a eu pour chef, celui qu'on a appelé le père de l'économie politique, l'Anglais Adam Smith, qui, lui, bien que ses idées politiques diffèrent beaucoup de celles des Physiocrates croit aussi à l'existence d'un ordre naturel fondé sur les principes de liberté et de propriété, et caractérisé par une concordance bienfaisante entre l'intérêt personnel et l'intérêt général.

"Tout homme, dit Adam Smith, dès qu'il n'enfreint pas les lois de la justice, demeure en pleine liberté de suivre la route que lui montre son intérêt, et de porter où il lui plaît son industrie et son capital, concurremment avec ceux de tout autre homme ou de tout autre classe d'hommes". C'est donc bien encore le même aboutissement : pleine, entière liberté pour les individus d'organiser leurs rapports contractuels.

Vous voyez ainsi l'atmosphère dans laquelle on se trouve à la fin du XVIII^{ème} siècle et pourquoi il est vrai de dire qu'à ce moment-là on assiste à un développement admirable de l'idée de contrat. Ce fut l'époque d'or de la notion contractuelle et de la liberté contractuelle.

Si maintenant nous voulons conclure en quelques mots pour indiquer ce qu'est le droit des contrats à la fin de notre ancien régime, à la veille de 1789, nous pouvons le faire en ces termes : le droit civil français des contrats est à cette époque

Les caractères du droit des contrats à la veille de la Révolution.

Différence
avec le droit
romain; le
principe de la
consensualité
des contrats;
rareté des
contrats
solennels.

pleinement constitué. Il ne changera pas; le Code civil y apportera très peu de modifications. Ce droit civil français constitué diffère du droit romain dont il est issu. D'abord tous les contrats sont consensuels; tous se forment par le simple accord des volontés, sauf qu'on a conservé, comme nous la conservons encore, la catégorie des contrats re, c'est-à-dire des contrats qui ne se forment que par la remise de la chose, prêtée, déposée, mise en gage.

La classe des contrats formalistes a presque disparu. Il n'y a presque plus de contrats formalistes à la fin de l'ancien régime, de même qu'il y en a fort peu au XIX^{ème} siècle dans notre droit civil. Nous en voyons reparaître quelques-uns plus tard, mais à cette époque il n'y en a presque plus. Pothier nous dit dans son *Traité des Obligations*, N° 15 : Il n'y a que quatre contrats soumis à une forme déterminée (mais il se trompe, et il rectifiera lui-même) le contrat de mariage (qui est entré dans la pratique depuis le XVI^{ème} siècle, et qui a toujours été considéré comme un contrat solennel qu'il fallait passer devant notaire, aujourd'hui comme autrefois, et qui autrefois jouait un rôle plus important qu'aujourd'hui car c'était alors un vrai pacte de famille, dans lequel on insérait une série de dispositions, et en particulier des clauses qui étaient de véritables pactes sur succession future), le contrat de donation. Pothier devrait ajouter, mais il l'oublie, le contrat d'hypothèque qui était soumis à la forme notariée. Dans notre ancien droit, l'acte notarié emportait de plein droit hypothèque sur tous les biens, de telle sorte que le contrat d'hypothèque n'était pas à proprement parler un contrat, parce qu'on en faisait un acte notarié, celui qui devenait créancier acquérait par là-même une hypothèque de plein droit sur tous les biens du débiteur, l'hypothèque générale étant la règle dans notre droit ancien. Voilà donc les seuls contrats solennels du droit du patrimoine : le contrat de mariage, l'hypothèque et la donation.

Le contrat de donation était devenu un contrat solennel au XVIII^{ème} siècle à la suite de l'Ordonnance de 1731 de d'Aguesseau qui a réglementé les donations, et restait un contrat solennel dans notre droit pour des raisons particulières. La donation a chez nous une organisation historique qu'elle conserve depuis l'Ordonnance de 1731 de d'Aguesseau sur les donations.

Ce sont les seuls contrats solennels de la fin du XVIII^{ème} siècle. Pothier y ajoute cependant le contrat de change et le contrat de constitution de rente;

mais sur ce point on peut presque dire qu'il se méprend. Qu'appelle-t-il le contrat de change ?

Le contrat de change, nous dit-il, est le contrat par lequel je vous donne ou je m'oblige à vous donner un certain bien pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous obligez de me verser dans un autre lieu. Or, ce contrat-là n'est pas soumis à une forme déterminée. C'est un contrat consensuel comme les autres. Seulement il se localise dans un acte spécial qui est la lettre de change. Or, la lettre de change qui est émise en exécution du contrat de change est soumise à des formes déterminées, et c'est ce qu'entend Pothier quand il nous dit que le contrat de change est un contrat solennel. Du reste, il se rectifie plus tard quand il étudie ce contrat et il explique que c'est la lettre de change elle-même qui est soumise à des formes particulières.

Quant à la constitution de rente, Pothier la définit comme suit dans son *Traité de la constitution de rentes*, tome 3, éd. Bugnet : "un contrat par lequel un des contractants vend à l'autre une rente annuelle et perpétuelle dont il se constitue le débiteur pour un prix licite convenu entre eux, qui doit consister en une somme de deniers qu'il reçoit de lui". Par conséquent, vous me donnez une somme d'argent et je vous promets une rente annuelle et perpétuelle, mais toujours sous réserve pour celui qui constitue la rente de pouvoir la racheter quand il lui plaira, en remboursant le prix qu'il a reçu pour la constitution, mais sans pouvoir y être contraint. C'est là ce qui distingue le contrat de rente du prêt à intérêt. Dans le prêt à intérêt je reçois une somme d'argent que je suis tenu de restituer; dans le contrat de rente, je ne suis pas contraint de restituer la somme d'argent qui m'est versée en contrepartie de la constitution de rente. En quoi ce contrat est-il donc un contrat formaliste ? Pothier nous dit que ce n'est pas un contrat consensuel, car il ne se forme que par la remise de la somme moyennant laquelle le constituant de la rente s'oblige à la payer. Donc le contrat de constitution de rente, était tout simplement un contrat réel; or, on ne peut pas dire que les contrats réels soient des contrats solennels.

Ainsi donc, à la différence du droit romain, plus de contrats solennels ou presque plus, trois contrats solennels, des contrats réels; tous les autres sont des contrats consensuels.

C'est là la différence la plus importante entre le droit des contrats du XVIII^{ème} siècle et le droit romain. En dehors de là, le droit français s'est développé comme nous l'avons vu.

Maintien du principe que le contrat est insuffisant pour transférer la propriété.

Il reste toutefois à la fin du XVIII^{ème} siècle une règle d'origine romaine qui s'est du reste maintenue dans beaucoup de législations et qui est la suivante : l'accord de volontés crée des obligations mais il ne transfère pas la propriété. Le contrat crée des obligations, mais il ne suffit pas pour transférer la propriété de la chose qui en est l'objet. La propriété de la chose ne peut être transférée que par un acte matériel qui est la tradition; c'est seulement par la tradition que se fait le transfert. Sur ce point, le Code civil va achever l'évolution et décider que l'accord de volontés suffit pour transférer la propriété.

Persistance des règles de droit romain concernant le fond des contrats.

Le fond du droit des contrats, tel qu'il est constitué au XVIII^{ème} siècle dans notre droit civil français, restait au surplus romain dans son esprit. Par exemple, les auteurs du XVIII^{ème} siècle continuent à dire, comme disaient les Romains, qu'on ne peut pas stipuler pour autrui : *alteri nemo stipulari potest*. On retrouve aussi le fond romain dans la réglementation des contrats spéciaux, dans le contrat de vente, dans le contrat de louage, dans le contrat de société, etc...

Apparition de contrats nouveaux.

Mais ce fond romain qui subsiste ne représente pas tout le droit des contrats. Le droit des contrats s'est émancipé, et d'autre part, des contrats nouveaux sont nés sous l'influence du commerce, en particulier ce contrat de change inconnu des romains; de même que le contrat d'assurance maritime. Il est donc bien vrai de dire que le droit du XVIII^{ème} siècle a sa physionomie propre, particulière. C'est bien notre droit moderne.

§ 4 - Le droit intermédiaire.

Le principe
de la liberté
contractuelle
dans les
Déclarations
des Droits.

En matière contractuelle, le droit de la Révolution n'a presque rien apporté de nouveau. Il n'a pas modifié le droit du XVIII^{ème} siècle. Seulement il a proclamé le principe de la liberté contractuelle.

Les constitutions de l'époque révolutionnaire se caractérisent par les Déclarations des Droits de l'homme qui les précèdent, qui en forment le préambule. La première déclaration des droits de l'homme et du citoyen se trouve en tête de la Constitution du 3 septembre 1791. Cette déclaration des droits de l'homme est une affirmation des principes de la doctrine individualiste. Nous y lisons le principe suivant : "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et on ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas".

Plus tard, dans la Constitution du 5 Fructidor an III, 22 août 1795, qui a donné le pouvoir législatif à deux conseils, le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq Cents, on trouve la même expression dans l'art. 7 de la Déclaration des Droits : "Ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Ce qui n'est pas défendu par la loi est permis". Donc la règle est la liberté de faire tout ce qu'on veut, comme on veut, de la façon qu'on juge conforme à ses intérêts.

La liberté
du commerce.

Ajoutez que la Révolution a aussi établi la liberté commerciale en supprimant les vieilles corporations de notre ancien régime, les maîtrises et les jurandes, qui étaient une limite à la liberté, puisque les corporations enfermaient dans leur sein, au moins dans les villes où elles existaient, les producteurs, les artisans, qu'elles limitaient le droit de devenir maître, réglementaient le sort des compagnons et fixaient aussi le prix des produits. Les corporations, qui ont joué un si grand rôle dans notre ancien régime, les corporations, dont les hommes d'aujourd'hui rêvent de rétablir le pouvoir, ont disparu chez nous par deux décrets : le décret du 2-17 mars 1791 qui a supprimé les maîtrises et les jurandes, et le fameux décret Le Chapelier des 14-16 juin 1791 qui interdit de rétablir les corporations de citoyens d'un même état et profession.

Il n'y a donc plus d'entraves à la liberté de faire le commerce. Chacun est libre d'ouvrir une boutique, de pratiquer le métier qu'il veut. Il n'y a plus de permission à demander à quiconque, il n'y a

Suppression
de la limita-
tion de l'in-
térêt et de
la rescision
pour lésion.

qu'à payer un droit à l'Etat.

En dehors de cela qu'a fait la Révolution?

Il a été dit plus haut qu'elle a établi la liberté du prêt à intérêt par un décret du 3-12 octobre 1789, et qu'elle a aboli la lésion d'outre moitié dans la vente, mais ceci pour des raisons d'ordre économique, et par suite de la dépréciation de la monnaie à l'époque du Directoire.

Nous avons ainsi terminé notre première partie dans laquelle j'ai essayé de présenter l'évolution historique du droit des contrats depuis le droit romain jusqu'à l'époque du code civil.

SECONDE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU
DROIT DES CONTRATS DANS
LE CODE CIVIL.

On peut les résumer comme suit:

Premier principe : La conclusion d'un contrat n'est soumise à aucune forme.

Second principe: L'accord des volontés suffit pour transférer la propriété des choses, objet du contrat.

Troisième principe: Les parties sont libres de régler comme elles le veulent les clauses du contrat.

Quatrième principe : Les contrats légalement formés sont la loi des parties.

Cinquième principe : Les contrats n'ont pas d'effet à l'égard des tiers.

Appendice : Règles concernant les principaux contrats qui font l'objet des dispositions du code civil.

Premier principe.

LE SEUL ACCORD DES VOLONTÉS SUFFIT POUR
LA FORMATION D'UN CONTRAT.

§ 1- Le principe.- L'obligation de rédiger un écrit pour prouver le contrat.

§ 2 - Des contrats qui se forment par la tradition de la chose.

Contrats réels.

§ 3 - Des contrats solennels.

§ I - Le principe.

A-Le principe d'après lequel le seul accord des volontés suffit pour faire naître le contrat n'est pas énoncé expressément dans le code civil, mais il résulte indirectement de l'article 1108 qui nous indique les conditions essentielles pour la validité d'une convention;

"Quatre conditions, nous dit-il, sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation".

Absence d'une forme déterminée pour la manifestation du consentement.

Donc la nécessité d'une forme déterminée ne figure pas parmi ces conditions. Ce principe s'applique d'une façon générale à tous les contrats. Le simple échange des consentements est suffisant.

Du principe qu'en général le silence ne vaut pas consentement.

Le consentement peut se manifester de n'importe quelle façon, soit d'une façon expresse, soit tacitement par la manière dont se conduisent les contractants. Il y a même des cas où le simple fait de garder le silence emporte consentement à la conclusion d'un contrat. Mais ce sont des cas exceptionnels; il est admis, quoique cela ne soit pas dit dans le code civil, sans discussion, qu'en règle générale le silence n'oblige pas, ne vaut pas adhésion à un contrat. Le vieux proverbe : qui ne dit mot consent, ne s'applique pas d'une façon générale en matière juridique. La jurisprudence en a fait maintes fois application. Par exemple, l'envoi répété d'un journal n'oblige pas le destinataire à le refuser, même si celui qui l'envoie déclare qu'à défaut de refus, le destinataire sera considéré comme abonné. De même, l'envoi de produits n'oblige pas celui qui les reçoit à les renvoyer à l'expéditeur; le fait de les garder ne l'engage pas, ne vaut pas contrat de sa part (en ce sens Toulouse 11 juin 1881 D.1882. 2. 106. S. 1883 2.8. et Douai, 10 Mars 1874 S.1876.2. 150. D. 1874. 2.160)

Voici un arrêt très précis qui émane de la Chambre civile de la Cour de cassation 25 Mai 1870. D.1870. I. 257. S. 1870.I.341. Il s'agissait d'un négociant qui avait laissé sans réponse la lettre d'un banquier l'informant qu'il l'avait porté sur la liste des souscripteurs dans une émission d'actions et qu'il l'avait débité du premier versement à effectuer. Le négociant n'avait pas répondu à cet avis et le banquier lui réclamait ce premier versement. La Cour de Cassation a déclaré dans son

arrêt: "Attendu qu'en droit le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut pas suffire en l'absence de toute autre circonstance pour faire preuve contre lui de l'obligation".

Cas exceptionnel où le silence vaut consentement.

Telle est donc la règle. Il y a toutefois des cas exceptionnels dans lesquels le silence est considéré comme une acceptation, comme un engagement, et suffit par conséquent comme manifestation de la volonté.

La tacite reconduction.

Nous en trouvons plusieurs applications dans la loi. La plus connue est celle de la tacite reconduction en matière de louage. L'article 1738 qui pose les règles générales du contrat de louage nous dit: "Si à l'expiration des baux écrits le preneur est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit: "Ainsi à l'expiration du bail, le preneur reste dans les lieux loués et le bailleur informé de ce maintien en possession ne proteste pas. Ce silence de la part du bailleur est considéré comme une adhésion, comme valant consentement à la formation d'un nouveau contrat qui s'appelle la tacite reconduction. En pareille hypothèse, le preneur manifeste sa volonté d'une façon tacite en restant dans les lieux; son consentement résulte non de son simple silence, mais de la façon dont il se comporte. Il n'en est pas de même pour le bailleur, pour lui c'est le simple fait de ne pas protester, de garder le silence qui vaut consentement.

Le code civil, après avoir énoncé cette règle dans l'article 1738, ajoute que si le bailleur a donné congé au preneur il a par là-même manifesté son intention de ne pas renouveler le bail, et par conséquent il n'y a pas tacite reconduction quoique le preneur ait continué sa jouissance. "Lorsqu'il y a eu congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite reconduction". Le code civil fait application de cette règle dans l'article 1759 aux baux de maison, pour les baux à loyer, et dans l'article 1776 pour les baux ruraux.

Contrat de travail à durée déterminée et contrat d'assurance.

Ce n'est pas seulement en matière de louage que nous rencontrons la tacite reconduction ou le renouvellement du contrat par le fait du silence. Le contrat de travail fait pour un temps déterminé peut se renouveler aussi par le fait que le patron laisse l'ouvrier continuer à travailler pour lui après l'expiration du temps fixé par le premier contrat. De même, dans une loi récente, on trouve une disposition analogue, loi du 13 juillet 1930 sur le contrat

d'assurances article 5 dernier alinéa. Il y est dit: "La police doit mentionner que la durée de la tacite reconduction ne peut en aucun cas et nonobstant toute clause contraire être supérieure à une année". Si donc les parties, à l'expiration du temps fixé pour l'assurance le prolonge, un nouveau contrat se forme par tacite reconduction et d'après l'article 5 ce contrat est réputé fermé pour un an.

Convention collective de travail.

Enfin on trouve également des applications de la tacite reconduction dans la loi qui a réglementé chez nous la convention collective de travail, c'est-à-dire la loi du 22 Mars 1919, aujourd'hui insérée dans le livre I du code du travail. On appelle convention collective de travail une convention passée entre un syndicat patronal et un syndicat ouvrier, ou entre un groupe de patrons et un groupe d'ouvriers, par laquelle les conditions du travail dans les usines des employeurs participant au contrat sont réglementées. Cette loi contient plusieurs applications de cette idée qu'une personne peut être obligée par son silence. Article 31 h. : "A défaut de stipulation contraire, la convention collective de travail à durée déterminée qui arrive à expiration continue à produire ses effets comme une convention à durée indéterminée".

Article 31 k: "sont considérés comme liés par la convention collective, ceux qui, au moment où la convention est signée, sont membres d'un groupement partie à la convention, à moins qu'ils ne se retirent de ce groupement dans un délai de 8 jours à dater du dépôt". Enfin article 31 r : "Lorsqu'une seule des parties au contrat de travail doit être considérée comme liée par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses sont présumées acceptées dans le contrat individuel de travail passé entre cette personne et une autre, qu'il s'agisse d'un patron ou d'un ouvrier".

Cas pratiques où le silence vaut consentement à raison des circonstances ou relations surtout entre les parties.

En dehors de ces applications légales du consentement par le simple fait de garder le silence, on en trouve quelques autres dans la pratique quand il s'agit de personnes en relations d'affaires, ou de clauses insérées dans les factures.

Personnes en relations d'affaires:

Un commerçant écrit à son fournisseur habituel: Envoyez-moi telle quantité de tel produit. Le fournisseur ne répond pas. Par son silence il est censé accepter le marché que lui a proposé son client. Son silence vaut acceptation. Plusieurs décisions l'ont déclaré, notamment un arrêt de Montpellier du 3 Juillet 1885 S.1886 2.56; et des jugements de tribunaux

de commerce : Nantes 19 mai 1906. D. 1908.2.313.

On applique également la même règle, mais ici il y aurait quelques observations à faire, car c'est une question délicate, aux clauses insérées dans une facture et contenant certaines stipulations favorables au commerçant qui a fait la fourniture. Très souvent, l'industriel qui livre une commande insère dans la facture certaines clauses, qui le plus souvent y sont imprimées, telles que les suivantes : Payable au domicile du vendeur. Payable par traite à la fin du mois ou dans trois mois. Toute contestation sera jugée par le tribunal du domicile du vendeur. Et autres clauses de ce genre. La jurisprudence admet que si le destinataire qui reçoit la facture ne proteste pas, il est censé accepter ces clauses. Elle se fonde, ainsi que les auteurs qui ordinairement partagent son opinion, sur l'article 109 du Code de commerce d'après lequel les achats et ventes se constatent par une facture acceptée. Elle tire un argument de ce mot : "accepté", en ce sens que la loi n'exige pas que la facture soit acceptée d'une façon formelle, mais acceptée par le fait qu'elle est reçue sans réclamation par le destinataire. Ces clauses vont quelquefois fort loin. On peut se demander si vraiment le destinataire qui reçoit la facture avec la série de clauses qui y sont imprimées, (certaines sont parfois assez longues et bien entendue toutes sont en faveur de l'expéditeur), est lié par elles. Cette question mériterait d'être étudiée de plus près. (Cf. consulter un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1898 D. 1899.I.309 S. 1901.I.326 et un autre du 27 janvier 1909 S. 1909.I.136 et D. 1909). On trouve une série d'autres décisions rapportées dans les Traités de droit commercial.

Obligation de rédiger un arrêt - Restriction qu'elle apporte au principe que le contrat se forme par le seul consentement.

B - Limitations apportées au principe de la consensualité par l'obligation qu'impose le Code civil aux contractants de rédiger un écrit en vue de faire la preuve du contrat qu'ils ont passé.

Cette obligation est écrite dans l'art. 1341 du Code civil, Titre des obligations, chapitre de la preuve, section 2 intitulée : De la preuve testimoniale. L'article 1341 contient deux règles :

Première règle : "Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toute chose excédant la somme ou la valeur de 150 francs, disait le Code civil, aujourd'hui de 500 francs (depuis la loi du 1er avril 1928 qui a tenu compte de la dépréciation de la monnaie), même pour dépôts volontaires".

Seconde règle : "Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur de moins de 500 francs".

1) Interdiction de faire la preuve d'un contrat au-dessus de 500 frs. par témoins ou par présomptions.

Première règle. C'est la plus importante : j'en ai dit l'origine précédemment : elle se trouve dans l'ordonnance de Moulins de 1566; elle a été répétée et complétée dans une ordonnance du temps de Louis XIV d'avril 1667, titre 20, art. 2.

Il résulte de cette règle que les parties qui ont passé un contrat dont la valeur dépasse 500 frs. ne peuvent pas demander à en faire la preuve par témoins ou, ce qui revient au même, car la loi assimile ces deux modes de preuve, par des présomptions de fait graves, précises et concordantes. D'après l'article 1353, en effet, les magistrats ne doivent admettre les présomptions de cette nature que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale.

Ainsi une convention dont la valeur excède 500 frs. doit être constatée par un acte écrit, afin que les parties puissent postérieurement en établir la preuve en justice.

Application de cette règle devant toutes juridictions.

La loi écarte la preuve testimoniale des contrats devant toutes les juridictions. C'est une règle générale. On ne peut pas faire la preuve d'un contrat par témoins ou par simples présomptions même quand on est devant une juridiction criminelle. Ainsi un individu est poursuivi devant le tribunal correctionnel, comme s'étant rendu coupable du délit d'abus de confiance; le plaignant lui reproche d'avoir disposé d'une chose déposée chez lui, ou de s'être approprié des fonds qui lui avaient été remis en qualité de mandataire. Il faut donc prouver qu'il y a eu un contrat de dépôt ou un contrat de mandat passé entre le plaignant et l'inculpé. Bien qu'on soit en matière pénale, cette preuve doit être faite conformément aux règles du Code civil, c'est-à-dire par écrit. Il a été observé déjà précédemment que cette obligation de rédiger un acte écrit pour se réserver la preuve du contrat tempérait dans notre législation la portée de la règle que les contrats se forment par le seul échange des consentements. En effet, un droit dont on ne peut pas faire la preuve est bien fragile; il dépend de la bonne foi de celui contre lequel il existe. Aussi, en pratique, ceux qui font un contrat ne manquent jamais de le constater par écrit.

Justification de l'exigence d'un écrit.

On a parfois critiqué cette règle de l'art. 1341, mais, pour ma part, j'estime qu'elle mérite d'être conservée. J'ai essayé de le prouver dans un article

publié dans le Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1917-1918, p. 190 et spécialement pp. 214 et ss.

L'utilité qu'il y a à exiger la rédaction d'un écrit quand il s'agit d'un contrat excédant la somme prescrite par la loi me paraît certaine. En rédigeant un écrit les contractants sont conduits à préciser les conditions de leur accord. Or, cette précision se fait certainement mieux par écrit que verbalement, parce que l'écrit exige une certaine réflexion, demande un certain temps pour sa rédaction, tandis que l'échange verbal des consentements ne permet pas toujours aux parties de prévoir les diverses clauses de leur accord. La rédaction de l'écrit protège le contractant contre un engagement qu'il peut prendre à la légère. En particulier, elle paraît indispensable lorsqu'il s'agit de contrats qui doivent lier les parties pendant un certain temps. Ces contrats, que l'on appelle les contrats successifs, peuvent un jour ou l'autre donner naissance à des contestations. L'indication dans l'écrit des différentes obligations des parties, prévient les litiges. Aussi chez nous l'usage de rédiger un écrit est-il courant. Mais, pourrait-on dire, si l'écrit paraît si nécessaire ou du moins si utile, pourquoi alors n'en pas faire une condition de la validité du contrat ? Cette exigence aurait de gros inconvénients. Le procédé est trop radical, trop brutal. C'est protéger à l'excès les contractants que de leur imposer une obligation dont l'inobservation va entraîner la nullité du contrat. C'est aller trop loin. Il y a là un danger pour les parties. Le système établi par notre loi est plus souple, mieux adapté au but.

On a encore adressé à la règle de l'art. 1341 des critiques dont il est bon de dire quelques mots. Elles ont été assez bien développées dans les motifs du projet de code civil allemand de 1900, bien que ce code ne contienne pas les règles relatives à la preuve; à la différence du nôtre, ce qui est plus logique, car ces règles ressortissent à la matière de la procédure. Mais dans les discussions préalables du code civil allemand, cette question a été longuement discutée et les objections suivantes ont été adressées à la preuve écrite. On a prétendu tout d'abord que l'écrit est une arme à double tranchant, qui risque de tourner au désavantage du contractant le plus faible, ou le moins bien placé pour se défendre. Ceci est vrai dans un certain nombre de cas, mais non d'une façon générale. C'est vrai quand il s'agit des contrats que l'on appelle les contrats

d'adhésion, par exemple le contrat d'assurances, qui présentait, surtout avant la loi du 13 juillet 1930 qui l'a réglementé, certains dangers pour l'assuré. Les compagnies d'assurances préparaient des polices écrites en petits caractères imprimés que l'assuré ne lisait pas, ou dont il ne comprenait pas bien les clauses. Il pouvait ensuite se voir opposer une cause de déchéance dont il ne soupçonnait pas l'existence. Cela faisait dire à bien des gens que quand on signait un contrat d'assurance, on n'était assuré que d'une chose, c'était d'avoir un procès avec son assureur. Mais ceci n'est pas spécial à l'acte écrit, car s'il n'y avait pas un acte écrit, le contractant le plus faible au point de vue économique, serait encore bien moins protégé. On ne peut pas dire que c'est l'écrit qui livre un des contractants à l'autre, c'est le contrat, par sa nature même de contrat d'adhésion, et le vrai remède pour rétablir dans ces contrats l'égalité des parties est l'intervention de la loi qui interdit l'usage de certaines clauses, qui établit des règles impératives et qui interdit certaines dispositions qui seraient de nature à tromper un des contractants, à l'induire en erreur.

On a dit aussi que l'écrit favorisait les procès. Mais c'est une objection à double tranchant. La preuve par témoins les favorise bien plus. Quand on discute sur un écrit on a au moins quelque chose de bien précis, de bien net, on discute sur certaines clauses qui ont été établies dans un acte. Quand il n'y a pas d'écrit on en est réduit aux témoignages et chacun trouve des témoins prêts à venir affirmer en justice les prétentions de celui qui les appelle. La mémoire des hommes est faible, nous en avons tous les jours la preuve; les faits se transforment dans leur imagination et il faut en outre tenir compte de ce vieil adage du droit français rapporté par Loysel : "Qui mieux abreuve, mieux preuve". On peut trouver des témoins complaisants; on en a souvent la preuve en matière d'accidents d'automobile.

Les Alsaciens-Lorrains, qui avant le retour des trois départements à la France étaient soumis à une procédure qui admet la preuve par témoins, car le droit civil allemand admet la preuve par témoins, ont reconnu que ce mode de preuve donnait lieu à beaucoup de litiges, beaucoup plus que la preuve écrite, pour cette raison que celui qui veut faire un procès à l'autre trouve facilement des témoignages et que ces témoignages favorisent l'esprit processif.

Enfin, et c'est là l'objection qui en apparence paraît la plus forte, la plus difficile à réfuter,

Justification
de l'admission

de la preuve testimoniale en matière commerciale.

Le Code civil français réserve les matières commerciales et l'art. 109 C.com. décide que les achats et ventes se constatent par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croit devoir l'admettre. Or, on applique à tous les contrats ce que l'art. 109 dit des achats et des ventes. L'art. 109 a pris les achats et ventes comme étant le contrat le plus courant, le plus fréquent entre les commerçants. Donc, en matière commerciale, la preuve des contrats peut se faire par témoins, ou tout au moins le juge peut admettre les parties à prouver par témoins leurs prétentions; et ce mode de preuve est couramment employé devant les tribunaux consulaires. Les tribunaux consulaires, libres d'admettre ou de repousser la preuve testimoniale l'admettent ordinairement. Dès lors, peut-on dire, quelle raison y a-t-il de distinguer entre les procès civils et les procès commerciaux ? Pourquoi ce qui est bon devant les tribunaux consulaires paraît-il dangereux devant les tribunaux civils ? C'est cet argument qui a entraîné la plupart des législations qui n'ont pas adopté la règle de notre art. 1341. On peut y répondre qu'il y a une différence sensible entre les affaires civiles et les affaires commerciales. Il y a les habitudes des commerçants, et celles des non commerçants qui sont bien différentes, et on ne peut pas ne pas tenir compte de cet état de choses. D'abord les contrats commerciaux se concluent le plus souvent par correspondance. Il en reste par conséquent quelque chose. Il reste les échanges de lettres qui pourront être produites devant le tribunal. Même pour les opérations commerciales qui sont faites oralement, on peut en trouver la preuve dans les livres des deux parties, des deux commerçants.

Puis surtout les transactions entre commerçants, parce qu'elles sont simples, rapides, fréquentes, s'accommodent mal de la forme écrite. De plus, le commerçant est aussi plus respectueux de sa parole que le non commerçant, car son crédit dépend de la confiance qu'il inspire, de la bonne foi qu'il apporte dans l'exécution de ses contrats. L'esprit de chicane est incompatible avec la bonne renommée du commerçant. Le commerçant chicanier travaille contre son intérêt, il décourage sa clientèle. Les contrats entre non commerçants se concluent dans des conditions différentes. Ils sont moins fréquents. De plus, le non commerçant qui fait un contrat n'a pas besoin d'agir avec la même rapidité que le commerçant. Il est aussi moins scrupuleux pour tenir ce qu'il a promis, surtout quand il s'agit des terriens. Avez-vous

quelquefois entendu un paysan dire : J'ai pu le dire mais je ne l'ai pas écrit. C'est le vieil esprit terrien, il n'y a qu'une chose qui compte, c'est ce que l'on a écrit. Ces raisons me paraissent suffisantes pour justifier la règle de l'art. 1341.

Maintien du principe de la preuve écrite dans le projet de code franco-italien des obligations.

Lors de la préparation du projet de Code des obligations franco-italien, la question a été naturellement discutée, parce qu'il y a beaucoup de législations qui contrairement à la nôtre, se contentent de la preuve par témoins en matière de contrats. Après discussion, les deux commissions ont maintenu la règle française qui est également admise par le Code civil italien, mais qui compte beaucoup plus d'adversaires en Italie que chez nous. Voici les raisons qui ont été données dans le rapport qui précède le Code des obligations :

"Une des questions les plus graves dans la matière des preuves, est celle de savoir s'il y a lieu de maintenir la limite actuelle de la preuve par témoins. Cette règle a été battue en brèche par quelques-unes des lois de procédure les plus récentes. En Italie, en particulier, la règle de la liberté des preuves a rencontré la faveur de quelques auteurs estimés en matière de procédure civile, qui voudraient l'adopter en même temps que le système général de la procédure civile autrichienne. Mais tout en reconnaissant l'avantage que même dans notre pays l'administration de la justice retirerait de l'adoption d'un système de procédure analogue au système de procédure autrichien, les Commissions n'ont pas pensé que la liberté absolue des moyens de preuve en soit une conséquence nécessaire. En effet, s'il est exact que l'initiative plus grande laissée au juge et l'importance prépondérante que la procédure autrichienne donne à la discussion orale du litige diminuent beaucoup les défauts de la preuve testimoniale, on ne détruit pas pour cela les raisons très graves qui, par suite d'une très longue tradition pratique et législative, particulièrement en France, en ont fait adopter la prohibition. Ces raisons se réduisent toutes au défaut de garantie de la vérité que présente le témoignage, non pas tant pour le danger de la non-sincérité qui peut trouver remède soit dans le contrôle du juge et des parties, soit dans la conscience morale et religieuse des témoins, soit enfin dans les sanctions pénales, que par ce fait reconnu par l'expérience séculaire et confirmé par les plus récentes études de psychologie expérimentale que le souvenir des faits auxquels une personne a été mêlée est souvent imprécis et confus, de telle sorte qu'il est

bien facile sur quelques points particuliers qui forment souvent le fond même des procès, que plusieurs témoins, même de parfaite bonne foi, soient en contradiction entre eux.

"Enfin l'usage d'établir des contrats par écrit devient chaque jour plus général, même dans les milieux qui autrefois ne le connaissaient pas, de telle sorte que supprimer l'art. 1341 serait dans un certain sens marcher à rebours du progrès. Toutefois on a modifié le montant de la limite fixée pour l'interdiction de la preuve testimoniale, qui était de 150 francs pour le Code civil français et de 500 livres pour le Code italien qui date de 1867, ce dernier chiffre ayant d'ailleurs été porté en Italie à 2.000 livres par un décret de 1922. Le projet fixe la limite à 2.000 francs ou livres. Art. 293".

La pratique de l'échange de lettres pour éviter l'enregistrement des actes synallagmatiques.

Voilà donc pour la première règle. Il faut toutefois noter ici une observation qui devient importante, et qui est une observation d'ordre indirect, une observation de fait. Une loi du 22 juin 1918 a chez nous, dans son art. 12, rendu obligatoire dans les trois mois de leur date, l'enregistrement de tous les actes sous seing privé constatant une convention synallagmatique, exception faite des marchés ou traités réputés actes de commerce. Il faut donc, toutes les fois que l'on fait un contrat synallagmatique, et ce sont les contrats courants, le faire enregistrer dans les trois mois, et pour cela faire un double spécial qu'on remet à l'enregistrement. Pour éviter le paiement des droits que comporte cet enregistrement, droits qui peuvent être fort élevés, lorsque le contrat porte sur des valeurs importantes, les contractants ont pris l'habitude de ne plus rédiger d'acte écrit; ils se contentent d'un échange de lettres. Un des contractants écrit à l'autre : Je vous propose de faire telle chose dans telles et telles conditions. L'autre répond : J'accepte. Tout naturellement dans une lettre on ne précise pas comme on le fait dans un acte écrit, réfléchi, étudié, les clauses et conditions du contrat qui se conclut. Si bien qu'il y a là un abandon de la règle de l'article 1341 qui peut être considéré comme regrettable.

La nécessité d'un écrit et la preuve testimoniale dans les législations étrangères.

Un certain nombre de législations étrangères autorisent la preuve par témoins. Elles sont aujourd'hui plus nombreuses que celles qui exigent la preuve par écrit. C'est d'abord le Code civil portugais du 1er juillet 1867, puis le droit anglais. Il faut classer ces deux droits à part, en ce qu'ils permettent la preuve par témoins quand on n'a pas rédigé un écrit; mais quand on en a rédigé un on ne peut

pas prouver par témoins outre et contre l'écrit.

D'autres législations étrangères permettent beaucoup plus largement la preuve par témoins en ce sens qu'ils ne contiennent pas la restriction sus-énoncée. Tels sont : le droit procédural allemand, le droit suisse, le droit autrichien.

La règle de la prohibition de la preuve par témoins à partir de 500 frs. subit plusieurs tempéraments qui servent en quelque sorte de soupapes et qui sont les suivants :

Le premier, je ne fais que le rappeler l'ayant précédemment signalé, vise les matières commerciales. l'art. 109 C.Co. permet au juge d'autoriser la preuve testimoniale quand il le juge à propos, dans les affaires commerciales.

Le second tempérament est très important : il résulte de l'art. 1347 du Code civil que je ne vais pas étudier à fond, mais sur lequel il convient de donner quelques indications. Il vise le commencement de preuve par écrit. "Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit". Dans son second alinéa l'article indique ce qu'il faut entendre par là : "On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué".

Quand donc le demandeur produit un commencement de preuve par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le contrat qu'il invoque, il peut faire la preuve de ce contrat soit par témoins, soit par des présomptions graves précises et concordantes, quand même l'objet dépasse la valeur de 500 francs.

Il y a bien des exemples de commencement de preuve par écrit. (cf. décisions au petit Dalloz sous l'article 1347). Un billet pour lequel les formalités de l'art. 1326, qui exige que le débiteur fasse précéder sa signature du Bon, ou d'un approuvé, ou que le billet soit rédigé de sa main, peut valoir commencement de preuve par écrit. De même lorsqu'un contrat synallagmatique a été constaté par un simple écrit et non pas par deux écrits comme le veut l'art. 1326, cet écrit unique vaut comme commencement de preuve par écrit.

La jurisprudence, interprétant largement l'art. 1347, décide que le commencement de preuve par écrit peut résulter de déclarations faites par le prévenu dans des interrogatoires subis devant un juge d'instruction, parce qu'en signant le procès-verbal qui constate ses déclarations, il leur donne par là la valeur d'un commencement de preuve par écrit. Voyez

Exceptions à l'exigence de la preuve par écrit au-dessus de 500 frs.

1°) Matières commerciales,
2°) commencement de preuve par écrit.

notamment un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 8 décembre 1893. D. 1897.I.266. De même les réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles peuvent constituer un commencement de preuve par écrit quand elles rendent le fait allégué par le demandeur vraisemblable. Vous verrez plusieurs autres arrêts dont le dernier est un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1918 D. 1918.I.77.

Cette procédure de l'interrogatoire par faits et articles est peu employée en matière civile, aujourd'hui, mais il arrive souvent que l'une des parties peut demander que l'autre soit entendue personnellement pour expliquer certains faits. Si dans les explications que donne la partie appelée devant le tribunal il y a des déclarations qui rendent vraisemblable le fait allégué par son adversaire, elles vaudront commencement de preuve par écrit. C'est donc là une dérogation assez importante à la règle de la prohibition de la preuve testimoniale ou par simples présomptions au-dessus du chiffre indiqué.

3°) Impossibilité pour le créancier de se procurer un titre écrit ou perte par le créancier du titre constatant sa créance.

Le troisième tempérament se rencontre lorsque le demandeur en justice n'a pas pu se procurer une preuve par écrit, et ces cas sont prévus dans l'art. 1348. "Les règles précédentes reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique : 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits... Il faut entendre avec discrétion ce texte, parce qu'il comprend des hypothèses qui ne rentrent pas elles-mêmes dans la prohibition. Il nous dit qu'en matière de délits ou de quasi-délits le créancier peut recourir à la preuve par témoins lorsqu'il n'a pas pu se procurer un écrit, mais il n'est pas douteux que s'il s'agit de prouver les faits constitutifs du délit ou du quasi-délit la preuve par témoins est toujours possible. Le créancier n'a pas besoin de prouver qu'il n'a pas pu se procurer un écrit, parce qu'il s'agit ici de faits purement matériels et non pas de faits juridiques, et que les faits matériels s'établissent en justice par tous les moyens. Il faut donc entendre l'art. 1348, 1° comme ne visant que les cas où le demandeur, le créancier veut prouver à l'occasion d'un délit ou d'un quasi-délit un contrat qui a pu être la source du délit ou du quasi-délit. Par exemple, il veut prouver un abus de confiance, c'est-à-dire qu'il y a eu mandat ou dépôt. Il ne pourra faire la

preuve du contrat générateur du délit ou du quasi-délit commis par l'autre contractant, par témoins ou par simples présomptions, qu'à la condition de prouver qu'il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve écrite.

L'art. 1348 cite en second lieu comme dispensés de preuve écrite par suite de l'impossibilité de se procurer un écrit "Les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances de fait".

Il n'est pas nécessaire d'insister sur cette hypothèse, qui s'explique aisément, puisqu'elle vise des cas où la personne devenue créancier s'est trouvée dans l'impossibilité par suite des circonstances dans lesquelles s'est formé le contrat de dépôt de demander un écrit de la part du dépositaire.

L'art. 1348 vise 3° les "obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit". Même explication que pour le cas précédent.

Le texte s'applique 4° "au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure".

Quand donc le créancier prétend qu'il a perdu le titre constatant le contrat qu'il invoque, il peut faire la preuve par témoins, mais à condition de prouver que la perte provient d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit imprévu. Il est donc obligé de faire la preuve du cas fortuit qu'il invoque comme étant la cause de la perte de son titre.

Il faut ajouter que la jurisprudence assimile dans ses décisions à l'impossibilité physique de se procurer un écrit, l'impossibilité morale qui résulte du fait que, dans certaines circonstances, il n'est pas d'usage de demander un écrit pour constater la formation du contrat. C'est ainsi qu'il est admis que le médecin qui soigne un malade peut faire la preuve de ses visites sans avoir besoin d'un écrit de son client, car il est dans l'impossibilité morale d'exiger un écrit, en reconnaissance des visites qu'il lui consacre. De même on admet que la personne qui dépose, dans un théâtre ou dans un lieu public, son chapeau, son parapluie, son pardessus, et qui ne les retrouve pas à la sortie, peut faire la preuve par témoins ou par simples présomptions de la perte qui lui a été infligée, par la négligence du gardien parce qu'il ne peut pas demander un écrit.

4°) Fraude à la loi.

Un quatrième tempérament vise le cas de fraude à la loi. Si l'un des contractants soutient que l'écrit qu'il a signé cache une fraude à la loi, soit qu'il déguise un contrat illicite, comme une donation faite à un incapable, soit que l'obligation qu'il constate avait une cause illicite. Il en est ainsi si le cessionnaire d'un office ministériel, signe un billet à son cédant dans lequel il consent à lui payer une certaine somme d'argent comme supplément du prix fixé par la Chancellerie pour la cession de l'office ministériel; il y a là une fraude à la loi, la loi n'admet pas que le cédant d'un office ministériel puisse ainsi se faire payer une somme supérieure au prix qui a été fixé par elle; dans ce cas, la partie qui soutient que l'écrit signé par elle a une cause illicite, peut faire la preuve par témoins du caractère illicite du contrat, qui l'a déterminée à signer cet écrit.

Ce tempérament n'est pas indiqué dans notre loi. Il n'est pas énoncé dans les art. 1347 et suiv. mais on le justifie par un argument tiré de l'art. 1353 C.C. qui vise la preuve par simples présomptions graves, précises et concordantes, présomptions tirées du fait de l'homme. Cet article 1353 décide que les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, c'est-à-dire les présomptions qui sont laissées à la juste appréciation des magistrats, ne peuvent être invoquées que dans les cas où la preuve par témoins est possible, et il ajoute : "à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol". C'est de cette formule que la jurisprudence tend à conclure que toutes les fois que le demandeur prétend que le contrat passé contient quelque chose d'illicite, d'immoral, la preuve du caractère illicite ou immoral du contrat peut être faite par témoins. Supposez qu'il s'agisse de la vente d'une maison de jeu, d'une maison de tolérance, l'acheteur qui a signé un écrit constatant qu'il est débiteur du prix, peut prouver par témoins ou par présomptions que le prix s'applique à la vente d'une chose contraire aux bonnes mœurs.

5°) Possibilité pour les parties d'écartier la nécessité d'une preuve écrite.

Reste un dernier tempérament à signaler qui, lui aussi, a son importance, au moins théorique : la prohibition prononcée par l'art. 1341 est-elle ou n'est-elle pas d'ordre public ? C'est une question qui est très discutée en doctrine, mais qui est aujourd'hui tranchée par la jurisprudence, laquelle décide que, en ce sens, la prohibition n'est pas d'ordre public.

Discussion de cette

Pour le décider la jurisprudence invoque cette idée que l'art. 1341 a été établi uniquement pour

solution.

protéger les intérêts privés, pour éviter les procès, et pour permettre aux parties de prouver plus facilement le contrat qu'elles ont passé. Argument discutable que la doctrine repousse ordinairement parce que l'article 1341 paraît être conçu en termes impératifs : "Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 500 francs" ce qui semble bien être un ordre, une formule qui s'impose à la volonté des particuliers.

D'autre part, on peut discuter la question de savoir si toute règle qui est destinée à protéger les individus est une règle à laquelle ils peuvent renoncer. Il est bien certain que les mesures de protection des incapables sont des mesures fondées sur l'ordre public parce que la protection des incapables fait partie de l'ordre public d'un Etat et il n'est pas possible d'y renoncer. On pourrait donc faire valoir ici un argument analogue pour repousser le système de la jurisprudence, c'est bien pour cela que la doctrine ne s'accorde pas sur ce point avec les décisions des tribunaux. La discussion est d'autant plus vive qu'il y a une divergence sur ce point entre la jurisprudence française, et la jurisprudence belge, qui elle, plus influencée que la jurisprudence française par la doctrine, surtout par la doctrine d'un grand auteur belge qui a gardé une grande renommée dans son pays, Laurent, reconnaît à l'article 1341 le caractère d'une règle d'ordre public, et interdit aux particuliers d'y déroger en quoi que ce soit.

Intérêt de la question de savoir si la prohibition de la preuve par témoins au-dessus de 500 frs. est d'ordre public.

L'intérêt qu'il y a à décider si cette prohibition de la preuve testimoniale touche ou ne touche pas à l'ordre public, est le suivant : on peut distinguer trois intérêts :

Premier intérêt : Lorsqu'une des parties demande à prouver par témoins un contrat dont la valeur dépasse 500 frs. et que l'autre ne dit rien, par conséquent ne s'oppose pas à l'enquête demandée, le juge peut-il d'office repousser l'admissibilité de l'enquête ou bien ne le peut-il pas, si l'autre partie ne dépose pas ses conclusions en vue de faire rejeter la prétention de son adversaire ?

Tout dépend du point de savoir si l'on considère la règle de l'art. 1341 comme étant d'ordre public, auquel cas elle s'impose à la volonté du juge, ou comme n'étant pas d'ordre public. Sur ce point la jurisprudence s'est prononcée à diverses reprises pour l'affirmative, c'est-à-dire qu'elle a décidé que le juge ne peut pas d'office rejeter la demande d'enquête.

te. Voyez notamment un arrêt de la Chambre civile du 6 janvier 1936 D. H. 1936, p. 115. Il se rapporte au second intérêt que je vais citer :

Second intérêt : Le moyen tiré de la non-admissibilité de la preuve par témoins peut-il être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation? Oui s'il est d'ordre public, non s'il n'est pas d'ordre public; il faut que l'intéressé l'ait fait valoir devant les juges du fond. L'arrêt de la Chambre civile précité, s'est prononcé pour la négative en décidant que cette prohibition ne pouvait pas être invoquée pour la première fois dans un pourvoi en cassation.

Enfin, reste une dernière conséquence qui n'a jamais donné lieu à décision de jurisprudence : la question ne se pose pas dans la pratique. Elle est pourtant intéressante. Les parties pourraient-elles en contractant écarter l'application de l'art. 1341 et convenir qu'elles auront le droit de prouver les contrats qu'elles passent, bien qu'ils soient supérieurs à 500 frs. par la preuve testimoniale ? L'affirmative résulte des solutions déjà données par la jurisprudence sur les deux premiers intérêts. Oui si la règle n'est pas d'ordre public, non si elle est d'ordre public. J'arrête là ces explications qui n'avaient pour objet que de vous indiquer la portée exacte de la prohibition de la preuve testimoniale dans notre droit.

Cette prohibition de la preuve testimoniale est fondée sur deux règles. Nous venons d'étudier la première : "Il doit être passé acte par écrit de tout contrat dont l'objet a une valeur égale ou supérieure à 500 francs".

2ème règle :
Impossibilité
de combattre
ou de compléter
un écrit
par la preuve
testimoniale.

Voici la seconde règle contenue dans le même article : "Il n'est reçu aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes" ni, ajoute le texte qui reproduit ici les termes de l'ordonnance de Louis XIV de 1667, "ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 500 francs".

Ainsi, d'après cette seconde règle, les parties, quand elles ont rédigé un écrit pour constater leur contrat, et même si la valeur de leur contrat ne dépasse pas 500 frs. ne peuvent pas invoquer la preuve par témoins contre l'écrit qu'elles ont rédigé. Elles ne peuvent jamais invoquer la preuve par témoins pour combattre ou pour compléter l'écrit qu'elles ont rédigé.

Cette seconde règle s'explique par cette idée, que la loi présume que les contractants qui ont rédi-

gé un écrit sont réputés n'y avoir rien omis, n'avoir commis aucune erreur. Reprenons rapidement les termes employés par la loi pour les expliquer :

L'article dit d'abord que "la preuve testimoniale ne peut pas être admise contre le contenu aux actes". Prouver contre un acte c'est prouver que ses termes ne sont pas conformes à la vérité. Par exemple, c'est prouver que l'acte est simulé ou bien que l'une des parties a commis une erreur involontaire ou résultant d'un dol.

Il faut faire attention à la portée que l'on donne à ces mots, "prouver contre un acte". Si l'une des parties prétend qu'elle a commis une erreur, qu'elle a contracté sous l'empire de l'erreur, ou sous l'empire de manœuvres dolosives, frauduleuses, émanant de l'autre contractant, la règle de l'art. 1341, ne s'applique pas. Il est admis sans discussion que la prohibition doit être écartée et que la victime de l'erreur ou du dol peut faire la preuve par témoins, pour cette raison facile à comprendre, que celui qui invoque l'erreur ou les manœuvres dolosives dont il a été victime demande à prouver un fait matériel. Ce sont des faits matériels qu'il demande à établir et nous savons que les faits matériels peuvent toujours être prouvés par témoins ou par des présomptions, étant donné qu'on ne peut pas les établir par écrit. De même la preuve par témoins contre l'acte n'est pas interdite quand il s'agit d'interpréter une clause obscure ou ambiguë, ou lorsqu'il s'agit de préciser l'étendue des énonciations de l'acte, car si la clause de l'acte est obscure ou ambiguë, il faut bien recourir à un autre procédé pour tâcher de l'éclairer, il faut pouvoir éclairer les juges par tous les moyens. Dès lors pour l'interprétation de ces clauses la preuve par témoins ou par présomptions peut être le seul procédé permettant d'établir le sens véritable de la clause.

Ceci restreint assez sensiblement la portée de cette prohibition de prouver par témoins contre l'écrit.

Reste la simulation : l'une des parties prétend que le contrat qu'elle a passé est simulé, et qu'en réalité il dissimule un autre contrat. Elle prétend par exemple que le contrat n'est qu'une vente apparente et qu'il dissimule une donation; ou bien, elle prétend que le contrat est complètement simulé et qu'en réalité les parties n'ont pas voulu contracter, qu'il a été fait uniquement pour l'apparence. Dans ce cas, la prohibition de l'art. 1341 s'applique nécessairement. La preuve de la simulation ne peut être faite

Portée de la prohibition de prouver par témoins contre l'acte.

Admissibilité de la preuve par témoins pour établir un vice du consentement ou pour préciser le sens d'une clause de l'acte.

Exigence de la preuve écrite pour établir la simulation.

que par écrit l'art. 1341 l'exige et la prohibition ne peut pas être tournée.

Mais cette interdiction de la preuve par témoins ne concerne que les parties à l'acte, les contractants ou ceux qui les représentent. La prohibition ne vise pas les tiers qui n'ont pas été parties à l'acte, car ceux qui n'ont pas été parties à l'acte n'ont pas pu se procurer un écrit, n'ont pas pu constater la simulation et dès lors il faut bien leur permettre de la prouver par tous les moyens. Il est donc admis qu'en ce qui concerne les tiers, la simulation peut être établie par tous les procédés. Et encore, quand il s'agit des contractants eux-mêmes, si l'un d'eux veut établir que la simulation a été faite pour tourner une règle impérative, pour cacher une opération illicite, la preuve est alors admise par tous moyens, toujours en vertu de l'art. 1353 qui permet de prouver par présomptions les cas de fraude ou de dol.

Interdiction
de prouver par
témoins outre
au contenu
de l'acte.

On voit donc que la première disposition "prouver contre l'acte", est d'un domaine assez restreint.

La loi ajoute qu'il n'est pas non plus permis de prouver "outre le contenu à l'acte", nous dirons au contrat, puisque nous parlons de la matière des contrats. Il est donc interdit aux contractants qui ont rédigé un écrit, si faible que soit la valeur de l'objet constatée par l'écrit, de prouver que l'acte est incomplet, qu'il ne mentionne pas tout ce qui a été convenu. Seconde prohibition, plus grave que la première mais qui s'explique par les mêmes raisons. La loi présume que les parties qui ont rédigé un contrat ont prévu tout ce qu'il y avait lieu de prévoir.

Interdiction
de prouver par
témoins une
convention
modificative
postérieure
à l'acte.

Dernière partie de l'art. 1341 : "Il n'est reçu aucune preuve par témoins sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes".

Pour ce qui peut avoir été dit avant ou lors de la rédaction des actes, la formule de la loi peut être considérée comme une redondance. Elle n'ajoute rien aux deux premières prohibitions, puisqu'il est déjà défendu de prouver contre et outre le contenu, mais il n'en est pas de même de la formule qui ajoute qu'on ne peut pas prouver une modification postérieure à l'acte. Il n'est pas permis de recourir à la preuve par témoins pour prouver que depuis l'acte les parties ont voulu en modifier le contenu, en élargir ou en rétrécir la portée. Elles auraient dû par conséquent rédiger un nouvel écrit pour constater leur changement de volonté.

Cette dernière prohibition est rigoureuse, elle est contestable. Quand il s'agit d'écrit ne dépas-

sant pas la valeur de 500 frs. les parties n'étaient pas obligées de rédiger un premier écrit, pourquoi leur interdire de prouver par témoins qu'elles l'ont modifié, puisque si elles n'avaient pas rédigé par écrit le premier contrat elles auraient pu se servir de la preuve par témoins ou par simples présomptions?

Impossibilité
d'assimiler
les présomp-
tions graves,
précises et
concordantes
à un commence-
ment de preuve
par écrit.

Ces explications suffisent pour donner une idée de la portée de la prohibition de la preuve par témoins dans notre législation actuelle. Tout ce que j'ai dit de la preuve par témoins s'applique à la preuve par simples présomptions. La loi l'écarte comme la preuve par témoins quand il s'agit de contrats dont la valeur est égale ou supérieure à 500 francs. Sur ce point encore on peut regretter que le Code civil n'ait pas adopté une règle un peu plus large. Nous avons dit qu'il apporte une exception à la prohibition lorsque le demandeur produit un commencement de preuve par écrit émané de son adversaire, qui rendait vraisemblable le fait allégué. Les rédacteurs du Code auraient pu appliquer le même tempérament lorsque le demandeur, au lieu de produire un commencement de preuve par écrit, apporte devant le juge des présomptions graves, précises et concordantes qui rendent vraisemblable le fait allégué. Il semble qu'on peut attacher autant de valeur aux présomptions qu'au commencement de preuve par écrit. Mais telle n'est pas la disposition de notre loi, et ce qui permet de regretter qu'elle n'ait pas assimilé les présomptions graves, précises et concordantes au commencement de preuve par écrit, c'est que dans une autre matière ces deux éléments sont tenus pour équivalents : en matière de preuve de la filiation légitime la loi admet la preuve par témoins lorsque le demandeur fournit soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions graves, précises et concordantes résultant de faits dès lors constants.

Article 323.

Il n'y a pas de raison plausible pour se montrer plus sévère en matière de contrat ordinaire qu'en matière de filiation. Il y en a d'autant moins que la loi se montre plus sévère pour la preuve de la filiation que pour la preuve concernant les rapports patrimoniaux. Voilà donc notre première règle : les contrats ne sont soumis à aucune forme déterminée. Nous en avons ainsi déterminé la portée.

§ 2 - Contrats se concluant
par tradition de la chose.

Il y a dans notre droit français des contrats qui ne se concluent que par la tradition de la chose qui en est l'objet. Ces contrats peuvent être divisés en deux groupes :

- 1° - Les vieux contrats réels du droit romain;
- 2° - Le don manuel.

1) Les con-
trats réels.

On appelle contrats réels ceux auxquels les Romains donnaient ce nom et dont ils disaient qu'ils se forment re. Les contrats qui exigeaient la tradition de la chose en droit romain étaient les contrats par lesquels une des parties remettait à l'autre la détention de la chose, à charge pour cette seconde partie de la restituer au jour convenu. Ces contrats étaient : le prêt à usage ou commodat, le prêt de consommation, le nantissement, le dépôt. Notre droit ancien et notre droit moderne ont continué à suivre la tradition romaine et le Code civil décide que ces contrats ne se forment qu'au moment où l'une des parties, le prêteur, le débiteur gagiste, le déposant, remet à l'autre la chose prêtée, donnée en gage ou déposée.

Le maintien de la tradition résulte de la façon dont sont rédigés les articles du Code civil qui concernent ces contrats. C'est d'abord pour le commodat ou prêt à usage l'art. 1875 "Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi". "Livre une chose à l'autre pour s'en servir", cela montre bien que la formation du contrat est subordonnée à la livraison, à la tradition de la chose prêtée. Même disposition pour le prêt de consommation, art. 1892 : "Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité". La différence entre le prêt de consommation et le prêt à usage est que dans le prêt de consommation, comme il s'agit de choses consommables l'emprunteur devient propriétaire des objets donnés et n'est tenu que de rendre des objets de même espèce et qualité.

L'art. 1915 traite du dépôt : "Le dépôt en général est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en

nature". La remise de la chose par le déposant au dépositaire est donc un élément essentiel, un élément de formation du contrat.

Enfin, pour le gage, l'art. 2071 nous donne une disposition analogue : "Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette".

Le nantissement comprend à la fois le gage, c'est-à-dire la mise en gage des meubles et le nantissement immobilier que nous appelons l'antichrèse.

Je crois inexacte cette vieille théorie romaine, au moins pour trois de ces contrats, pour le prêt sous ses deux formes et pour le gage. Elle est abandonnée aujourd'hui par un certain nombre d'auteurs et par certaines législations récentes. Le code civil suisse, livre V, Des obligations, abandonne la règle ancienne au moins pour le commodat et le prêt de consommation, car il donne de ces deux contrats la définition suivante : Article 305 "Le prêt à usage est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à céder gratuitement l'usage d'une chose que l'emprunteur s'oblige à lui rendre après s'en être servi". L'article 312 pour le prêt de consommation : "Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent, ou autre chose fongible à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité".

Les rédacteurs du code civil suisse ont donc considéré le prêt sous ses deux formes comme un contrat synallagmatique ordinaire, et ils ont admis que le contrat de prêt se forme non pas par la remise de la chose à l'emprunteur, mais par le simple échange des volontés. Le code civil suisse n'a appliqué cette règle qu'au prêt, il ne l'a pas étendue au gage.

Un autre code tout récent, le code des obligations de la République polonaise suit le même nouveau système pour le prêt. Il ne parle pas du gage pour la raison que le gage n'est pas compris dans le code des obligations polonais; il en est traité à la matière des sûretés et privilèges et des hypothèques.

Voici la définition que les articles de ce code donnent des contrats de prêt. Article 419 : "Par le contrat de prêt à usage le prêteur s'oblige à céder gratuitement l'usage d'une chose à l'emprunteur". Article 420 : "Le prêteur est tenu de délivrer par l'effet du contrat la chose prêtée à l'emprunteur". Article 428 : "A l'expiration du prêt à usage l'emprunteur et la personne à qui il a remis la chose sont tenus de la restituer au prêteur en état de bon

Critique de la
notion de con-
trat réel -
son abandon
par les codes
récents.

entretien". Pour le prêt de consommation, même conception : art. 430 "Par le contrat de prêt de consommation, le prêteur s'oblige à transférer à l'emprunteur la propriété de l'objet du prêt et l'emprunteur s'engage à restituer cet objet en choses de même espèce et qualité".

L'exposé des motifs du code polonais justifie cette innovation en ces termes : "Le code a abandonné avec raison, selon nous, le système romain du contrat réel pour le prêt à usage et le prêt de consommation. Il évite ainsi la distinction subtile et inutile entre la promesse de prêt et le prêt".

Enfin, dans le projet franco-italien de code des obligations et des contrats, on a abandonné le système romain, au moins pour le prêt de consommation, mais pas pour le prêt à usage, ce qui paraît peu logique. L'art. 623 qui traite du commodat conserve la règle romaine "Le commodat ou prêt à usage est le contrat par lequel une des parties livre à l'autre une chose pour s'en servir pour un certain temps, ou un usage déterminé, et avec l'obligation de restituer la chose reçue". Mais pour le prêt de consommation, l'article 636 s'exprime tout autrement : "Le prêt de consommation est un contrat par lequel une des parties remet ou s'oblige à remettre à l'autre, une certaine quantité d'argent ou d'autres choses, qui se consomment par l'usage, à charge par l'emprunteur de lui en rendre autant de même nature et qualité".

Cette distinction faite par le projet de code franco-italien entre le commodat et le prêt de consommation est au premier abord peu logique, peu rationnelle. Il n'y a pas de raison de traiter l'un autrement que l'autre, mais l'explication qu'on en peut donner est que le prêt à usage est dans la vie pratique, dans le commerce des hommes, de peu d'importance, de peu de fréquence, et l'on a jugé en conséquence inutile de modifier la tradition, tandis qu'il en est tout autrement du prêt de consommation.

Voici ce que dit à ce propos le rapport qui précède le projet de code :

"Le titre sur le commodat ou prêt à usage n'a subi aucune modification. Le titre suivant offre cette importante innovation que dans la définition du contrat on a fait mention soit du prêt réel qui est conclu suivant la règle du droit romain par la remise des deniers, soit du prêt simplement productif d'obligations et qui au sens romain, ne constituerait qu'un pacte de mutuo contrahendo.

Cette dernière forme est devenue très fréquente dans la pratique actuelle, en particulier dans les

prêts hypothécaires où la livraison des deniers ne s'effectue qu'après l'inscription de l'hypothèque. C'est une constatation de fait qui n'est pas douteuse; le prêteur exige toujours que l'emprunteur lui donne des garanties, ou que l'emprunteur signe un acte par lequel il s'oblige à restituer avant de verser les deniers.

"Cette dernière est devenue très fréquente, elle fait naître un rapport contractuel par l'effet duquel l'un des contractants, le prêteur, est tenu de donner la somme qu'il a promise, et l'autre, l'emprunteur, est tenu de la rendre, à condition qu'il l'ait reçue". "Cette forme du prêt de consommation ne pouvait pas être négligée dans la revision des codes étant donné son importance pratique, par exemple l'ouverture de crédit en compte courant, opération très fréquente de la part des banquiers, et justement à cause de sa fréquence, il fallait régler le cas qui a été prévu par l'art. 641 de la transformation radicale survenue dans les conditions économiques de l'emprunteur après le contrat".

"Le code suisse n'a pris en considération que cette forme de prêt de consommation et il la définit comme un contrat synallagmatique consensuel. Les Commissions ne sont pas allées aussi loin". (C'est ici qu'apparaît l'influence de la Commission italienne). "Mais malgré les répulsions très compréhensibles que quelques membres des Commissions ressentaient pour une modification quelconque de la conception traditionnelle romaine, on a préféré tenir compte de la définition des deux formes du prêt : la forme pure du droit romain, du *mutuum* qui *re contrahitur*, et la forme moins pure de notre pratique actuelle d'après laquelle la convention qui constate l'accord des parties sur le montant de la somme empruntée, les intérêts, les sûretés accordées, le temps et le mode du remboursement doit être considéré comme un prêt, bien que le versement effectif des deniers n'ait pas encore été fait. La science juridique ne cessera pas de distinguer au point de vue juridique ces deux formes de contrats, et du point de vue pratique la fusion des deux formes dans une seule définition ne donnera lieu à aucun inconvénient, puisqu'il est évident que lorsqu'il s'agit d'un prêt qui n'a d'autre effet important que de produire des obligations, on devra ajouter au nombre des obligations du prêteur, celle de remettre la somme promise aux temps et lieu convenus, tandis que cette obligation n'existe naturellement pas dans le prêt réel".

Ainsi influencés par la tradition latine qui est

plus forte chez eux que dans d'autres pays, les rédacteurs du projet de code n'ont fait qu'une réforme partielle. Ils ne l'ont pas appliquée d'abord au commodat, et pour donner satisfaction aux deux tendances de la Commission, ils ont accouplé les deux formes de prêts; disons qu'ils les ont assimilées. Ils ont dit : le prêt peut se faire soit par la remise de la chose au créancier, vieille théorie qui dans la pratique n'est plus vraie, soit à titre de contrat consensuel, par le simple accord des volontés. Pour cette part, je reste tout à fait partisan de cette conception.

Je ne vois pas de raison autre que la tradition historique de maintenir dans le droit moderne la conception du contrat réel si ce n'est pour le dépôt dont je parlerai plus loin. Cette conception du contrat réel admise par le droit romain à une époque où le nombre des contrats consensuels était limité à 4 contrats, n'a pour elle que son ancienneté, son antiquité. Elle continue, parce qu'elle existe; il en est ainsi de beaucoup de lois. A Rome, en effet, la remise d'argent en prêt, avant d'être reconnue comme contrat, a commencé par être sanctionnée par une *condictio* en raison de cette idée que celui qui détient la chose d'autrui doit la restituer. On n'était pas encore arrivé à la notion du contrat de prêt. Le prêteur remettait l'argent, et l'obligation de restituer n'était pas une obligation contractuelle. Elle découlait simplement du fait que l'emprunteur avait entre les mains une somme qui ne lui appartenait pas. Il semble qu'il n'y a plus de raison plausible de maintenir dans notre droit moderne, à l'époque où la consensualité est la règle des contrats, la vieille conception romaine.

Caractère
consensuel du
prêt et du
gage.

A mes yeux, le prêt et le gage sont des contrats consensuels comme les autres. Ils se forment par l'accord des volontés. Dans le contrat de prêt en particulier, le prêteur contracte l'obligation de remettre la chose prêtée à l'emprunteur et l'emprunteur, celle de veiller sur la chose quand il s'agit du commodat, de payer les intérêts quand il s'agit de prêt de consommation, et de restituer la chose ou des choses semblables au terme convenu. Le droit doit être d'accord avec les faits. Il est inutile de maintenir dans nos codes et dans nos livres une théorie qui ne correspond pas à la réalité de la vie juridique. Or la réalité de la vie juridique, je vous l'ai énoncée tout à l'heure, c'est que le contrat de prêt se réalise dans la pratique sous forme de contrat consensuel. Le prêteur fait signer un écrit

à l'emprunteur par lequel celui-ci s'engage à lui restituer la chose prêtée, ou des choses de même valeur et qualité, et c'est seulement lorsque le contrat est signé que le prêteur verse l'argent.

Les choses ne se passent pas autrement quand il s'agit d'un prêt avec constitution d'hypothèque. Le créancier hypothécaire fait dresser d'abord l'acte notarié; il prend inscription de son hypothèque au bureau de la conservation et c'est seulement alors que l'argent est versé à l'emprunteur. Enfin, c'est ainsi que les choses se passent dans l'ouverture de crédit, dont la doctrine rend compte d'une façon imparfaite, parce qu'elle n'y voit pas la remise d'argent. L'ouverture de crédit que fait le banquier à un de ses clients, quand il lui dit : Je vous ouvre un crédit de 100.000 francs que vous pourrez prendre au fur et à mesure de vos besoins, ce n'est autre chose qu'un prêt. Mais la doctrine ne veut pas y voir un prêt, précisément parce qu'il n'y a pas encore de remise des deniers. Elle considère donc que l'ouverture de crédit est un contrat unilatéral par lequel seul le banquier s'engage, ce qui est contraire à la réalité, parce que presque toujours quand l'ouverture de crédit porte sur une somme importante, le banquier demande à son client des garanties, soit un dépôt de titres, soit la constitution d'une hypothèque sur ses biens. La preuve est donc faite qu'en pratique le prêt est un contrat consensuel. C'est un contrat qui se forme avant la remise des deniers. Dès lors il est contraire à la réalité et il est contraire au but même du droit, de continuer à prétendre que le prêt est un contrat réel.

Voici ce que disent à ce propos les auteurs qui soutiennent que le prêt est un contrat consensuel; et en particulier un auteur allemand, Collast, dans son livre intitulé : Etude de l'obligation. "Celui qui dans l'attente que les deniers lui seront remis signe un acte constatant qu'il a reçu les deniers affirme quelque chose d'inexact, et ce mensonge reste un mensonge, même si la numération escomptée a lieu réellement après coup". Oui, mais ce mensonge est la réalité des faits, c'est le contrat, c'est ainsi que les choses se passent dans la vie courante. La preuve est qu'on voit quelquefois les emprunteurs réclamer en justice, parce que l'argent que l'usurier leur a promis ne leur a pas été versé. On peut

consulter en ce sens un arrêt de la Cour d'Amiens du 20 février 1879. S. 1880.2.134 dans lequel le demandeur soutenait que l'argent qu'il avait reconnu devoir par l'acte écrit ne lui avait pas été remis.

Critique de la conception du contrat de nantissement comme contrat réel.

Ce que j'ai dit du commodat et du prêt de consommation peut s'appliquer également au nantissement.

Le nantissement se compose de deux contrats : quand il s'applique aux meubles on le désigne sous le nom de gage; quand il s'applique aux immeubles, on le désigne sous le nom d'antichrèse.

Du point de vue rationnel ou du point de vue législatif, le nantissement, lui aussi, peut être considéré comme un contrat qui se forme par l'accord des volontés du créancier et du débiteur. Il ne paraît pas à ce point de vue que la remise de la chose entre les mains du créancier doive être considérée comme condition essentielle de la formation du contrat. L'inconvénient qu'il y a à considérer le gage, en particulier, comme un contrat réel se manifeste par l'étude de certaines espèces que l'on rencontre dans la jurisprudence. Voici par exemple un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 1898 S. 1898.I.433, avec une note de M. le doyen Lyon Caen. Il s'agissait d'un sieur Picard qui avait donné des titres en gage à son créancier. Dans l'intérêt du sieur Picard qui était alors mineur, ces titres avaient été déposés à la Caisse des Dépôts et Consignations et n'avaient pas été remis entre les mains du créancier, et, au moment de la conclusion du contrat, les formalités prescrites par les art. 2075 et 2076 n'avaient pas été accomplies. Or, l'art. 2076 décide que dans tous les cas le privilège que le contrat de gage confère au créancier sur la chose mise en gage, ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Or, les titres que le débiteur voulait donner en gage étaient restés à la Caisse des Dépôts et Consignations, et il n'avait pas été convenu que la Caisse des Dépôts les détiendrait pour le compte du créancier. Le débiteur contestait la validité du nantissement pour non observation des formalités prescrites par l'art. 2075 et l'art. 2076. La Cour d'Orléans n'en avait pas moins déclaré que le contrat était valable entre les parties, les formalités n'étant exigées qu'à l'égard des tiers. Elle avait donc considéré que le contrat de gage pouvait se former sans la remise de la chose aux mains du créancier ou d'un tiers convenu; mais la Cour de cassation a cassé l'arrêt pour le motif que les valeurs données en gage n'avaient été remises ni entre les mains du créancier, ni dans celles d'un tiers désigné à cet effet et qu'en l'absence de la mise en possession le privilège résultant de l'art. 2076 n'avait pu être constitué. Au point de vue du

Code civil la solution est exacte, mais du point de vue législatif il est regrettable que le contrat soit considéré comme nul. Il serait préférable d'admettre la validité du contrat entre les parties, je ne dis pas à l'égard des tiers, parce qu'à l'égard des tiers il y a des formalités à remplir pour que le privilège du créancier leur soit opposable.

De même du fait de la nécessité de la mise en possession du créancier, il résulte que certaines créances ne peuvent pas être données en gage, en particulier les créances qui ne sont pas constatées par un titre écrit, parce qu'il n'est pas possible de remettre l'écrit entre les mains du créancier comme l'exige l'art. 2075. C'est ce que décide un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 19 février 1894. S. 1894.I.273. Notamment la jurisprudence l'a décidé à propos des droits successifs d'un héritier dans une succession ab intestat, parce qu'aucun titre ne constate le droit de succession ab intestat puisqu'il est établi par la loi.

Constitution
de gage sans
dépossession
dans les lois
modernes.
Critique de la
notion d'hypo-
thèque mobiliè-
re adoptée
dans ces cas
par certains
auteurs.

La gêne que cause au commerce juridique dans certains cas l'obligation de la dépossession du débiteur et la remise de la chose au créancier comme élément de formation du contrat, a obligé le législateur à supprimer cette condition de dépossession. Plusieurs lois ont admis des cas de constitution de gage sur certaines choses sans dépossession du débiteur. Je cite en particulier les lois qui ont établi les warrants agricoles, le warrant hôtelier, le warrant pétrolier et en dernier lieu, les automobiles vendues à crédit, loi du 29 décembre 1934.

Voilà une série de cas où il y a constitution de gage sans déplacement. Les auteurs qui restent fidèles à la conception romaine du contrat réel ont considéré qu'un gage sans déplacement était quelque chose d'anormal, d'impossible, d'irréalisable et, pour mettre ces lois d'accord avec la conception qu'ils se font du gage, ils déclarent qu'ici il ne s'agit pas de gage mais d'hypothèque mobilière, et il est courant de dire que ces diverses lois ont établi chez nous de nouvelles hypothèques mobilières, parce que l'hypothèque à la différence du gage n'exige pas la dépossession du débiteur. Mais cette explication donnée pour mettre ces lois en accord avec le principe du contrat réel, est au fond peu acceptable. Elle n'est pas conforme au système législatif appliqué par ces lois et en voici la raison : c'est que le créancier qui reçoit ces choses en gage, le porteur du warrant agricole, ou le porteur du warrant hôtelier, prime tous les créanciers du débiteur, y

compris ceux qui ont un privilège mobilier c'est-à-dire ceux qui ont un privilège sur les meubles qui ont été donnés en gage. Or l'hypothèque, quelle qu'elle soit, ne passe jamais qu'après les privilèges; les privilèges priment les hypothèques. Ici il en est autrement, ce qui montre bien que le droit créé par ces lois est un véritable droit de gage assurant un privilège au créancier sur les choses engagées.

Objection faite à la conception consensuelle du prêt par les tenants de la théorie classique.

Il faut dire un mot des objections présentées par les partisans de la doctrine classique contre la conception consensuelle des contrats de prêt et de gage. Planiol, notamment (tome 2, N° 996) objecte que, dans les vrais contrats synallagmatiques, les obligations réciproques des parties sont, par leur formation, contemporaines l'une de l'autre, et doivent en principe s'exécuter simultanément, tandis que dans les cas de gage, de prêt, les deux obligations ne coexistent jamais. Dans la réalité, il se produit alors deux conventions successives : une promesse de prêt, puis un prêt. Or une promesse de prêt n'est pas un prêt, dit-il, ni un élément du prêt, et quand il y a promesse de prêt, la seconde convention c'est-à-dire la remise de la chose entre les mains de l'emprunteur, est l'exécution de la première, de telle sorte que le rapport qui unit les obligations successives des parties, n'est pas du tout de même nature que la coexistence des obligations réciproques, nées d'un contrat synallagmatique. Ce sont les paroles mêmes de l'auteur.

La confusion qu'il commet à mon avis vient de ce qu'il dit qu'une promesse de prêt n'est pas un prêt. C'est vrai dans la conception romaine, mais dans la réalité des choses nous avons vu que cela était inexact et que le contrat de prêt consensuel est bien un véritable contrat de prêt, du moment que l'emprunteur s'oblige à restituer les choses qui lui sont prêtées, c'est-à-dire s'oblige à restituer les choses avant qu'elles lui soient remises. Sans doute il peut y avoir une promesse unilatérale de prêt, mais c'est une affaire tout à fait exceptionnelle, de même qu'il peut y avoir une promesse unilatérale de vente, mais en réalité ce qu'on appelle une promesse de prêt est un contrat synallagmatique par lequel les deux parties s'obligent.

Caractère réel du contrat de dépôt.

J'ai raisonné sur le prêt et le gage, je réserve au contraire le dépôt, auquel les observations que j'ai faites ne me paraissent pas pouvoir s'appliquer. Par la nature même des choses, le dépôt me paraît être nécessairement un contrat réel. Il ne peut y

avoir contrat de dépôt qu'autant que la chose est remise entre les mains du dépositaire. On ne comprendrait pas logiquement, rationnellement, un contrat de dépôt avant qu'il y ait eu dépôt. Sans doute on pourrait bien concevoir qu'une personne s'engage à l'avance à recevoir en dépôt certains objets qui lui seraient confiés, mais cet engagement n'obligerait que le promettant, c'est-à-dire le futur dépositaire et non pas le déposant. Ce serait une sorte d'avant-contrat unilatéral, et jamais on ne rencontre dans la pratique de contrats de ce genre; jamais on ne rencontre pour le dépôt ce qui se présente si fréquemment pour le prêt et quelquefois pour le gage. La réalité, par conséquent, s'accorde ici avec la théorie romaine, la théorie classique. C'est pourquoi il faut maintenir que le contrat de dépôt reste un contrat réel. Mais de tous les contrats du droit romain, c'est le seul auquel en réalité, dans la nature des choses, la conception soit exacte.

Le don manuel.

Caractère du
contrat réel
du don manuel;
rôle essentiel
de la traditio.

Le don manuel est la donation qui se réalise par la tradition manuelle d'un meuble, c'est-à-dire d'une chose susceptible d'une tradition effective, soit un meuble corporel, de l'argent, par exemple, soit un titre au porteur. Le don manuel est bien un contrat réel. C'est la tradition qui en est l'élément essentiel. Mais il ne se compose pas seulement d'une tradition. La tradition s'accompagne d'un accord de volontés, la volonté de celui qui donne la chose de faire une libéralité, et la volonté de celui qui le reçoit, de la recevoir en qualité de donataire. Or, le don manuel ne vaut qu'autant qu'il y a remise de la chose au donataire. Une convention de don manuel, convention verbale ou même écrite, serait nulle; elle ne serait valable que si elle était passée dans la forme prescrite par le Code civil pour la donation, c'est-à-dire la forme notariée.

§ 3 - Contrats solennels.

Il y a peu de chose à dire ici. Les contrats que le Code civil a soumis à l'observation de formes solennelles sont en très petit nombre.

Ce sont : 1° la donation, art. 931 : Tous actes portant donation seront passés devant notaire. 2° le contrat de mariage, c'est-à-dire le contrat par lequel les époux règlent leurs conventions matrimoniales, l'art. 1394 exige que ces conventions soient constatées par devant notaire. 3° La constitution

Petit nombre
des contrats
solennels.

d'hypothèque : art. 2127 : L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. 4° Le prêt fait en vue du paiement d'une dette et accompagné d'une subrogation du prêteur dans les droits du créancier; en d'autres termes, le prêt accompagné d'une subrogation. Article 1250, al.1. Ce sont les seuls contrats que le Code civil a soumis à la forme solennelle. Il n'a sur ce point rien modifié aux règles antérieures. Il n'a pas ajouté aux règles de l'ancien droit concernant les actes solennels. La vente d'immeubles n'a jamais été soumise en droit français, à la nécessité de l'acte notarié, bien que cependant la plupart des ventes d'immeubles donnent lieu à la rédaction d'un acte notarié.

Différence entre le contrat solennel et le contrat pour la preuve duquel la loi exige un écrit.

Il n'y a pas de contrats pour la validité desquels le Code civil exige la rédaction d'un acte sous seing privé. Il y a cependant plusieurs articles qui pourraient le faire croire, mais ces articles font allusion tout simplement à la preuve du contrat. Article 2044 notamment qui, à propos de la transaction, nous dit : "Ce contrat doit être rédigé par écrit". Cette formule pourrait laisser croire que le contrat de transaction ne vaut qu'autant qu'il a été constaté dans un acte écrit; mais on est d'accord pour reconnaître que ce texte vise simplement la preuve de la transaction. Il exige la rédaction de l'écrit même lorsque la transaction porte sur une valeur inférieure à 500 francs.

De même, pour le gage, les art. 2074 et 2075 qui eux aussi exigent la rédaction d'un acte écrit sont toujours dans le même esprit. Nous aurons à voir plus loin, en parlant des modifications apportées au Code civil, qu'il y a de nos jours une tendance à élargir la catégorie des actes solennels, il nous suffit pour le moment de constater qu'à l'époque du Code civil, cette catégorie était fort étroite.

Second principe général de la matière des contrats dans le Code civil.

Effet translatif du contrat.

Quand le contrat a pour objet de transférer la propriété d'un corps certain ou de constituer un droit réel sur une chose, le transfert de la propriété, ou la constitution du droit réel, s'opère immédiatement par l'effet même du contrat, c'est-à-dire par le simple accord des volontés, sans qu'il soit besoin d'une formalité particulière et notamment de

tradition.

C'est une règle nouvelle. Elle est énoncée à diverses reprises dans le Code civil : art. 1138 : "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties". Art. 1583 à propos de la vente : "La vente entre les parties est parfaite, et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé".

Enfin il faut citer un troisième texte relatif à la donation entre vifs, art. 938 : "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties (entendez devant le notaire) et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition". Je reviendrai plus loin sur la rédaction de ces articles. Nous constatons simplement pour le moment la règle nouvelle qu'ils établissent.

Le contrat est donc aujourd'hui non seulement créateur d'obligations, comme il l'était en droit romain, mais translatif de propriété, quand il a pour objet un corps certain, ou constitutif de droits réels. Notre droit moderne a abandonné le système romain d'après lequel le contrat ne créait que des obligations, mais ne suffisait pas par lui-même à transférer la propriété.

Sur ce principe, les explications que je vais donner se diviseront en deux paragraphes :

§ 1 - Comment notre droit est-il passé du principe ancien au principe nouveau ?

§ 2 - Critique du principe établi par le Code civil.

§ 1 - Comment le principe actuel s'est-il substitué au principe ancien ?

Comme le dit M. Planiol dans son Manuel, tome 1 N° 2591 : Le passage du principe ancien au principe moderne n'a pas été l'effet d'une réforme législative; il s'est opéré avec une extrême lenteur. Il a été la conséquence d'une pratique qui s'est établie dans notre ancien droit. Les rédacteurs du Code civil ont réalisé la réforme presque sans s'en douter. On peut dire que le Code civil a été l'aboutissement d'une longue pratique antérieure.

Distinction
en droit ro-
main entre la
vente créatri-

Nous savons que les jurisconsultes romains avaient toujours distingué la convention translatrice et le transfert du droit de la propriété. Il leur avait semblé que promettre d'aliéner ne pouvait pas

ce d'obligation et l'acte translatif de propriété.

être déjà réaliser l'aliénation. La vente engendrait pour le vendeur l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, mais par l'effet de la vente, l'acheteur devenait créancier, non propriétaire. Le transfert de la propriété exigeait une nouvelle formalité; il ne se réalisait que par un acte juridique spécial qui était, soit un acte solennel, comme l'in jure cessio, ou la mancipatio, soit la tradition.

Cette distinction entre la convention et le transfert de la propriété se retrouve dans toutes les législations anciennes et a persisté, utilement à mon avis, dans beaucoup de législations modernes. C'était dans les législations anciennes un moyen de rendre notoire la transmission de la propriété, surtout lorsque le mode de transfert employé était un mode solennel. La simple tradition elle-même manifestait aux yeux des tiers, par la mise en possession, le droit de propriété de l'acquéreur. Cependant déjà en droit romain il y avait des hypothèses où la tradition s'opérait non pas d'une façon matérielle, par la remise de la chose du vendeur à l'acheteur, de l'aliénateur à l'acquéreur, mais d'une façon fictive. Les deux cas principaux étaient ceux du constitut possessoire et de la tradition brevi manu.

Il y avait constitut possessoire lorsque les parties convenaient lors de la vente, que le vendeur conserverait entre les mains la chose vendue pour le compte de l'acheteur, en qualité soit de locataire ou de fermier, soit d'emprunteur, soit d'usufruitier. Les textes romains, en particulier un fragment de Celse D. 41.2.18 pr. et un autre fragment qui est au Code 8.53 De donationibus, 18, nous disent que, dans ces cas, la tradition est censée faite du vendeur à l'acheteur, et qu'elle s'opère par l'effet du simple pacte. Ce sont nos anciens auteurs qui ont donné à ce pacte le nom de constitut possessoire.

Cette règle, bien entendu, s'était conservée dans notre ancien droit. Plusieurs Coutumes en font mention. La Coutume de Meaux, dans son chapitre 3, art. 13, s'exprime ainsi : équipolle rétention d'usufruit à vraie tradition réelle et actuelle. La Coutume de Sens, art. 230 parlait de clauses translatives de possession comme constitut, rétention d'usufruit, précaire ou autres.

Le second cas était le cas de tradition brevi manu. Il visait la situation contraire à la précédente. L'expression de tradition brevi manu est aussi une expression des glossateurs, des anciens interprètes du Code romain. L'acheteur d'une chose l'a déjà entre les mains au

La tradition fictive; le constitut possessoire.

La traditio brevi manu.

moment du contrat, parce qu'il en est locataire, emprunteur, dépositaire. La fiction consiste alors à feindre qu'il a rendu la chose au vendeur, et que le vendeur la lui a de nouveau livrée pour la posséder dorénavant en qualité de propriétaire. Gaius dans un fragment du Digeste, 41.1.9.5. nous dit : Quelquefois la simple volonté du propriétaire suffit même sans tradition à transférer la propriété, comme si je t'ai vendu la chose que je t'ai prêtée en commodat, ou louée, ou que . j'ai déposée chez toi; car bien que je ne t'aie pas fait tradition pour cette cause, cependant par le fait que je consens à ce que tu la conserves pour cause de vente, je t'en transfère la propriété. Bien que je ne t'aie pas fait tradition comme vendeur, cependant par le fait que je consens à ce que tu la conserves comme l'ayant reçue à la suite d'une vente, je t'en transfère la propriété.

Nos anciens auteurs ont conservé ces tempéraments à la règle romaine, à l'obligation de la tradition.

La tradition symbolique.

D'autre part, la tradition est devenue, dans bien des cas, une opération symbolique. L'origine de cette pratique remonte au droit féodal. Lorsqu'il s'agissait d'un immeuble compris dans la hiérarchie féodale, que ce fût un fief, c'est-à-dire un bien noble ou une censive, le consentement du seigneur était nécessaire pour que le vassal ou le titulaire de la censive, pût en transférer la propriété à un tiers. Ce consentement se donnait sous forme d'investiture. Il y avait, suivant les termes employés dans le langage féodal, dessaisine ou dévest, de l'aliénateur; après quoi, le seigneur ensaisinait l'acquéreur, après avoir reçu son hommage. Pour les censives, l'opération était moins solennelle; elle se passait devant les agents du seigneur, c'est-à-dire les maires ou prévôts, chargés de recevoir les droits, les redevances domaniales, ou les magistrats chargés de la justice foncière.

La clause de dessaisine saisine équipollente à tradition.

Cette habitude du dessaisissement et l'ensaisinement a passé du droit féodal dans la pratique générale. Dès le XIV^{ème} siècle on rencontre dans les actes d'aliénation, qu'il s'agisse d'actes de donation ou d'actes de vente, une clause que les tabellions y inséraient et qui s'appelait la clause de dessaisine saisine, par laquelle l'aliénateur déclarait se dessaisir de la chose, de la propriété et en saisir l'acheteur. Cette clause de style valait tradition; c'est en vertu de cette clause que le passage de la propriété se réalisait de la tête de l'aliénateur sur celle de l'acquéreur. Cet usage s'est répandu

très vite, il est devenu courant aux siècles suivants. Loysel, au début du XVII^e siècle, proclame comme maxime générale que la clause de dessaisine saisine des notaires a la même valeur que la tradition réelle. Voyez dans ses *Institutes coutumières*, livre 5, titre 4, N^o 7 : "Dessaisine et saisine faite en présence de notaire et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de propriété". Et même dans une autre de ses maximes qui a pu faire illusion et tromper les commentateurs, Loysel s'exprime encore d'une façon plus brève : Livre 3, titre 4, maxime 6 "On n'a pas plutôt vendu la chose qu'on n'y a plus rien". Ce qui semblerait dire que, dans l'opinion de Loysel, c'est la vente de la chose qui transfère la propriété. Mais il faut bien entendre sa formule, elle est expliquée par la maxime précédente : on n'y a plus rien, parce qu'il y a dans l'acte de vente la clause de dessaisine saisine qui vaut tradition et par conséquent transfert de propriété. L'annotateur de Loysel, Eusèbe de Laurière, dit dans une note sous cette dernière maxime : "Ainsi, parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue semble être transféré sans tradition contre la disposition de la loi 20 au Code de pactis, et si la même chose est vendue à deux personnes différentes le premier acquéreur sera préféré au second, parce que la tradition faite au second ne pourra ôter le domaine déjà acquis au premier". Ici encore, à lire textuellement cette formule de Laurière, on en concluerait que c'est l'accord des volontés, le contrat, qui transfère la propriété, mais il faut toujours entendre cette formule en se rappelant que l'acte contient la clause de dessaisine saisine. L'entendre autrement, comme l'ont fait certains commentateurs, me paraît être une erreur certaine.

Conditions
pour que la
clause soit
considérée
comme équipol-
lente à vente.

Cette clause de dessaisine saisine a donc joué dans notre ancien droit un rôle très important, mais pour qu'elle produisît son effet, il fallait trois conditions que nous rapporte Pothier dans son *Traité du domaine de la propriété* (tome IX Ed. Bugnet).

1^o - Il fallait qu'elle fût insérée dans un acte reçu devant notaire, "car c'est de la solennité de l'acte et du caractère de l'officier public qui l'a reçu, que la clause a la vertu de passer pour une tradition qui équipolle à la tradition de fait". Du reste, dans la pratique, les aliénations d'immeubles se faisaient presque toujours devant notaire.

2^o - Il fallait que le vendeur ou donateur qui déclarait par l'acte se dessaisir de la chose et en saisir l'acheteur ou le donataire, fût au moment de

l'acte en possession réelle de la chose. Il fallait donc que la fiction imitât la réalité, la vérité, nous dit Pothier. "De même ajoute-t-il, qu'il n'est pas possible que quelqu'un se dessaisisse réellement d'une possession qu'il n'a pas, et en saisisse une autre personne, on ne peut pour la même raison, feindre qu'il en soit dessaisi et en ait saisi quelqu'un".

3° - Il fallait que, depuis l'acte, le vendeur ou donateur ne soit plus demeuré en possession de l'héritage et qu'il l'ait laissé vacant, de manière que l'acheteur ou donataire eût la faculté de s'en mettre en possession quand bon lui semblerait; il fallait donc que la mise en possession de l'acheteur ou du donataire ne fut en rien empêchée par le vendeur.

Il est important de noter les conditions qui étaient exigées pour l'efficacité de la clause de dessaisine saisine.

Il faut bien noter aussi que nos anciens auteurs considéraient que la clause de dessaisine saisine était une sorte de tradition.

La théorie de l'effet translatif du contrat de l'Ecole du droit des gens.

Cependant il y a eu, dès cette époque, des jurisconsultes qui ont soutenu qu'il n'y avait pas de raison d'exiger la tradition pour le transfert de la propriété et que du point de vue rationnel on devait admettre que le contrat, par lui seul, suffisait pour transférer la propriété. Ce sont les auteurs de l'Ecole du droit des gens, Grotius, Puffendorf. Grotius, (Traité de la guerre et de la paix, L. II, Chap. VI, § 1 et chap. XII § 15) soutient que selon le droit naturel, les conventions toutes seules suffisent pour transférer la propriété, et que la délivrance de la chose n'est nécessaire qu'en vertu d'un droit civil purement positif, qui, étant reçu dans plusieurs nations, s'appelle dit-il, pour cette raison, droit des gens, dans un sens impropre. Se plaçant du point de vue du droit naturel, Grotius dit donc qu'il n'y a pas de raison pour exiger une tradition; d'après lui on ne voit pas pourquoi le transfert de la propriété ne résulterait pas du simple accord des volontés. Puffendorf, suivant la théorie du maître, dira à son tour qu'il y a lieu de distinguer entre la possession et la propriété. § 8 : Les conventions toutes seules suffisent pour faire passer d'une personne à l'autre la propriété, considérée purement et simplement comme une qualité morale détachée de la possession, mais lorsque l'idée de la propriété renferme de plus un pouvoir physique qui met en état de faire actuellement usage de ce droit, il faut outre l'accord mutuel des parties que la chose même soit délivrée. Il ne suit pourtant pas de là qu'avant la délivrance

l'auteur de l'aliénation conserve je ne sais quelle propriété imparfaite sur la chose aliénée....., car aussitôt que l'accord est entièrement conclu, c'est-à-dire qu'on est convenu de transférer son droit à quelqu'un, la propriété lui appartient dès lors et commence pour ainsi dire d'exister en sa faveur et profit, de sorte que l'un ne saurait désormais exercer légitimement par rapport à cette chose d'autre acte que celui de la délivrance qui sert à mettre en possession l'acquéreur, et que si l'on en dispose d'une autre façon, c'est une pure disposition de fait et nullement de droit".

Barbeyrac, le traducteur de Grotius et de Puffendorf, trouve cette distinction de Puffendorf inutile, et demande pourquoi on ne pourrait pas acquérir la propriété par l'effet d'un simple accord, et sans qu'il soit question de possession.

Ce sont du reste les seuls auteurs qui dans l'ancien droit ont soutenu cette thèse du transfert de la propriété par le seul accord des volontés. On a voulu quelquefois leur adjoindre Domat, mais il n'est pas permis de le conclure, des passages que l'on a cités de ses Loix civiles. Certes il dit bien à propos de la vente, Contrat de vente, section 2, N° 2 : "Tous changements qui arrivent après que la vente est accomplie regardent l'acheteur, et si la chose périt avant même la délivrance, il en souffre la perte (c'est la règle romaine res perit emptori) et ne laisse pas d'être obligé d'en payer le prix, car, ajoute-t-il, "après la vente la chose est regardée comme étant à lui, acheteur, et le vendeur n'en demeure saisi que de son consentement et pour la lui remettre". Mais Domat fait évidemment allusion sans le dire à la clause de dessaisine saisine qui se rencontrait dans tous les actes.

Maintien du principe de la nécessité d'une tradition au moins fictive, jusqu'à la fin de notre ancien Droit.

La preuve que, dans notre ancien droit, on a toujours considéré la tradition fictive comme nécessaire pour transférer la propriété, nous est donnée d'une façon très formelle par Pothier. Sans doute, il y a des auteurs, et notamment Planiol, qui ont prétendu que Pothier était, sur ce point, un retardataire et qu'à son époque la règle contraire était admise par la majorité des juriseonsultes, mais je crois que ces auteurs commettent une erreur. Je n'ai vu aucun juriseonsulte du XVIIème et du XVIIIème siècles qui dise que le transfert de la propriété s'opère par le simple accord des volontés. Pothier, dans son Traité du Domaine de la propriété, rappelle l'opinion de Grotius

et de Puffendorf, puis il ajoute dans son N° 245, après avoir combattu cette opinion : "Quoi qu'il en soit de cette question traitée selon le pur droit naturel, que nous abandonnons à la dispute de l'Ecole, le principe du droit romain que le domaine de propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par une tradition réelle ou feinte de la chose est un principe reçu dans la jurisprudence, (et Pothier connaît très bien la jurisprudence de son temps) comme en conviennent ceux qui sont de l'opinion contraire, et nous devons nous y tenir".

Il ajoute au N° 247 : "De ce principe il suit que quelque convention que j'aie avec une personne qui s'est obligée de me donner une certaine chose, tant qu'elle ne m'en a pas fait la tradition réelle ou feinte, elle en demeure toujours la propriétaire. C'est pourquoi ses créanciers peuvent la saisir valablement sur elle, sans que je puisse être reçu à demander la créance de cette chose, n'en étant pas encore devenu propriétaire. Donc, dit-il, après la vente, et tant qu'il n'y a pas eu tradition ou clause de dessaisine saisine, tant que le vendeur a la chose entre les mains, les créanciers du vendeur peuvent la saisir contre l'acheteur".

Ce n'est pas seulement chez Pothier, comme on l'a prétendu, que l'on trouve cette doctrine. Ce n'est pas une doctrine arriérée. Le Dictionnaire de droit et de pratique de Claude de Ferrières, qui a été, au XVIIIème siècle, un des professeurs de cette Faculté et en même temps avocat au Parlement de Paris, au mot "tradition" nous explique que la tradition feinte ou réelle est nécessaire pour transférer la propriété.

Même opinion dans le traité des donations de Ricard, N° 902, qui écrivait au XVIIIème siècle. Il regrette que la tradition qui avait pour objet le bien public et la sûreté du commerce ne serve plus dans la plupart des Coutumes qu'à grossir les clauses d'un contrat et ne dépende plus que du style d'un notaire. Il regrette par conséquent la tradition feinte résultant de la clause de dessaisine saisine.

Voilà bien l'état de notre ancien droit à la fin du XVIIIème siècle.

Arrive le Code civil. Que font ses rédacteurs ? Ils ont proclamé le principe nouveau, mais ils l'ont proclamé sans penser qu'ils faisaient au fond une véritable réforme, sans penser qu'ils substituaient un principe à l'ancien.

Portalès dans l'exposé des motifs de la vente s'exprime comme nos anciens auteurs du XVIIIème siècle : "Il s'opère par le contrat une sorte de tradi-

La solution
du C.C.
Suppression de
la nécessité
d'une clause
de dessaisine
saisine -
rédaction de

l'art. 1138.

tion civile qui consomme le transport des droits et nous donne action pour la tradition réelle". Ainsi Portalis constate que le contrat transfère la propriété par une sorte de tradition civile (Locré, tome III, pp. 145 et 146). Bigot de Préameneu dans l'exposé des motifs du titre des Obligations, s'exprime d'une façon analogue : "C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire, aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Il n'est donc pas besoin d'une tradition réelle. Bigot de Préameneu a donc dans l'esprit, lui aussi, l'idée de la tradition feinte qui résulte de la clause insérée dans les actes notariés. Ceci vous explique la façon dont les rédacteurs du Code civil ont rédigé l'art. 1138 : "L'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite". Ces mots signifient : encore que la tradition réelle n'en ait point été faite. La rédaction de l'art. 938 rappelle encore mieux l'ancien droit : "La donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition". D'autre, qu'est-ce que cela veut dire ? Cela veut dire : autre que celle qui se trouve comprise dans l'acte de donation".

Enfin voici l'art. 1583 sur la vente : "La vente est parfaite entre les parties et la propriété acquiesse de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé".

Les rédacteurs du Code civil sont des praticiens, ils connaissent la façon dont se rédigent les actes, et ils pensent toujours au système de la tradition feinte. Quelle différence y a-t-il donc aujourd'hui entre l'ancien droit et le nouveau ? Celle-ci : que les notaires ne mettent plus dans leurs actes d'aliénation la clause de dessaisine saisine. C'est, en d'autres termes, une modification dans le style de la pratique. Et Viollot dans son Histoire du droit ajoute, en terminant l'exposé de cette évolution : "Ainsi s'élabore en quelque mille ans, une idée nouvelle". C'est exact : on est passé sensiblement de la règle romaine à la règle actuelle.

§ 2 - Critiques du principe.

Critique du système du C.C. faisant résulter d'un acte relatif comme un contrat le transfert d'un droit absolu comme la propriété.

La clandestinité des aliénations - Nécessité de protéger les tiers : distinction du transfert entre les parties à l'égard des tiers.

Le système du Code civil en cette matière est compliqué et peu logique : il y a quelque contradiction à ce qu'un droit de sa nature absolu comme le droit de propriété, c'est-à-dire opposable erga omnes comme aussi les droits réels en général, puissent résulter d'un acte purement relatif comme un contrat. Les conséquences de ce système se trouvent aggravées par ce fait que chez nous le contrat est consensuel. Le transfert de propriété se réalise donc d'après le Code civil par une opération juridique occulte en soi et que les tiers n'ont pas de moyen de connaître. Cette clandestinité, on le conçoit, est pleine d'inconvénients pour les tiers; elle est dangereuse pour la sécurité des transactions. Celui qui traite avec une personne, qui offre de lui vendre une chose ou de lui constituer un droit réel sur un bien peut craindre que cette personne ne soit plus propriétaire de la chose ou du bien. De même aussi il peut craindre que si le vendeur est bien propriétaire il n'ait déjà grevé le bien de droits réels, de charges réelles. Il est donc indispensable de protéger les tiers contre ce risque, et à cet effet de tempérer l'application du principe, en imaginant une distinction subtile et compliquée entre le transfert inter partes et le transfert à l'égard des tiers.

En effet, dans notre système français, le contrat ne transfère la propriété qu'entre les parties contractantes, c'est-à-dire du vendeur à l'acheteur, du constituant du droit réel à l'acquéreur de ce droit mais il ne transfère pas la propriété à l'égard des tiers. A l'égard des tiers, le transfert de la propriété se réalisera par un autre acte destiné à les prévenir et qui variera suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. Or cette distinction entre le transfert inter partes et le transfert à l'égard des tiers est subtile, et, à mon avis inutile, elle ne fait que compliquer les choses et j'ai souvent entendu des étrangers dire qu'il y a là dans le droit français, ordinairement clair et simple, une complication qu'ils ne comprennent pas, qui leur paraît gênante dans la vie pratique. Pour ma part, je partage ce sentiment.

Les différents aspects de la formalité destinée à prévenir les tiers. En quoi va donc consister cet acte nécessaire pour transférer la propriété à l'égard des tiers ? Il faut distinguer suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

A - Meubles : Supposons d'abord que la vente ait

Pour les meubles corporels; la mise en possession. art. 1141.

pour objet des meubles corporels, ou des titres au porteur qui sont des valeurs assimilées aux meubles corporels. Pour ces meubles, l'acquéreur ne devient propriétaire à l'égard des tiers que s'il est mis en possession, en vertu de l'art. 2279 du Code civil : En fait de meubles, possession vaut titre. Ceci explique un article qui se trouve au titre Des obligations, à côté de l'article 1138, d'après lequel l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties, l'article 1141. Il ne peut se comprendre que comme application de l'article 2279. Art. 1141 : "Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi".

L'hypothèse prévue est la suivante : Un propriétaire a vendu successivement le même meuble à deux acquéreurs. S'il n'a livré la chose ni à l'un ni à l'autre, c'est le premier acheteur qui, dans ses rapports avec le second, est devenu propriétaire. Mais si le vendeur a livré la chose au second acheteur, c'est celui-ci qui devient propriétaire, et il peut opposer son droit au premier acheteur parce qu'il pourra lui opposer sa possession. Il invoquera la règle : en fait de meubles possession vaut titre.

Nous trouvons dans les explications que nous donne Pothier la même solution que celle de notre article 1141. N° 247 Traité du domaine de la propriété. Mais pour Pothier la solution va de soi, parce que dans notre ancien droit comme la propriété ne se transférait même inter partes que par la tradition, le premier acheteur n'était pas devenu propriétaire du meuble tant que le vendeur ne le lui avait pas livré : "De ce principe que seule la tradition transfère la propriété, disait Pothier, il suit que quelque convention que j'aie avec une personne qui s'est obligée de me donner une certaine chose, tant qu'elle ne m'en a pas fait la tradition réelle ou feinte, elle en demeure toujours propriétaire. C'est pourquoi ses créanciers peuvent la saisir valablement sur elle, sans que je puisse être reçu à demander la créance de cette chose n'en étant pas encore devenu propriétaire. Il suit de là (et voici le passage important) que si avant que la tradition m'ait été faite, cette personne, contre la foi de la convention, vend ou donne la chose à un autre et la lui livre, elle lui en transfère la propriété".

L'explication du temps de Pothier n'était pas

la même qu'aujourd'hui. Cette solution allait de soi, elle se comprenait très simplement, puisque, en vendant la chose le vendeur conservait sa propriété, tandis que chez nous, depuis le Code civil comme la vente transfère la propriété, la propriété du second acheteur sur le premier acheteur ne peut s'expliquer que par le fait qu'il est en possession et qu'étant en possession, il est devenu propriétaire par l'effet de la règle : en fait de meubles possession vaut titre. Pour les meubles corporels et pour les titres au porteur, la règle de l'art. 2279 constitue donc le tempérament nécessaire au principe que le simple contrat transfère la propriété du meuble. En d'autres termes, la tradition en matière mobilière joue un rôle très important. C'est elle qui, en vérité, transfère la propriété à l'égard des tiers. Mais la règle de l'art. 2279 ne s'applique qu'aux meubles corporels et aux titres au porteur.

Pour les créances : signification au débiteur,

S'agit-il de créances ordinaires ? C'est un autre système : Le cessionnaire, devenu titulaire de la créance par l'effet de la cession, ne peut opposer son droit aux tiers que s'il a signifié l'acte de cession au débiteur, ou si le débiteur de la créance a accepté cette cession dans un acte authentique. Article 1690 : "Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur; néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique". C'est donc la signification au débiteur ou l'acceptation du débiteur dans un acte authentique qui va rendre le droit du cessionnaire opposable aux tiers.

pour les titres nominatifs : le transfert;

S'agit-il de titres nominatifs, le système est encore différent. Le transfert s'opère par l'inscription du nom de l'acquéreur soit sur le grand livre de la dette publique, quand il s'agit de rentes sur l'Etat, soit sur les registres de l'établissement débiteur, quand il s'agit d'actions ou d'obligations émises par une société. Ici encore, le transfert qui s'opère sur les registres de la société a pour objet de transférer la propriété à l'égard des tiers. Interpartes, le transfert de la propriété se réalise toujours par l'effet du contrat, mais à l'égard des tiers, il faut l'inscription sur le grand livre de la Dette publique ou sur les registres de la société débitrice.

pour les immeubles : la transcription.

B - Pour les immeubles, le transfert de la propriété à l'égard des tiers exige la publicité de l'acte d'aliénation ou de l'acte de constitution du droit réel. On sait que le système du Code civil, en ce qui

concerne cette publicité, était incomplet. Le Code civil avait bien organisé la publicité des constitutions d'hypothèques et des privilèges sur les immeubles, il avait également organisé la publicité des donations d'immeubles, mais seulement des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèque, (art. 939 et ss. C.C.) mais il n'avait pas institué la publicité des ventes d'immeubles ni la publicité des actes constitutifs de droits autres que les hypothèques et privilèges, qu'il s'agit de droits réels ou de simples droits de créance intéressant les tiers, comme les baux de plus d'une certaine durée ou les quittances ou cessions de loyers non échus. Cette lacune a été comblée par la loi du 23 mars 1855. Mais notre système de publicité repose toujours sur la distinction du transfert de la propriété inter partes et du transfert de la propriété à l'égard des tiers. Dans la plupart des législations étrangères aujourd'hui, le transfert de la propriété s'accomplit au même moment entre les parties et à l'égard des tiers et cette règle est plus simple, plus pratique, mieux adaptée à la situation que la distinction subtile du droit français. En particulier dans le système des livres fonciers qui aujourd'hui va en se développant dans tous les pays, le transfert de la propriété ne s'opère que par l'effet de la mention de l'acte sur le livre foncier.

Inconvénient
du système
français pour
le vendeur
lui-même.

J'ajoute que la distinction faite par le droit français n'est pas sans inconvénient pratique pour le vendeur lui-même. Voici à titre d'exemple un cas qui peut se produire. Le propriétaire d'un immeuble le vend à un tiers, et soit que l'acte soit passé par un mandataire, le propriétaire ne se trouvant pas sur les lieux, soit que les parties soient pressées, le vendeur et l'acheteur se mettent simplement d'accord sur les conditions de la vente ou ils échangent une lettre ou rédigent un écrit provisoire, en convenant qu'ultérieurement ils passeront un acte devant notaire. Si le vendeur n'a pas eu soin de stipuler dans cette lettre ou dans cet acte provisoire, que la propriété ne serait transférée à l'acheteur qu'au moment de la passation de l'acte devant notaire, l'accord des volontés a transféré la propriété à l'acheteur. L'acheteur est devenu immédiatement propriétaire de l'immeuble à l'égard de son vendeur. Le vendeur, créancier du prix, a pour garantie de sa créance, un privilège sur l'immeuble. D'après l'art. 2108 C.C., pour conserver ce privilège, il doit faire transcrire l'acte de vente. Or le vendeur, dans ce cas, va attendre que l'acte notarié soit passé pour faire la

transcription de l'acte qui sera rédigé par le notaire, car il ne peut faire la transcription des simples lettres échangées avec son acheteur ou de l'acte provisoire qui a été passé. Mais il peut arriver qu'avant la passation de l'acte devant notaire, et j'ai vu le cas se produire dans la pratique, l'acquéreur tombe en faillite. Le syndic de la faillite ne manque pas d'inscrire immédiatement l'hypothèque légale de la masse sur l'immeuble qui est dans le patrimoine de l'acheteur. Si bien que le vendeur qui n'est plus propriétaire va se trouver primé par l'hypothèque légale de la masse de la faillite; il va perdre à la fois son immeuble et le prix. Il en sera réduit à produire à la faillite en qualité de créancier chirographaire. C'est un résultat contraire à l'équité, regrettable, mais qui est la conséquence de ce fait que chez nous le transfert de la propriété s'est opéré au moment même de la conclusion du contrat. Que si le transfert de la propriété ne s'opérait qu'au moment de la transcription de l'acte, le vendeur se trouverait protégé contre ce danger puisqu'il garderait la propriété de son immeuble.

IIIème Principe.

PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE.

On peut le formuler comme suit : les particuliers peuvent conclure entre eux toutes espèces de contrats, qu'il s'agisse de contrats prévus ou non prévus par la loi. Ils peuvent imaginer tous les contrats qu'ils veulent et les passer. Ils peuvent en outre régler à leur guise et suivant leurs besoins, suivant leur intérêt, les effets du contrat qu'ils forment; ils ne sont pas obligés, s'il s'agit d'un contrat réglementé par le Code civil ou par une loi spéciale, de se conformer aux règles édictées par la loi, à moins qu'elles ne soient impératives.

La restriction que j'apporte à cette formule montre que le principe de la liberté des contrats n'est pas illimité mais qu'il subit certaines restrictions.

Nous allons donc étudier successivement :

§ 1 - Le principe lui-même.

§ 2 - Les limitations qu'il subit.

§ 3 - Les critiques qu'il a soulevées.

§ 1 - Le principe lui-même.

Textes sur lesquels repose le principe : Les Déclarations des droits - textes du C.C. notamment l'art. 1387 à propos du contrat de mariage.

Où le principe est-il formulé ?

Il résulte d'abord des Déclarations de droits des constitutions révolutionnaires. Ces déclarations sont ordinairement considérées par les auteurs de droit constitutionnel comme étant encore en vigueur. On le trouve en particulier dans la constitution du 3 septembre 1791 celle qui précède : "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". Voilà bien une règle qui contient en elle-même le principe de la liberté contractuelle.

Dans le Code civil, au titre des obligations et des contrats, ce principe n'est pas énoncé. On dit ordinairement qu'il est écrit dans l'art. 1134 mais c'est une confusion. Il suffit de lire le texte pour s'en apercevoir : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Cet article formule un principe différent de celui de la liberté des conventions; il déclare que les conventions légalement formées lient les contractants comme la loi elle-même, ce qui est un autre principe que nous étudierons plus loin, en traitant de l'effet obligatoire des contrats. Mais s'il n'est pas énoncé au titre des obligations, le principe de la liberté contractuelle résulte d'autres articles. D'abord et par a contrario, de l'article 6 du Code civil, texte sur lequel nous insisterons plus loin et qui est ainsi rédigé : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Prenons le contrepied de cet article : on peut déroger par des conventions particulières aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public ni les bonnes mœurs. Un autre article du Code civil énonce formellement le principe de la liberté des conventions : c'est l'article qui ouvre le titre du contrat de mariage, l'art. 1387 : "La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et en outre, sous les modifications qui suivent..."

On peut s'étonner que ce principe n'ait pas été formulé pour les contrats en général mais spéciale-

ment pour le contrat de mariage. Ceci s'explique historiquement : c'est que la liberté des conventions matrimoniales n'est apparue chez nous qu'au XVIème siècle et c'est à propos des conventions matrimoniales que nos anciens auteurs ont formulé la règle. L'article 1387 a été copié par les rédacteurs du Code civil dans le Traité du contrat de mariage de Pothier. Mais comme nos anciens auteurs ne l'avaient pas exprimée pour les contrats en général, les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas non plus énoncée.

Le principe de la liberté des conventions dans les législations étrangères.

Ce principe de la liberté des conventions existe actuellement dans tous les pays. On le trouve ordinairement reproduit dans les codes du XIXème siècle. Certains codes modernes ne le contiennent pas. Ainsi on ne le trouve ni dans le Code civil allemand, ni dans le Code civil brésilien, ni dans le Code civil soviétique, mais s'il n'y est pas expressément indiqué, il n'en est pas moins tacitement adopté par ces législations.

Dans d'autres codes récents il se trouve reproduit. Notamment dans le Code civil suisse des obligations, livre V, art. 19 : "L'objet d'un contrat peut être librement déterminé dans les limites de la loi", ce qui revient à dire que les particuliers peuvent réglementer leurs contrats comme ils l'entendent, pourvu qu'ils observent les règles impératives posées par le législateur.

Dans le code des obligations de la République de Pologne l'art. 55 décide que les parties contractantes peuvent à leur gré créer entre elles tous liens juridiques, pourvu que le contenu et le but du contrat ne soient pas contraires ni à l'ordre public, ni à la loi, ni aux bonnes mœurs.

Voir aussi le projet de Code civil franco-italien, art. 38.

Conséquence du principe. Droit pour les parties de ne pas se conformer aux lois supplétives.

Quelle est la conséquence de ce principe ?

Il faut distinguer parmi les lois qui réglementent les contrats, deux sortes de lois : les lois supplétives et les lois impératives. Je laisse de côté pour le moment les lois impératives. J'en parlerai lorsque nous étudierons les limitations à la liberté des contrats.

Lois supplétives. - Entendez par là : lois supplétives de la volonté des contractants, c'est-à-dire dispositions qui ne s'appliquent que si les contractants n'ont pas dit le contraire ou n'ont rien dit sur le point visé par ces lois. Les contractants sont donc libres de ne pas se conformer aux règles supplétives établies par le législateur. Ils peuvent y substituer d'autres prescriptions qui leur paraissent

plus expédientes. Nous trouvons dans le Code civil de nombreux articles qui le déclarent et qui tous reviennent à peu près à cette formule : "A défaut de stipulation ou de convention contraire, telle règle s'appliquera". Voyez l'art. 1387 : "La loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de conventions spéciales". Voyez, au titre de la vente, l'art. 1627 à propos de la garantie en cas d'éviction : "Les parties peuvent par des conventions particulières ajouter à l'obligation de garantie ou en diminuer l'effet. Elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie". Donc, liberté pour les parties de modifier comme elles le voudront l'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur. Plus loin, à propos du louage, l'art. 1754 nous dit, en parlant des réparations locatives, qu'elles sont à la charge du locataire, s'il n'y a clause contraire. L'art. 1761, toujours à propos du louage : "Le bailleur ne peut résoudre la location encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention contraire". L'art. 1763 pour les baux à ferme : "Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a pas été expressément accordée par le bail". Citons encore l'art. 1859 au titre de la société : "A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration des biens, l'on suit les règles suivantes..."

Caractère supplétif de la plupart des dispositions du Code dans la matière des contrats.

Presque toutes les dispositions contenues dans le Code civil sur la réglementation des contrats ont ce caractère spécial. Elles sont supplétives; rares sont les dispositions contenues dans le titre des contrats qui ont un caractère impératif. En d'autres termes, la réglementation des contrats par le Code civil est une réglementation type, faite pour le cas où les parties ne jugent pas nécessaire d'en établir une autre, ou pour suppléer à leur silence. C'est pourquoi on appelle aussi ces règles des lois interprétatives de la volonté des contractants, mais il est préférable de ne pas employer cette expression qui pourtant n'est pas absolument inexacte parce que les parties sont présumées, sont réputées s'être référées à la réglementation légale quand elles n'en ont pas établi d'autre. On peut donc dire de ce point de vue que ces dispositions sont interprétatives de la volonté des contractants, mais il faut éviter d'employer cette expression, pour cette raison qu'elle peut laisser croire qu'en édictant ces dispositions supplétives le législateur s'inspire de la volonté présumée des parties, ce qui donne un autre sens aux mots : lois

interprétatives. Il serait inexact de dire que le législateur s'inspire de la volonté présumée des parties. Le législateur établit cette réglementation d'après les besoins de la pratique, d'après les besoins courants, d'après la tradition, d'après la coutume. Ces règles supplétives sont en partie encore empruntées à la tradition romaine. On y retrouve les règles déjà énoncées par les jurisconsultes romains.

Justification
de la distinction
entre
lois impératives
et lois
supplétives.

Il est bon d'insister un peu sur cette notion de lois supplétives. Au premier abord cette expression paraît singulière. Elle paraît même en contradiction avec la notion de loi, car quand on parle de loi, on pense immédiatement à une disposition obligatoire. Une loi n'est-elle pas nécessairement obligatoire ? N'est-ce pas le caractère essentiel d'une loi d'être obligatoire ? C'est pourquoi il y a des auteurs qui ont contesté qu'il y ait des lois supplétives et qui ont critiqué la distinction entre les lois impératives et les lois supplétives.

Citons notamment ce qu'a dit Duguit, à propos de l'art. 6 du Code civil :

"Si l'on prend au pied de la lettre l'art. 6, il apparaît qu'il y a certaines lois qui ne touchent pas à l'ordre public et auxquelles par conséquent, on est libre de déroger, mais l'intérêt public ne peut être que l'intérêt social, peu importe le nom dont on le désigne. La loi puise toujours sa force dans l'intérêt social, et elle n'est loi, que parce qu'elle est conforme à l'intérêt social. Toutes les lois étant d'intérêt social sont d'ordre public et il n'est permis de déroger à aucune loi..." C'est vraiment se laisser entraîner par l'esprit de logique au delà de la réalité des choses. Est-il possible de nier qu'il y ait dans le Code civil des dispositions imprévues, le code disant : On ne peut pas faire telle chose, il est interdit de faire telle chose, et d'autres dispositions qui sont supplétives et pour lesquelles le code nous dit : A défaut de conventions contraires, on appliquera telle et telle mesures. La distinction des lois impératives et des lois supplétives est indiscutable et il est impossible de soutenir, comme le fait Duguit, que toutes les lois sont d'ordre public, ou alors on dénature la signification des mots.

M. Niboyet de son côté, dans son Manuel de droit international privé, préoccupé aussi par la même idée, s'explique comme suit, N° 696 : "Pour nous, dit-il, les lois dites facultatives sont des lois impératives, seulement elles ne le sont pas immédiatement" (entendez bien la nuance apportée par M. Niboyet). "Elles sont facultatives au premier degré et obligatoires

au deuxième degré". "Elles sont alternatives, il dépend des contractants de ne pas les observer". Alors, elles ne sont pas impératives !

"Lorsque les contractants gardent le silence, la loi dite facultative se transforme en loi impérative. Le but de ces lois est simplement de fournir aux parties une législation applicable à leurs conventions, mais il n'est pas le seul. Qu'advierait-il, en effet, si ces lois n'existaient pas ? Un véritable désordre. Il est indispensable que toutes les relations contractuelles soient réglementées. C'est une question de police sociale". Je suis tout à fait d'accord avec cette conclusion. Il est indispensable que le législateur réglemente les contrats usuels pour suppléer au silence des contractants. S'il ne le faisait pas, il y aurait tous les jours des procès, les parties ne pouvant pas tout prévoir dans les écrits qu'elles rédigent. Mais il ne faut pas de cette utilité, de cette nécessité même des lois supplétives, conclure qu'elles sont dans une certaine mesure impératives. Il faut à mon avis, maintenir très ferme la distinction entre les lois impératives et les lois supplétives. Quant à l'objection qui consiste à dire que ces lois ne sont pas de véritables lois parce qu'on y peut déroger, je ne vois pas qu'elle soit décisive, le législateur lui-même disant : J'établis une réglementation qui sera le droit commun des contrats, mais qui ne s'appliquera que si les contractants n'y apportent pas de modifications.

§ 2 - Des limitations à la liberté contractuelle.

Première limitation : Les lois impératives.

Deuxième limitation : Elle se confond avec la première, mais son champ d'application est plus large : Les lois d'ordre public et les bonnes moeurs en général. Les lois impératives sont des lois d'ordre public qui intéressent au premier chef l'ordre public et les bonnes moeurs, mais la notion d'ordre public et de bonnes moeurs ne me paraît pas seulement contenir les lois impératives. Il y a comme une atmosphère d'ordre public et de bonnes moeurs, qui fait qu'en dehors même des textes qui les prohibent, certains contrats seront considérés par les juges comme contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, comme immoraux.

Troisième limitation : Elle est de moindre importance : limitation pouvant résulter des principes techniques du droit des contrats.

LIMITES DE LA LIBERTE

CONTRACTUELLE.

1° - Exemples de règles impératives ou prohibitives empruntées à la matière des contrats.

2° - Des pactes sur succession future.

3° - A quoi reconnaît-on qu'une loi est impérative ou prohibitive ?

4° - Toutes les lois sont-elles impératives ou prohibitives au même degré ?

Règles impératives ou prohibitivesdans la matière des contrats.

Règles impératives ou prohibitives en matière de contrat.

Texte général :
l'art. 6 C.C.

Je voudrais vous citer d'abord un certain nombre d'articles contenant des règles de ce genre. En premier lieu, un texte général, l'art. 6 : "On ne peut déroger par des lois particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". On peut même dire que toutes les lois impératives ou prohibitives intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs, car elles sont toutes fondées sur des considérations qui se rattachent à l'une ou l'autre de ces idées : ordre public, intérêt social, bonnes mœurs ou morale, protection des individus, ce qui est une des faces de l'ordre public.

Je laisse pour le moment de côté les explications que j'aurai à vous donner sur ces deux notions très délicates, la première surtout, fuyante, variable suivant les époques et par là-même difficile à définir, et je recherche dans le titre des obligations et des contrats et dans le titre consacré aux différents contrats les textes qui nous apparaissent, au premier abord, comme étant impératifs ou prohibitifs. Je dis, au premier abord, parce qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quelles sont les dispositions du Code civil qui rentrent dans cette catégorie et on peut hésiter pour certaines d'entre elles, mais je ne prendrai ici que celles pour lesquelles ce caractère paraît bien certain.

Textes
spéciaux :
art. 1109 sur
la validité
du consente-
ment et l'art.
1124 sur la

D'abord, dans le titre 3 du livre 3 des contrats et des obligations, nous trouvons l'art. 1109 : "Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été

capacité.

extorqué par violence ou surpris par dol". Voilà un texte qui certainement est d'ordre public. L'individu qui a été victime d'erreur, de dol ou de violence peut toujours demander la nullité du contrat. Vous voyez la formule qu'emploie ici la loi : "Il n'y a point de consentement valable", les parties ne peuvent donc point déroger à cette règle; elle est impérative. Elle est fondée sur la protection que mérite le contractant qui a été victime soit de l'erreur, soit de manoeuvres frauduleuses, soit de violence.

Puis nous rencontrons l'art. 1124, à propos de la capacité, qui nous indique quels sont les incapables de contracter. Or ces incapables, mineurs, femmes mariées et tous ceux à qui la loi interdit certains contrats, ne peuvent pas échapper à l'incapacité qui les frappe. Il n'est pas permis dans un contrat de dire qu'il ne sera pas tenu compte d'une incapacité édictée par la loi. C'est ici encore une règle impérative, établie elle aussi, comme pour les vices du consentement, dans l'intérêt des personnes qui sont jugées n'être pas aptes à défendre elles-mêmes leurs intérêts et qui, à cet effet, doivent être soit représentées, soit habilitées.

2) L'art. 1128 :
objet du
contrat.

Ensuite l'art. 1128 : "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions". Donc, les conventions ne peuvent avoir pour objet des choses qui ne sont pas dans le commerce. Vous voyez encore la façon dont l'article est formulé : "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions", pas de convention possible pour les choses hors du commerce. Puis la fameuse prohibition sur laquelle j'insisterai plus loin, la prohibition des pactes sur succession future, qui a son siège dans l'art. 1130 et qui y est formulée en ces termes : "On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession."

3) art. 1131
sur la cause.

L'art. 1131 à propos de la cause est également un texte impératif, qui ne fait que rappeler le principe énoncé dans l'art. 6 "L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet".

4) art. 1134 :
la force obli-
gatoire du con-
trat et son
exécution de
bonne foi.

Ensuite l'art. 1134, al. 3, nous dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et il ajoute : Elles doivent être exécutées de bonne foi. Ici encore c'est une règle à laquelle il n'est pas possible de déroger dans la convention. La bonne foi est nécessairement exigée des contractants. Ils doivent exécuter leurs obligations conformément à la bonne foi.

5) : prohibition de l'anatocisme.

Il faut également signaler l'art. 1154 sur l'anatocisme ou la capitalisation des capitaux; la jurisprudence admet que cet article est une disposition d'ordre public : "Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale pourvu que soit dans la demande, soit dans la convention il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année". Mais la jurisprudence tend par son interprétation à réduire ce texte à une application des plus limitées.

6) l'art. 1172 sur la condition illicite.

L'art. 1172, au chapitre des obligations conditionnelles : "Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend".

Formules tra-
duisant le
caractère
impératif de
la loi.

Voilà donc toute une série de formules : on ne peut, il n'y a point de consentement valable, l'acte est nul. Quelquefois aussi la loi dit : toute convention contraire est nulle. Ces exemples suffisent pour le titre troisième, des contrats en général.

2 - Textes
impératifs
en matière de
contrat de
mariage.

Dans les contrats spéciaux, voici quelques dispositions impératives ou prohibitives :

Dans le contrat de mariage, l'art. 1388 : "Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants (disons ni aux droits résultant de la puissance paternelle) ou qui appartiennent au mari comme chef de la communauté, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la puissance paternelle, et par le titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, ni aux dispositions prohibitives du présent code".

Art. 1389 : "Les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux". On ne peut pas toucher à l'organisation légale des successions dans un contrat de mariage.

Art. 1390 : "Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera régie par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogés par le présent code". Les époux ne peuvent pas se marier sous un régime emprunté à une ancienne coutume, ils ne peuvent, d'une façon générale, se référer à un régime matrimonial inséré dans une coutume que le code a abrogée.

Puis les articles bien connus, 1394 et 1395, relatifs au moment où doivent être rédigées les conven-

tions matrimoniales. Art. 1394 : "Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire". Seront rédigées, formule impérative qui s'impose à la volonté des parties. L'article 1395 la complète : "Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage".

Citons enfin quelques articles relatifs à la vente :

1591 : "Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties". Règle un peu particulière au droit français et qui est parfois gênante pour les contractants.

Art. 1595 : "Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants..."

Art. 1596 : "Ne peuvent se rendre adjudicataires sous peine de nullité ni par eux-mêmes ni par personnes interposées, les tuteurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle, les mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, les administrateurs de ceux des communes ou des établissements publics, confiés à leurs soins, les officiers publics des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère".

L'art. 1597 interdit aux juges, magistrats remplissant le ministère public, greffiers, huissiers, etc. de devenir cessionnaires des procès droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions".

Puis, toujours au titre de la vente, l'art. 1628 qui vient après ceux qui déclarent que l'on peut dans le contrat de vente écarter les obligations de garantie qui pèsent sur le vendeur et qui ajoute : "Quoi qu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel, toute convention contraire est nulle". Voilà encore une des formules auxquelles nous reconnaissons le caractère d'ordre public, ou prohibitif : Toute convention contraire est nulle.

L'art. 1660 à propos du pacte de réméré ou faculté de rachat : "La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long elle est réduite à ce terme". Ici donc encore, limitation à la liberté des contractants.

L'art. 1674 à propos de la rescision au profit d'un vendeur d'un immeuble, lésé de plus des 7/12. "Si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait

expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision et qu'il aurait déclaré donner la plus-value". Il n'est donc pas possible pour le vendeur d'immeuble de renoncer dans le contrat de vente au droit de demander la rescision pour cause de la lésion qui peut l'atteindre.

Autres textes
impératifs à
propos du con-
trat de tra-
vail, du jeu,
du gage.

Voici enfin trois derniers articles empruntés à d'autres contrats : je ne cite ici que les articles du Code civil sans parler des lois récentes qui, elles, abondent en articles impératifs. L'art. 1780 du Code civil au sujet du contrat de travail : "On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée". Disposition destinée à respecter la liberté des individus. La loi ne veut pas que l'individu enchaîne sa liberté pour toute sa vie par un contrat de travail.

L'art. 1965, qu'on ne peut plus lire sans sourire depuis que l'Etat vit des produits de la loterie : "La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari".

L'art. 2078, dans le titre du gage, qui vise la clause connue sous le nom de pacte commissaire : "Le créancier gagiste qui a le gage dans les mains 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".

Voilà des exemples d'articles impératifs ou prohibitifs pour lesquels la simple lecture des textes permet d'affirmer qu'on est bien en présence de dispositions qui dominent la volonté des parties. De ces dispositions il en est une qui a une certaine importance et sur laquelle il paraît nécessaire de donner quelques explications. C'est celle qui prohibe les pactes sur succession future.

2° - Pactes sur succession future.

La prohibition
des pactes sur
succession
future - Nom-
breux textes
s'y référant.
Portée généra-
le de la
prohibition.

L'interdiction des pactes sur succession future, qui joue un grand rôle et à l'occasion de laquelle il y a souvent des décisions de jurisprudence, se trouve énoncée successivement dans trois textes.

D'abord dans l'art. 791 au titre des successions: "On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession".

Puis l'art. 1130, al. 2 : "On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui duquel il s'agit". Cet article donne un large champ d'application à la prohibition, puisqu'il nous dit qu'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte. Plus loin, au titre de la vente, l'art. 1600 : "On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement", qui ne fait qu'appliquer à la vente la formule générale de l'art. 1130.

A ces trois articles, il faut ajouter la disposition de l'art. 943, au titre des donations, qui déclare nulles les donations de biens à venir, expression qui englobe l'institution contractuelle, laquelle consiste à instituer une personne héritière, dans un contrat. La loi ne permet ce genre d'institution d'héritier qu'in favorem matrimonii, dans le contrat de mariage et aussi entre gens mariés, parce qu'entre gens mariés, les donations sont toujours révocables et se rapprochent par là du testament. Se rapportent également à cette prohibition les textes suivants : l'art. 1389, au titre du contrat de mariage, déclare que les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'effet serait de changer l'ordre légal des successions. Ils ne peuvent donc faire de conventions modifiant l'ordre des successions, soit par rapport à eux, soit par rapport à leurs enfants entre eux.

L'art. 2129, au titre Des hypothèques, qui interdit l'hypothèque des biens à venir, c'est-à-dire des biens que l'on recueillera dans une succession. Enfin l'art. 1837, au titre de la société. Les sociétés universelles de biens sont permises, mais l'article précité ajoute : "Les biens qui pourraient advenir aux associés par une succession, une donation ou un legs n'entrent dans cette société que pour la jouissance. Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard".

Actes tombant
sous le coup
de la prohi-
bition.

Division
du sujet.

En résumé dans le Code civil la prohibition des pactes sur succession future est générale.

Elle vise 1° les renonciations;

2° toutes les conventions relatives à la succession d'un tiers;

3° les conventions par lesquelles une personne dispose de sa propre succession.

Il convient d'étudier les points suivants :

1° - D'où vient cette prohibition qui s'est amplifiée dans notre droit civil ?

2° - Quels en sont les motifs ?

3° - Quels sont les éléments constitutifs d'un pacte sur succession future ?

4° - Des cas où la loi autorise les pactes sur succession future exceptionnellement.

5° - Applications de cette prohibition qui ont donné lieu à discussion.

§ 1 - Origine historique de cette prohibition.

Prohibition
en droit ro-
main des pac-
tes sur la
succession
d'une personne
encore vivante
à l'insu de
l'intéressé.

Elle vient du droit romain. De nombreux textes du Digeste et du Code interdisent les pactes sur les successions à venir. Il y a d'abord ceux qui frappent de nullité les conventions conclues entre deux personnes relativement à la succession d'un tiers. Le texte le plus important relatif à ces conventions est une Constitution de Justinien, C. 2. 3. 30. Cette constitution, rappelant les règles anciennes, (elle n'innove donc pas), interdit tous les pactes ayant pour objet les biens d'une personne encore vivante, lorsque ces pactes sont faits à l'insu de l'intéressé. L'empereur était consulté sur la question de la validité d'un pacte au sujet de la succession d'un tiers encore vivant, pacte par lequel les contractants convenaient que si ce tiers venait à mourir et que sa succession leur fût dévolue, ils observeraient certaines règles quant à cette succession, et de même au cas où le bénéfice de cette succession irait à certains d'entre eux. Justinien répond que tous ces pactes, quand ils sont faits à l'insu de la personne intéressée, sont odieux et subordonnés à la plus triste et dangereuse éventualité; triste éventualité, puisqu'il s'agit du décès d'un tiers, dangereuse, parce qu'elle peut donner aux intéressés le désir de hâter son décès. C'est pourquoi, dit-il, se conformant à la tradition, il les condamne tous comme contraires aux bonnes mœurs, à moins que celui de la succession duquel il s'agit n'y ait donné son consentement et n'y ait persévéré jusqu'à la fin de

sa vie. Précisant les lois et constitutions antérieures, Justinien interdit les donations, les hypothèques et toutes espèces de conventions relatives aux successions de tiers encore vivants.

Prohibition
de la renon-
ciation à une
succession non
encore ouverte
et de l'insti-
tution contrac-
tuelle.

Il y a ensuite le groupe des textes qui défendent de renoncer même par contrat de mariage à une succession non ouverte, ou au droit d'intenter après le décès du testateur, la querela inofficiosi testamenti.

Enfin il y a d'autres fragments qui annulent les conventions par lesquelles une personne en institue une autre comme héritière, l'institution contractuelle, même lorsqu'elle est faite par contrat de mariage. Le motif invoqué ici est que ces pactes sont contraires à la liberté de tester qui est essentielle et les textes donnent cette formule : *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*; la volonté du défunt est ambulatoire, c'est-à-dire variable, elle doit rester variable, jusqu'à l'extrême moment de sa vie. Il n'est pas admissible pour les Romains que l'homme renonce à cette liberté dans le cours de sa vie, et dispose par un contrat, c'est-à-dire par un acte qui le lie définitivement, au profit d'un tiers, de tout ou partie de sa succession. Considération pleine de sagesse dont la vérité est toujours entière.

Atténuation à
la prohibition.

Si large que fût la prohibition, néanmoins elle acceptait quelques tempéraments. Le plus important résultait de la constitution déjà citée de Justinien qui admettait les pactes relatifs à la succession d'un tiers, lorsque celui-ci y donnait son consentement et y persistait jusqu'à la fin de sa vie, tempérament que nous ne retrouvons plus dans notre code, puisque l'art. 1130 annule les pactes même faits avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Les promesses
post mortem.

Justinien a également atténué l'interdiction des pactes sur succession future en ce sens, dit-il dans certains textes, que ceux qui faisaient une stipulation post mortem étaient présumés avoir simplement voulu reculer l'exigibilité du droit au décès de l'un d'eux. Si bien que tout en proclamant la nullité des contrats post mortem, Justinien admettait que certaines stipulations post mortem devaient être tenues pour valables lorsqu'elles avaient pour but simplement de reporter au décès de l'intéressé, non pas la naissance du droit, mais son exigibilité. Ce n'est pas clair, et l'interprétation de ces mots est délicate. Voir au Code, 4.2. C.uniq. et au Code 8.37 (38) 11. Ces deux constitutions ne font du reste que

rappeler ce qui est écrit aux Institutes de Justinien livre 3, titre 19, § 13.

La prohibition dans l'ancien droit; tempérément en ce qui concerne le contrat de mariage.

La prohibition des pactes sur la succession non ouverte a passé dans notre droit ancien. Elle a continué à s'appliquer dans les pays du Midi; elle a été adoptée dans les pays de coutume. Toutefois on avait apporté une dérogation importante en faveur des contrats de mariage.

Il faut se rappeler ici le rôle que jouait autrefois dans les familles le contrat de mariage. Ce n'était pas seulement une convention destinée à régler le régime matrimonial des deux enfants qui allaient se marier et à constater les libéralités qui pouvaient leur être faites par des tiers; c'était un véritable pacte de famille. C'était l'occasion pour les parents de régler, à ce moment où la famille se divisait, la dévolution de leurs successions entre leurs enfants, au moyen de substitutions et surtout au moyen de renonciations que l'on imposait aux filles dotées. On leur imposait, moyennant la dot qu'on leur constituait, de renoncer à la succession de leurs parents. On imposait aussi aux puînés une renonciation en faveur des aînés. C'est ce qui a fait dire à l'un de nos anciens auteurs, La Thaumassière, parlant du contrat de mariage, dans ses Questions sur la coutume de Berry, en 1691, : "Le contrat de mariage est le plus saint et le plus universel, le plus favorable et le premier de ceux qui se font entre les hommes, un contrat général où tous les autres se rencontrent. C'est la loi inviolable de la famille par laquelle il est permis de faire toutes sortes d'avantages et de donations, les institutions d'héritier, les substitutions, les conventions de succéder, les renonciations aux futures successions". Le contrat de mariage a perdu aujourd'hui ce caractère et tous ces pactes sur succession future que l'on introduisait autrefois sont aujourd'hui, pour la plupart, nous allons le voir, prohibés. Cependant en faveur du contrat de mariage la loi autorise encore certains pactes sur succession future, dont le plus important est l'institution contractuelle.

Les rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont pas hésité à adopter et même à renforcer la vieille prohibition. Ils l'ont renforcée, puisque dans l'art. 1130 ils prohibent les stipulations relatives à une succession non ouverte, même avec le consentement de l'intéressé, c'est-à-dire de celui de la succession duquel il s'agit.

§ 2 - Motifs de cette prohibition.

Pourquoi les rédacteurs du code l'ont-ils maintenue et même l'ont-ils aggravée ?

Quand on lit les travaux préparatoires on n'est pas très renseigné. Ils sont insuffisants. La prohibition est si ancienne, elle paraît si naturelle aux rédacteurs du Code civil, si conforme à la raison, qu'ils n'éprouvent pas le besoin de la justifier par de longues considérations. Ils se contentent de dire d'une façon générale que ces stipulations sont incompatibles avec l'honnêteté publique, qu'elles offensent les convenances, et plus spécialement, pour les renonciations anticipées des filles dans leur contrat de mariage, qu'elles sont lésionnaires et contraires à l'égalité. Il n'y a rien de plus dans les travaux préparatoires. Ils ne dispensent donc pas de scruter les raisons d'être de cette prohibition et de rechercher si vraiment elle est fondée encore, ou si elle mérite comme le prétendent certains, de disparaître, sinon en totalité, du moins en partie, de nos lois.

Pour faire cet examen, il faut diviser en trois groupes les conventions prohibées.

1° - Les renonciations anticipées.

2° - Les pactes concernant la succession d'un tiers.

3° - Les conventions par lesquelles une personne dispose de tout ou partie ou d'un élément de sa succession future.

Le souci d'égalité entre les héritiers.

Les renonciations anticipées étaient sous l'ancien régime une institution aristocratique, conséquence de la hiérarchie des classes, de l'organisation de la noblesse, institution aristocratique permettant de concentrer les biens de la famille sur la tête de l'aîné, héritier du titre, afin qu'il le portât dignement. Le régime égalitaire du code a paru incompatible avec cette institution et personne ne demande aujourd'hui la suppression de cette prohibition si contraire au principe d'égalité proclamé par la Révolution.

On a pourtant observé que la pratique révèle l'emploi de clauses de renonciations qui ne sont nullement inspirées par l'idée de favoriser un enfant au détriment d'un autre, et qui mériteraient d'échapper à la nullité qui les frappe aujourd'hui. Par exemple, il est regrettable que deux époux qui dans leur contrat de mariage se sont réciproquement institués héritiers de leurs biens au profit du survivant d'entre eux, ne puissent renoncer au bénéfice de cette

libéralité en vue de rendre efficace la constitution de dot qu'ils font au profit de leurs enfants. Il n'est pas de prohibition qui n'ait dans ses applications pratiques quelques inconvénients pour la liberté des parties, et on pourrait évidemment dans certains cas atténuer ou supprimer ces inconvénients en donnant un peu plus de liberté aux intéressés. On peut consulter notamment sur une question voisine, un fameux arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 2 juillet 1903, D. 1903.I.353.S.1904.I.65, qui a soulevé beaucoup de critiques dans la doctrine et qui a tranché une question très délicate que je n'explique pas ici. Cet arrêt très intéressant a déclaré contraire à la prohibition des pactes sur succession future, une stipulation qui ne présentait, semble-t-il, que des avantages pour les futurs époux.

Le votum mortis.

Les pactes sur la succession d'une tierce personne vivante ne sont pas plus défendables que les renonciations anticipées. Nos anciens auteurs disaient qu'ils sont contra bonos mores. Il est immoral de voir des héritiers présomptifs disposer ainsi de leurs droits dans la succession de leurs auteurs encore vivants. C'est à propos d'eux qu'on a dit et répété, l'expression se trouve chez tous nos anciens auteurs, qu'ils suscitent le votum mortis, qu'ils font désirer la mort des auteurs. Il faut ajouter que ces pactes et conventions sont presque toujours lésionnaires parce qu'ils sont faits par des individus sans ressources qui ont recours à des usuriers et qui, ayant dissipé ce qu'ils ont, cherchent à dissiper à l'avance ce qu'ils recueilleront par voie de succession. Ce n'est pas à encourager.

Nécessité de laisser à l'individu sa pleine liberté de disposition jusqu'à son décès.

Restent enfin, et c'est sur ceux-là que l'on a surtout discuté, les pactes faits par un individu sur sa propre succession.

Il y a bien des législations qui les permettent. Le code civil allemand et le code civil suisse sont moins rigoureux que le nôtre; ils autorisent les institutions contractuelles même en dehors du contrat de mariage, c'est-à-dire qu'ils autorisent une personne à instituer un tiers son héritier dans un contrat passé avec ce tiers, de faire par conséquent un pacte sur sa succession, d'en disposer par contrat, ce qui est un acte définitif et irrévocable. Je ne crois pas pour moi que cet exemple soit à suivre et je reste convaincu de la sagesse de l'observation que faisaient les Romains : la prudence veut que l'homme ne s'engage pas d'une façon définitive durant sa vie par un contrat pour le jour de son décès. La prudence veut qu'il garde entière, complète, sa liberté de disposer

de ses biens pour le jour où il mourra. Se lier d'une façon définitive en instituant un héritier dans un contrat, c'est une grande imprudence parce que l'individu qui le fait ne peut jamais prévoir ce que réserve l'avenir, ce qui se passera du jour où il a fait le contrat jusqu'au jour de son décès. Les Romains avaient très bien compris que la seule façon raisonnable pour l'homme de disposer de ses biens, est le testament, acte révocable jusqu'au dernier moment de la vie. L'individu peut toujours revenir sur ses dispositions testamentaires et les adapter aux circonstances en face desquelles il se trouve, aux conditions nouvelles qui se présentent à lui, soit par le décès de ceux qui lui sont chers, soit par les dissentiments qui peuvent se produire.

Permettre l'institution contractuelle par contrat de mariage en faveur de l'un des futurs époux, n'est déjà pas sans danger, mais cela peut se comprendre pour faciliter le mariage d'un enfant. Et encore ces institutions se comprendraient mieux, faites par l'un des époux au profit de l'autre, que faites par un tiers au profit de l'un ou de l'autre des époux. La pratique prouve que ces institutions contractuelles deviennent de plus en plus rares, de la part des tiers d'abord, et même entre futurs époux. Entre futurs époux il y a, il est vrai, une cause particulière qui est l'introduction du divorce dans nos lois. Les institutions contractuelles faites par contrat de mariage sont irrévocables. Or il se peut que le mariage tourne mal et si au cas de divorce l'institution contractuelle faite au profit de l'époux coupable tombe (art. 299) : les libéralités faites par l'époux coupable à l'autre subsistent, et il est plein d'inconvénients de laisser ainsi subsister une libéralité, alors que tout lien est rompu entre les deux époux, et que chacun d'eux peut reconstituer une nouvelle famille. Cependant, tout en reconnaissant que les institutions contractuelles ne doivent pas être généralisées, certains auteurs estiment qu'il serait bon de les permettre dans certains cas, et notamment de permettre aux père et mère d'en user à l'égard de leurs enfants même en dehors du contrat de mariage. Ce serait, disent-ils, un procédé de partage anticipé, préférable à la donation partage qui dépouille immédiatement l'ascendant et au testament partage qui, lui, est toujours révocable. Ce serait, dit-on, un procédé de transmission intégral des petits domaines dont le morcellement se trouverait ainsi évité. Je ne souhaite pas pour ma part une réforme

de ce genre, parce qu'elle supposerait d'abord une sensible restriction de la réserve des descendants; sinon même sa suppression, et que la réserve est une institution nationale qu'il faut conserver. De plus, je ne pense pas que les époux profiteraient de cette liberté nouvelle, parce que le principe de l'égalité entre les enfants est profondément entré dans les mœurs françaises et bien rares sont les parents qui y portent atteinte.

En résumé, la prohibition des trois sortes de pactes sur succession future garde, à mon avis, toute sa raison d'être, qu'il s'agisse des uns ou des autres, qu'il s'agisse des renonciations anticipées, des conventions relatives à la succession d'autrui, ou des conventions relatives à la succession du disposant. Les unes ne sont pas moins dangereuses que les autres.

§ 3 - Des éléments constitutifs des pactes sur succession non ouverte.

Nous avons à rechercher quel est le champ d'application de la prohibition.

L'interprétation restrictive en matière de prohibition des pactes sur succession future.

Posons d'abord le principe qui doit diriger l'interprétation des textes qui la prononcent avant de rechercher les traits caractéristiques des conventions qui tombent sous son application.

Les textes qui interdisent les pactes sur succession future font échec à la règle de l'autonomie de la volonté des contractants, et en particulier à celle de l'art. 1130, al.1, d'après lequel les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Donc il faut interpréter cette interdiction restrictive-ment comme du reste toutes les dispositions impératives ou prohibitives en matière de contrat. En d'autres termes, il ne faut pas étendre par analogie la prohibition à des conventions qui ne présentent pas d'une façon certaine les caractères des pactes sur succession future. Quels sont les traits auxquels nous allons reconnaître ce genre de pactes ?

On peut dire que ces traits sont au nombre de deux.

Premier caractère : nécessité d'une convention à titre gratuit ou onéreux, à l'exclusion d'un acte

D'abord, ce que la loi interdit, c'est, suivant l'expression de l'art. 1130, les stipulations, c'est-à-dire les accords de volonté, les contrats; il est vrai que l'art. 1130 vise aussi la renonciation à une succession non ouverte : on ne peut, dit-il, renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession. Mais il vise par là les renonciations conventionnelles, c'est-à-dire

unilatéral.

les renonciations contenues dans un contrat, car l'article 791, au titre des successions, interdit la renonciation unilatérale à la succession d'une personne non décédée. De là il résulte qu'un legs fait sous la condition que le légataire renoncerait à une succession non ouverte ne tomberait pas sous le coup de la prohibition de l'art. 1130. Il n'en serait du reste pas pour cela valable, au surplus, et si je fais l'observation, c'est pour bien délimiter le champ d'application de l'art. 1130. Ce legs ne tomberait pas sous la prohibition de l'art. 1130, mais il serait nul comme contenant une condition contraire à l'art. 791 puisqu'il imposerait au légataire l'obligation de renoncer à une succession non ouverte et que l'art. 791 l'interdit. La seule question serait de savoir s'il faut annuler ce legs ou tenir cette condition pour non écrite, conformément à la règle de l'art. 900, d'après lequel dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites. Cette condition illicite imposée par le testateur au légataire se verrait-elle appliquer l'article 900 et serait-elle tenue pour non écrite, ou le legs tout entier serait-il annulé ? En principe on lui appliquerait l'art. 900, puisque c'est la règle. Mais la jurisprudence apporte à cette règle un tempérament et décide que si la condition illicite a été dans l'esprit du disposant la cause impulsive et déterminante de la libéralité, du legs dans notre espèce, c'est la libéralité tout entière qui est annulée.

En revanche, la prohibition atteint toutes les conventions dont l'objet est une succession future, qu'elles soient à titre gratuit ou à titre onéreux. L'art. 1130 ne prohibe pas seulement les donations, les libéralités ayant pour objet une succession non ouverte; il prohibe également les conventions, les contrats à titre onéreux ayant le même objet. Le doute ne peut exister sur ce point puisque l'art. 1600 interdit la vente d'une succession d'une personne encore vivante même de son consentement, et on interprète cet art. 1600 comme visant non seulement toute la succession ou une quote part de la succession, mais un objet considéré par le vendeur comme devant faire partie de sa succession.

Voilà donc un premier caractère. Il faut un pacte c'est-à-dire un accord de volontés.

Deuxième caractère : convention ayant

En second lieu, il faut que ce pacte ait pour objet une succession non ouverte, c'est-à-dire la succession d'une personne vivante. Cette formule très

pour objet la succession d'une personne vivante.

compréhensive s'applique aussi bien aux pactes portant sur la succession de l'un des contractants que sur la succession d'un tiers. D'autre part, il n'est pas nécessaire que le pacte ait pour objet toute la succession ou une quote part de la succession, il suffit que la convention s'applique à un objet déterminé à une res singularis qui doit faire partie de la succession, comme élément de la succession. Cette solution résulte bien des termes de la loi : art. 1130 : "On ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit".

Critérium du pacte sur succession future.

Acquisition par le bénéficiaire de l'opération d'un droit purement éventuel.

A quoi reconnaît-on les conventions qui ont pour objet une succession non ouverte ?

C'est le point délicat de la matière. Cette question qui donne lieu à discussion soit entre les auteurs, soit devant les tribunaux, doit être résolue comme suit : Ces conventions se reconnaissent à ceci, qu'ayant trait à la succession ou à un élément de la succession d'un individu vivant, elles ne font acquérir à celui au profit duquel elles sont faites qu'un droit éventuel. J'insiste sur cette épithète. Un droit éventuel, c'est-à-dire une espérance de droit subordonnée au prédécès de la personne de la succession de laquelle il s'agit.

Voilà le trait essentiel qui permet de reconnaître le pacte sur succession future. Il ne fait naître au profit du bénéficiaire qu'un droit éventuel subordonné au prédécès de la personne.

On peut le montrer en examinant successivement les deux types de pactes successoraux.

1° - Les pactes sur la succession d'autrui. S'agit-il d'une renonciation au profit d'un tiers ? Le pacte a-t-il pour objet de faire renoncer une personne à une succession au profit d'une autre personne ? Le bénéficiaire de cette renonciation verra son droit héréditaire, qui n'est, lui aussi, qu'un droit éventuel à une succession, accru par le fait de la renonciation intervenue en sa faveur. Si un héritier présomptif cède ses droits héréditaires à venir, ou les hypothèques, le cessionnaire ou le créancier n'acquiert évidemment que le droit éventuel du cédant ou du constituant. De même, à supposer que des cohéritiers présomptifs partagent entre eux une succession non ouverte, ce partage ne leur fera acquérir que des droits éventuels à cette succession pour le jour où elle s'ouvrira.

Le même caractère se rencontre dans les conventions ayant pour objet la succession de l'un des contractants. Prenons le cas du pacte sur succession

future type : l'institution contractuelle. L'institution contractuelle est la convention par laquelle une personne institue comme héritier celui avec qui elle contracte. L'instituant donne à l'institué un droit éventuel à sa succession, c'est-à-dire le droit de recueillir sa succession en tout ou en partie ou de recueillir un bien déterminé dans sa succession, si le donataire lui survit. L'institué acquiert un droit éventuel à la succession de l'instituant. Ce droit éventuel de l'institué est irrévocable puisqu'il est donné par contrat; l'instituant ne peut plus révoquer l'institution qu'il a faite puisqu'il s'est engagé par contrat et qu'il ne peut plus reprendre sa parole. Mais quoique le droit soit irrévocable, il n'en est pas moins éventuel; c'est le droit de venir à la succession de l'instituant le jour où celui-ci mourra. Le droit de l'institué ressemble à celui d'un héritier réservataire.

Précision de la notion de droit éventuel; comparaison entre le droit de l'institué contractant et le droit de l'appelé dans une substitution permise.

Précisons bien cette notion de droit éventuel. Cette expression vise un droit à venir, un droit qui n'est qu'une espérance; elle nous rappelle la vieille distinction que fait la jurisprudence pour interpréter l'art. 2 du Code civil relatif à la non application rétroactive des lois. D'après la jurisprudence, pour déterminer le champ d'application de l'art. 2 du Code civil : "La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif", distingue entre les droits acquis et les simples expectatives. Cette expression de simple expectative convient assez bien au droit éventuel. Elle se rapproche singulièrement de la notion de droit éventuel. Le droit éventuel est un droit qui pourra naître, un droit qui dépend de l'avenir. Il ne faut pas confondre le droit éventuel avec le droit subordonné à l'arrivée d'une condition suspensive. Le droit éventuel est moins qu'un droit conditionnel. En effet, quand la condition arrive, la naissance du droit rétroagit au jour où le contrat a été formé. Art. 1177 du Code civil : la condition produit un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Le droit éventuel, au contraire, ne se transforme en un véritable droit positif que le jour où se produit le décès du tiers ou du contractant.

Comparons par exemple le droit de l'institué contractuel à celui de l'appelé dans une substitution permise, dans une des substitutions qu'autorisent les art. 1048 et suivants du Code civil. Conformément à la tradition, la jurisprudence admet que le Code civil organise dans la substitution, les droits du grevé et de l'appelé sur le type des droits con-

ditionnels. Jusqu'à l'ouverture de la substitution, le grevé de substitution est, dit la jurisprudence, propriétaire sous condition résolutoire. L'appelé est propriétaire sous condition suspensive, ce qui veut dire qu'il tient son droit non du grevé mais de l'auteur de la libéralité. Précisons par un exemple : Un père, redoutant la prodigalité de son fils, lui lègue la quotité disponible de ses biens, car la substitution ne peut pas frapper la réserve, à la charge de les conserver et de les rendre à ses propres enfants. L'enfant grevé de substitution est propriétaire des biens qui lui sont ainsi légués sous la condition résolutoire qu'au jour de son décès il laissera des enfants vivants. Ces derniers, petits-enfants du donateur, qu'on appelle les appelés, sont, eux, propriétaires des biens sous la condition suspensive qu'ils viendront à la succession de leur père. Le jour où leur père meurt, ils sont réputés tenir leurs biens, non pas de lui, mais immédiatement de leur grand-père qui les a gratifiés. De cette analyse il résulte que l'appelé a un droit conditionnel suspendu à une condition. Si donc, dans l'intervalle, du vivant du grevé, l'appelé hypothèque les biens grevés de substitution, cette hypothèque est valable à condition que l'appelé survive au grevé et recueille sa succession, parce qu'il est réputé avoir été propriétaire des biens depuis le jour du décès du donateur. Cass. Civ. 10 juin 1918. D. 1919.I.90.S.1922.I.25. En hypothéquant ainsi les biens grevés de substitution l'appelé n'hypothèque pas des biens à venir, l'hypothèque qu'il constitue n'est pas nulle. De même si l'appelé cède le droit qui lui a été constitué sur les biens, cette cession n'est pas un pacte sur succession future, parce qu'il cède un droit qui est subordonné à une condition suspensive. (En ce sens, Paris 14 janvier 1928. D. 1928.2.9. note M. Plassard, de la Faculté de Droit de Toulouse).

L'institué contractuel, au contraire, et d'une façon plus générale, celui qui acquiert un droit sur une succession non ouverte, ne peut pas, tant que cette succession n'est pas ouverte, disposer de son droit, parce que ce droit est subordonné à l'ouverture d'une succession et que tant que la succession n'est pas ouverte, ce n'est qu'un droit à venir, un droit éventuel.

Voilà donc le trait caractéristique du pacte sur une succession non ouverte. il engendre un simple droit éventuel, non un droit dès à présent certain.

Il est à noter que les auteurs expriment ordinairement ce caractère d'une façon un peu différente,

par les auteurs de l'acquisition d'un titre successif.

mais qui ne paraît pas exacte. Envisageant spécialement les pactes à titre gratuit, ils disent : Pour qu'un acte constitue un pacte sur succession future, il faut que l'une des parties soit envisagée comme ayant ou comme devant acquérir un titre successif à l'égard de l'autre partie ou d'un tiers. En d'autres termes, ils disent : Le pacte sur succession future est une convention qui a pour objet tout ou partie d'une succession à venir, et dans laquelle l'un des contractants figure à titre d'héritier présomptif de l'autre ou d'un tiers. Cela est vrai pour l'institution contractuelle. Lorsque j'institue quelqu'un mon héritier contractuel, je lui donne un titre successif; je lui donne un titre à ma succession. Mais cette expression : droit successif ne s'applique qu'aux pactes à titre gratuit. Elle convient aux pactes à titre gratuit, renonciation, donation, institution contractuelle; elle n'englobe pas les pactes à titre onéreux, qui, eux aussi, sont des pactes sur succession future. Par exemple, celui qui hypothèque des biens à venir, les biens qu'il recueillera dans la succession de telle personne, ne transfère pas sa qualité d'héritier au créancier. Il ne lui donne pas un titre successif, un titre à la succession de la personne de la succession de laquelle il s'agit. Il lui transmet simplement un droit éventuel d'hypothèque sur les biens que, lui, constituant, recueillera dans la succession envisagée. Celui qui promet de vendre un bien qu'il espère recueillir dans une succession cède un droit éventuel de propriété. Le stipulant, le bénéficiaire est un acheteur éventuel, il ne sera pas un héritier du de cujus. Enfin celui qui, pour le cas de son prédécès vend à une autre personne une partie ou un objet de sa succession ne donne pas davantage à l'acheteur la qualité d'héritier. Et pourtant, il n'est pas douteux que, dans ces divers cas, il y a pacte sur succession future. Ce qui prouve que l'expression, droit successif, n'est pas suffisante et qu'il faut la remplacer par celle de : droit éventuel. La formule proposée par ces auteurs aurait pour conséquence de restreindre sans raison le champ d'application de la prohibition. C'est pour cela qu'elle ne doit pas être acceptée.

Le critérium que nous venons de poser permet de distinguer les conventions sur succession future de ces fameuses stipulations post mortem dont j'ai parlé et que Justinien dans la Constitution XI au Code, livre 8, titre 38, a déclaré valables, et que nos anciens auteurs et les auteurs modernes continuent à considérer comme valables, à la différence des

Distinction
entre le pacte sur succession future et la stipulations post

mortem.

pactes sur succession future. Il faut donc préciser ce que Justinien a entendu dire par là. Quelles sont les stipulations qu'il a voulu permettre ? Nous n'avons que sa Constitution sur cette matière, et c'est toujours à la Constitution de Justinien qu'on se réfère quand on veut valider une stipulation comme étant une stipulation post mortem, et la distinguer d'un pacte sur succession future. Or les interprètes, les anciens glossateurs comme les romanistes d'aujourd'hui, admettent que Justinien qui a prohibé les pactes sur succession future n'a voulu viser, en autorisant les stipulations post mortem, que celles par lesquelles les contractants ont retardé jusqu'au décès de l'un d'eux, non pas la naissance du droit, ce qui paraît un pacte sur succession future, mais simplement l'exigibilité du droit. Ces stipulations sont valables. Elles diffèrent du pacte sur succession future en ce qu'elles font naître immédiatement au profit du créancier un droit qui dès à présent est un droit certain, qui entre dans son patrimoine mais dont il ne pourra exiger l'exécution qu'au décès du débiteur. En d'autres termes, le stipulant devient créancier à terme. C'est la seule application certaine que l'on puisse faire de la Constitution de Justinien. La jurisprudence a eu souvent l'occasion d'appliquer cette constitution soit à des stipulations à titre onéreux, soit à des donations. Par exemple, elle a déclaré licite le cautionnement par les père et mère de la dette de leur fils, sous la condition que le créancier ne pourrait poursuivre les cautions, c'est-à-dire les père et mère, qu'après leur décès et sur leur succession. La jurisprudence admet qu'il y a stipulation post mortem, car, dès à présent, le père et la mère s'engagent comme cautions. Le créancier acquiert donc un droit immédiat contre eux, mais ce droit il ne pourra l'exercer qu'au moment de leur mort. L'exigibilité en est reculée à la mort des cautions. Le droit n'est donc pas un droit éventuel.

Sont également valables les engagements pris par les héritiers présomptifs d'une personne de payer sa dette au décès de celle-ci. Mon père est débiteur d'une personne et je m'engage envers celle-ci à payer cette dette, mais j'ajoute : je vous la paierai au moment du décès de mon père. Dès à présent, je me reconnais débiteur mais je recule l'exigibilité de ma dette au décès de mon père. Ce n'est pas un pacte sur succession future, c'est une stipulation post mortem. Au contraire, si l'enfant s'était engagé à ne payer ses créanciers ou ceux de son père que sur les biens qu'il recueillerait dans la succession de

celui-ci, la convention deviendrait nulle. Elle serait un pacte sur succession future, parce qu'elle ne donnerait au créancier qu'un droit éventuel pour le cas où il y aurait des biens dans la succession, le droit du créancier ne naîtrait qu'au moment du décès.

Comparaison
du pacte sur
succession
future et de
l'assurance
sur la vie.

On peut également comparer au pacte sur succession future l'assurance sur la vie contractée par l'assuré au bénéfice d'un tiers. Une personne s'assure auprès d'une compagnie d'assurances et stipule que le capital convenu sera payé à sa mort à telle personne déterminée, par exemple, à sa femme, à ses enfants. C'est un contrat de tous les jours. Ce contrat est valable, bien qu'il ressemble à un pacte sur succession future, l'assureur ne doit payer le capital stipulé qu'au moment de la mort de l'assuré, et le payer à un tiers. Mais il est aisé de voir qu'il n'y a pas ici pacte sur succession future et que cette opération diffère de celle visée par l'art. 1130.

D'abord, le tiers bénéficiaire n'est pas partie au contrat conclu entre l'assureur et l'assuré. De plus, d'après une analyse aujourd'hui unanimement adoptée, le tiers bénéficiaire acquiert au moment même de la signature de la police un droit direct contre l'assureur. On a beaucoup discuté pour expliquer la naissance de ce droit. Diverses théories ont été émises pour en rendre compte. Enfin de ce que le bénéficiaire n'est pas partie au contrat, il résulte que l'assuré a le droit de révoquer la désignation qu'il a faite jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire, art. 1121. Ces explications suffisent à montrer les différences essentielles qu'il y a entre l'assurance sur la vie au bénéfice d'un tiers et le pacte sur succession future.

Pour caractériser les pactes sur succession non ouverte, un arrêt récent de la Cour de cassation, le dernier rendu en cette matière, Chambre civile 11 janvier 1933.D.1933.I.10 avec une note de M. Capitant et une note du doyen Gény S.1933.I.161, emploie la formule suivante : "Toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti".

La jurisprudence n'a pas voulu employer l'expression : droit successif, elle a préféré, celle de droit privatif. Je crois qu'il vaut encore mieux dire : droit éventuel.

§ 4 - Des cas où la loi autorise les pactes sur succession future.

Il y a un certain nombre de cas où la loi déroge à la prohibition.

Les pactes sur succession au profit des époux.

1) L'institution contractuelle, par contrat de mariage.

Les plus importants se réfèrent au contrat de mariage. La loi autorise, en faveur du mariage, les contractants à insérer dans le contrat de mariage des clauses qui sont des pactes sur succession future.

D'abord les institutions contractuelles sont permises par contrat de mariage, au profit des futurs époux et des enfants à naître du mariage. Art. 1082.

Le Code civil n'emploie pas l'expression d'institution contractuelle qui est cependant traditionnelle et la seule qui rende compte du caractère de cette opération. Il qualifie l'opération de donation de biens à venir, entendant par ces mots les biens qui seront recueillis dans une succession non ouverte. Une personne quelconque, parent ou étranger, peut instituer l'un des futurs époux héritier de tout ou partie de sa succession, ou pour un bien déterminé, tel immeuble, telle somme d'argent à prendre dans sa succession. L'institution est réputée faite non seulement au profit du futur époux, mais au profit des enfants à naître du mariage, de telle sorte que si le futur époux que j'ai institué mon héritier, meurt avant moi, l'institution contractuelle est valable pour les enfants qui ont pu naître du mariage. (art. 1082).

C'est la dérogation la plus saillante à la prohibition. De même, dans le contrat de mariage, la loi autorise l'institution contractuelle faite par l'un des époux au profit de l'autre. Art. 1091 : "Les époux pourront par contrat de mariage se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos", et en particulier, d'après l'art. 1093, ils pourront se faire donation de leurs biens à venir, c'est-à-dire des biens qu'ils laisseront à leur décès.

2) Institution contractuelle entre époux durant le mariage.

En dehors du contrat de mariage, l'institution contractuelle est encore permise entre époux pendant le mariage. Art. 1094. L'institution contractuelle entre époux présente ce caractère particulier qu'elle est révocable, parce que les donations entre époux sont toujours révocables. Art. 1096, tandis que si l'un des futurs époux fait une institution contractuelle au profit de l'autre dans le contrat de mariage, cette institution est irrévocable parce que les libéralités faites par contrat de mariage sont irré-

vocables à moins que l'instituant ne se soit réservé expressément le droit de la révoquer, ce qui serait licite, car il ne faut pas oublier que les donations par contrat de mariage échappent à la règle : donner et retenir ne vaut.

Il y a encore d'autres pactes qui sont autorisés par contrat de mariage, mais ceux-là ne sont autorisés qu'entre futurs époux et lorsque ceux-ci adoptent le régime de la communauté, ce qui est le cas le plus fréquent chez nous.

3) Avantages matrimoniaux sous le régime de la communauté.

Quand donc les futurs époux adoptent dans leur contrat de mariage le régime de la communauté de biens, la loi leur permet de régler à l'avance la façon dont la communauté se partagera au jour où l'un d'eux viendra à décéder. C'est un moyen d'assurer le sort du survivant. Voici les principales clauses que le Code civil prévoit :

Le préciput.

En premier lieu, le préciput, art. 1515. Le préciput est une clause qui donne à l'époux survivant le droit de prélever sur la communauté, avant tout partage, tel ou tel bien. Par conséquent c'est un avantage donné à l'époux survivant. Ordinairement, dans la pratique, le préciput s'applique aux meubles meublants au milieu desquels les époux vont vivre, afin d'éviter à celui qui survivra la cruelle nécessité de voir ces meubles se partager ou se vendre aux enchères, au moment de la mort de son conjoint.

Clause du partage inégal.

Seconde clause autorisée par le Code civil : les époux peuvent stipuler que la communauté se partagera entre eux de façon inégale; ils peuvent à l'avance indiquer comment se fera le partage. Art. 1520 : "Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers dans la communauté qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière en certains cas appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux seulement". Donc les époux peuvent convenir que le survivant aura droit non pas seulement à la moitié, mais aux deux tiers, ou aux trois quarts de la communauté, ou même à la communauté tout entière. Ils peuvent même stipuler que le survivant aura droit aux apports faits par le prédécédé dans cette communauté, c'est-à-dire aux biens tombés dans la communauté du chef du prédécédé, art. 1525. Il est évident que ces clauses sont des pactes sur succession future, puisque les époux, au moment de se marier, règlent à l'avance pour le jour du décès de l'un d'eux, la façon dont sera répartie la communauté, dont légalement l'époux prédé-

cédé est copropriétaire pour moitié.

La clause
commerciale.

Enfin il est une autre clause courante dans la pratique qui n'est pas prévue dans le Code civil, mais qui est en usage dans nos pays du nord depuis fort longtemps, surtout dans les Flandres, et qui de là s'est répandue dans le reste de nos pays de coutume. C'est la clause déclarant que si les époux exploitent un fonds de commerce, un établissement industriel, un établissement agricole, ou si l'un d'eux fait partie d'une société de personnes, le survivant pourra, au jour de la dissolution de la communauté, prélever sur la communauté ce fonds de commerce, cet établissement industriel, cet établissement agricole, ou les parts appartenant au prédécédé dans une société, à charge d'en payer la valeur à la masse commune. La clause diffère donc des précédentes en ce qu'elle oblige le survivant qui use de la faculté qui lui est réservée à payer la valeur du bien qu'il veut soustraire au partage.

L'avantage de cette clause, et ce qui l'a fait admettre depuis si longtemps par le notariat dans les contrats de mariage, c'est qu'elle évite que le fonds de commerce, l'industrie qui faisait vivre les époux soit partagé et attribué à un tiers autre que l'époux survivant. C'est un moyen pour celui-ci de s'assurer la propriété du fonds de commerce, de l'établissement industriel qui a fait vivre la famille et qui continuera à lui procurer des ressources.

Toutes ces clauses sont des pactes sur succession future; elles modifient l'ordre légal de dévolution de la communauté entre l'époux survivant et les héritiers de son conjoint. Elles ont pour objet des biens qui sont tombés partiellement dans la succession de l'époux prédécédé. Ce sont certainement des pactes sur succession future.

Mais, dira-t-on, l'époux qui prédécède peut bien léguer à l'autre sa part de communauté; il peut dans son testament léguer à son conjoint sa part de communauté, restriction faite de la réserve des enfants ou ascendants. Oui, sans doute, mais il ne faut pas confondre le legs et le pacte sur succession future. Un legs, acte unilatéral, est toujours révocable, tandis que les clauses insérées dans un contrat de mariage sont des clauses contractuelles et par là irrévocables.

Caractère juridique de ces clauses: donation ou convention

Ces clauses présentent donc bien les deux caractères des pactes sur succession future. Ce sont des pactes, et ce sont des pactes qui donnent à chaque époux, quand ils sont réciproques, un droit éventuel à certains biens qui se trouveront pour tout ou pour

entre associés? partie dans la succession de l'autre.

Est-ce que ces clauses, abstraction faite de la dernière citée, constituent des donations ? Au point de vue des principes, oui. C'est bien une libéralité que le prédécédé fait au survivant. Sans doute c'est une libéralité aléatoire, lorsqu'elle est réciproque, mais il n'y en a pas moins pour le survivant un avantage gratuit; puisqu'il reçoit pour rien toute la communauté, par exemple. Et cependant la loi dit le contraire. Art. 1516, pour le préciput. "Le préciput n'est point regardé comme un avantage, sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage". Art. 1525 qui vise la clause par laquelle la totalité de la communauté est attribuée à l'époux survivant. "Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations soit quant au fond, soit quant à la forme".

Mais alors, que sont-elles donc si elles ne sont pas des libéralités ? La loi les considère comme des conventions de mariage ou encore, suivant une expression qu'adopte la jurisprudence, des conventions entre associés. Les époux sont copropriétaires des biens communs. En en réglant à l'avance le partage, ils ne sont pas censés se faire une libéralité. C'est une vieille règle du droit français. Quel est donc l'intérêt qu'il y a à considérer que ces conventions ne sont pas des libéralités ? Il est considérable. Si on les traitait comme des libéralités, deux conséquences en résulteraient :

1° - L'époux survivant devrait rapporter cette libéralité à la succession du prédécédé, c'est-à-dire qu'il devrait l'imputer sur la part d'usufruit que lui accorde la loi. Art. 767 du Code civil.

2° - Lorsque l'époux prédécédé laisse des héritiers réservataires enfants nés du mariage ou ascendants, ceux-ci ont droit à une part de réserve. Si donc l'avantage procuré par la clause à l'époux survivant était une donation, les héritiers réservataires en pourraient demander la réduction dans la mesure où elle porterait atteinte à leur réserve, la réduction aux limites de la quotité disponible. Mais ni l'une ni l'autre de ces conséquences ne s'applique, pour la raison que la loi considère ces clauses comme n'étant pas des libéralités. C'est un moyen que notre vieux droit a imaginé pour permettre aux époux de s'avantager sans courir le risque de voir restreindre ces avantages.

Pourtant ceci n'est pas toujours vrai. Il y a exception lorsque l'époux prédécédé laisse des enfants d'un précédent lit. Dans ce cas, le véritable

caractère de ces clauses reparaît et la loi les considère alors comme des donations soumises au rapport et à la réduction, art. 1527, al. 2. Quand l'un des époux a des enfants nés d'un précédent lit, la loi entend protéger ces enfants d'un premier lit contre les avantages que leur auteur pourrait faire à son second conjoint. Pour les enfants nés du mariage, cette protection ne paraît pas nécessaire, car l'affection des époux est la même puisque les enfants sont nés de l'un et de l'autre; ce que les enfants ne trouveront pas dans la succession du prémourant, ils le recueilleront dans celle du survivant.

Application
au contrat de
mariage de la
prohibition
des parts sur
succession fu-
ture, en de-
hors des cas
où ils sont
expressément
permis.

Application :
1°) clause
d'attribution
au survivant,
moyennant in-
dennité, d'un
fonds de com-
merce propre
à l'autre
époux.

En dehors de certains pactes sur succession future autorisés par contrat de mariage la prohibition s'applique aux contrats de mariage comme aux autres actes. Voici en particulier certains pactes qui ne peuvent pas être introduits dans un contrat de mariage, parce que la loi ne les autorise pas.

1° - Les conventions dites de mariage, préciput, clauses de partage inégal de la communauté, ne sont autorisées par la loi que sous le régime de communauté. Même sous le régime de communauté, elles ne s'appliquent qu'aux biens communs et non aux biens propres à l'un des époux.

La Cour de cassation l'a décidé dans un arrêt de la Chambre civile du 11 janvier 1933 (D. 1933.I.10 avec une note de M. Capitant, S. 1933.I.161 avec une note du doyen Gény; les deux notes renvoient à la bibliographie assez abondante sur cette question). Elle s'est posée à l'occasion d'une clause de style insérée en France par le notariat dans les contrats de mariage en vue de l'attribution de l'établissement commercial, agricole ou industriel ou des parts sociales appartenant aux époux, au survivant d'entre eux s'il le désire, à charge pour lui de payer la valeur du fonds qu'il prélève. Lorsque cette clause a pour objet un fonds de commerce, un établissement ou des parts sociales faisant partie de la communauté, elle est incontestablement valable. Elle rentre dans les conventions de mariage qu'autorisent les articles 1518 et suivants. Elle est à titre onéreux, tandis que les diverses clauses prévues par les art. 1518 et suivants visent un avantage sans contre-partie.

Mais la question s'est posée de savoir si la clause était valable lorsque l'établissement est la propriété personnelle de l'un des époux, ou lorsqu'il s'agit de parts sociales appartenant en propre à l'un des époux. Elle s'est également posée en dehors du régime de communauté et pour les autres régimes matrimoniaux. Après une longue discussion entre les tribu-

naux, la question a été tranchée par l'arrêt de la Chambre civile qui a décidé que la clause présente alors le caractère d'un pacte sur la succession de l'époux prédécédé. Voici l'argument que la Cour de cassation a estimé décisif : elle a dit que cette clause s'analyse en une promesse de vente faite par l'époux propriétaire de l'établissement ou de la part sociale à son conjoint pour le cas où celui-ci lui survivra, promesse de vente ayant pour objet un bien qui se trouvera au moment où le survivant décidera s'il veut ou non prendre le bien pour son compte, dans la succession de l'époux défunt. Elle constitue donc un pacte sur succession future. On y retrouve en effet les deux caractères de ce genre de pacte. Elle engendre au profit du bénéficiaire, c'est-à-dire pour le conjoint au profit duquel elle est faite, un droit éventuel sur une valeur qui se trouvera dans la succession de son conjoint décédé.

2°) Clause par laquelle un enfant déclare qu'en échange de sa dot, il laissera librement le survivant de ses parents jouir des biens du prédécédé.

2° - Serait également nulle comme constituant un pacte sur succession future la clause par laquelle un enfant doté par ses père et mère s'engagerait, dans son contrat de mariage, à laisser le survivant de ses parents jouir des biens du prédécédé sans pouvoir lui demander aucun compte. Ici aussi le caractère de pacte sur succession future est certain puisque l'enfant renonce à son droit de succession sur les biens de son père ou de sa mère prédécédés.

3°) Clause d'attribution de la nue-propriété des acquêts aux enfants à naître du mariage.

3° - Une autre clause a également attiré l'attention de la jurisprudence et a été annulée. Elle se rencontrait fréquemment dans le ressort du Parlement de Bordeaux avant le Code civil et que le notariat avait maintenue dans les contrats de mariage de cette région. C'est la clause qui attribuait la nue-propriété des acquêts aux enfants à naître du mariage, au moment de la dissolution de la communauté. Ordinairement, on y recourait lorsque l'un des époux avait des enfants nés d'un premier lit, afin d'assurer aux enfants à naître de ce mariage la totalité des acquêts provenant du travail des époux. Cette clause a été condamnée par deux arrêts de la Cour de Bordeaux, l'un du 18 août 1864 S. 1865.2.15. L'autre du 23 août 1865. S. 1866.2.81 avec une note de Labbé sous le second arrêt. Elle était évidemment nulle parce qu'elle avait pour résultat de déroger à l'ordre légal des successions contrairement à l'art. 1389 du Code civil, puisqu'elle aboutissait à établir une inégalité entre les enfants du premier lit et les enfants du second lit quant à l'attribution des acquêts de communauté.

Mais on s'est demandé s'il fallait également en

prononcer la nullité dans le cas où elle serait insérée dans un contrat de mariage, alors que les futurs époux n'auraient pas d'enfant d'un premier lit. On s'est ordinairement prononcé pour la nullité, parce que la clause constitue une institution contractuelle au profit des enfants à naître du mariage. Or, si l'institution contractuelle est autorisée par contrat de mariage c'est uniquement au profit des futurs époux qui se marient. La loi autorise les tiers à faire une institution contractuelle au profit de l'un des futurs époux, ou l'un des époux au profit de l'autre, ou les deux époux à se faire une institution contractuelle réciproque, mais la loi ne permet pas aux époux de faire eux-mêmes une institution contractuelle au profit de leurs enfants. Ce serait changer l'ordre légal des successions. Cette question ne présente pas un très grand intérêt pratique car elle se pose rarement. Pour plus d'explications on pourra se reporter au texte de Baudry Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, tome II. p. 1325.

4) Clause par laquelle les parents s'interdisent de vendre aucune de leurs propriétés faisant l'objet d'une institution contractuelle.

4° - Voici une quatrième clause non permise, au sujet de laquelle est intervenu un arrêt de la Chambre civile du 5 juillet 1928.S.1929.I.56 D.1929.143. Par contrat de mariage les époux Bonnet-Martin ont fait donation à leur fils du quart par préciput et hors part, de tous les biens meubles et immeubles qu'ils laisseront à leur décès. Institution contractuelle faite à un enfant, qui se marie, par ses père et mère. C'est tout à fait conforme à la loi (art. 1082 C.C.). Ils ont stipulé en outre que pour garantir l'entière exécution de la donation de ce quart préciputaire, ils s'interdisaient de vendre aucune propriété de leur domaine, aucun des biens leur appartenant au détriment de ce quart. Cette dernière partie de la clause, par laquelle les père et mère de l'époux s'engageaient à ne pas disposer à titre onéreux des biens dont ils avaient donné le quart était-elle un pacte sur succession future ? L'arrêt de la Chambre civile s'est prononcé affirmativement et avec raison. Voyons en effet quels sont les effets de l'institution contractuelle. D'après l'art. 1083 C.C., l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution. L'institution contractuelle est à son égard définitive, irrévocable puisqu'elle est faite par contrat, à moins bien entendu qu'il ne se soit réservé dans le contrat de mariage le droit de la révoquer, car les donations dans le contrat de mariage ne sont pas soumises à la règle, donner et retenir ne vaut, mais

ceci ne se produit ordinairement pas. Donc l'institution contractuelle lie d'une façon définitive l'instituant et ne lui permet pas de disposer au profit d'un autre des biens donnés par l'institution. Mais il conserve le droit de disposer de ses biens à titre onéreux. L'institution contractuelle ne fait naître au profit de l'institué qu'un droit éventuel à la succession de l'instituant. L'institué se trouve dans la situation dans laquelle se trouve l'héritier réservataire. L'instituant qui fait l'institution contractuelle peut-il s'enlever le droit de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution contractuelle ? La Cour de cassation a répondu négativement. Un tel pacte ne rentre pas dans les effets de l'institution contractuelle spécialement autorisée quand elle intervient dans un contrat de mariage; il retombe donc sous le coup de la prohibition de l'art. 1130. Pourtant, a-t-on objecté, les époux pourraient donner dès à présent la nue-propriété de leurs biens et s'en réserver l'usufruit. Sans doute, mais c'est un contrat tout différent de l'institution contractuelle : on fait alors immédiatement donation de la nue-propriété à l'enfant doté et on ne garde plus que l'usufruit. Il n'y aurait pas alors pacte sur succession future, mais une telle stipulation est toute différente de l'institution contractuelle.

Quelques auteurs ont essayé de soutenir que cette clause serait valable en tant que portant sur les biens présents de l'instituant. Ils commettent une erreur qui est facile à déceler. Ils font allusion à l'institution contractuelle connue sous le nom de donation de biens présents et à venir, mais cette variété d'institution contractuelle ne fait naître au profit de l'institué, même sur les biens présents, qu'un droit au jour du décès de l'instituant. L'objection n'a donc aucune valeur.

On voit donc qu'il y a un certain nombre de clauses et de stipulations qui restent prohibées dans le contrat de mariage, parce qu'elles n'ont pas été spécialement autorisées par la loi.

En dehors du contrat de mariage, il est quelques autres dérogations à la prohibition sur lesquelles il est bon d'attirer l'attention.

La première résulte des articles réglementant la donation partage et le testament partage. D'après les art. 1075 et suiv. du Code civil, les ascendants peuvent faire entre leurs enfants et descendants le partage de leurs biens. "Les père et mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et

Autres exceptions en dehors du contrat de mariage, à la prohibition des pactes sur succession future.

1°) En matière de partage d'ascendant. Analyse de l'opération donnant aux héritiers la qualité de copartageants et constituant par là un pacte sur succession future.

descendants la distribution et le partage de leurs biens

Qu'est-ce qu'un partage d'ascendant ? Il faut bien préciser la nature et l'effet de cette opération.

La donation-partage ou le testament-partage est un acte par lequel l'ascendant donne ou laisse (je ne dis pas lègue, car le testament-partage ne donne pas aux enfants la qualité de légataires, il ne change pas leur situation d'héritiers ab intestat) ses biens ou partie de ses biens à ses enfants ou descendants. Quand il s'agit d'une donation il les partage entre eux, avec leur concours, puisqu'il s'agit d'un contrat; quand il s'agit d'un testament-partage, il en fait le partage tout seul. Le testament-partage s'analyse donc en un partage fait par testament de tout ou partie des biens de l'ascendant. La donation-partage s'analyse en un contrat qui, en dehors de la donation, contient le partage entre les enfants des biens donnés.

Au premier abord, et c'est pour cela que j'insiste un peu sur l'analyse de cette opération, on ne voit pas bien ce qu'elle a d'exceptionnel et pourquoi la loi ne la permet qu'aux ascendants, car on peut se dire : Qu'est-ce qui empêche une personne quelconque, un oncle par exemple, de donner ses biens à ses neveux et nièces et de fixer à chacun la partie qui lui reviendra ? Il peut certainement donner tels biens à un de ses neveux, tels biens à un autre. L'opération est valable. Au premier abord elle ressemble singulièrement à une donation partage. Il y a pourtant entre les deux cas une différence essentielle. C'est que la donation-partage constitue non seulement une donation mais un partage des biens auquel les enfants prennent part et qui leur donne la qualité de copartageants, avant que la succession de l'ascendant soit ouverte. Par la donation-partage les enfants vont donc être à la fois donataires et copartageants, comme s'ils avaient fait eux-mêmes, après le décès de l'ascendant, le partage de ses biens. Ils sont copartageants, et pourtant ils n'ont jamais été dans l'indivision, puisque le partage se fait sur une succession à venir, sur une succession non ouverte. De même, dans le testament-partage, c'est l'ascendant tout seul qui procède au partage et qui va donner à ses héritiers la qualité de copartageants alors qu'ils n'ont pas participé à ce partage qui a pour objet une succession non ouverte. Cette opéra-

tion caractéristique est donc toute différente de celle que fait l'oncle qui distribue ses biens à ses neveux et nièces, par donation ou par legs. L'oncle fait des donataires ou des légataires, rien de plus, tandis que l'ascendant qui fait une donation-partage ou un testament-partage fait des copartageants. Il partage ses biens alors qu'il n'est pas décédé. Il partage par conséquent les biens de sa succession future et c'est par là que la donation-partage et le testament-partage constituent des pactes sur succession non ouverte. Le partage d'ascendant constitue donc une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future.

2°) Participa-
tion des en-
fants à la ven-
te à rente via-
gère faite par
le père à l'un
d'entre eux.

Autre dérogation moins importante mais curieuse à étudier. Elle se trouve comprise dans l'art. 918 C.C. Un ascendant vend un de ses biens à un de ses enfants moyennant le paiement d'une rente viagère. Ou encore, il vend le bien et s'en réserve l'usufruit. Quoique l'opération soit à titre onéreux puisque c'est une vente, la loi la considère comme une libéralité, comme une donation parce qu'elle soupçonne cette vente d'être simulée. Elle présume que l'intention de l'ascendant a été de faire une libéralité à son enfant sous l'apparence d'une vente. Cette présomption établie par la loi est irréfragable, juris et de jure; le descendant ne peut pas la renverser en prouvant qu'il s'agit bien d'une vente et qu'il a réellement payé le prix de son acquisition. En revanche, la loi, considère que cette libéralité est dispensée de rapport, comme présumée faite par préciput et hors part, ce qui veut dire que l'enfant ne sera pas obligé de la rapporter à la succession de l'ascendant et qu'il sera simplement sujet à réduction si elle excède la quotité disponible.

Exemple : l'ascendant possède un immeuble, il a deux enfants, et il vend cet immeuble à l'un de ses enfants en se réservant l'usufruit ou en stipulant le paiement d'une rente viagère. A son décès il ne laisse aucun bien, il n'y aurait dans sa succession que l'immeuble qu'il a vendu. La loi considère que cet immeuble a été donné à l'enfant par préciput et hors part; elle permet à l'autre enfant de réclamer sa part de réserve dans cet immeuble, c'est-à-dire de faire réduire la libéralité à la limite de la quotité disponible. L'enfant acquéreur ne gardera donc la propriété de l'immeuble que pour deux tiers, la réserve étant d'un tiers par enfant. Et comme le réservataire a d'après notre loi droit à sa réserve en nature et non pas seulement en argent, parce que la réserve est une part de la succession de l'ascen-

dant que celui-ci ne peut pas lui enlever, une part qui lui est directement attribuée par la loi, le réservataire dépouillé pourra exiger le partage en nature ou la licitation de l'immeuble.

Jusqu'ici l'opération n'apparaît pas comme un pacte sur succession future. La loi en fait une donation par suite d'une présomption irréfragable voilà tout. Mais voici en quoi elle peut constituer un pacte interdit par la loi. Supposons que les autres enfants aient donné leur consentement à cette aliénation et que l'ascendant les ait fait intervenir à l'opération; ils perdent dans ce cas le droit de demander la réduction de la donation. Le consentement qu'ils donnent à l'aliénation est cependant un pacte sur la succession à venir de l'ascendant; ils renoncent à l'avance à leur part réservataire dans l'immeuble aliéné. Art. 918 : "La valeur en pleine propriété des biens aliénés soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe sera imputée sur la portion disponible et l'excédent s'il y en a sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport (voilà le pacte sur succession future) ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations ni dans aucun cas par les successibles en ligne collatérale". Cela va de soi pour les successibles en ligne collatérale, car ils ne sont pas des réservataires, la fin de l'article était inutile.

3°) Cas exceptionnels où l'hypothèque de biens à venir est permise.

La troisième dérogation à la prohibition vise l'hypothèque des biens à venir. Il n'y a qu'un mot à en dire. L'art. 2129, al. 2, décide que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, ce qui veut dire qu'un individu ne peut pas à l'avance hypothéquer les biens qu'il espère recueillir dans la succession d'une personne vivante. C'est un pacte sur la succession non ouverte d'autrui. Mais l'art. 2130 apporte à cette application de la prohibition un tempérament : "Néanmoins si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir à ce qu'un des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions". Par conséquent le débiteur qui possède des immeubles mais insuffisants à garantir la dette qu'il veut contracter, peut subsidiairement hypothéquer, à côté de ses biens présents, ses biens à venir, les biens qu'il recueillera par exemple un jour dans la succession de ses parents. La loi tempère du reste l'effet de cette hypothèque. Le créancier hypothécaire ne

va pas acquérir dès à présent une hypothèque sur les biens de cette succession non ouverte. Il n'acquerra cette hypothèque que le jour où, la succession s'ouvrant ouverte, les biens seront mis dans le lot de son débiteur et le rang de l'hypothèque ne datera que du jour où le créancier prendra inscription sur chacun des biens devenus la propriété de son débiteur. En d'autres termes cette hypothèque des biens à venir n'est pas une hypothèque générale mais une hypothèque spéciale, dont le rang est déterminé par l'inscription qui ne peut être prise qu'après l'ouverture de la succession. Par là la dérogation à la prohibition prononcée par l'art. 2129 se trouve atténuée.

°) Clause que la société de personnes continuera avec les héritiers de l'associé.

Il est encore un autre article qui mériterait une longue discussion, c'est un article du titre de la Société, l'article 1868, qui jusqu'ici n'a pas été bien étudié et bien compris par les auteurs. Cependant c'est un article qui joue dans la vie des sociétés de personnes un rôle essentiel, en ce sens que dans tous les statuts des sociétés de personnes on profite de la liberté accordée par cet article. D'après le Code civil, la société se dissout par la mort de l'un des associés. Art. 1865, 3°. Or cette règle est inconciliable avec les besoins de la pratique et si une société commerciale constituée entre plusieurs individus, comme la société en nom collectif, venait à se dissoudre par la mort de l'un des associés, il n'y aurait pas de sécurité pour les associés. Leur société serait exposée à se dissoudre à une époque qui pourrait être tout à fait intempestive. Aussi ne manque-t-on pas de dire dans tous les contrats de société que la mort d'un des associés ne dissoudra pas la société.

L'art. 1868 apporte en effet à l'art. 1865 une dérogation qui constitue le régime habituel des sociétés de personnes. "S'il a été stipulé, dit-il, qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies". Il est donc permis de stipuler dans les statuts d'une société qu'au cas de mort de l'un des associés la société continuera entre les survivants. Point de difficulté; on liquide alors la part de l'associé prédécédé, il n'y a rien là qui ressemble à un pacte sur succession future. Mais l'article ajoute qu'on peut également stipuler que la société continuera avec l'héritier de l'associé défunt. Cette stipulation est courante dans les statuts des sociétés. On y rencontre toute une variété de clauses, une en particulier très fréquente, où il est dit que

les héritiers de l'associé défunt n'entreront dans la société qu'à titre de commanditaires. On limite par conséquent les droits des héritiers parce qu'on ne sait pas qui ils seront quand se produira la mort de l'associé et qu'on ne veut pas donner à des héritiers que l'on ne connaît pas les mêmes droits qu'à l'associé prédécédé, car ils peuvent être incapables d'administrer la société.

La question s'est posée de savoir si en pareil cas il n'y avait pas pacte sur succession future. A l'avance dans les statuts de la société les associés déterminent ce que seront les droits des héritiers de l'associé décédé; ils déterminent les droits des héritiers sur une succession non ouverte, la succession de l'associé. Cela a donné lieu à de longues discussions, les uns soutenant que la clause est valable, qu'il n'y a pas pacte sur succession future parce que, disent-ils, on peut toujours stipuler pour soi-même et pour ses héritiers (art. 1122 C.C.), et qu'après tout l'associé qui consent à cette clause stipule pour lui et pour ses héritiers. Mais la question se complique, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec certains seulement des héritiers du défunt. Ordinairement dans la pratique on ne donne pas à tous les héritiers du défunt le droit d'entrer dans la société. Les statuts décident que la société continuera avec les enfants de l'associé défunt. On écarte ainsi certains héritiers, par exemple la veuve de l'associé. On n'admet à entrer dans la société en qualité de commanditaires que certains héritiers du défunt. Mais alors la clause ne peut plus s'expliquer par l'art. 1122 qui dit qu'on peut stipuler pour soi et pour ses héritiers, mais qui ne dit pas qu'on peut stipuler pour quelques-uns de ses héritiers seulement.

La question s'est donc posée de savoir si cette clause était valable. Les uns ont dit : c'est une stipulation pour autrui, donc elle est valable. L'associé stipule au profit de l'un des héritiers, celui-ci peut accepter ou renoncer à la stipulation. Le malheur est que dans la pratique cela ne se présente pas du tout comme une stipulation pour autrui. Dans la pratique la clause lie les associés; ils ne peuvent pas la révoquer à leur gré. Or la stipulation pour autrui est essentiellement révocable (art. 1121) et, d'autre part, elle donne au bénéficiaire le droit de l'accepter ou de la refuser. Or les statuts ne permettent pas aux héritiers d'accepter ou de refuser le bénéfice de la clause. Ils peuvent sans doute renoncer à la succession de leur auteur, mais s'ils acceptent cette succession, il faut qu'ils se soumet-

tent à l'application de la clause. Il est donc certain que la clause, dans la pensée des associés et dans la réalité des faits, n'a pas le même caractère qu'une stipulation pour autrui. Mais alors, on est presque acculé au pacte sur succession future ce qui est très grave, parce que si on admet qu'il y a ici pacte sur succession future interdit, on démolit toutes les sociétés de personnes qui existent. Cette question intéresse les commercialistes plus vivement encore que la clause de prélèvement du fonds de commerce n'a intéressé le notariat. Elle n'a pas encore été jugée par la Cour de cassation; mais elle vient de donner lieu à un arrêt de la Cour de Paris du 17 décembre 1935, G.P. 30 janvier 1936. La Cour a déclaré qu'il n'y avait pas stipulation pour autrui et qu'il n'y avait pas non plus pacte sur succession future : "L'art. 1130 qui prohibe les pactes sur succession future étant contraire à la liberté des conventions, est d'interprétation stricte. En matière de société l'art. 1868 autorise formellement les associés à stipuler dans le pacte social que la société continuera avec les héritiers de l'associé prédécédé, ou seulement entre les survivants. Cette autorisation pour ne pas être illusoire entraîne nécessairement le droit pour eux de déterminer librement dans les statuts la part pour laquelle les héritiers ou l'héritier désigné du prédécédé entreront dans la société. Une telle clause au surplus n'a pas pour objet d'attribuer aux associés survivants un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte". J'amenderais volontiers la solution adoptée par la Cour et pour ma part je reconnaitrais qu'il y a pacte sur succession future, mais qu'un tel pacte est autorisé par l'art. 1868 et que les diverses modalités que la pratique apporte à la liberté que l'art. 1868 donne aux associés sont licites.

Indiquons, pour terminer, quelques espèces qui ont donné lieu à de grandes discussions. Il faut reconnaître que cette prohibition des pactes sur succession future fait naître d'assez fréquents procès.

Voici une espèce curieuse, Chambre des Requêtes, 24 janvier 1928 D.1928.I.157 S.1929.I.137 avec une note de M. Vialton de la Faculté de Droit de Montpellier.

Deux soeurs se marient. Les nouveaux ménages achètent en 1912 à frais communs une propriété rurale pour l'exploiter. L'acte d'acquisition contient, outre certaines dispositions réglant l'organisation et la question de la copropriété, puisqu'ils devien-

nent copropriétaires ayant acheté en commun, une clause aux termes de laquelle lors du décès de chaque ayant droit, sa part passera aux autres de manière à consolider toute la propriété sur la tête du dernier survivant.

Voilà donc des gens qui se mettent en indivision, qui cultivent ensemble une propriété et qui disent : Quand l'un de nous mourra sa part ira aux trois autres et finalement c'est le dernier vivant qui sera propriétaire de la totalité. Au bout d'un certain temps, la bonne harmonie cesse de régner. L'un des coindivisaires demande à sortir de l'indivision, art. 815 du Code civil, et en même temps il invoque la nullité de la clause, comme étant un pacte sur succession future. Peut-on appliquer ici l'art. 815 du Code civil nul n'est tenu de rester dans l'indivision ? C'est délicat. Je tiens pour ma part que l'art. 815 a été établi par le Code civil pour la matière de l'indivision non volontaire comme l'indivision successorale, et que c'est seulement au cas d'indivision successorale que la loi interdit les conventions d'indivision mais quand des individus achètent un bien en commun et font une convention d'indivision, je crois que l'art. 815 ne s'applique pas à une indivision librement formée par les intéressés; (cf. note de M. Capitant au Dalloz périodique 1923.I.113, et une note de M. Solus au S. 1924.I.324). Reste alors la question de savoir s'il y a pacte sur succession future. La Chambre des Requêtes n'a pas hésité. A mon avis, l'hésitation n'était pas possible. Il y a pacte prohibé par la loi. La convention a pour objet d'attribuer aux survivants un droit privatif sur une succession non ouverte. A l'avance on lui donne un droit sur une succession, sur la part héréditaire de celui qui prédécèdera. C'est bien conforme au critérium que nous avons indiqué plus haut : pacte donnant naissance à un droit éventuel relatif à une succession non ouverte.

La seconde affaire est la fameuse affaire qui a été tranchée par l'arrêt des Chambres réunies du 2 juillet 1903.D.1903.I.353.S.1904.I.65 avec une note de M. Lyon-Caen et aux Pandectes françaises, recueil disparu aujourd'hui, avec une très bonne note du doyen Gény, 1903.I.497. C'est une affaire très intéressante.

Appréciation
de la juris-
prudence sur
les pactes sur
succession

Tous ces exemples prouvent que la jurisprudence applique l'art. 1130 à toutes les stipulations qui ont pour objet de conférer à une personne un droit éventuel dépendant de la succession de l'individu encore vivant.

future.

On a beaucoup critiqué cette jurisprudence. On lui a reproché d'élargir la prohibition de l'art. 1130 alors qu'elle devrait s'efforcer d'en rétrécir le plus qu'elle pourrait le cercle. On a prétendu qu'elle était ainsi en contradiction avec son attitude dans l'interprétation de l'art. 896 du Code civil relatif aux substitutions prohibées. On sait que pour tourner la prohibition des substitutions prononcée par l'art. 896, les testateurs utilisent, sur le conseil des notaires, le procédé du double legs conditionnel. Par exemple, le testateur institue son fils légataire universel et ajoute que si celui-ci meurt sans enfants, il devra rendre les biens légués à sa soeur ou aux enfants de sa soeur. Voilà qui ressemble singulièrement à une substitution prohibée. Néanmoins la jurisprudence reconnaît presque toujours la validité de cette clause. La différence qu'il y a entre un legs de ce genre et une substitution consiste en ce que la substitution contient deux libéralités successives qui l'une et l'autre s'exécuteront, la libéralité faite au grevé et la libéralité faite aux appelés, tandis que le double legs conditionnel se résout toujours en une seule libéralité. Si la condition ne se réalise pas soit par exemple que l'enfant légataire laisse des descendants, une postérité, le legs à lui fait devient définitif. Si la condition se réalise, ce legs est résolu et le second légataire est réputé tenir son droit directement du défunt, par l'effet de la rétroactivité de la condition suspensive. Mais ce n'est là qu'une différence d'ordre technique et le résultat effectif obtenu par le double legs conditionnel ressemble fort à celui de la substitution prohibée. Or, la jurisprudence qui au début annulait le double legs conditionnel, en l'assimilant à une substitution prohibée, abandonne aujourd'hui ce système rigoureux. Les tribunaux recherchent quelle a été la véritable intention du testateur. Ils se demandent si le testateur a eu pour véritable et unique but l'arrivée de l'événement conditionnel, auquel cas ils prononcent la validité du double legs, que si au contraire le testateur a voulu simplement dissimuler une substitution prohibée, ils l'annulent. Mais dans la pratique, ils se prononcent presque toujours en faveur de la validité. (cf. notamment un arrêt de la Chambre civile du 22 avril 1907 D.1907.I.291.S.1909.I.434. et un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1922.S.1922.I.206).

Ainsi on a pu dire que la jurisprudence cherche à resserrer le domaine de la substitution prohibée,

le plus qu'elle peut, et à faciliter les libéralités, les clauses qu'elle peut faire échapper à la prohibition, tandis qu'elle applique sans hésitation la prohibition des pactes sur succession future.

Cette objection, à supposer qu'elle soit vraie, car il faut bien reconnaître que toutes les fois qu'il n'y a pas pacte sur succession future bien caractérisé, la jurisprudence se refuse à appliquer l'art. 1130, cette objection ne prouve pas grand chose. L'art. 896 sur les substitutions prohibées est une disposition périmée qu'on pourrait abroger sans inconvénient aujourd'hui, parce que les raisons qui l'ont fait introduire dans le Code civil n'existent plus. On pourrait le supprimer d'autant plus que l'article 906 du Code civil est une sauvegarde suffisante, puisqu'il interdit de gratifier les personnes non conçues et que cette règle est une garantie contre le danger auquel paraît la prohibition des substitutions.

Quant à la prohibition des pactes sur succession future, je suis convaincu qu'elle garde toute son utilité et qu'il serait dangereux de la supprimer de nos codes. On pourrait sur certains points l'amender, mais, en tant que règle de principe, elle mérite d'être conservée.

Tel a été du reste l'avis des rédacteurs du projet de code des obligations et des contrats franc-italien. Ils ont maintenu dans ce code la prohibition telle qu'elle est prononcée par le code civil, dans les mêmes termes (art. 26).

3/ Troisième point :

Le critérium de la disposition impérative ou prohibitive en dehors d'une formule expresse du texte.

4/ A quoi reconnaît-on qu'une loi est impérative ou prohibitive ? Ordinairement la rédaction même employée par le législateur permet de dire si la loi a ce caractère et il n'y a pas de doute lorsqu'il emploie l'une des formules que j'ai indiquées, qui se trouvent dans les articles cités en exemple : On ne peut; Il est interdit; Toute convention contraire est nulle. Mais certains textes ne contiennent pas de formules de ce genre, et la question peut alors se poser de savoir si la règle qu'ils édictent présente le caractère impératif ou si elle permet d'y déroger.

Critérium fondé sur le caractère d'ordre général des raisons sur lesquelles repose la loi. Difficulté que

Pour résoudre cette question il faut partir de cette idée que le principe est celui de la liberté contractuelle et que par conséquent la disposition n'est impérative qu'autant que les raisons qui l'ont fait établir par le législateur lui donnent nécessairement ce caractère, c'est-à-dire qu'autant qu'elle est fondée sur des considérations d'ordre général, d'intérêt général ou sur des considérations de mora-

ce problème
peut soulever.

Exemples de
dispositions
reposant sur
un intérêt gé-
néral et aux-
quelles la ju-
risprudence ou
la doctrine
permet de
déroger :
rédaction d'un
écrit pour
constater
un contrat.

autorité de la
chose jugée.

lité publique. Mais il y a des cas où la question est difficile à résoudre et nous en avons donné un exemple en traitant de l'art. 1341 du Code civil qui interdit de prouver par témoins une convention lorsque son objet excède la somme ou valeur de 500 francs.

L'art. 1341 tel qu'il est rédigé semble bien donner un caractère impératif à sa prescription. "Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée et il n'est reçu aucune preuve par témoins". Et cependant une controverse sépare la jurisprudence et la doctrine, et même la jurisprudence belge est en désaccord avec la jurisprudence française, la première considérant la règle comme impérative, la jurisprudence française au contraire, admettant qu'elle est établie simplement dans l'intérêt des particuliers et que les contractants peuvent y déroger.

Une autre difficulté du même genre se rencontre à propos du principe de l'autorité de la chose jugée énoncée dans les art. 1350 et 1351, principe qui se formule dans cet adage latin : *res judicata pro veritate habetur*, la chose jugée est tenue pour vraie, quand même les juges se seraient trompés. La raison qui a fait établir cette règle très ancienne, est qu'il ne faut pas que l'on puisse recommencer un procès qui a été définitivement jugé. La tranquillité des particuliers, la dignité de la magistrature y sont intéressées. Des décisions contradictoires au sujet d'un même litige ébranleraient la confiance dans la justice et l'on peut dire que la société est intéressée directement par ce principe. C'est pourquoi on est ordinairement d'accord pour considérer que c'est une règle impérative et même la jurisprudence admet que la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée ne peut pas être infirmée par l'aveu de celui qui a gagné son procès, ou par la délation de serment que le perdant ferait à son adversaire. Donc la règle s'impose à ce point de vue. Elle a une force toute particulière (Cass. Req. 19 octobre 1886. D.1887.I. 165). De même la jurisprudence admet que l'exception de chose jugée peut être opposée par le défendeur non seulement en première instance, mais pour la première fois en appel. Paris 26 octobre 1893. D.1894. 2.524. Cependant par une sorte de contradiction, la jurisprudence de la Cour de cassation décide que cette règle n'est pas d'ordre public, prenant ces mots que j'ai évité d'employer jusqu'à présent comme synonymes d'impératifs, et que le défendeur peut y renoncer expressément ou tacitement. La Cour de cassation décide que le juge ne peut pas suppléer d'office ce moyen de défense, s'il n'est pas invoqué par le défen-

deur, et, d'autre part, elle décide aussi que cette exception de la chose jugée ne peut pas être produite pour la première fois devant la Cour de cassation alors que les moyens d'ordre public peuvent être portés pour la première fois devant elle; de très nombreuses décisions de la Cour de cassation l'ont déclaré (cf. notamment Cas. Civ. 2 décembre 1926.S.1927.I.108 et Req. 7 mai 1928.S.1928.I.287). On voit donc qu'il y a souvent lieu à hésitation sur le caractère d'une disposition qui, tout en n'étant pas supplétive, n'est pas cependant considérée comme absolument impérative.

La prescription extinctive: possibilité d'en réduire la durée.

En voici encore un autre exemple à propos de la prescription extinctive. La prescription extinctive est certainement fondée sur des considérations d'intérêt général. Il n'est pas admissible qu'un individu puisse invoquer un droit alors qu'il est resté pendant un très long temps sans le faire valoir. Le temps consolide les situations acquises, et par conséquent l'écoulement du temps éteint les droits qui n'ont pas été invoqués pendant un certain délai. L'art. 2220 décide qu'on ne peut pas renoncer d'avance à la prescription. C'est bien que la prescription est une règle impérative qui s'impose à la volonté des parties. Pour justifier cette règle, Bigot Préameneu a dit dans l'exposé des motifs du titre de la prescription: Si cette convention de renonciation était valable, la prescription ne serait plus, pour maintenir l'ordre public, qu'un moyen illusoire. Tous ceux au profit desquels seraient pris des engagements ne manqueraient pas d'exiger cette renonciation, et à l'avance le contractant exigerait de celui qui s'oblige qu'il renonce à se prévaloir un jour de la prescription extinctive.

De l'art. 2220 il résulte incontestablement qu'il n'est pas permis dans un contrat, d'abord de renoncer à la prescription, d'autre part qu'il n'est pas non plus permis dans un contrat d'allonger les délais de prescription tels qu'ils sont fixés par la loi, car si une telle convention était licite, elle aboutirait à tourner la loi et à en paralyser l'application. Il serait aisé de priver en fait le débiteur du bénéfice de la prescription en en exagérant à l'excès le délai. Mais, à l'inverse, les auteurs et la jurisprudence, et sur ce point ils sont d'accord, admettent que le délai de la prescription peut être abrégé par les contractants. Un des contractants peut donc stipuler dans le contrat que si l'exécution de sa prestation ne lui est pas réclamée dans tel délai bref, 6 mois, un an, il sera libéré. La

raison qu'on en donne est que l'abréviation du délai favorise la libération du débiteur et cela, dit-on, n'est pas contraire à l'ordre public. Raison fragile; considération qui en fait se trouve très souvent en contradiction avec les faits. En effet ces clauses d'abréviation sont ordinairement imposées par le débiteur au créancier qui se trouvant, lui, dans une situation économique moins forte et appelé à signer un contrat préparé d'avance, est obligé d'accepter cette réduction du temps de la prescription qui lui est imposée par l'autre contractant. Cela se rencontre surtout dans ce qu'on appelle les contrats d'adhésion. Les Compagnies de transport stipulent fréquemment que la durée de la prescription de l'art. 108 du Code de commerce, du délai pendant lequel on peut les poursuivre pour non exécution du transport, sera diminuée à leur profit, ce qui peut donner lieu à des abus, ce qui est contraire à l'intérêt des expéditeurs et des destinataires.

De même, avant la loi du 13 juillet 1930, qui a réglementé le contrat d'assurance, les polices d'assurances imposaient aux assurés, créanciers de l'indemnité promise par l'assureur, l'obligation de la réclamer dans un délai bref, si bien que la Compagnie pouvait se trouver libérée parce que le débiteur avait laissé imprudemment écouler le délai. La loi du 13 juillet 1930, dans son art. 26, a formellement interdit ces conventions abrégatives parce qu'elles étaient dangereuses pour les assurés.

Ainsi on voit que la jurisprudence et la doctrine ont donné à l'art. 2220 une portée restreinte, et elles ne l'ont considéré comme étant d'ordre public que dans une certaine limite, une certaine mesure. Le projet de Code franco-italien a remédié à cet inconvénient et son article 235, al.2 établit une règle plus large que celle de l'art. 2220, une règle qui ne peut plus prêter à interprétation. Cet article décide que les contractants ne peuvent modifier en aucune façon, c'est-à-dire ni allonger ni abréger, les délais légaux de la prescription.

Discussions
sur la possi-
bilité de dé-
roger à l'art.
1382 par une
clause de non
responsabilité.

Voici enfin un dernier exemple des difficultés que l'on a à déterminer si une règle est ou non impérative et dans quelle mesure elle est impérative. C'est celui de l'art. 1382 du Code civil sur la responsabilité de l'auteur d'un délit : "Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

Que cet article soit fondé sur des considérations d'ordre public, cela ne paraît pas douteux.

L'intérêt général exige que l'individu qui cause par sa faute un dommage à autrui en répare les conséquences. La jurisprudence l'a maintes fois affirmé à propos des clauses de non responsabilité insérées par les contractants dans leurs conventions. C'est une matière délicate sur laquelle je ne dis qu'un mot.

La validité de ces clauses de non responsabilité a donné lieu à de longues discussions. La jurisprudence les interprète de la façon suivante : elle admet que les contractants peuvent se décharger de leur responsabilité contractuelle. L'un des contractants peut déclarer qu'il ne sera pas tenu de dommages et intérêts s'il n'exécute pas les obligations qu'il a assumées. Par exemple une agence de renseignements qui donne à ses clients des renseignements sur la solvabilité de telle ou telle personne, ne manque pas de stipuler qu'elle n'est pas responsable des renseignements qu'elle fournit. Elle ne veut pas encourir la responsabilité qui pourrait résulter du fait que les renseignements qu'elle donne sont inexacts. Mais, d'après la jurisprudence, si les parties peuvent ainsi se décharger de leur responsabilité contractuelle, elles ne peuvent pas écarter la responsabilité délictuelle qui pèse sur eux, la responsabilité qui découle de l'art. 1382. En d'autres termes, la jurisprudence admet qu'en dehors de la responsabilité contractuelle et sur un second plan, il y a une responsabilité délictuelle, qui celle-là est d'ordre public, et dont il n'est pas possible dans un contrat de s'exonérer. Cela revient à dire, remarquez-le bien, que pour la jurisprudence, les clauses de non responsabilité ont simplement pour effet de déplacer la charge de la preuve, et de faire peser le fardeau de la preuve sur les épaules du demandeur, c'est-à-dire non pas du débiteur contractuel, mais du créancier. Ainsi d'après la jurisprudence, l'art. 1382 est bien un texte d'ordre public, et il faut en conclure que deux personnes ne pourraient pas faire une convention par laquelle l'une d'entre elles stipulerait que si elle vient à causer un dommage à son voisin, elle ne lui devra pas de réparation. Supposez que j'installe sur mon fonds une usine, un commerce qui présente des inconvénients pour mes voisins; je ne pourrais pas stipuler de mes voisins que si les conséquences de l'exercice de mon industrie gênent la jouissance de leurs fonds, je serai dispensé de leur payer une indemnité. L'art. 1382 s'y oppose parce que la responsabilité délictuelle est d'ordre public. De même le propriétaire d'une chasse, d'une garegne ne pourrait pas convenir avec les cultivateurs voisins, qu'il ne

sera pas responsable des dégâts causés par les lapins sur leurs fonds. 1382 est d'ordre public.

Mais telle n'est pas l'opinion de tous les auteurs. Certains soutiennent que les conventions relatives à la responsabilité délictuelle sont licites, et que rien ne s'oppose à ce qu'on déroge au principe de l'art. 1382. (cf. M. Josserand Cours. T.II. N°474). La jurisprudence elle-même admet bien certaines dérogations à l'art. 1382. Par exemple, en matière de jeux présentant un danger pour les joueurs, comme le foot ball ou le rugby, la jurisprudence admet parfaitement que celui qui est blessé au cours de la partie n'a pas droit à indemnité parce qu'il accepte les risques du jeu; il s'engage, en entrant dans la partie, à ne pas intenter une action en dommages-intérêts contre les blessures qui peuvent le frapper au cours du jeu. (En ce sens Poitiers 25 mars 1926, D.1927.2.115). On voit combien tout cela est vacillant, et combien il est difficile de préciser les limites de l'ordre public, et le caractère impératif de certaines dispositions.

Seconde limitation

à la liberté des conventions.

Il est interdit de faire des conventions ou d'insérer dans une convention des clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Différence
d'étendue entre les notions d'ordre public et de bonnes mœurs et celles de lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs.

J'ai évité jusqu'ici d'employer ces deux expressions : ordre public, bonnes mœurs. Je n'ai parlé que des lois impératives ou prohibitives. Je l'ai fait pour plusieurs raisons : d'abord parce que je n'ai pas encore précisé ces notions qui sont extrêmement difficiles à préciser, et puis, parce que l'on peut se demander si toutes les lois impératives intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs, et enfin parce que l'ordre public et les bonnes mœurs ont un champ d'application qui n'est pas limité aux prescriptions de la loi. Alors même qu'il n'y a pas de texte de loi qui interdise une convention, alors même que la loi est muette, néanmoins il se peut qu'une convention soit contraire d'une façon générale à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. En d'autres termes les notions d'ordre public et de bonnes mœurs sont plus larges que celle de lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs. Il y a dans le domaine juridique, il y a dans les rapports des particuliers une sorte d'atmosphère d'ordre public ou de bonnes mœurs, à laquelle ils sont obligés de se conformer,

qui constitue pour eux une restriction à leur liberté de contracter.

§ 1 - L'ordre public.

§ 2 - Les bonnes mœurs.

§ 3 - Toutes les dispositions impératives sont-elles fondées sur l'ordre public ou les bonnes mœurs.

§ 4 - Des conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, bien que n'étant pas prohibées expressément par un texte.

§ 1 - L'ordre public.

Les 3 textes du C.C. contenant l'expression d'ordre public.

Nous trouvons cette expression d'ordre public dans trois articles du Code civil. A ce propos il est quelquefois très intéressant de rechercher dans quel article du code se trouvent telle ou telle expression, tel ou tel mot, et depuis quelques années il existe un petit livre très commode et intéressant, c'est une thèse complémentaire au doctorat ès lettres, qui a été présentée à la Faculté des Lettres de Paris par M. Jean Ray et qui est intitulée : Index du Code civil. L'auteur a eu la patience de relever dans les 2281 articles du Code civil tous les termes qui s'y trouvent et d'indiquer sur chacun de ces termes tous les articles qui contiennent l'expression, en indiquant qu'elle est prise dans un sens différent dans tel ou tel article.

On trouve l'expression : ordre public dans trois articles du Code civil. D'abord dans l'art. 6 : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Dans l'art. 1130 à propos de la cause des obligations, qui nous dit que la cause des obligations est illicite quand elle est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Dans ce texte l'ordre public on le voit, est plus large que la loi. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public. Enfin, dans l'art. 686 dans le titre des servitudes : "Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs fonds ou en faveur de leurs propriétés telle servitude que bon leur semble pourvu que ces services n'aient rien de contraire à l'ordre public".

Qu'est-ce que l'ordre public?

Il n'est pas facile de dire ce qu'est l'ordre public. Ce sont des mots que l'on emploie tous les jours et dont personne n'a donné jusqu'ici une définition satisfaisante.

Absence de

D'où viennent ces mots ?

Chez nos anciens auteurs on les trouve très

cette expression chez nos anciens auteurs.

rarement et je ne les ai pas relevés chez eux. Domat au XVII^{ème} siècle parle de conventions contraires aux lois ou aux bonnes moeurs à diverses reprises. Dans ses Loix civiles, livre I, titre I, section 2, il nous dit "Toutes personnes peuvent faire toutes sortes de conventions, pourvu que la convention n'ait rien de contraire aux lois ou aux bonnes moeurs. Il est de l'équité et de l'intérêt public que les conventions ne soient pas résolues. Les conventions sont nulles par quelque vice, comme si elles sont contraires aux bonnes moeurs".

Cependant j'ai relevé deux autres passages au livre I, chapitre 5 des Loix civiles, § 3 où il emploie le mot, ordre : Chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est un membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre. Cela correspond bien au sens que nous donnons au mot ordre, dans l'expression d'ordre public. Il continue : "L'engagement de chaque particulier à ce qui regarde l'ordre de la société dont il fait partie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire à l'égard des autres qui blesse cet ordre".

Chez Pothier, dans son Traité des obligations N° 42 et suivants à propos du défaut de cause dans le contrat, il nous dit : "Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs, cet engagement est nul ainsi que le contrat qui le renferme". La justice, la bonne foi, les bonnes moeurs, il n'est pas question d'ordre public. Ce que le Code appelle l'ordre public, Pothier le dénomme la justice.

De même à propos de l'objet des obligations, N° 137, il nous dit que les obligations ne peuvent avoir pour objet un fait qui serait contraire aux lois ou aux bonnes moeurs. Ce sont les termes dont s'est servi Domat. Dans son Introduction au titre de la Communauté conventionnelle de la Coutume d'Orléans, N° 34, il nous dit : "Régulièrement, toutes conventions sont permises dans un contrat de mariage. Il faut en excepter celles qui blesseraient la bienséance publique, (il entend par là la moralité) et celles qui tenteraient d'éluder quelque loi prohibitive". Il est assez curieux de ne pas trouver l'expression d'ordre public. Je croyais qu'elle n'était pas usitée avant la Révolution mais M. Joseph Barthélemy m'a signalé qu'elle se rencontre dans la Politique tirée de l'Ecriture sainte de Bossuet, livre 6, titre 2, N° 1 : "Si le prince n'est ponctuellement obéi, l'ordre public est renversé, et il n'y a plus d'unité

Silence des
Codes modernes
sur cette
expression.

par conséquent plus de concours ni de paix dans un Etat". L'ordre public, c'est bien notre expression d'aujourd'hui. Elle est bien prise dans le même sens.

Les Codes modernes évitent de l'employer. Voyez le Code civil suisse, au titre des obligations, livre 5, art. 20 : "Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs". Les mots, ordre public ne s'y trouvent pas. Art. 57 : "Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte soit une omission illicite ou contraire aux mœurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet". Ainsi le code suisse se contente de parler d'actes illicites. Le code civil allemand, dans son fameux article 138, n'utilise pas non plus cette expression d'ordre public. Il contient un premier alinéa qui nous dit : "Un acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul". Ce qu'il y a d'intéressant, c'est que dans les travaux préparatoires et surtout au Reichstag on a beaucoup discuté sur le point de savoir s'il fallait viser dans cet article les actes contraires à l'ordre public, à côté des actes contraires aux bonnes mœurs. On s'est prononcé pour la négative. On a considéré que cette notion avait un caractère de généralité abstraite qui pouvait devenir extrêmement dangereux et qu'en outre le juge pourrait se croire autorisé à se faire une conception philosophique ou politique sinon religieuse de l'ordre public, conception tirée soit de l'ensemble des règles constitutionnelles, soit de l'économie générale de la législation, soit d'un système personnel à lui de politique sociale ou de philosophie morale ou religieuse. La discussion fut d'autant plus vive que le parti socialiste qui était alors puissant, avait violemment défendu cette expression. Il tenait beaucoup à ce qu'on mit dans la loi l'expression d'actes contraires à l'ordre public, parce qu'il estimait qu'ainsi on considérerait comme tombant sous le coup de cette disposition tout contrat de travail qui serait lésionnaire pour le travailleur.

Mais ce sont précisément ces conséquences possibles de la formule qui ont effrayé la majorité du Reichstag laquelle a préféré s'en tenir à un critérium purement pratique tiré des usages et des conceptions adoptées par les mœurs, de telle sorte que les clauses visées par le parti socialiste et qu'il voulait faire condamner ne seraient annulables que si elles étaient contraires non pas à la conception socialiste, conception d'ordre théorique, mais aux usages et aux mœurs de l'époque.

Le code polonais des obligations qui est le dernier, a conservé l'expression d'ordre public. Cela peut se comprendre, car en Pologne le Code civil français est resté en vigueur dans le Duché de Varsovie jusqu'à ces dernières années, et c'est cela sans doute qui a fait maintenir l'expression. Art. 56 : Les contrats dont le contenu est impossible à exécuter ainsi que ceux qui sont contraires à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes mœurs, sont nuls. L'expression se retrouve donc dans ce code récent, mais c'est le seul.

Dans le code civil soviétique, très mal rédigé à raison de la rapidité avec laquelle il a été fait, au livre 3, des obligations, il n'est question ni d'ordre public, ni de bonnes mœurs, mais ce code est tellement bref qu'on ne peut en tirer grand chose. Art. 30 : "Est nul l'acte juridique passé dans un but contraire à la loi ou pour tourner la loi, de même que l'acte juridique visant manifestement à léser l'Etat". Ceci ne correspond pas à notre notion d'ordre public. Il semble que l'on veuille par là prohiber les contrats qui seraient dirigés contre l'Etat lui-même. L'art. 147 est une application de ce précédent article qui vise le cas de nullité : "Au cas de nullité du contrat pour cause d'illégalité parce qu'il a clairement pour but de léser l'Etat, aucune des parties n'a le droit d'exiger de l'autre la restitution de ce qu'elle a fourni en vertu du contrat".

A la recherche
d'une défini-
tion de l'or-
dre public.

Comment donc devons-nous concevoir cette notion d'ordre public ? Toutes les indications que nous donnent les auteurs sont insuffisantes et vagues.

M. Japiot de la Faculté de Droit de Dijon a dit, dans sa thèse sur les nullités (1909, p. 302) en employant une formule savoureuse : "L'ordre public emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne. Pratiquement sa supériorité s'est manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir".

En effet on est bien déçu quand on cherche ce qu'est l'ordre public. Nous avons tous les jours cette expression à la bouche, elle est courante. Il est très curieux que personne n'en donne une définition satisfaisante. Voici quelques formules :

Toullier, un des premiers commentateurs du Code civil, dans son Traité de droit civil, qui a eu à l'époque beaucoup de succès, nous dit : "Les citoyens peuvent renoncer aux dispositions des lois introduites en leur faveur". C'est donc par la contrainte qu'il définit l'ordre public, l'ordre public pour

lui est ce qui est fait en faveur de l'Etat.

Demolombe : "Les lois d'ordre public ont pour but directement ou indirectement l'intérêt général, l'intérêt public". On n'a pas plus dit quand on a remplacé ordre public par intérêt public. On n'a pas expliqué.

Marcadé : "Les lois qui ne sont pas d'ordre public sont les lois dans lesquelles le législateur s'occupe uniquement de l'intérêt privé des personnes." Alors les lois qui sont d'ordre public sont celles dans lesquelles le législateur ne s'occupe pas uniquement de l'intérêt privé des personnes.

Aubry et Rau, tome I § 36, plus profonds que les autres, tentent une énumération générale : "Sont d'ordre public les lois constitutionnelles, administratives, criminelles ainsi que toutes celles qui rentrent dans les lois de police et encore toutes les dispositions concernant l'état des personnes, l'autorité paternelle, la puissance maritale, les institutions destinées à protéger les individus incapables de gouverner leurs personnes ou de gérer leurs biens, et la capacité juridique exigée soit pour tous les actes de la vie civile en général, soit pour quelques-uns en particulier".

Planiol, dans son Manuel, s'inspire de la définition d'Aubry et Rau, N° 291 : "Une loi peut appartenir au droit privé et être cependant d'ordre public. Il en est ainsi toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi". Quand on veut expliquer l'ordre public, on ne trouve que cette expression d'intérêt général.

Planiol range ces lois d'ordre public en quatre groupes : Celles qui concernent l'état et la capacité; celles qui concernent l'organisation de la propriété; celles qui concernent la protection des tiers; celles qui concernent la protection des contractants.

Voici la définition que nous avons donnée dans le vocabulaire juridique terminé il y a quelques mois, et auquel on a travaillé pendant plusieurs années : "Ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité (la moralité c'est une erreur, elle fait partie des bonnes mœurs) des rapports entre particuliers et dont ceux-ci ne peuvent en principe écarter l'application dans leurs conventions".

Voici une autre définition qui serait peut-être meilleure : "L'ordre public est la discipline impo-

posée aux individus en vue d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement de l'organisation sociale et en vue, d'autre part, de maintenir un minimum de justice dans les rapports sociaux". Elle a l'avantage de préciser un peu ce qu'il y a dans cette expression, sécurité, bon fonctionnement de l'organisation sociale et préoccupation de maintenir un minimum de justice, d'équité dans les rapports sociaux.

variabilité
la notion
ordre public.

Quoi qu'il en soit, cette notion d'ordre public est une notion essentiellement variable suivant les époques, suivant la conception de l'intérêt général et de la liberté des individus. Nous en avons aujourd'hui une conception beaucoup plus large qu'à l'époque du Code civil. Dans les lois actuelles, on trouve une série de dispositions qui sont considérées comme d'ordre public, c'est-à-dire qui s'imposent à la volonté des particuliers et auxquelles il leur est interdit de déroger. Ce qu'il y a de frappant dans cette notion d'ordre public, c'est son caractère de variabilité. Elle est, comme on l'a dit du droit naturel, à contenu variable, suivant les conceptions des diverses époques. M. Julliot de la Morandière a professé à la Faculté en 1931-1932 un cours sur "la notion d'ordre public en droit interne", très intéressant. Il y a soutenu un système très particulier. Ce qui complique cette notion d'ordre public, c'est qu'elle est prise en droit international privé dans un sens différent de celui que lui donnent les civilistes. L'ordre public international a contribué, comme l'a dit M. Japiot, à jeter de la confusion et du trouble sur l'expression elle-même.

§ 2 - Les bonnes mœurs.

expression
bonnes mœurs
nulle ou accolée à ordre public, dans le C.C. et dans les codes étrangers.

Cette expression de bonnes mœurs se trouve, elle aussi, dans plusieurs articles du Code, tantôt accolée à celle d'ordre public, tantôt employée seule. Dans les art. 6 et 1133 nous trouvons les deux expressions, bonnes mœurs et ordre public; au contraire l'art. 900 au titre des donations nous dit : "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire les conditions impossibles, celles qui seront contraires à la loi ou aux mœurs seront réputées non écrites". Dans l'art. 1172, à propos de la condition, nous lisons : "Toute condition d'une chose contraire aux mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend". Enfin l'art. 1387, au titre du contrat de mariage : "La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire

comme ils le jugent à propos pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs". On trouve également cette expression dans tous les codes étrangers.

Le code polonais des obligations, qui est le plus récent, nous dit dans son art. 55 que les parties contractantes peuvent, à leur gré, créer entre elles tout lien juridique, pourvu que le contenu et le but du contrat ne soient contraires à l'ordre public, à la loi ni aux bonnes moeurs. Le code civil suisse, au livre 5 des obligations, art. 20 : "Le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite ou contraire aux moeurs".

Art. 157 : "Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux moeurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet".

J'ai déjà cité le fameux article 138 du code civil allemand, dont le premier alinéa est rédigé comme suit : "Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes moeurs est nul". Son second alinéa fait application de ce principe aux contrats léonins, et c'est par là que l'art. 138 est bien connu : "Est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers qu'en échange d'une prestation on promette ou on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante". Les contrats léonins sont donc considérés par l'art. 138 comme contraires aux bonnes moeurs. La loi annule ces contrats où la disproportion entre les prestations réciproques est trop grande, comme étant contraires aux moeurs, alors que dans d'autres codes qui contiennent une disposition analogue la fondent sur l'idée de lésion, c'est-à-dire de vice du consentement.

Le projet de Code franco-italien déclare dans son art. 29, que "La cause est illicite lorsqu'elle est contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs". Puis il ajoute dans l'alinéa 2 : "Celui qui a acquitté une obligation contraire aux bonnes moeurs (il n'est plus ici question que des bonnes moeurs) ne peut exercer l'action en répétition si ce n'est lorsqu'il n'y a pas eu de sa part atteinte aux bonnes moeurs".

Désignation
par ce terme
d'un certain
nombre de

Que faut-il entendre par cette expression : les bonnes moeurs ? C'est encore une notion sur laquelle les auteurs sont très brefs. Aubry et Rau nous disent c'est une notion qui ne prête pas à discussion.

préceptes
de morale.

Demolombe donne quelques exemples de contrats contraires aux bonnes mœurs. Mais tous sont d'accord pour dire que, par cette expression, la loi vise les règles de la morale. Seulement le droit et la morale sont deux choses distinctes. Ils ont chacun leur domaine propre et la différence qui les caractérise est que les règles de droit sont sanctionnées par la contrainte, tandis que la morale en principe n'est pas sanctionnée matériellement; elle ne l'est que par la réprobation qui frappe les actes immoraux. Il n'est pas possible de soutenir que par l'expression, bonnes mœurs, la loi vise toutes les règles de la morale. Il y a des préceptes moraux, - je parle de la morale dans les rapports des hommes entre eux - qui ne sont pas sanctionnés par le droit. Par exemple, le devoir de respect des enfants à l'égard des parents, abstraction faite de l'obligation alimentaire, est une pure règle de morale, bien que pourtant l'art. 371 proclame ce devoir, mais ce n'est pas une obligation d'ordre juridique. De même la loi n'impose pas l'obligation alimentaire entre frères et sœurs et cependant on peut dire que la morale oblige les frères et sœurs à venir au secours de celui d'entre eux qui est dans la nécessité, dans le besoin. Bien plus, l'inceste n'est pas un crime d'après la loi, c'est cependant un acte qui est au premier chef contraire à la morale.

Conception
religieuse ou
conception
sociologique
de la morale.

Donc l'expression bonnes mœurs, n'embrasse pas tous les préceptes de la morale, c'est bien certain, mais au moins en comprend-elle certains. Il y a certaines conventions qui sont annulées parce qu'elles présentent un caractère immoral. Le tout est de les déterminer. Mais auparavant il faut s'entendre sur la conception que l'on se fait de la morale, et, sur ce point, il y a des conceptions diverses suivant les opinions religieuses de chacun. On peut renvoyer sur cette question au livre bien connu de M. Georges Ripert "La règle morale dans les obligations". Lui aussi prend l'expression de bonnes mœurs comme synonyme de règle morale. La règle morale pour lui est synonyme de l'expression bonnes mœurs. Tout de suite, il nous dit dans son livre ce qu'il entend par la morale. Pour lui, la morale qui s'impose est la morale chrétienne : "Il y a, dit-il, des règles juridiques pour lesquelles il n'est d'autre justification que la règle morale qui leur sert de base (N°17). Cette règle morale elle-même ne se justifie que par une certaine conception religieuse du monde". Et il s'élève un peu plus loin contre une autre conception de la morale, qu'il appelle la conception sociologi-

que de la morale, notamment dit-il, celle de Demogue dans son Traité des obligations. Les mœurs, dans cette conception, ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits, les habitudes, l'opinion commune du milieu social. Demogue déclare que c'est cette opinion qui crée les règles morales et il admet qu'un acte est valable quand l'opinion publique le tolère, quand elle ne le condamne pas alors même qu'il serait en soi à désapprouver. A quoi Ripert répond, N° 39, que l'assentiment général n'est souvent que l'accoutumance au vice. "La pitoyable consécration d'une pratique, dit-il, par une opinion égarée ne la légitime pas. Le retour à une conception sociologique des bonnes mœurs témoigne simplement de la grande peur des juristes de voir la règle morale s'imposer dans le monde juridique et se révéler supérieure à la loi civile, puisqu'elle jouerait un rôle normatif et briserait des contrats qui remplissent toutes les conditions posées par la loi civile.

Pour ma part, et malgré cette objection et la façon brillante dont elle est présentée, j'avoue que je préfère la conception sociologique à la conception religieuse de la morale parce que je la crois plus réaliste. Que notre morale actuelle soit imprégnée d'idées religieuses on ne peut pas le nier, c'est un fait incontestable, mais aller plus loin et soutenir que le juriste et le législateur doivent prendre pour idéal la morale religieuse me paraît dépasser la mesure et introduire une confusion fâcheuse entre le droit et une certaine morale. Les faits prouvent que la notion de la morale varie suivant les époques, et la preuve que la morale est variable comme la notion d'ordre public est facile à donner. Bien des conventions considérées jadis comme immorales sont entrées dans nos mœurs et sont autorisées aujourd'hui par la loi. Nous avons vu dans l'histoire du prêt à intérêts que l'Eglise elle-même s'est inclinée, sinon en droit du moins en fait, et que le prêt à intérêts qui a été longtemps interdit est aujourd'hui reconnu comme n'étant pas contraire à la morale actuelle. Sans remonter aussi loin on pourrait donner à l'époque actuelle, à 50 ou 60 ans de distance, des exemples de contrats qui ont d'abord été annulés par la jurisprudence comme présentant un caractère immoral et qui aujourd'hui tendent à être reconnus pour licites. Au début du XIXème siècle les auteurs s'accordaient à dire que l'assurance sur la vie était un acte immoral contraire à la dignité de l'homme et qu'il fallait prohiber; elle joue aujourd'hui cepen-

dant un rôle important et est considérée comme un acte de prévoyance.

Le courtage matrimonial a été longtemps annulé par les tribunaux qui n'admettaient pas la demande en justice du courtier non payé de son entremise; or, aujourd'hui bien des décisions judiciaires reconnaissent la validité de la commission stipulée par l'intermédiaire.

A l'inverse certaines conventions qui étaient considérées du temps du Code civil comme morales, sont aujourd'hui passées dans la catégorie des conventions immorales. Telles les conventions léonines qui tombent sous le coup de l'art. 138 du Code civil allemand. Ainsi les faits prouvent que la conception de la morale dont tiennent compte le législateur et les tribunaux, est bien la conception sociologique. Les tribunaux annulent certains contrats, certaines clauses qui leur paraissent contraires à ce qui passe pour règle morale au moment où ils statuent.

Quoi qu'il en soit, il y a dans le Code civil très peu d'articles qui prononcent l'annulation d'un acte comme étant contraire à la morale. La loi nous dit à diverses reprises que les conventions contraires aux bonnes mœurs sont interdites, mais si nous cherchons dans le Code civil quels sont les textes qui peuvent apparaître comme des applications de cette idée nous en trouvons très peu. Peut-être l'art. 1965 du Code civil, qui refuse toute action fondée sur le jeu ou le pari. Peut-être aussi le dol que l'un des contractants peut machiner contre l'autre, à l'occasion de la conclusion du contrat; la fraude que le débiteur peut ourdir contre ses créanciers, (art. 1167, C. civ.).

Ainsi la loi fait très peu d'applications de cette notion des bonnes mœurs. Elle laisse aux tribunaux le soin de statuer et le soin de décider si dans telle ou telle occasion la clause est ou non contraire à la morale.

C'est tout ce qu'il y a à dire pour le moment, mais il est bon d'appeler l'attention sur une différence en ce qui concerne la sanction des stipulations contraires soit à l'ordre public, soit aux bonnes mœurs.

Quand une convention est contraire à l'ordre public, elle est nulle de plein droit, et chacune des parties peut répéter ce qu'elle a payé à l'autre en vertu de cette convention, à moins que la loi ne dise le contraire. Tandis que quand il s'agit d'une convention immorale la jurisprudence admet que si cette immoralité existe des deux côtés, celui qui a exécuté

Rareté des
textes pronon-
çant la nullité
d'un acte
comme contrai-
re à la morale.

Différence en-
tre les sanc-
tions pour vio-
lation de l'or-
dre public et
la sanction
pour violation
des bonnes
mœurs.

la convention ne peut pas répéter ce qu'il a versé, en vertu d'un vieil adage romain : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, ou encore : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La turpitude est l'acte contraire aux bonnes moeurs, c'est l'acte immoral. La jurisprudence en a fait maintes fois application aux contrats relatifs aux maisons de tolérance ou à la cession de maisons de jeu. Elle n'admet pas qu'il soit question devant les tribunaux de ces opérations. Elle juge qu'il est contraire à la dignité des magistrats qu'une réclamation fondée sur une telle cause soit portée devant eux. Elle repousse la demande soit en répétition, soit en paiement en raison du vieil adage qui vient d'être cité.

Les bonnes
moeurs et la
bonne foi.

Je crois aussi que quand nous assimilons la notion de bonnes moeurs et celle de morale, nous donnons à cette expression de bonnes moeurs, un sens à la fois trop large et trop étroit. Trop large parce qu'il est évident que toutes les règles morales ne sont pas sanctionnées par la loi et qu'il y a des conventions qui, quoique n'étant pas conformes à la morale proprement dite, ne sont pas annulées par les tribunaux. D'autre part, nous lui donnons une signification trop étroite parce qu'à mon avis, il faut comprendre dans la notion de bonnes moeurs celle de la bonne foi, c'est-à-dire de cette loyauté que les contractants doivent apporter dans l'exécution de leurs obligations, et il me paraît que l'article 1134, 3ème alinéa est bien une application de la règle que les actes contraires aux bonnes moeurs sont prohibés. L'art. 1134 qui nous dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, ajoute dans son 3ème alinéa : "Elles doivent être exécutées de bonne foi". La bonne foi est essentielle dans les rapports juridiques et quiconque se conduit de mauvaise foi perd le bénéfice de la protection de la loi. J'estime qu'il faut donner à l'expression de bonnes moeurs ce sens élargi qu'elle a du reste dans certaines législations étrangères et notamment dans le code civil allemand.

§ 3 - Les lois impératives
sont-elles toutes fondées
sur l'ordre public ou les bonnes mœurs ?

C'est une question qui est controversée et qu'il est difficile de résoudre. Il y a des auteurs qui assimilent les expressions lois impératives et lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs. Dans les lois modernes nous trouvons souvent cette expression que telle disposition est d'ordre public. Le législateur prend donc parfois comme synonymes les deux termes : lois impératives, lois d'ordre public. On peut se demander cependant si toutes les lois impératives ont pour fondement la notion d'ordre public. Dans mon Introduction à l'étude du droit civil, j'ai soutenu qu'il y avait lieu de distinguer parmi les lois impératives celles qui se rattachaient directement à l'ordre public et celles qui n'étaient inspirées que par le désir de protéger les personnes que leur âge, leur sexe, leurs infirmités rendent incapables de défendre leurs intérêts. J'avais dans l'esprit cette distinction que les nullités d'ordre public sont des nullités absolues qui peuvent être invoquées par tous les intéressés, tandis que les nullités pour cause d'incapacité sont des nullités relatives qui ne peuvent être invoquées que par l'incapable lui-même, et que la loi fait ainsi une différence visible, frappante entre le contrat nul de plein droit ne produisant aucun effet, dont tout le monde peut faire valoir la nullité ou l'inexistence, et le contrat que nous appelons boiteux, claudicans, qui est valable pour l'un, mais qui, pour l'autre, est susceptible d'être annulé, valable, obligatoire pour celui qui a traité avec l'incapable, imparfait pour l'incapable lui-même. Cette opposition me paraît correspondre à une différence concernant le fondement même de la disposition, mais il y a des auteurs qui combattent cette distinction. Elle est combattue notamment dans la thèse de M. Marmion, (Paris 1924) : Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne. Dans cette thèse, l'auteur soutient que les lois destinées à protéger les incapables intéressent l'ordre public au même titre que les lois qui touchent à l'organisation politique de la société. "Il est impossible, dit-il, de distinguer entre l'intérêt privé et l'intérêt social en ce qui concerne l'ordre public. L'intérêt social se retrouve dans toutes les lois qui ont pour but de maintenir l'ordre social, et il en est à plus forte raison ainsi de toutes les lois impératives. En réalité quand il y a une sanc-

Distinction
parmi les lois
impératives
entre celles
qui se ratta-
chent directe-
ment à l'ordre
public et cel-
les qui ont
pour but d'as-
surer la pro-
tection de
certains
individus.

Autre opinion
d'après laquel-
le les lois
concernant les
incapacités
intéressant
l'ordre public
au même titre
que celles
touchant à
l'organisation

politique.

tion posée par le législateur ou appliquée par la jurisprudence, qu'il s'agisse d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ou encore d'une inopposabilité aux tiers, c'est que l'intérêt social, public est engagé". Et il donne comme exemple les lois sur les pactes sur succession future et les substitutions prohibées d'une part, et les lois sur les vices du consentement, sur les incapacités d'autre part." Les textes, dit-il, sur les pactes sur succession future et les substitutions prohibées entraînent une nullité absolue, d'ordre public. Au contraire, les lois sur la minorité et l'interdiction n'entraînent qu'une nullité relative qui serait seulement d'ordre privé. Mais comment concevoir que toutes les règles qui ont trait à la protection des faibles, de ceux que leur âge ou leurs maladies mentales mettent dans l'impossibilité de se défendre, que les règles sur l'incapacité de la femme mariée qui tiennent à l'organisation du mariage, comment concevoir que toutes ces règles ne touchent pas aux intérêts généraux de la société, qu'elles ne soient pas d'ordre public?"

L'objection est évidemment sérieuse et bien présentée. Pourtant je ne sais pas si elle est convaincante. Je vois bien que les règles concernant la capacité et la protection des incapables intéressent l'ordre social; il faut protéger les incapables. Mais je fais néanmoins une différence entre des clauses comme celles-ci : Je suppose que dans un acte on insère une clause stipulant que l'incapable ne pourra pas se prévaloir de son incapacité. Cette clause serait nulle de plein droit; elle toucherait bien à l'ordre public. Mais voilà un incapable qui fait un contrat tout seul sans être habilité comme le veut la loi. Le contrat n'est pas nul, il est boiteux, valable d'un côté, attaquant de l'autre; il peut être confirmé. Je ne trouve plus là les caractères de la nullité qui sanctionne les atteintes à l'ordre public. J'hésite encore sur ce point.

§ 4 - Des conventions sur les clauses qui, bien que non interdites par la loi, peuvent être annulées comme étant contraires d'une façon générale à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Caractère général de la limitation résultant de l'ordre public et des bonnes

mœurs, permettant d'annuler en l'absence d'un texte exprès.

Qu'il y ait une sorte d'atmosphère d'ordre public ou de bonnes mœurs qui entoure la liberté contractuelle et qui permet d'annuler des actes qui ne sont pas frappés de nullité par un texte du Code civil, cela n'est pas douteux.

On pourrait en douter d'abord, on pourrait hésiter en présence de l'art. 6, à cause de la façon dont il est rédigé : "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Mais il est un autre article au titre des obligations, conçu en termes plus larges. C'est l'art. 1133 dans la section de la cause : "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public".

Donc il résulte très clairement de ce texte qu'une convention, bien que non prohibée par la loi, peut tomber sous le coup de cette règle générale d'après laquelle on ne doit rien faire qui soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Très souvent les tribunaux annulent des conventions ou des clauses, bien qu'elles ne soient pas prohibées par un texte, comme étant contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Voici quelques décisions : un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 1929, D.H. 1930. p.50. Il s'agissait d'un contrat passé entre un médecin et un entrepreneur de publicité par lequel l'entrepreneur cédait au médecin certaines marques de produits pour la beauté des femmes, moyennant l'engagement par le médecin de lui verser 240.000 francs par an et de faire 6.000 frs. de publicité par mois. La Cour annule ce contrat comme étant contraire à l'ordre public. "Attendu, dit la Cour de cassation, qu'en l'état de cette constatation souveraine la Cour a pu décider que ce contrat avait pour objet l'exploitation des malades au moyen d'une publicité intensive et par l'emploi de qualificatifs destinés à impressionner le public. Attendu qu'en décidant qu'une convention ayant un tel objet était nulle, la Cour d'appel a appliqué aux faits constatés les conséquences légales qu'ils comportent".

On pourrait citer bien d'autres stipulations, bien d'autres conventions qui ont été annulées comme

contraires soit à l'ordre public, soit aux bonnes mœurs. Les sociétés entre avocats en France sont nulles comme contraires à l'indépendance de l'avocat. Elles sont autorisées en Alsace et en Lorraine et dans bien des pays. Voici d'autres cas qui, eux, se rapportent plutôt aux bonnes mœurs.

Tous les contrats concernant la cession ou l'établissement de maisons de tolérance. La jurisprudence annule même les conventions qui ont pour objet les fournitures destinées à ces établissements, ou un contrat de salaire entre le tenancier et un employé de ces maisons.

Voici encore un contrat par lequel une personne s'engage à verser à l'autre une somme pour obtenir que celle-ci se désiste d'une plainte formée contre elle ou contre un tiers. La loi le déclare contraire à l'ordre public. Toute convention qui a le caractère de corruption électorale est également prohibée par les tribunaux comme contraire aux bonnes mœurs.

Voyez encore un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 mars 1911. D. 1911. I. 382, contrat passé avec un agent en vue de corrompre les fonctionnaires d'un gouvernement étranger pour leur offrir des fournitures qui ne devaient pas être probablement de grande loyauté.

Enfin, bien que la vieille prohibition des donations entre concubins n'existe plus, la jurisprudence admet que la donation faite par un concubin à sa concubine est frappée de nullité si elle a pour cause la formation, la continuation, ou la reprise des rapports immoraux, ou leur rémunération. A l'inverse, elle reconnaît valable le legs fait par le concubin à sa concubine à titre de souvenir ou de reconnaissance. Voyez ici combien les règles sur les mœurs sont variables. Qu'on se rappelle un arrêt de la Cour de Paris qui a décidé qu'au cas où un individu est tué à la suite d'un accident imputable à un tiers, sa concubine a droit à une indemnité, et qui allait jusqu'à dire que s'il en avait deux, les deux concubines pouvaient réclamer une indemnité. Cette tentative de la jurisprudence en est restée là. Cf. Paris, 12ème Chambre, 18 novembre 1932. G.P. 11 et 12 décembre 1932 : "Jugé que si la victime avait deux concubines, elles ont droit l'une et l'autre à des dommages-intérêts; si l'une portait son nom, vivait avec lui sous le même toit depuis 26 ans, entretenue par lui de telle sorte que sa situation peut être dans une certaine mesure assimilée à la situation de femme légitime et si l'autre, qui portait également le nom de la victime avait eu un enfant reconnu par le père et

pour lequel il versait une pension bimensuelle et régulière".

Quant aux contrats de courtage matrimonial, auparavant la jurisprudence les annulait (Cf. Cas. Civ. 1er mai 1855. S.1855.I.337). Postérieurement un certain nombre de décisions de cours et de tribunaux ont admis la validité de cette entremise, et autorisé l'entremetteur à réclamer la commission qui lui a été promise et qui ne lui est pas payée de plein gré.

Troisième limitation.

Il y a une troisième limitation à la liberté des conventions, c'est celle qui peut résulter de l'application des principes du droit. Rappelons à ce propos une phrase célèbre d'Ihering dans laquelle il dit : "Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public ou les bonnes mœurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousser une opération juridique, uniquement parce qu'elle est contraire aux principes". C'est peut-être aller un peu loin. Il y a des cas où les tribunaux peuvent, pour des raisons d'ordre technique, annuler une opération. La volonté des parties n'est pas omnipotente. Notamment lorsque les parties ont voulu dissimuler le caractère de l'opération juridique qu'elles ont faite les tribunaux rétablissent le contrat véritable qui se cache sous l'apparence. Très souvent les tribunaux l'ont déclaré à propos de des opérations aujourd'hui si fréquentes qu'on appelle les locations-vente.

Rétablissement
par les tribu-
naux du véri-
table caractè-
re d'un acte.

De même à propos d'autres contrats, notamment les avances sur police dans les assurances sur la vie que les Compagnies d'assurances cherchent à dissimuler pour éviter certaines conséquences juridiques, sous le nom de quittances. Les tribunaux rétablissent ce qu'ils considèrent être la vérité juridique, ils ne s'inquiètent pas de la volonté des intéressés, mais du caractère juridique de l'opération, si bien qu'on peut dire qu'il n'appartient pas aux particuliers de donner à leur convention tel ou tel qualificatif de leur choix, sans se soucier de respecter les traits fondamentaux et les caractères spécifiques des institutions, tels qu'ils résultent de la loi.

Annulation de
conventions
pour défaut
de cause.

D'autre part, l'art. 1108 décide que les éléments essentiels à la formation d'une convention sont au nombre de 4 : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Or, il y a de nombreuses décisions qui annulent des conventions pour défaut de cause. Voyez notamment un arrêt de la Chambre des Requêtes

du 19 janvier 1863 D. 1863.I.248. S. 1863.I.185 et un autre arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 juillet 1873. D. 1873.I.330. S. 1873.I.448, encore un autre de la Chambre civile du 11 décembre 1900 D. 1901.I.257.S.1904.I.262.

Quatrième principe.

LES CONVENTIONS LEGALEMENT FORMÉES

TIENNENT LIEU DE LOI A

CEUX QUI LES ONT FAITES.

(art. 1134, 1er al.).

L'art. 1134;
analyse de
ce texte.

Les conventions
légalement
formées.

Il convient d'analyser d'abord les termes de cette règle.

"Les conventions légalement formées", cela signifie conclues conformément à la loi. Par ces mots, l'art. 1134 vise les dispositions contenues dans les articles précédents. Les conditions essentielles à la validité des contrats contenues dans les art. 1108 et suiv., les dispositions concernant l'ordre public et les bonnes mœurs auxquelles il est fait allusion dans l'article 1133, à propos de la cause illicite contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Il faut donc entendre par ces mots les conventions qui sont faites conformément à la loi, c'est-à-dire qui ne sont contraires ni à une règle impérative, ni à une disposition d'ordre public ou concernant les bonnes mœurs.

Tiennent lieu
de loi; origi-
ne de cette
formule.

"Tiennent lieu de loi", ce sont les termes essentiels de la proposition. Ils signifient que les contractants sont obligés par le contrat comme ils sont obligés par la loi. En d'autres termes, ils doivent respecter et exécuter le contrat, de même que tous les particuliers doivent obéir à la loi. Ils doivent exécuter les prestations qu'ils ont promises comme si elles étaient prescrites par la loi.

Ce rapprochement de l'effet du contrat et de l'effet de la loi est significatif. Il n'est pas l'œuvre des rédacteurs du Code civil, ils l'ont emprunté aux juriconsultes romains; on trouve ce rapprochement fait dans divers textes du Digeste, Ulpie au Digeste XVI, 3, *Depositum vel contra*, l. 6: "*Contractus legem ex conventionem accipiunt*", les contrats reçoivent la loi de la convention", c'est-à-dire de

l'accord des volontés. Digeste L, 17, De div reg juris, 23 : "nam hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit" :, car le contrat a fait la loi. Cette formule répétée par nos anciens auteurs a été empruntée par les rédacteurs du Code civil presque textuellement à Domat (Loix civiles. Liv. I, T.I, s. 2, N° 7) : "Les conventions étant formées, dit-il, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites". C'est à peu près la formule de l'art. 1134. Domat, dans son Traité des loix, qui précède son grand Traité des lois civiles chapitre XI, 29, range cette disposition parmi les règles du droit naturel, "dont dit-il, l'esprit est convaincu sans raisonnement par l'évidence de leur vérité". Il est curieux qu'on ne la rencontre pas chez Pothier. Pothier dans son Traité des Obligations ne l'énonce pas, ce qui ne veut pas dire qu'il en conteste le moins du monde la vérité, mais comme il suit de plus près le droit pratique, il se contente d'indiquer l'effet des contrats sans poser ce principe général.

Les codes étrangers modernes ne le reproduisent pas non plus, ils le considèrent comme une règle qui va de soi, et qui n'a pas besoin d'être formulée dans un article. Ainsi dans le code civil allemand, il n'y a pas d'article qui corresponde à notre article 1134; dans le code civil suisse au livre des obligations, aucun article non plus de correspondance. Dans le code polonais des obligations, même silence. Toutefois on y trouve un texte qui correspond à notre article 1135 qui a été certainement inspiré par ceux des rédacteurs du code polonais des obligations qui étaient attachés au droit français, comme étant du royaume de Varsovie. "Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites résultant de la loi, de l'usage, ou de l'équité". Ce qui est à peu près le texte de notre article 1135.

Le projet de Code franco-italien, au contraire, a reproduit la formule de l'art. 1134 et c'était tout naturel, puisqu'elle se trouvait à la fois dans le Code civil français et dans le Code civil italien de 1837. Il a eu soin toutefois de diviser les trois alinéas de cet article en trois articles différents.

Que le principe soit énoncé ou non dans le Code civil il n'en existe pas moins dans toutes les législations et Domat a raison de dire, en s'exprimant suivant les idées reçues à son époque sur le droit naturel, que c'est une règle de droit naturel qui frappe par l'évidence de sa vérité. L'obligation

pour les contractants d'exécuter ce qu'ils ont promis est une des règles nécessaires au bon ordre dans la société et à la confiance réciproque entre les hommes. On peut dire, on l'a maintes fois répété au cours de ces dernières années à la suite des lois qui ont porté atteinte à cette disposition et qui ont ébranlé la solidité des contrats, que c'est une règle nécessaire, indispensable, et qui se trouve admise dans toutes les législations. Que si le législateur moderne y a apporté des entorses, cela peut s'expliquer par la période prolongée de crise dans laquelle nous nous trouvons, période pendant laquelle il a bien fallu prendre des dispositions en faveur des débiteurs incapables de payer leurs dettes.

Section I - Conséquences de la force obligatoire des contrats.

Section 2 - Comparaison du contrat et de la loi. C'est une comparaison qui est en quelque sorte obligée, puisque le Code civil nous dit que le contrat est la loi des parties; il faut voir dans quelle mesure cette formule correspond à la réalité.

Section I

Conséquences de la force obligatoire du contrat.

On peut les résumer dans les quatre propositions suivantes :

Première proposition : le contractant est obligé d'exécuter la prestation qu'il a promise; il est obligé de faire ce qu'il a promis.

Seconde proposition : s'il tarde, s'il est en retard d'exécuter, ou s'il n'exécute pas son obligation il est tenu de payer à l'autre contractant des dommages et intérêts.

Troisième proposition : le contrat ne peut être dissous que par un nouvel accord des volontés et tant que le contrat n'est pas dissous, les contractants restent tenus des obligations qu'ils ont assumées. Art. 1134, al. 2 : "Les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des contractants ou pour les causes que la loi autorise".

Quatrième proposition : le juge ne peut pas modifier le contrat. Il est obligé d'en respecter les termes du moment que ce contrat ne contient rien d'illicite, de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et quand même il en jugerait les clauses

contraires à l'équité.

Première proposition : le contractant est obligé de faire ce qu'il a promis, d'exécuter la prestation à laquelle il s'est engagé.

Droit pour le créancier d'exiger l'exécution en nature de l'obligation.

Il peut y être contraint par la force publique. Son cocontractant a le droit d'exiger l'exécution en nature de la prestation qui lui a été promise; il n'est pas tenu de se contenter de dommages et intérêts. Tant que la prestation peut être exécutée, le contractant a le droit d'en demander l'exécution directe.

L'exécution en nature dans les obligations de faire ou de ne pas faire.

Il y a pourtant un texte du Code civil qui pourrait en faire douter, pour les obligations de faire ou de ne pas faire. C'est l'art. 1142 aux termes duquel "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur". Certains interprètes avaient conclu de ce texte que le contractant tenu d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ne peut pas être contraint à l'exécution directe de cette obligation et que, s'il s'y refuse, son adversaire ne peut que demander en justice des dommages et intérêts. Ils invoquaient à l'appui de cette interprétation un vieil adage, nemo precise potest cogi ad factum : personne ne peut être contraint d'exécuter un fait qu'il ne veut pas exécuter. Cela s'applique également à l'obligation de ne pas faire car si celui qui, tenu d'une obligation de ne pas faire, a commis un acte contraire à cette obligation, il a violé par là-même son obligation et s'est exposé à des dommages et intérêts.

Cependant on est d'accord pour reconnaître que l'art. 1142 n'a pas cette portée. S'il est vrai que dans certains cas il n'est pas possible de contraindre le débiteur à faire ce qu'il ne veut pas, cela n'est exact que pour les cas où il faudrait, pour l'y contraindre, exercer une violence sur sa personne. Ainsi il est bien évident que l'acteur qui a promis de jouer sur une scène, le peintre qui a promis de faire un tableau, ne peuvent pas être forcés contre leur volonté d'exécuter leur promesse. En pareil cas, l'exécution directe devient impossible parce qu'elle s'arrête devant la violence qu'il faudrait exercer sur la personne du débiteur. Mais c'est seulement dans ces cas que l'adage est exact. Toutes les fois que l'exécution directe du fait ou de l'obligation est possible, obligation de faire, ou respect de l'obligation de ne pas faire, le créancier a droit à la satisfaction en nature. Au surplus les

deux articles qui suivent tempèrent ce qui pourrait paraître trop large dans l'art. 1142. L'article 1143, qui concerne l'obligation de ne pas faire, dit en effet : "Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit, et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu". Le créancier peut donc demander que l'acte contraire à l'exécution de l'obligation de ne pas faire soit effacé et il peut lui-même se faire autoriser à effacer, à détruire ce qui a été fait contre la promesse prise.

Pour ce qui concerne l'obligation de faire, l'article 1144 déclare de son côté que le créancier peut aussi en cas d'inexécution être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

En matière commerciale, cet article 1144 reçoit de fréquentes applications. Lorsqu'un fournisseur ne fournit pas les objets qu'il a promis, les marchandises qu'il doit livrer, l'acheteur est autorisé à se remplacer, c'est-à-dire à acquérir sur le marché les marchandises de même qualité et valeur que celles qu'il a stipulées, aux frais de son cocontractant.

Il faut donc entendre l'article 1142 avec mesure et avec tempérament, et dans maintes circonstances la jurisprudence décide que le créancier a droit à l'exécution directe du fait promis, nonobstant la résistance du débiteur.

Exemple en
matière de
promesse
de vente.

Voici notamment une application, en matière de promesse de vente : une personne a promis à une autre de lui vendre un immeuble pour un prix déterminé, pendant un certain temps, si cette dernière consentait à l'acheter. La promesse de vente est souvent adjointe à un bail d'immeuble. Un propriétaire loue son immeuble et promet au locataire de le lui vendre s'il plaît à celui-ci de l'acheter pour tel prix pendant la durée du bail. Le jour où le créancier de la promesse de vente manifeste l'intention d'acheter l'immeuble, par conséquent de transformer la promesse de vente qui n'est qu'un contrat unilatéral qui n'oblige que le promettant, en vente, en déclarant qu'il est prêt à acheter, il se peut que le promettant refuse de passer le contrat, de transférer la propriété. Dans ce cas, les tribunaux décident que la vente est néanmoins conclue par le fait, que le consentement de l'acheteur vient se joindre au consentement précédemment donné par le vendeur et qu'en conséquence, malgré la résistance du vendeur, l'acheteur a le droit de faire passer le contrat et d'exiger d'être

mis en possession du bien.

Pour déterminer le contractant à l'exécution directe quand il s'agit d'une obligation de faire, les tribunaux français emploient couramment le procédé de l'astreinte.

L'astreinte consiste en une condamnation pécuniaire prononcée par le tribunal contre le débiteur récalcitrant et fixée à une somme déterminée par jour, par semaine, par mois, même par année de retard, en vue de vaincre la résistance du débiteur, et de l'obliger à exécuter la prestation à laquelle il est tenu.

L'astreinte, il faut bien le remarquer pour en comprendre le rôle, n'a rien de commun avec une condamnation à des dommages-intérêts. C'est une condamnation comminatoire, c'est-à-dire que le tribunal se réserve le droit de la modifier. Il peut soit l'augmenter, si le débiteur persiste dans son refus, soit la diminuer ou même la supprimer si le débiteur vient à résipiscence.

Dans son *Traité de Droit civil*, M. Josserand dit très justement (tome 2 N° 598) : "L'astreinte est un levier à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur pour lui arracher l'accomplissement d'une obligation de faire strictement personnelle qui lui incombaît et qu'il ne voulait pas exécuter; grâce à elle, la règle, *nemo precise cogi potest ad factum* voit son domaine se rétrécir encore. Ces expressions de M. Josserand donnent une idée très nette du rôle que joue le procédé de l'astreinte dans notre jurisprudence française. Les tribunaux en font constamment l'application en matière d'obligations de faire et dans des espèces infiniment variées. Dans le droit de famille, ils s'en servent pour sanctionner l'obligation pour un des parents, à la suite du divorce, de rendre les enfants à l'autre, ou bien encore pour contraindre la femme mariée à réintégrer le domicile conjugal; ou ils l'utilisent aussi pour contraindre un plaideur à restituer des documents, des pièces.

Voici encore une application assez significative qui a été faite par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 1er décembre 1897 (D. 1898.I.289.S.1899.I.174), dans une espèce qui est restée bien connue à cause de l'importance du chiffre de la condamnation prononcée par les tribunaux. Il s'agissait d'un procès entre le propriétaire d'un hôtel de Paris et la Compagnie qui lui fournissait l'électricité. A la suite d'une difficulté pour le règlement d'une facture, la Compagnie irritée avait coupé le courant, causant ainsi un préjudice énorme

L'astreinte
procédé pour
assurer l'exé-
cution en na-
ture d'une
obligation
de faire.

Caractères et
application de
l'astreinte.

à l'hôtelier, lequel s'était adressé à la justice. Le tribunal avait condamné la compagnie d'électricité à rétablir le courant sous peine d'une astreinte de 100 francs par jour, et comme la Compagnie ne s'était pas inclinée et qu'elle continuait sa résistance le tribunal la condamna à une nouvelle astreinte de 10.000 francs par jour de retard; le pourvoi formé par la Société contre l'arrêt qui avait confirmé le jugement de première instance, fut rejeté par la Chambre des Requêtes, pour le motif que les tribunaux sont libres d'user de l'astreinte comme ils l'entendent, et qu'une condamnation de ce genre n'a rien qui ne soit conforme au pouvoir des tribunaux.

On a souvent critiqué ce droit que se sont arrogés les tribunaux français. On ne trouve pas de texte dans le Code civil qui autorise ce procédé. D'après le Code civil, le débiteur qui n'exécute pas peut être condamné à des dommages-intérêts, mais l'astreinte diffère des dommages et intérêts. On a donc été obligé de chercher dans d'autres codes et notamment dans l'article 1046 du Code de procédure civile, un argument fragile qui n'est pas suffisant pour servir d'appui à cette jurisprudence. Ce qu'il y a de curieux, c'est qu'elle est ancienne. Elle remonte même antérieurement au Code civil, et c'est là ce qui la justifie. Les tribunaux ont toujours sur ce point comblé la lacune de la loi en usant du procédé de l'astreinte pour faire respecter le contrat, et obliger le contractant tenu d'une obligation de faire à exécuter cette obligation. (Voir l'article de M. Adhémar Esmein, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1903, p.5).

L'art. 1135 :
détermination
de ce à quoi
est tenu le
débiteur.

Il reste à propos de cette première conséquence à signaler l'art. 1135. Cet article complète la disposition principale énoncée par l'art. 1134 en disant "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

C'est un texte important sur lequel les commentateurs du Code civil ne s'appesantissent pas, se contentant de le citer sans y ajouter d'observations. Il en mérite cependant.

Tempérament
que le texte
apporte à
l'art. 1341 en
précisant que
le débiteur
est tenu non

Remarquez tout d'abord qu'il constitue un tempérament à l'art. 1341 du Code civil, au titre de la preuve, article d'après lequel il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. Donc d'après l'art. 1341, l'écrit qui constitue le contrat forme un tout

seulement à ce qui est précisé dans l'écrit mais à toutes les suites qui découlent :

complet et les contractants ne peuvent pas prouver par témoins au delà de ce qui est contenu dans l'écrit.

L'art. 1135 corrige ce que cette règle peut avoir d'excessif, car l'art. 1135 vise, lui aussi, l'acte écrit, en nous disant : "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé", c'est-à-dire à ce qui a été dit dans l'acte. Il corrige donc ce qu'il y aurait d'excessif dans l'art. 1341, puisqu'en dehors de l'écrit les contractants "sont tenus à toutes les suites, à toutes les obligations qui découlent soit de l'équité, soit de l'usage, soit de la loi". Reprenons ces trois mots.

de l'équité.

De l'équité. C'est un des termes les plus vagues que l'on rencontre dans le langage juridique. C'est aussi une de ces expressions qu'il est presque impossible de définir avec quelque précision. Chacun se fait de l'équité une conception personnelle, très souvent déterminée par son intérêt propre. Le plaideur qui perd son procès ne manque pas de dire que la décision rendue contre lui est contraire à l'équité. Il est vrai que l'on a 24 heures pour maudire ses juges ! De telle sorte que ce mot d'équité n'a pas grande valeur. Le Code civil évite ordinairement de l'employer. Il ne s'en sert que trois fois, dans trois articles, dans l'article 1135, puis dans l'article 565 et dans l'article 1854. L'art. 565 est un texte qui a trait au droit d'accession relativement aux choses mobilières, matière de peu d'importance, auquel le Code civil a consacré de nombreux articles par souvenir des textes du droit romain. Dans cet article 565 alinéa 1, on lit : "Le droit d'accession quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents est entièrement subordonné au principe de l'équité naturelle". Cette fois il s'agit de l'équité naturelle, comme s'il y avait une équité naturelle et une autre qui serait artificielle ou juridique.

L'article 1854 au titre des sociétés nous dit : "Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité". Il y aurait alors une équité évidente et une autre qui ne serait pas évidente. On le voit, l'expression d'équité n'a pas un sens bien précis. Je ne connais pas de décision de jurisprudence qui fasse application de cet article 1135 et qui tire de l'équité des obligations qui n'auraient pas été exprimées dans le contrat. Il convient d'ajouter que certains auteurs ont argumenté de ce texte pour soutenir qu'une clause contraire à l'équi-

té est interdite par l'art. 1135. C'est une erreur. Cet article signifie simplement que le contrat a comme une sorte d'ajouture qui peut résulter de l'équité, que par conséquent on peut être obligé à autre chose que ce que l'on a dit, si l'équité l'exige.

b) L'usage.

L'article 1135 ajoute l'usage. Entendons par là dans un sens plus précis, les usages suivis dans certaines professions, dans certaines localités. Par exemple en matière de location d'immeubles, l'usage quant aux dates de paiement du loyer, ou quant au délai dans lequel le congé doit être donné.

De même aussi l'usage joue un rôle important en matière de contrat de travail, notamment en matière de résiliation lorsque le contrat est fait pour une durée indéterminée. Le patron ou le salarié qui veut donner congé est obligé de respecter ce qu'on appelle le délai-congé. Cet usage existe aujourd'hui dans la plupart des professions. Cette obligation de respecter le délai-congé est, depuis la loi de 1928, une obligation impérative, c'est-à-dire que le délai-congé ne peut pas être ni écourté, ni supprimé par les intéressés. On rencontre de nombreux usages dans bien d'autres matières.

Ressemblance
entre l'usage
et la coutume.

L'usage ressemble beaucoup à la coutume, et, à mon avis, il fait partie de la coutume. C'est une assimilation qui a été contestée très vivement par M. Geny dans son beau livre "Sources et méthodes d'interprétation en droit privé". M. Geny fait une distinction entre l'usage et la coutume, comme si la coutume était toujours quelque chose d'obligatoire, d'impératif, ce qui me paraît être une erreur, car la coutume pas plus que la loi n'est nécessairement impérative. Il y a des coutumes qui peuvent être impératives, il y en a d'autres qui peuvent être supplétives tout comme la loi écrite elle-même. Or, l'usage, lui, presque toujours, est simplement supplétif. Les parties, les contractants peuvent écarter l'usage s'ils le veulent, mais s'ils ne l'écartent pas, l'usage s'applique, et c'est ce que nous dit l'art. 1135. Il y a même aujourd'hui des usages qui sont impératifs, il y en a très peu; le seul cas que je connaisse est celui du délai-congé devenu impératif depuis la loi de 1928 qui a modifié sur ce point le fameux art. 1780 du Code civil, comme il a été dit plus haut.

c) de la loi.

Enfin l'article 1135 ajoute que les conventions obligent à toutes les suites que la loi donne à l'obligation. La loi ? Cette expression fait évidemment allusion à la réglementation des contrats par la loi, réglementation des contrats qui, nous l'avons dit,

est en principe supplétive de la volonté des contractants, c'est-à-dire que les contractants peuvent écarter les règles établies par la loi pour tel ou tel contrat, par exemple la vente, le louage, etc., mais réglementation qui, dans certains cas est impérative. Lorsque les parties n'ont pas prévu certains effets du contrat qu'ils ont passé, il faut appliquer les textes de la loi qui imposent ces obligations. Ainsi, en matière de vente, il se peut que les parties n'aient pas parlé de l'obligation de garantie. Le vendeur sera tenu à la garantie bien que la garantie ne soit pas une obligation impérative, bien que le vendeur puisse s'en décharger d'après l'art. 1629.

Seconde proposition :

Lorsque le contractant est en retard d'exécuter il doit à son créancier des dommages-intérêts que l'on dit moratoires.

Dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution, moins qu'il ne puisse justifier d'une cause étrangère.

Lorsqu'il a violé son obligation ou lorsqu'il n'a pas exécuté et qu'on ne peut pas le contraindre à l'exécution directe, il doit des dommages-intérêts compensatoires, c'est-à-dire destinés à compenser le préjudice que l'inexécution cause à l'autre contractant. Art. 1147 du Code civil : "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution". Les dommages et intérêts compensatoires doivent compenser exactement la perte, le préjudice que l'inexécution cause au créancier; ils se composent de deux éléments, d'abord la perte subie, puis le gain manqué que le contractant espérait tirer de l'exécution de l'obligation, le damnum emergens et le lucrum cessans.

Le contractant qui n'exécute pas n'est dispensé des dommages et intérêts que s'il prouve, nous dit l'art. 1147, que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. Ainsi, du moment que l'inexécution provient de son fait, le débiteur est toujours responsable de cette inexécution, même si sa bonne foi n'est pas en cause, même s'il n'y a aucune mauvaise foi de sa part. Par exemple, j'ignore que feu mon père avant sa mort m'a promis de vous vendre un objet, ou vous a vendu un bien, et je le vends à un autre, en complète ignorance de l'engagement pris par mon père. Je dois des dommages-intérêts au créancier, à celui auquel la chose a été promise ou vendue, bien que pourtant je sois de bonne

foi parce que c'est par mon fait que l'inexécution a lieu.

La force majeure et le cas fortuit; synonyme de ces deux expressions.

Donc le débiteur, le contractant n'est dispensé des dommages et intérêts que si l'inexécution provient d'une cause à lui étrangère, et la loi ajoute : "qui ne peut lui être imputée". L'art. 1148 donne une explication des mots, cause qui ne peut lui être imputée, en ajoutant : "Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque par suite d'une force majeure, ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit".

Force majeure, cas fortuit. Ce sont deux expressions que le Code civil a employées comme synonymes et presque toujours accolées l'une à l'autre. Il y a quelques articles du code qui emploient uniquement l'expression cas fortuit, ou l'expression force majeure, mais on les trouve presque toujours réunies.

Nous pouvons, d'une façon générale, raisonnant en civilistes et sans nous inquiéter de certains cas particuliers, dire que les deux expressions sont synonymes.

Faits visés par ces deux expressions.

Elles visent : 1° un événement étranger au débiteur lui-même, une cause étrangère.

2° un événement non imputable au débiteur.

3° un événement que le débiteur n'a pas pu prévoir.

En quel sens l'évènement doit-il être imprévisible et insurmontable ?

Ceci n'est pas dit expressément dans l'art. 1148 mais l'expression même de cas fortuit montre bien qu'il s'agit de quelque chose d'imprévu. Notre jurisprudence française ne se contente pas de dire d'un événement imprévu; elle exige davantage pour la libération du contractant. Il faut qu'il s'agisse d'un événement imprévisible, c'est-à-dire d'un événement auquel on n'a pas pu penser, au moment du contrat. En réalité cependant, tous les événements sont prévisibles. On peut prévoir un tremblement de terre, on peut prévoir une inondation, on peut prévoir la guerre; dès lors il semble que jamais il n'y aurait cas fortuit ou force majeure. La vérité est qu'il suffit qu'il s'agisse d'un de ces événements qui viennent troubler les rapports normaux des hommes et qui ne soient pas rentrés dans leurs prévisions, dans leurs spéculations au moment où ils ont contracté. Il faut distinguer entre les faits normalement prévisibles et les autres. C'est tout ce que l'on peut dire.

4° Enfin il faut que l'évènement ait apporté un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation. Cette quatrième condition est contenue dans l'expression force majeure, qui manifeste bien le caractère

insurmontable de l'évènement : force majeure, c'est-à-dire plus forte que la volonté de l'individu.

La jurisprudence se tient rigoureusement, sévèrement à cette idée de l'évènement apportant un empêchement insurmontable à l'exécution de l'obligation; maintes fois elle a déclaré qu'il ne suffit pas que l'évènement ait rendu l'exécution plus lourde, plus onéreuse, pour que le débiteur fût dispensé de tous dommages et intérêts. Il faut qu'il y ait eu vraiment une impossibilité matérielle d'exécuter. C'est ainsi que, comme il a été dit plus haut, la jurisprudence a toujours écarté en matière civile la théorie de l'imprévision qui précisément admet la libération du débiteur, lorsque les évènements se sont modifiés de telle façon que l'exécution du contrat pour l'un d'eux devient une charge qu'il ne pouvait prévoir au moment où il a contracté. Notre jurisprudence française est, en cette matière, très rigoureuse, très sévère, restant fidèle aux dispositions du Code civil et au respect du contrat.

Troisième conséquence de la force obligatoire des contrats :

Nécessité d'un accord des parties pour dissoudre le contrat.
Causes de dissolution autorisées par la loi.

Le contrat ne peut être dissous que par un nouvel accord de volontés et pour les causes que la loi autorise. Un contractant ne peut pas, par sa seule volonté, se dégager de l'engagement qu'il a contracté même si l'autre n'exécute pas. Mais la loi ajoute que le contrat peut être dissous pour les causes que la loi autorise.

Ces causes sont les suivantes :

1° - Quand il s'agit d'un contrat synallagmatique, si l'une des parties n'exécute pas, l'autre peut demander à la justice de prononcer la résolution du contrat (art. 1184, C. civ.). Le fait que l'une des parties n'exécute pas ne suffit pas à résoudre le contrat, mais permet à l'autre de demander à la justice de résoudre le contrat. Règle qui ne s'applique que dans les contrats synallagmatiques.

2° - Il y a des cas où la loi prononce de plein droit la résiliation du contrat. Ainsi en matière de louage, lorsque la chose louée vient à périr le louage prend fin de plein droit. Art. 1722 : "Si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit". De même en matière de société, la mort de l'un des associés met fin au contrat. art. 1852.

3° - La plus importante cause de dissolution du contrat est celle qui concerne la résiliation du contrat par la volonté d'une seule des parties. Cette

cause ne s'applique que dans les contrats à durée indéterminée, mais elle s'applique dans tous les contrats à durée indéterminée. L'un des contractants peut y mettre fin par sa seule volonté. Ainsi, en matière de louage d'immeubles par exemple, fait pour un temps indéterminé, chacun des contractants, le bailleur ou le preneur, peut demander la résiliation du contrat pourvu qu'il observe les règles concernant le congé. De même, dans le contrat de travail à durée indéterminée, l'art. 1780 du Code civil permet à l'employeur comme au salarié, de demander la résiliation du contrat de travail par sa seule volonté.

De même encore, dans l'association faite pour un temps indéterminé, comme la plupart des associations, chaque partie peut demander à sortir de l'association quand il lui plaît. Ce droit pour le contractant de résilier par sa seule volonté le contrat à durée indéterminée est un droit que la loi considère comme étant d'ordre public et elle ne permet pas aux contractants d'y renoncer. (Jurisprudence abondante, Cas. 4 janvier 1933, G.P. 15 février 1933).

4° - Dernière cause de résolution du contrat :

Dans les contrats à durée déterminée, l'un des contractants peut se réserver pour lui seul la faculté de résiliation. Dans le bail par exemple, le bailleur ou le preneur peut se réserver pour lui seul la faculté de résilier le bail au bout d'un certain temps, au bout de trois ou de six ans s'il s'agit d'un bail fait pour une durée de 9 ans. Ce droit de résiliation n'est pas nécessairement bilatéral. Il peut être accordé par le contrat à l'un des contractants. Ainsi (Cas. civ. 2 mai 1900; D. 1900.I.392); un directeur de théâtre qui embauche un artiste pour une durée de temps déterminée, peut se réserver le droit de résilier l'engagement à la fin du premier mois, ou tous les trois mois. La clause est parfaitement valable. Enfin dernier exemple : dans la vente, art. 1659, le vendeur peut se réserver la faculté de rachat ou de réméré par un pacte que la loi réglemente.

Quatrième conséquence de la force obligatoire des contrats :

2°) Interdiction pour le juge de modifier les clauses du contrat; application à la

Le juge ne peut pas modifier les clauses du contrat, même si elles lui paraissent lésionnaires, contraires à l'équité. Nous en avons un exemple dans le Code civil par l'effet de la clause pénale. Les parties peuvent stipuler dans le contrat la pénalité qui sera encourue par celui qui n'exécutera pas le contrat et elles peuvent fixer cette pénalité comme elles

clause pénale.

l'entendent. Le juge ne peut pas modifier le montant de la clause pénale. Art. 1152 : "Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter, paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre". Le juge ne peut donc ni augmenter ni diminuer le montant des dommages-intérêts fixé par les parties dans le contrat. La même règle se trouve répétée par a contrario, dans la section concernant les obligations avec clause pénale, dans l'art. 1231 d'après lequel la peine stipulée par la clause pénale peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. C'est, d'après notre Code civil, le seul cas où le juge peut modifier la clause pénale, lorsqu'il y a eu exécution partielle de l'obligation. Cette sévérité, ce respect de la clause pénale, qui est une des conséquences de la force obligatoire du contrat, n'est pas admis dans toutes les législations.

La jurisprudence a toujours respecté scrupuleusement cette règle et un arrêt fameux rendu par la Chambre civile, le 14 février 1866 D. 1866.I.84 en fournit la preuve (Petit Code civil Dalloz, sous l'art. 1134 N° 2). "Quand le règlement d'une fabrique auquel ont adhéré des ouvriers employés dans cet établissement leur interdit certains actes sous peine d'une amende déterminée, il n'appartient pas au juge en cas d'infraction de réduire cette amende sur le motif d'une exagération évidente". Il s'agissait dans l'espèce d'un règlement d'atelier qui frappait d'une amende de 100 francs tout ouvrier qui entraînait dans l'atelier en sabots; à la suite de la prononciation de l'amende, l'affaire avait été portée devant le conseil des prud'hommes qui avait réduit l'amende au chiffre de 10 frs. pour la raison qu'elle paraissait absolument exagérée, par rapport à l'irrégularité commise. La Cour de cassation a cassé la sentence rendue par le conseil des prud'hommes en déclarant que le juge n'avait pas le droit de modifier le montant de la clause pénale, si exagéré qu'il lui parût. Voyez un autre arrêt de la Chambre civile du 6 juillet 1925 S. 1926.I.349 : contrat de travail stipulant que l'ouvrier qui aurait donné congé ne serait pas payé pendant les heures où il lui serait permis de s'absenter pour chercher un autre emploi. Le conseil des prud'hommes, ici encore, avait déclaré que cette clause était nulle comme non réciproque et lésive. La Chambre civile a cassé cette décision.

Bien souvent aussi dans le contrat d'assurances, jusqu'à la loi du 13 juillet 1930, c'est-à-dire

alors que le contrat d'assurances n'était pas réglementé par la loi, la jurisprudence a reconnu force obligatoire à des clauses imposées par les compagnies dont elle reconnaissait le caractère léonin. Par exemple elle a reconnu le caractère obligatoire à des clauses de déchéance pour non déclaration dans un temps très court de l'arrivée du risque, la jurisprudence a dans tous ces cas-là déclaré que la clause devait s'appliquer, bien que les juges aient décidé d'autre part qu'elle leur paraissait contraire à l'équité. Voici une dernière affaire qui montre le respect qu'a toujours eu la jurisprudence pour les clauses insérées dans le contrat quand elles ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. (Cas. Civ. 19 mars 1913 S. 1913.I.483.D. 1913.I.238). Il s'agissait d'une clause insérée dans le cahier des charges d'une vente aux enchères publiques de coupes de bois, à tant la mesure, avec déclaration de contenance, d'après laquelle : "Il était expressément stipulé qu'il n'y aurait aucun recours à exercer contre le vendeur ni contre les adjudicataires pour le surplus ou le manque de mesures qui pourrait exister entre la contenance réelle de chaque coupe et la contenance indiquée dans le cahier des charges. La différence quelle qu'elle fût ferait le profit ou la perte des adjudicataires. A l'arpentage une différence considérable en moins était apparue entre la contenance réelle de la coupe vendue et la contenance énoncée au moment de la mise aux enchères. L'acheteur se refusait à payer la partie du prix correspondant au déficit. Il demandait à ne payer qu'une somme correspondante au nombre d'arbres qui lui avaient été en réalité vendus. Le tribunal de commerce de Chartres, tout en reconnaissant que la clause était formelle, sans ambiguïté et avait été acceptée sans réserve par les adjudicataires, avait fait droit à la demande de l'acheteur, pour la raison qu'il s'agissait ici d'une question de bonne foi et d'équité, et que les acheteurs étaient victimes d'une erreur provenant du fait du vendeur. "Cette clause non garantie, ajoutait le tribunal, est une clause que l'on rencontre dans tous les contrats de vente; elle est devenue banale, on l'insère dans les contrats parce que l'on a l'habitude de l'y insérer". Etant devenue de style, il ne faut pas l'appliquer lorsqu'elle est grossièrement contraire aux faits, comme en l'espèce. Ici encore, la Chambre civile a cassé ce jugement pour la raison que la clause, n'ayant rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, devait être respectée.

Exception
concernant
le mandat
salarié.

A cette règle si strictement observée par la jurisprudence les tribunaux apportent cependant une exception en ce qui concerne le mandat salarié.

Dans cette matière du mandat salarié, les juges se sont toujours arrogés le pouvoir de reviser le salaire convenu entre le mandant et le mandataire quand bien même le mandant a consenti à allouer le salaire sans qu'il y ait eu à son égard aucune manœuvre dolosive, et quand même le mandataire a complètement exécuté son mandat, quand il a fait tout ce qu'il a promis de faire. Si les tribunaux estiment que le salaire stipulé est exorbitant, c'est-à-dire excède notablement la juste rémunération des peines et soins du mandataire, ils n'hésitent pas à le réduire et le ramènent à l'utilité des services rendus et du travail que ces services ont coûté au mandataire. Il faut ajouter que c'est surtout quand il s'agit d'agents d'affaires que l'on trouve des décisions de ce genre émanées soit des tribunaux de commerce, soit des tribunaux civils. Cette jurisprudence remonte au début du XIX^{ème} siècle; je crois bien que le premier arrêt de cassation qui l'a inaugurée est un arrêt du 11 mars 1824, Sirey chronologique. Quelques cours d'appel ont résisté, et ont soutenu que les tribunaux n'avaient pas le droit de modifier le salaire librement fixé par les parties, mais la Cour de cassation, par de nombreux arrêts, a affirmé que les juges ont ici un pouvoir souverain d'appréciation. La doctrine a beaucoup critiqué cette jurisprudence et presque tout entière elle s'est élevée contre cette prétention. Elle est en effet assez difficile à justifier, car elle est contraire au principe que le juge doit respecter le contrat, au principe de l'art. 1134. Pour la justifier les tribunaux invoquent un argument qui n'a pas grande force. Ils font appel à la théorie de la cause. Ils fondent leur argumentation sur ce postulat que le mandat est, dans la conception traditionnelle, dans la conception romaine, et qu'il est resté depuis, un contrat désintéressé, c'est-à-dire un contrat qui ne peut pas être pour le mandataire l'objet d'une spéculation. Sans doute il est permis au mandataire de stipuler un salaire. L'art. 1986 du Code civil l'indique : "Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire". Mais, dit la jurisprudence, ce salaire ne doit être qu'une indemnité, et non pas un bénéfice pour le mandataire. Il doit être proportionné aux services réellement rendus, au travail effectivement effectué. Voici comment les tribunaux font intervenir la théorie de la cause. "La cause réelle de l'obligation du mandant, obligation

de payer le salaire, disent-ils, est postérieure à l'obligation elle-même parce que le mandat est de caractère gratuit par son essence. Le mandataire n'a droit à rémunération que s'il a rendu le service prévu et espéré, et dans la juste mesure de l'utilité de ce service, du travail qu'il lui a coûté. C'est un argument qui n'a pas grande valeur. Cette notion de cause qui paraît après la formation du contrat et se calcule sur la valeur du service rendu est quelque chose de tout à fait singulier. Néanmoins vous trouverez cet argument développé dans un certain nombre de décisions, notamment dans un arrêt de la Cour de Paris du 14 décembre 1910. G.T. 1911 1er sem. p. 140.

Voici la conséquence qu'en tire la jurisprudence. Si le mandant a confirmé le salaire qui lui a été demandé après achèvement de l'opération, son obligation ne peut plus être réduite; du moment qu'il a reconnu que le salaire n'est pas trop élevé et qu'il l'a confirmé, il perd le droit d'en demander la réduction. Mais - la jurisprudence exige une véritable confirmation. Le simple paiement fait de bonne foi par le mandant au mandataire ne vaut pas confirmation. De nombreux arrêts ont déclaré que bien que le paiement ait été fait par le mandant, celui-ci peut en demander la réduction, et ont condamné l'agent d'affaires à restituer une partie des sommes qu'il avait reçues après exécution du mandat. (Req. 8 avril 1872 S. 1872.I.207 et 29 février 1904 D.1904.I.263 S.1907.I.389). En vérité cette jurisprudence trouve sa confirmation dans la vieille idée que le mandat a toujours été considéré comme un contrat gratuit et que le mandataire rend un service tout au plus rémunéré, mais il faut bien reconnaître aussi que cette conception du mandat est contraire aujourd'hui à la réalité des faits et que, surtout quand il s'agit d'agents d'affaires, il n'est pas dans leurs habitudes de rendre des services désintéressés.

Les Codes étrangers sont revenus sur ce point à une conception plus exacte mais dans laquelle il reste encore quelque chose de cette vieille notion du mandat gratuit. Voyez l'art. 655 du Code civil allemand à propos de l'intermédiaire qui indique un contrat à faire, comme l'agent d'affaires qui signale un acheteur à celui qui l'a chargé d'en trouver un : "Lorsque pour avoir indiqué l'occasion de conclure un contrat de service, ou pour avoir négocié un pareil contrat, il a été convenu d'un salaire de courtage incomparablement trop élevé, il peut être

sur requête du débiteur réduit par jugement à la mesure raisonnable". L'article ajoute : "Après l'acquittement du salaire la réduction est exclue". Cet article est donc tout différent de notre jurisprudence actuelle; il n'applique le droit pour le mandant de demander une réduction du salaire stipulé, que quand il s'agit de celui qui a indiqué l'occasion de conclure un contrat de service, ou de l'intermédiaire qui a négocié un pareil contrat. En outre, il interdit toute réclamation après acquittement du salaire.

L'article 417 du Code civil suisse des obligations contient une disposition analogue. "Lorsqu'un salaire excessif a été stipulé pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat de travail ou une vente d'immeuble, (ici la formule est un peu plus large) ou pour avoir négocié un de ces contrats, il peut être, à la demande du débiteur, équitablement réduit par le juge". Il reste donc toujours dans la pensée du législateur cette idée romaine que le mandat est par essence gratuit. Le Code polonais des obligations apporte une solution nouvelle dans l'art. 500 § 1 : "L'exécution du mandat doit être rémunérée". Il abandonne donc franchement la règle ancienne. "L'exécution du mandat doit être rémunérée, à moins qu'il ne résulte du contrat ou des circonstances que le mandataire s'est obligé à exécuter sans rémunération". C'est une conception beaucoup plus conforme à la réalité des faits actuels, que la vieille conception. Le § 2 du même article ajoute : "Lorsque le contrat ne détermine pas le montant de la rémunération elle doit correspondre au travail fourni". L'article 510 toujours à propos du mandat déclare qu'au cas où le mandat est rémunéré la rémunération doit être, à défaut de convention contraire, payée à l'expiration du mandat. Quant au projet de Code franco-italien, il a conservé uniquement la vieille conception du mandat gratuit, dans l'art. 567 qui s'exprime comme suit : "Sauf convention ou disposition contraire, le mandataire n'a droit à aucune rémunération. Si une rémunération a été promise pour la prestation de services, ou l'accomplissement d'une oeuvre, il y a contrat de services ou contrat d'entreprise". Il fait donc du mandat un contrat purement gratuit et décide que quand il y a rémunération, le contrat change de nature et devient un contrat de travail ou un contrat d'entreprise.

Il faut noter d'ailleurs que cette jurisprudence française assez curieuse et assez difficile à justifier ne s'applique qu'au mandat proprement dit, et non pas au contrat d'entreprise, ou locatio operis.

Quand il s'agit d'un contrat d'entreprise, la jurisprudence décide que la rémunération convenue ne peut pas être modifiée. J'ai relevé un arrêt de la Cour de Paris du 25 février 1936 (G.P. 12 mars 1936), rendu à propos de la rémunération due à une entreprise de pompes funèbres, qui avait fait approuver par la famille du défunt le montant du devis des frais. Postérieurement aux obsèques, la famille demandait une diminution de la somme réclamée. La Cour de Paris a déclaré que cette prétention était contraire au contrat, et que le contrat devait être exécuté puisque l'engagement avait été pris sans aucun dol, ni tentative de violence à l'égard du client : "La personne qui s'engage envers une entreprise de funérailles à payer le montant du devis représentant le coût des formalités, fournitures, prestations, taxes et honoraires pour l'exécution d'obsèques, est tenue d'acquitter le prix convenu dès lors qu'il est constant que ladite entreprise a rempli ses engagements, et qu'aucun manquement n'est argué contre elle, la loi d'un contrat dépourvu d'ambiguïté devant être respectée, la personne qui s'est engagée après en avoir pris connaissance ayant eu la possibilité de ne pas le conclure si elle le trouvait trop onéreux. Un tel contrat ne peut être révisé en ce qui concerne le montant des honoraires et la taxe sur le chiffre d'affaires à laquelle le devis s'appliquait d'après ce contrat". Ce contrat est à la fois un contrat de mandat, parce que l'entrepreneur de pompes funèbres se charge de toutes les démarches qu'il y a lieu de faire au moment des obsèques, et en même temps un contrat d'entreprises pour toutes les fournitures faites à l'occasion des obsèques. C'est parce que c'est un contrat mixte et en partie un contrat d'entreprise que la jurisprudence refuse ici de prononcer la réduction du salaire.

Il en est de même pour ces contrats qu'on appelle des contrats de recherches généalogiques. Il existe un certain nombre d'agences spécialisées dans les recherches des successions qui s'ouvrent et qui font connaître aux héritiers qui l'ignorent, l'ouverture de ces successions. En général la société traite avec les héritiers et leur demande de lui céder la moitié de la succession, moyennant quoi elle se charge de toutes les démarches et des frais. Il s'agit là d'un contrat d'entreprise. La jurisprudence rejette les réclamations des héritiers qui, ayant recueilli la succession, refusent de payer la totalité de la commission stipulée. Elle ne fait droit à ces réclamations que lorsqu'il s'agit non plus de succession

qui aurait été si facile à connaître que les intéressés n'auraient pas manqué d'être mis eux-mêmes au courant au bout de quelque temps. Toutes les fois par conséquent qu'il y a eu de la part du généalogiste recherche et découverte d'une succession le courtage stipulé doit être payé. Ces entreprises de généalogie sont remarquablement outillées. Elles ont un grand nombre des fiches concernant les familles; elles sont en contact avec toutes les mairies, toutes les communes de France; elles connaissent toutes les ouvertures de succession et sont en mesure d'arriver à rétablir la généalogie du défunt, alors que les héritiers l'ignorent complètement.

Section II

Comparaison de la loi et du contrat.

Le rapprochement que l'art. 1134 fait entre la loi et le contrat demande à être précisé. Entre ces deux notions il y a des ressemblances certaines, mais il y a aussi des différences qui doivent être notées. Voyons d'abord les ressemblances :

Ressemblance
entre la loi
et le contrat
quant à leur
force obliga-
toire et leur
interprétation
d'après la
volonté des
parties ou du
législateur.

1° - Le contrat a pour les contractants une force obligatoire, analogue à celle de la loi. Le contrat est une loi spéciale que les contractants se sont faite. Ceci est particulièrement frappant quand on considère les contrats qui réunissent un grand nombre d'individus comme les sociétés, les associations. Les statuts de l'association ont bien le caractère d'une loi privée, qui va régir les rapports de tous les individus pendant toute la durée de la société ou de l'association. Si un conflit s'élève dans les rapports du groupe et de l'un des adhérents, c'est au tribunal qu'il faudra recourir pour savoir si cette loi privée a été bien respectée, pour déterminer quels sont les pouvoirs du groupe et quels sont les droits de l'individu. Certains auteurs refusent même de voir dans ces groupements des contrats et les considèrent comme ayant un caractère institutionnel.

2° - Le contrat est l'émanation de la volonté des contractants. La loi est l'émanation de la volonté du législateur. Pour interpréter le contrat, les juges s'inspirent de la volonté des contractants. Pour interpréter la loi, ils s'inspirent de la volonté du législateur. Sans doute, aujourd'hui, une école qui soutient que la loi doit être interprétée en faisant abstraction de la volonté du législateur, mais elle n'a pas jusqu'ici

réussi à imposer son opinion, qui est dans une large mesure contraire à la réalité. La preuve qu'elle ne l'impose pas, c'est que les magistrats appelés à interpréter la loi recourent immédiatement aux travaux préparatoires pour rechercher ce qu'ont voulu les auteurs de la loi, recours aux travaux préparatoires qui, pour ma part, n'est pas souhaitable. Je considère que c'est une habitude, une procédure mauvaise qui ne donne aucun résultat certain (Cf. étude de M. Capitant dans Recueil en l'honneur du doyen Geny, t.2, pp. 204 et ss.). Il est vrai aussi qu'à mesure que les lois vieillissent les tribunaux s'inquiètent moins de la volonté de ses rédacteurs. Or nous en avons un exemple frappant dans la façon dont notre jurisprudence interprète aujourd'hui l'art. 1384, al. 1, dont elle a fait sortir la responsabilité du fait des choses. Mais il n'en reste pas moins que le juge recherche la volonté du législateur comme il recherche la volonté des contractants.

Voilà donc des ressemblances entre la loi et le contrat.

Différences
entre la loi
et le contrat.

D'autre part, entre les deux notions il y a des différences sensibles qui méritent d'être bien notées.

1° - Les juges peuvent contrôler le contrat pour vérifier s'il a été légalement formé. En effet, les conventions n'ont force de loi que si elles ont été légalement contractées, nous dit l'art. 1134. Les juges au contraire ne peuvent pas contrôler les prescriptions de la loi et rechercher si elles sont ou non conformes à la constitution. C'est du moins une question discutée par les publicistes.

2° - Il y a une seconde différence quant au mode de preuve.

3° - Il y en a également une en ce qui concerne l'interprétation du contrat et celle de la loi.

4° - Enfin une quatrième est relative aux effets d'une loi nouvelle sur les contrats passés avant sa promulgation ou sur la loi antérieure.

Le contrôle
du juge sur
le contrat
mais non sur
la loi; les
juges peuvent-
ils apprécier
la constitu-
tionnalité
d'une loi ?

Première différence : Les juges peuvent contrôler le contrat pour vérifier s'il a été légalement formé. Les juges n'ont pas à contrôler la loi. Du moment qu'elle a été promulguée, ils n'ont qu'à l'appliquer. Ils n'ont pas le droit de rechercher si elle est contraire à la constitution. Cette proposition est cependant très discutée entre les publicistes. Le pouvoir judiciaire a-t-il le droit de vérifier si une loi est contraire aux règles constitutionnelles ?

Pendant longtemps la négative a été admise sans contestation, unanimement. Aujourd'hui, il y a un très fort courant en sens contraire : Duguit, le doyen Berthélemy, Hauriou, Mestre, Rolland se prononcent pour l'affirmative et prétendent que les tribunaux ont le droit de refuser d'appliquer une loi comme étant contraire aux principes de la constitution. D'autres publicistes restent fidèles à la théorie classique, parmi lesquels Joseph Barthélemy, qui cite les textes qui, d'après lui, s'opposent à ce que les magistrats puissent discuter la constitutionnalité des lois. C'est d'abord la loi de 1790 sur l'organisation de la magistrature, où il est dit : "Les tribunaux ne pourront ni directement, ni indirectement prendre part à l'exercice du pouvoir législatif ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois".

C'est ensuite la constitution du 3 septembre 1791 qui reproduit dans des termes un peu différents la même interdiction : "Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois". Il est vrai que les adversaires contestent la portée de ces textes, qui, d'après eux, signifient simplement que les Cours d'appel ne peuvent plus rendre d'arrêts de règlement, c'est-à-dire d'arrêts par lesquels, comme le faisaient nos anciens Parlements, elles décideraient comment à l'avenir elles interpréteraient tel texte de loi. (Voir art. 5 du Code civil). Mais la véritable raison que donne Joseph Barthélemy et qui me paraît très sérieuse, est que jamais les tribunaux français ne se sont arrogés ce pouvoir. "Les arrêts refusant aux juges le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, forment, dit-il, une chaîne sans rupture".

2°) Différence quant à la preuve.

Inapplication à l'interprétation de la loi; du principe de la mentalité du juge.

2° - Une seconde différence entre la loi et le contrat est relative à la preuve.

Les faits matériels ou les actes juridiques invoqués par les parties du procès doivent être prouvés par elles. Au contraire, elles n'ont pas besoin de prouver la loi applicable au litige, les textes qui régissent leurs rapports de droit. C'est le sens de la vieille formule : Avocat, passez aux faits, la Cour sait le droit. Avocat passez au fait, prouvez les circonstances que vous invoquez, les faits, le contrat sur lequel vous vous fondez. La Cour sait le droit, elle sait quelle règle de droit elle doit appliquer. C'est ce qui peut expliquer que les avocats plaident en fait. C'est, chez eux une vieille tradition. Nous leur reprochons souvent d'esquiver la question de droit ils pourraient répondre que la

Cour le leur demande elle-même. Aubry et Rau, tome 12, p. 65, nous disent : "De sa nature la preuve judiciaire n'a pour objet que la constatation de faits susceptibles d'être déniés". Les règles de droit ne sauraient en général faire la matière d'une preuve proprement dite, ce qui n'empêche pas qu'en pratique devant le tribunal, les avocats doivent plaider le droit, c'est-à-dire mettre les magistrats au courant des règles de la loi qui peuvent s'appliquer au litige; mais quand ils veulent prouver le droit, ceux d'entre eux qui abordent la question de droit peuvent alors prouver la loi par tous les moyens. Ils sont libres d'invoquer toute espèce d'argument, d'autorités, de décisions judiciaires, tandis que la preuve des actes juridiques et même celle des faits juridiques n'est pas libre. Les parties doivent prouver les faits ou les actes juridiques qu'elles invoquent conformément aux règles du droit de la preuve, c'est-à-dire aux règles des art. 1315 et ss. du Code civil et conformément aux dispositions du Code de procédure civile (art. 193 et ss. car la preuve dans notre droit n'est pas libre; la loi énumère et réglemente les preuves admises en justice. D'autre part, le juge devant lequel se déroule le débat ne peut faire sa conviction que d'après les preuves que lui soumettent les parties. Il ne peut pas appuyer sa décision sur des faits dont il aurait personnellement connaissance et que les parties n'invoquent pas devant lui. Il ne doit s'attacher qu'aux faits invoqués, prouvés, par les parties en cause. Un vieil adage dit : *Judex secundum allegata et probata judicare debet*. Ce qui revient à dire que les parties sont maîtresses du procès. C'est le principe de la neutralité des juges. Et même il y a certains modes de preuve qui lient le juge. Il en est d'autres, il est vrai, qui lui laissent sa pleine liberté d'appréciation. Il y a des preuves qui lient le juge : les écrits, l'aveu, la délation de serment ont force probante; et le juge est obligé de s'incliner devant l'écrit, l'aveu, la délation de serment, alors même qu'il saurait que celui qui jure est un parjure. Il est lié par ces preuves. Pour d'autres, au contraire, il garde sa conviction, il la forme comme il veut. Par exemple la preuve par témoins, la preuve par les présomptions de fait, lui laissent sa liberté de décision.

Mais reste toujours la différence essentielle. Pour ce qui concerne la loi, les parties n'ont pas à la prouver et les preuves qu'apportent les parties ne lient pas le juge. Le juge apprécie la loi comme il l'entend. Le principe de la neutralité des juges

ne s'applique plus quand il s'agit de l'interprétation de la loi. Il y a donc là une différence intéressante entre la preuve des actes et des faits juridiques et la preuve de la loi.

3°) Différence quant à l'interprétation de la loi et du contrat.

3° - L'interprétation des contrats et l'interprétation des lois. Il y a lieu d'interpréter les lois lorsqu'un litige s'élève au sujet de la signification de leurs termes. Les tribunaux n'ont mission de faire cette interprétation que quand il y a litige. Les particuliers ne peuvent pas, en dehors d'un procès qui les divise, s'adresser à un tribunal pour lui demander : Comment interpréteriez-vous cette loi dont les termes nous paraissent obscurs ? Ou bien : Comment interpréteriez-vous ce contrat si un conflit surgissait entre nous ?

Ces actions dites préparatoires ou déclaratoires n'existent pas en droit français. En particulier on ne peut pas demander à l'avance au juge d'interpréter un contrat. C'est une règle qui est admise par une jurisprudence constante. Voyez notamment un arrêt de la Cour de Douai du 25 novembre 1868 D.1869.2.39 : "Considérant que l'action judiciaire n'est recevable qu'à la condition d'être basée sur un intérêt né et actuel et que les tribunaux ne sauraient avoir pour mission de se livrer à l'interprétation des conventions dont personne ne se plaint et de prononcer des décisions dépourvues de sanctions..."

Cas dans lesquels il y a lieu à interprétation de la loi ou d'un contrat.

Quand y a-t-il lieu, d'autre part, à interprétation du contrat ou de la loi à l'occasion d'un procès ? lorsque les termes employés, soit par les parties soit par le législateur, sont ambigus et susceptibles de plusieurs significations. Lorsqu'ils sont clairs, précis, non douteux, il n'y a pas lieu à interprétation, pas plus à interprétation du contrat qu'à interprétation de la loi. Lorsque le juge est en présence d'une clause du contrat dont le sens n'est pas douteux, il doit l'appliquer et il n'a pas le droit d'en modifier les termes. C'est seulement si la clause du contrat est obscure, susceptible de plusieurs significations qu'il cherchera à en dégager le sens. Il s'inspirera à cet effet des conseils qui lui sont donnés par le Code civil dans les art. 1156 à 1164 dans une section qui a pour rubrique : De l'interprétation des conventions. Ces articles 1156 à 1164 ne sont pas en effet de véritables textes de loi; ce sont simplement des "directives", des conseils donnés au juge pour l'interprétation, mais auxquels il n'est pas tenu de se conformer. Leur non observation ne peut pas donner lieu à la cassation. Voyez du reste comment s'exprime le premier de ces

textes : "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens commun des textes". (Sur cette question, cf. Gauguier, Thèse Paris, 1898 : "L'interprétation des actes juridiques").

Il y a un rapprochement entre l'interprétation des conventions et l'interprétation des lois en ce que le juge, lui aussi, ne doit interpréter la loi qu'autant que son sens est douteux. Quand les termes de la loi sont clairs, quand leur signification ne donne pas lieu à difficulté, le juge doit les appliquer; et quand même le législateur aurait dit le contraire dans les travaux préparatoires, quand même dans ceux-ci il aurait affirmé une règle opposée, le juge doit appliquer la loi; il ne doit pas se reporter aux opinions exprimées dans les travaux préparatoires. Il n'a le droit de faire état des travaux préparatoires qu'autant que les termes employés par le législateur sont ambigus, équivoques ou qu'il y a une contradiction entre deux passages de la loi. Il faut alors chercher dans les travaux préparatoires une explication, une lumière, qu'on n'y trouve du reste jamais, mais ce n'en est pas moins chez nous une tradition trop bien établie pour qu'on espère triompher quand on la conteste.

Différence
entre l'inter-
prétation de
la loi et cel-
le du contrat
en ce qui con-
cerne le con-
trôle de la
Cour de
cassation.

Ceci dit j'arrive à ce qui est la vraie diffé-
rence entre l'interprétation des conventions et celle
des lois. Elle concerne les pouvoirs des juges du
fond. L'interprétation donnée par les juges du fond
à un contrat peut-elle être réformée par la Cour de
cassation ? En principe non, tandis que l'interpréta-
tion par les juges d'une disposition de la loi tombe
toujours sous le contrôle de la Cour suprême. Le rôle
de la Cour de cassation se trouve chez nous précisé
dans l'art. 7 de la loi du 20 Avril 1810 dont voici
les termes : "La justice est rendue souverainement
par les Cours d'appel. Leurs arrêts, quand ils sont
revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne
peuvent être cassés que pour une contravention ex-
presse à la loi".

Donc le rôle de la Cour de cassation est de sur-
veiller, de contrôler l'application de la loi et
de réformer les décisions des tribunaux qui l'ont mal
interprétée. C'est elle qui est chargée de maintenir
en France l'interprétation exacte de la loi. Certes,
remarquons-le bien, son interprétation n'a rien d'of-
ficiel; elle ne s'impose pas aux juges. Ceux-ci en
principe sont donc libres d'interpréter la loi autre-
ment que la Cour de cassation, mais ils s'exposent
à voir leurs décisions cassées. Il n'y a qu'un cas

où les juges du fond sont obligés de s'incliner et d'accepter l'interprétation donnée par la Cour de cassation, c'est lorsque la Cour de cassation ayant cassé une première décision, le tribunal, devant lequel elle renvoie l'affaire, juge de nouveau comme le premier et qu'un second pourvoi étant formé contre cette seconde décision, la Cour de cassation statue alors toutes Chambres réunies. Le tribunal ou la Cour d'appel, devant lequel elle renvoie l'affaire, est obligé cette fois d'accepter l'interprétation donnée par la Cour de cassation. La Cour de cassation elle-même n'est pas liée par l'interprétation de la loi qu'elle a donnée dans une affaire déterminée; elle peut postérieurement changer sa jurisprudence, ce qui, au surplus, est rare. Malgré que l'interprétation de la loi par la Cour de cassation n'ait rien d'officiel, elle suffit néanmoins pour maintenir en France l'unité de jurisprudence, et lorsque la Cour de cassation a statué sur une question controversée, les tribunaux ne manquent pas ordinairement de se conformer à son avis.

Limitation du contrôle de la C. cas. à la loi écrite à l'exclusion des usages et des lois étrangères.

Ce contrôle de la Cour de cassation concerne la loi, mais que faut-il entendre par ce mot ? Ne vise-t-il que la loi écrite, ou bien vise-t-il aussi les usages et l'interprétation des lois étrangères ? Sur ces points la jurisprudence est bien fixée. Le droit de contrôle de la Cour de cassation ne s'exerce que sur la loi écrite. La Cour de cassation ne contrôle pas l'interprétation des usages pas plus que l'interprétation des lois étrangères par les tribunaux.

Pouvoir souverain du juge du fond dans l'interprétation de l'usage sauf si celui-ci a été contesté dans la loi.

L'usage est une règle née de la pratique des intéressés, comme les usages en matière de louage, en matière de contrat de travail. Les tribunaux sont juges souverains de la constatation des usages. Ce sont eux qui décident si tel usage invoqué devant eux existe ou n'existe pas. De même, ce sont eux qui décident souverainement de la question de savoir comment les usages doivent être interprétés. A titre d'exemple citons un arrêt de la Chambre civile du 13 Avril 1927 S.1927.I.285. Un ténor célèbre, Muratore, avait reçu d'un impresario le montant en francs français de ses cachets pour six représentations à Buenos-Ayres, soit 72.000 francs. Il avait touché à Buenos-Ayres pour les mêmes représentations 60.000 pesos or qui représentaient beaucoup plus que les 72.000 frs. dépréciés. L'impresario avait d'abord demandé et obtenu la restitution de 72.000 frs. mais il réclamait

en outre 60.000 pesos or parce que, prétendait-il, il devait en tout et pour tout 72.000 francs français. Or, d'après l'usage en matière d'engagement théâtral, l'artiste a droit au paiement dans la monnaie du pays; et tribunal avait décidé que conformément à cet usage Muratore avait droit à être payé en pesos or. L'imprésario ayant formé un pourvoi devant la Cour de cassation, celle-ci a rejeté le pourvoi pour cette raison que cette constatation échappait à son contrôle. (cf. également C. Req. 16 novembre 1925 D.H. 1926. p. 22) : l'interprétation des usages locaux rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fond. Spécialement ils peuvent décider par interprétation des usages de la commune que la taxe de balayage est la charge exclusive des locataires du rez-de-chaussée des maisons riveraines de la voie publique.

Pour que l'usage tombe sous le contrôle de la Cour de cassation il faut qu'il ait été constaté par la loi, parce qu'il devient alors élément de la loi écrite. Par exemple, il en est ainsi pour les usages commerciaux qui ont été constatés en matière de vente par la loi du 13 juin 1866.

Pourquoi la jurisprudence fait-elle cette distinction entre l'usage qui, après tout, n'est qu'une forme coutumière de la loi, et la loi écrite ? Parce que, dit-on, l'usage n'émane pas du pouvoir législatif et que la Cour de cassation a uniquement pour mission de contrôler les actes émanés du pouvoir législatif. De plus, l'usage est variable suivant les régions, suivant les professions. Pour en contrôler l'existence et la portée, il faut disposer de modes d'investigation que ne possède pas la Cour suprême. La Cour de cassation statue exclusivement sur les décisions qui lui sont déférées. Elle interprète les textes de lois et recherche si les juges du fond les ont bien interprétés, appliqués. Comment pourrait-elle dire si, dans telle région, dans telle profession, il existe un usage déterminé et quel en est le sens. Elle n'a pas les moyens de contrôle nécessaires. Ce n'est pas seulement devant les usages que s'arrête le contrôle de la Cour de cassation; il s'arrête également devant l'interprétation donnée par les juges à une disposition d'une loi étrangère.

Ici il faut bien préciser la question. La Cour de cassation exerce sa censure sur le point de savoir si une loi étrangère doit être ou non appliquée sur le territoire français. L'application en France de la loi étrangère rentre dans son pouvoir de contrôle. Mais, cette question étant examinée, l'interprétation que les juges donnent de la loi étrangère

Refus par la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur l'interprétation d'une

loi étrangère.

ne tombe pas sous l'appréciation de la Cour de cassation. Il y a aussi ici de nombreux arrêts, notamment un arrêt de la Chambre civile du 10 février 1920, S.1921.I.31; un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 janvier 1933, Gaz.P., 17 mars 1933.

La Cour de cassation dit que l'interprétation de la loi étrangère est une question de fait, non de droit; ce qui paraît d'abord inexact, puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation de la loi. C'est pourquoi sa doctrine est critiquée. Les auteurs prétendent que la Cour rétrécit à l'exès sa mission et qu'elle devrait réprimer les atteintes à la loi étrangère comme les atteintes à la loi française, les mauvaises interprétations de l'une comme de l'autre.

En réalité son attitude s'explique pour une raison de fait, ou si l'on veut, par son organisation. De même qu'elle ne peut pas décider si un usage existe et quel en est la signification, de même la procédure de la Cour suprême ne lui permet pas d'apprécier la façon dont la loi étrangère a été interprétée. Elle ne peut pas ordonner d'enquêtes, exiger la production de nouveaux documents quant aux opinions des jurisconsultes, ou quant à l'état de la jurisprudence étrangère. Elle ne statue que sur les éléments retenus par les juges du fond. C'est précisément à cause de cela que son rôle se trouve limité à l'interprétation de la loi française. Voilà pour l'interprétation de la loi.

Application
souveraine
des clauses
d'un contrat
par les juges
du fond.

En ce qui concerne l'interprétation des contrats, d'après une jurisprudence qui remonte presque au début du XIXème siècle décide qu'appartient souverainement aux juges du fond d'interpréter les clauses litigieuses des contrats. L'arrêt de cassation qui a inauguré cette jurisprudence est un arrêt des Chambres réunies du 2 février 1808. Avant cette date, c'est-à-dire dans les premières années de son institution, le tribunal de cassation assimilait les contrats à la loi et décidait en conséquence que les questions d'interprétation d'un contrat pouvaient lui être déférées. Mais elle a abandonné ce système par l'arrêt des Chambres réunies de 1808 rapporté au Sirey chronologique. Il s'agissait d'un acte de société qui avait été passé à Gand, le 24 octobre 1800, entre un nommé Vancaneghem et un nommé Moeke pour l'établissement d'une maison de commerce à Londres sous la raison sociale Charles Moeke et Cie. La maison avait fait faillite. Les créanciers exerçaient leur recours contre Vancaneghem en sa qualité d'associé. Ce dernier soutenait qu'il était simple-

ment commanditaire et qu'il ne pouvait pas être tenu au delà du capital qu'il avait apporté dans l'affaire. Pourtant le contrat de société l'autorisait à gérer. Or, disaient les créanciers, un associé qui a le droit de gérer ne peut pas être un simple commanditaire; c'est la règle essentielle qui distingue le commanditaire de l'associé ordinaire. Au surplus, l'acte de société ne disait pas qu'il y eût eu société en commandite. D'autre part Vancaeneghem soutenait que sa mise de fonds, ayant été fixée à une somme de 4.000 florins, cette limitation prouvait qu'il n'avait entendu s'engager que jusqu'à concurrence de cette commandite. La Cour de Bruxelles, devant laquelle ce procès fut porté, décida qu'il y avait commandite. Cet acte fut déféré à la Cour de cassation; celle-ci, le 28 mai 1806, casse l'arrêt de Bruxelles et renvoie à la Cour de Douai, qui, le 12 mai 1807, se prononce dans le même sens que la première Cour et déclare que le contrat constitue une simple commandite. Nouveau pourvoi formé comme le premier, pour violation du contrat en vertu de l'art. 1134 du Code civil : Les conventions sont la loi des parties. Les défendeurs au pourvoi, c'est-à-dire les créanciers, argumentaient d'une loi nouvelle du 16 septembre 1807, qui déclarait qu'il y avait lieu à interprétation de la loi par le pouvoir législatif lorsque la Cour de cassation annulait deux arrêts ou jugements rendus dans la même affaire. Or, disaient les défendeurs au pourvoi, cette loi de 1807 démontrait qu'il y avait lieu à interprétation de la loi et non pas à interprétation du contrat. Car ce qu'elle renvoie au pouvoir législatif, c'est la loi elle-même sur le sens de laquelle il y a contestation; on ne renvoie pas devant lui un contrat sur l'interprétation duquel on n'est pas d'accord. D'où, concluaient-ils, il n'y a lieu à ouverture de cassation que s'il y a violation de la loi; mais non s'il y a violation d'un contrat. La loi de 1807 le prouve. Le Procureur général, à la Cour de cassation, était alors le célèbre jurisconsulte Merlin, continuateur du répertoire de Guyot, écrivain qui a non seulement remanié, complété ce répertoire, mais qui en outre a écrit des Questions de droit en plusieurs volumes. La renommée de Merlin, a été, au début du XIX^{ème} siècle, considérable. Ses conclusions sont reproduites en totalité dans son répertoire de droit V^o Société, S : II § 3 art. 3. En voici le résumé :

Le procureur général Merlin n'a pas suivi la thèse invoquée par les défendeurs au pourvoi. Ce n'est pas sur la loi de 1807 qu'il a fondé toute son

Triple aspect
que peut
revêtir la

violation
d'un contrat
d'après le
procureur
général Merlin.

argumentation. Il s'est borné à discuter la question de savoir si la fausse interprétation d'un contrat peut entraîner la cassation de la décision qui l'a mal interprété. Or, a-t-il dit, -et les règles sont restées les principes directeurs énoncés par lui de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis cette date -, il peut y avoir violation d'un contrat de trois façons :

1° - Les juges reconnaissent le contrat réellement existant et lui attribuent son véritable caractère, mais ils dispensent l'une des parties d'exécuter ce à quoi elle s'est obligée. Alors, il y a, dit-il violation de la loi protectrice du contrat et recours à cassation. Il y a vraiment violation de l'art. 1134.

2° - Quelquefois les juges reconnaissent en fait l'existence de toutes les clauses d'un contrat mais à l'ensemble de ces clauses ils donnent une qualification contraire aux définitions de la loi. Au lieu de dire que ce contrat est, par exemple, une vente, ils disent que c'est un louage, un contrat d'entreprise, une société, alors que toutes les clauses sont reconnues par la loi comme étant les clauses d'un contrat de vente. Ici encore il y a violation de la loi qui a défini le contrat, par conséquent recours à cassation.

3° - Mais lorsque l'unique tort des juges consiste ou à avoir défini le contrat contrairement à l'opinion commune, ou à n'avoir pas saisi le véritable sens de ses clauses, cette violation du contrat n'offre pas le caractère d'une violation de la loi. Le contrat a été mal interprété voilà tout. Aucune loi proprement dite n'a été violée. La loi du contrat n'a pas été violée; c'est le contrat lui-même qui a été mal interprété. Il n'y a pas lieu à cassation. Or, disait Merlin, c'est bien le cas dans l'espèce. La Cour de Bruxelles n'a pas dit qu'elle dispensait Vancaneghem d'une obligation préexistante. Elle n'a pas jugé contrairement aux définitions de la loi; elle a faussement interprété la clause du contrat; elle l'a qualifiée contrairement aux principes reçus; sa décision ne peut pas être une violation de la loi, il n'y a pas lieu à pourvoi devant la Cour de cassation. La Cour de cassation se conformant aux conclusions de son procureur général a rendu l'arrêt suivant, toutes Chambres réunies :

"Considérant que la Cour, dont l'arrêt est attaqué, en décidant que la Société contractée le 24 octobre 1800 entre Moocke et Vancaneghem était simplement en commandite, s'est déterminée d'après l'inter-

prétation qu'elle a donnée aux clauses du contrat social et aux lettres et circulaires écrites en exécution de ce contrat; que par cette interprétation qui était dans ses attributions, cette Cour n'a violé aucune loi..."

Depuis cet arrêt de 1808, fort nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation qui ont décidé que l'interprétation des clauses obscurées ou ambiguës d'un contrat ne peut pas donner lieu à un recours en cassation. Parmi les derniers arrêts rendus, citons un arrêt de la Chambre des requêtes du 31 janvier 1933, G.P. 1933.I.747. Il s'agissait de la question d'appréciation de la valeur d'un cheptel remis par un propriétaire à son fermier et de savoir si le fermier pouvait rendre simplement la valeur du cheptel avec énumération descriptive par catégorie de bestiaux, telle qu'elle avait été fixée dans le bail, à 28.000 francs, ou s'il devait restituer le même cheptel dont la valeur, à la fin du bail, représentait 139.800 francs. La Cour d'appel avait décidé que les parties avaient voulu que le fermier fût tenu, lors de sa sortie, à restituer un cheptel de même valeur culturale que celui qu'il avait reçu. La Cour de cassation, sur le pourvoi formé par le fermier a déclaré M. Pilon rapporteur, que la décision rendue rentrait dans les pouvoirs des juges du fond. Un autre arrêt de la Chambre des requêtes du 3 avril 1933 déclare que la question de savoir quels sont les accessoires de la chose vendue et quand la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur relève de l'appréciation des juges du fond.

Contrôle de la C.Cas. en cas de dénaturation par le juge d'une clause claire d'un contrat.

Il y a eu cependant depuis cette date une nouvelle modification dans la doctrine de la Cour de cassation, la Cour de cassation décide, depuis un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 juillet 1876 D.1877.I.176, que si les juges ont dénaturé les termes du contrat, le sens et la portée des clauses d'un contrat, lorsque celles-ci sont claires et précises, leur décision tombe sous le coup du contrôle de la Cour de cassation. "Attendu, dit cet arrêt, que s'il appartient aux juges du fond d'interpréter la convention des parties, ils ne peuvent, sous prétexte d'interprétation, en dénaturer le sens et la portée quand les clauses sont claires et précises, sans que la décision tombe sous la censure de la Cour de cassation." Pourquoi cette réserve ? Parce que lorsque les termes de la convention sont clairs et précis il n'y a pas lieu à interprétation pas plus qu'il n'y a lieu à interprétation de la loi et, dès lors, si les juges n'appliquent pas les termes clairs

et précis, ils violent le contrat. Ils violent la loi du contrat et dès lors leur décision tombe sous le contrôle de la Cour de cassation. Quand peut-on dire qu'il y a dénaturation, c'est-à-dire quand peut-on dire que les termes de la conventions sont clairs et précis ? Quand il y a accord certain, indiscutable entre eux et la volonté qui les a dictés. Je vous en ai donné précédemment des exemples dans le cas où les juges refusent d'appliquer une clause du contrat parce qu'ils la considèrent comme contraire à l'équité.

Applications
du principe
que le juge du
fond est sou-
verain dans
l'interpréta-
tion des clau-
ses d'un con-
trat.

Du principe que les juges du fond interprètent souverainement les clauses des contrats, la Cour de cassation a fait des applications particulièrement topiques. Une des plus connues est relative à la question du remploi sous le régime dotal. Sous le régime dotal les biens dotaux sont inaliénables. (Art. 1554 C.C.). Mais en pratique dans les contrats de mariage qui adoptent le régime dotal, on insère toujours une clause stipulant que la future épouse pourra aliéner ses biens dotaux, meubles ou immeubles, avec l'autorisation de son mari, sous la condition que les capitaux provenant de l'aliénation devront être employés par le mari en valeurs, qui ordinairement sont énumérées dans le contrat, c'est-à-dire en valeurs de père de famille. Les tiers détenteurs de valeurs dotales, par exemple l'agent de change qui est chargé de vendre ces valeurs, ou la compagnie qui a émis les actions ou les obligations appartenant à la femme dotale et doit opérer le transfert sur ses registres, sont tenus de surveiller le remploi, sinon, ils sont responsables envers la femme, au cas où le mari dissipe les deniers provenant de la vente. Ils sont responsables pour la raison que les biens dotaux ne sont aliénables que sous la condition de remploi. Si donc le remploi n'est pas fait, l'aliénation est irrégulière et dès lors elle est tenue pour nulle et non avenue. Tant pis pour les tiers qui n'ont pas surveillé le remploi. En particulier quand il s'agit de titres nominatifs dotaux appartenant à une femme mariée, l'établissement émetteur ne doit procéder au transfert de ces titres sur ses registres, c'est-à-dire transférer les titres au nom de l'acheteur qui les tient de la femme, qu'après s'être assuré que le remploi a bien été effectué. C'est une lourde responsabilité pour les tiers et dans la pratique on la leur évite en ajoutant cette clause dans le contrat : "La remise par les tiers des deniers dotaux ou des titres nominatifs entre les mains de l'agent de change chargé de vendre les titres et d'en acquérir d'autres, vaudra décharge pour les tiers". Par l'effet de cette

clause la responsabilité tout entière va se concentrer sur la tête de l'agent de change ou parfois sur la tête du notaire si on charge le notaire de faire le remploi. Enfin un dernier § ajoute : "Le Trésor, la Ville de Paris et les sociétés n'auront pas à s'immiscer dans ces remplois auxquels ils seront complètement étrangers. Ils ne seront soumis à aucune responsabilité même au cas d'inexécution et ils n'auront par suite aucune justification à demander".

Cette dernière clause dispense-t-elle les administrations et les sociétés de toute surveillance du remploi, ou bien doivent-elles, avant de procéder au transfert sur leurs registres au nom de l'acquéreur des titres appartenant à la femme, remettre les titres dont le transfert est demandé entre les mains même de l'agent de change ? Leur responsabilité ne cesse-t-elle qu'autant que ces administrations ont remis les titres entre les mains de l'agent de change qui est chargé de faire le remploi, ou bien sont-elles débarrassées de toute surveillance ? Il y a eu à ce sujet deux affaires importantes qui sont venues à peu près à la même date devant les tribunaux, une devant la Cour de Toulouse, la seconde devant la Cour de Paris. Il s'agissait d'obligations de la Ville de Paris appartenant à une femme dotale, qui avaient été converties en titres au porteur en vue de leur aliénation, et le Caissier de la Ville de Paris, au lieu de remettre les titres entre les mains de l'agent de change, avait eu confiance dans le notaire des parties, et les avait remis entre ses mains. La Cour de Paris le 30 décembre 1903 (S.1904.2.312) décida que la ville était responsable du défaut de remploi, parce que le receveur avait remis les titres au notaire au lieu de les délivrer à l'agent de change chargé de la vente et que par conséquent sa responsabilité restait entière. Quelque temps après, une affaire analogue se présente devant la Cour de Toulouse, toujours concernant la Ville de Paris. 8 février 1904 (S.1904.2.313). Cet arrêt décide que par l'effet de la clause la Ville de Paris est déchargée de toute surveillance. Un pourvoi ayant été formé contre chacun de ces deux arrêts, la Cour de cassation, le 28 janvier 1907. S.1912.I.22 a refusé de trancher le conflit et déclaré que la Cour de Paris, d'une part, la Cour de Toulouse, d'autre part, en interprétant chacuns à leur façon les clauses des contrats n'avaient pas excédé les pouvoirs d'appréciation qui appartenaient aux juges du fond en ce qui concerne les conventions des parties. Voilà donc une question des plus graves, intéressant au premier chef les

Administrations publiques, et que la Cour de cassation a refusé de trancher pour la raison que cela n'était pas dans ses attributions !

Nous verrons plus loin qu'au cours de ces dernières années, la Cour de cassation a dû abandonner son système dans une affaire de paiement international, emprunt international stipulé en or, qui a fait beaucoup de bruit, l'emprunt de la ville de Tokio.

J'emprunte le second exemple, concernant l'interprétation des juges, à la matière des substitutions prohibées. Pour tourner les substitutions prohibées les notaires proposent à leurs clients le système du double legs conditionnel. Voici deux formules, l'une de substitution prohibée, l'autre de double legs conditionnel.

1° - Je lègue mes biens à Pierre; il sera tenu de les rendre à Paul s'il meurt avant lui. Nous sommes certainement ici en face d'une substitution prohibée, car, dans cette disposition, il y a deux legs successifs; un legs au profit de Pierre; obligation pour Pierre de conserver les biens et de les rendre après sa mort à Paul. On rencontre donc tous les caractères de la substitution prohibée.

2° - Voici maintenant une formule de double legs conditionnel : Je lègue tous mes biens à Pierre, mais, s'il meurt sans laisser d'enfants, il devra les rendre à Paul. Il y a ici double legs conditionnel, parce que le legs fait à Pierre est subordonné à une condition résolutoire et le legs fait à Paul à une condition suspensive, la mort de Pierre sans enfants. Cette seconde façon de tester est-elle valable, ou n'est-elle qu'une façon de tourner la prohibition des substitutions prohibées ? La Cour de cassation, qui avait commencé par assimiler le double legs conditionnel à la substitution prohibée, les distingue aujourd'hui et admet que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation et décident en toute indépendance si les parties ont voulu tourner la prohibition prononcée par la loi ou si, au contraire, elles ont eu l'intention de faire un double legs conditionnel, auquel cas l'opération est déclarée valable. Voyez l'arrêt de la Chambre des requêtes du 10 janvier 1922 S.1922 p. 207 : "Par son testament olographe du 16 octobre 1877, la dame Voelker avait disposé de ses biens dans les termes suivants : Comme héritier universel de toute ma fortune j'institue mon neveu Léon Coume, mais avec la condition résolu-

toire que si celui-ci devait mourir sans héritier légitime, Maurice Mettinger de Strasbourg, fils de ma nièce, devra être l'héritier universel de ma fortune". La Cour de cassation décide : "Attendu que l'arrêt attaqué déclare que par cette disposition la testatrice n'a pas entendu faire une double disposition au profit de deux personnes devant successivement recueillir ses biens, mais qu'elle a voulu faire deux legs conditionnels, l'un au profit de Léon Coume son neveu avec condition résolutoire, pour le cas où il viendrait à décéder sans héritier légitime, l'autre sous condition suspensive au profit de Maurice Mettinger son petit-neveu pour le même cas du décès de Léon Coume sans héritier légitime. Attendu que la disposition litigieuse ne peut être considérée comme une substitution fidéicommissaire prohibée par la loi, que les deux légataires devaient venir à la succession de la dame Voelker non l'un après l'autre, mais l'un à défaut de l'autre; et que les biens devaient être directement recueillis par celui des deux au profit duquel la condition se réaliserait; qu'en conséquence l'arrêt attaqué n'a pas violé l'art. 1896".

Tendance récente de la C. cas. de se départir de sa jurisprudence sur l'interprétation des contrats. L'affaire des obligations Ville de Tokio.

Ce système de la Cour de cassation n'est pas cependant sans subir quelques exceptions. Des arrêts récents concernant l'interprétation de clauses d'emprunts internationaux, relatives au paiement en or, ou en telle monnaie déterminée, ont rejeté ce système et reconnu un droit de contrôle à la Cour de cassation. Ceci est d'autant plus curieux à signaler que la Cour suprême semble s'être déjugée à quelques années de distance. Dans deux arrêts, un du 3 juin 1930 rendu dans l'affaire du Crédit foncier canadien, l'autre du 9 juillet 1930 rendu dans l'affaire du port de Rosario, elle avait consacré son système traditionnel et reconnu que les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation pour interpréter les termes de l'emprunt. Dans l'affaire du Crédit foncier franco-canadien il s'agissait d'un emprunt que le Crédit foncier franco-canadien avait fait à la fois en France et en Suisse et les prospectus répandus dans le public portaient que les coupons et les obligations amorties seraient payables à Paris en francs, à Genève en francs. A la suite de la dépréciation du franc français, les porteurs des obligations de la tranche française émettaient la prétention de se faire payer en Suisse en francs suisses non dévalorisés. Les juges d'appel ont décidé, en interprétant les volontés des parties, c'est-à-dire les prospectus et les mentions portées sur les titres d'obligations, que les parties n'avaient pas entendu se référer à la monnaie

de l'un des pays à l'exclusion de celle de l'autre et qu'en usant du mot francs, elles avaient visé indifféremment les francs français et les francs suisses. La Cour d'appel avait décidé que le Crédit foncier franco-canadien avait par là accordé à ses prêteurs ce qu'on appelle une option de change, c'est-à-dire le droit de se faire payer soit en France, soit en Suisse, option de change qui leur conférait suivant le lieu où ils réclamaient le paiement, le droit d'exiger la somme portée au titre, en francs français ou en francs suisses. L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation a réglé le pourvoi formé par le Crédit foncier franco-canadien pour la raison que cette interprétation donnée par les juges du fond aux termes du contrat n'en dénaturait pas les termes. Il y avait interprétation du contrat, donc pouvoir souverain des juges du fond. Même solution quelque temps après dans l'affaire du port de Rosario, l'arrêt est de la même année, 9 juillet 1930. Tous ces arrêts, ainsi que celui de la Ville de Tokio, se trouvent au Dalloz 1931.I.5 avec une longue note de M. Savatier. Dans l'affaire du port de Rosario il s'agissait d'un emprunt fait en France, entre 1903 et 1911. Le prospectus répandu dans le public avant la souscription offrait 37.000 obligations payables en or, rapportant 25 frs. par an, payables en or. Mais les obligations portaient : obligation de 500 francs payable en francs. Les coupons portaient également la mention : payable en francs. Ici encore la Cour d'appel avait jugé qu'en employant les mots : payable en or, dans le prospectus, l'intention de la société emprunteuse avait été d'assurer le paiement en or des coupons et le remboursement en or des obligations. La Cour de cassation, sur le pourvoi formé par le port de Rosario, a également déclaré qu'il y avait là interprétation souveraine du contrat par les juges du fond.

Quelques années après une troisième affaire est venue devant la Cour de cassation. C'est l'affaire de l'emprunt fait par la Ville de Tokio sur les marchés français, anglais et américains, affaire qui a fait beaucoup de bruit. La Ville de Tokio avait émis un emprunt à 5 % de 9 millions de livres, 3 millions réservés à Londres, 3 millions à New-York et 3 millions à Paris. Cette troisième tranche réservée au marché français était de 100.800.000 francs représentant, suivant mention insérée dans le prospectus et dans la notice, et suivant mention portée sur les titres, 4 millions de livres. On indiquait donc le montant de l'emprunt en francs et on indiquait sa va-

leur en livres. Cette tranche était divisée en "obligations de 500 frs. rapportant un intérêt annuel de 25 francs". Il était spécifié dans le prospectus que l'intérêt annuel de l'emprunt représenterait tant de livres et le bloc de l'intérêt de l'emprunt de la tranche française représenterait tant de livres. La question se posait de savoir si les prêteurs français avaient le droit de demander à être payés de leurs coupons en livres, valeur non dépréciée, et d'être remboursés, pour ceux dont les obligations étaient sorties au remboursement, en livres, ou s'ils devaient se contenter de francs français. La Première Chambre de la Cour de Paris, le 7 mars 1929, avait jugé que les porteurs français n'avaient pas le droit de réclamer des livres, parce que leur paiement avait été stipulé, pour la tranche française, en francs. L'affaire fut portée par d'autres obligataires devant une autre Cour, la Cour de Besançon. Comment purent-ils saisir la Cour de Besançon? C'était parce que les coupons étaient payables soit dans une banque à Paris, soit dans une banque en province. Le 12 décembre 1928, la Cour de Besançon jugea que les obligataires français avaient le droit d'être payés en livres. Ces deux arrêts ont fait l'objet de pourvois. Cette fois, la Cour de cassation, a jugé au fond et se prononçant dans le même sens que la Cour de Besançon a 1° rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de cette dernière cour, 2° cassé l'arrêt de la Cour de Paris, par des arrêts de la Chambre civile du 14 janvier 1931 D.1931.I.5. Comment concilier ces deux derniers arrêts avec les précédents et avec la jurisprudence générale de la Cour de cassation? Cela me paraît impossible. Il y a une contradiction entre ces deux décisions et les arrêts précédemment cités. Le procureur général de la Cour de cassation qui a conclu dans toutes ces affaires, un des magistrats les plus éminents de France, le procureur général Matter, a bien vu la difficulté (voir son rapport au Dalloz p. 22, première colonne). Voici comment il s'est exprimé pour justifier la solution adoptée cette fois par la Cour suprême. "De ce que, dit-il, le juge doit rechercher dans les circonstances de la cause l'intention des parties et les motifs de sa décision, on pourrait conclure que son appréciation à cet égard est souveraine et ne tombe pas sous votre contrôle. Peu importerait qu'à Besançon il eut dit oui, et qu'à Paris il eut dit non. (C'est bien ce qu'avait décidé la Cour de cassation dans cette affaire du régime dotal citée précédemment, elle n'avait pas tranché le conflit qui s'était élevé entre la juris-

dence à Toulouse et à Paris). Il ajoutait "Ce n'est pas possible, ce serait mal raisonner". Et pour le prouver, il a donné trois arguments. Aucun ne me paraît convaincant : La Cour de cassation 1° a le droit de contrôler si les juges du fond ont tiré de l'appréciation des faits des conclusions imposées par la loi. (La loi impose-t-elle donc des règles pour l'interprétation des contrats ? L'interprétation des contrats ne doit-elle pas se faire autrement que d'après la volonté présumée des parties) ? 2° la Cour de cassation casse quand il y a dénaturation d'un sens clair et précis de la convention, quand les juges ont dénaturé le sens clair et précis de la convention. Voici comment il s'exprimait sur ce point : "D'autre part, depuis un arrêt célèbre de la Chambre des requêtes du 11 juillet (1876 D.1877.I.176) vous admettez votre droit et, par conséquent, votre devoir de casser un arrêt qui aurait dénaturé le sens clair et précis d'une convention et vous avez rendu de nombreux arrêts en ce sens, qui tous reproduisent le même motif que celui qui se trouve dans l'arrêt de 1876. "Attendu que s'il appartient aux juges du fond d'interpréter les conventions des parties, ils ne peuvent sous prétexte d'une interprétation en dénaturer le sens et la portée, quand la clause est claire et précise, sans que la décision tombe sous le contrôle de la Cour de cassation". Mais peut-on dire vraiment que la clause était claire et précise alors que la Cour de Paris lui donnait une interprétation, que celle de Besançon donnait l'interprétation contraire, et alors que les mentions portées dans le prospectus et les obligations étaient rédigées comme il a été indiqué ? 3° Enfin le procureur général donnait une troisième raison qui, celle-là, n'est pas une raison de droit. "Il faut, disait-il, trancher la question; personne ne comprendrait que les deux pourvois fussent rejetés". En conséquence, il a proposé à la Cour de cassation de décider que la Cour de Paris avait méconnu les termes clairs et précis des mentions portées dans les actes, et proposait la cassation de l'arrêt. La Cour de cassation a suivi les conclusions de son procureur général et a déclaré que la Cour de Paris avait dénaturé les termes de la convention. En réalité il ne peut s'agir ici, me semble-t-il, de dénaturation et il me paraît impossible de concilier cette décision avec les décisions précédentes. La vérité est qu'il s'agissait d'une affaire à laquelle le public tout entier s'intéressait et qu'à l'époque où l'on était, on admettait difficilement que l'on refusât aux Français le

droit de se faire payer en or lorsque la clause était douteuse. Dans la note qui accompagne l'arrêt, M. Savatier insiste sur cette raison. Il insiste sur l'impossibilité morale qu'il y avait à ne pas trancher le conflit. "L'opinion publique, dit-il, n'eut pas pu comprendre qu'une inégalité existât entre les porteurs français des obligations d'un même emprunt, suivant que leur différend eût été tranché par une Cour ou par l'autre". Pour justifier la décision rendue par la Cour suprême, il invoque la nature très particulière du contrat d'émission des obligations. "Ce contrat, dit-il, est ce que les auteurs du droit public appellent un acte-règle qui participe de la nature d'une loi". Par définition, ce contrat s'impose aux obligataires comme une véritable loi impérative égale pour tous. Il ne s'agit pas d'une convention privée ordinaire, destinée à ne produire d'effets qu'à l'égard d'un nombre restreint de parties. Il s'agit d'une disposition générale produisant des effets nécessairement identiques pour un groupe étendu d'intéressés. Or le rôle de la Cour de cassation la conduit à contrôler l'interprétation de cette loi. L'unité d'interprétation ici est nécessaire et ne peut être assurée que par la Cour suprême.

Mais alors ne vaudrait-il pas mieux s'attaquer à la base du système lui-même et admettre que la Cour de cassation peut contrôler l'interprétation des contrats par les juges du fond au lieu de faire une exception pour certains contrats, pour cette raison qu'ils réunissent un grand nombre d'intéressés ? S'agit-il d'un contrat entre deux particuliers, la Cour de cassation n'aura pas un pouvoir de contrôle. S'agit-il d'un contrat passé entre une Compagnie et des obligataires, c'est-à-dire un grand nombre de prêteurs, la Cour de cassation aurait un pouvoir de contrôle. Ce ne sont pas à mon avis des arguments juridiques suffisants pour justifier la distinction.

Le droit de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des conventions en ce qui touche les droits d'enregistrement.

On rencontre dans la jurisprudence une autre exception au système traditionnel, qui, elle, n'a jamais été discutée, c'est en matière d'enregistrement. En matière fiscale, la Cour de cassation, par une jurisprudence ancienne et constante, se reconnaît le droit de reviser l'interprétation des actes que les juges du fond ont admise. Voyez notamment un arrêt de la Chambre civile du 29 juillet 1890 D.1891.I.54 S.1891.I.183 et un arrêt de la Chambre civile du 4 avril 1933 répertoire Defrénois (30 juillet 1933, N° 23.546).

Dans l'application des lois d'enregistrement la Cour de cassation s'arroge un droit de contrôle

sur le véritable sens des conventions, droit de contrôle qui ne saurait être paralysé par la décision des tribunaux civils. Même elle se reconnaît le droit d'examiner des documents nouveaux, de demander la production de pièces nouvelles. Ce qu'il y a de curieux c'est qu'aucun texte ne justifie cette dérogation. La Cour se contente d'affirmer sans donner de raisons. Elle a dit pourtant, dans certains arrêts, que les juges du fond avaient violé la loi fiscale. Les droits d'enregistrement étant des impôts sur les actes juridiques, l'erreur des juges quant à l'application de l'impôt à un acte déterminé serait une erreur de droit, parce qu'elle se traduit par une fausse application de la loi fiscale. Il y aurait donc en matière fiscale une union tellement intime entre l'acte juridique et l'application de l'impôt que l'interprétation du contrat entraînerait nécessairement interprétation de la loi.

L'argument n'est pas probant car toute interprétation d'un contrat peut conduire à appliquer ou à ne pas appliquer telle disposition de la loi. Exemple le double legs conditionnel. En face de la prohibition des substitutions prohibées, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le droit de dire si les parties ont fait un double legs conditionnel ou une substitution prohibée.

Vraiment, il semble que cette jurisprudence en matière d'enregistrement ne puisse pas s'expliquer ou du moins ne trouve son explication que dans une raison d'ordre historique, à savoir que la Cour de cassation a toujours jugé de cette façon. Une note de M. Troabas au Dalloz (sous un arrêt de la Chambre civile du 25 octobre 1927 D.1929.I.31) donne l'explication suivante : "Le juge fiscal a toujours pour mission de défendre le contribuable contre le fisc, c'est-à-dire d'assurer aux contribuables le respect de la légalité fiscale à laquelle ils ont droit. Or le juge ne peut remplir ce rôle qu'en assujettissant l'administration des finances à un contrôle juridictionnel". Ce sont des expressions un peu différentes de celles des civilistes. Il entend que le juge a le droit d'imposer le contrôle de la Cour de cassation. La magistrature a le droit de soumettre ses décisions au contrôle de la Cour de cassation pour s'assurer que les intérêts du contribuable sont bien défendus contre le fisc. Ce qui peut justifier cette jurisprudence en dehors de son caractère historique c'est qu'en matière fiscale l'appel n'existe pas; il n'y a pas deux degrés de juridictions et le contrôle de la Cour de cassation remplace ce second degré.

Pour en terminer avec cette matière, de l'interprétation, si nous faisons abstraction de ces cas exceptionnels, il faut maintenir que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir d'interpréter les clauses litigieuses des contrats mais se réserve un droit de contrôle pour décider si les juges du fond ont violé l'art. 1134 du Code civil, c'est-à-dire ont dénaturé les clauses claires et précises du contrat. Un rapprochement se fait ainsi nécessairement, involontairement, dans l'esprit entre cette solution et celle que la Cour de cassation applique quand il s'agit d'interpréter un usage ou d'interpréter une loi étrangère, puisque pour l'interprétation des usages et des lois étrangères, la Cour de Cassation reconnaissait aussi le pouvoir souverain des juges du fond.

Explication
de la jurisprudence de la
Cour de cassation, réservant aux juges du fond un pouvoir souverain sur l'interprétation des conventions.

Pourquoi la Cour de cassation réserve-t-elle aux juges du fond le droit d'interpréter les clauses obscures, ambiguës des contrats ?

On a donné une première raison. Pour interpréter des conventions, il faut apprécier les conditions de fait dans lesquelles le contrat a été passé. Or, le statut de la Cour de cassation ne lui permet pas de faire des recherches. Elle juge uniquement sur les pièces produites devant les juges du fond. Mais les pièces produites devant les juges du fond lui permettent de savoir si l'interprétation est correcte ou non. Ainsi quand la Cour de cassation a interprété les actes d'emprunt de la Ville de Tokio, elle a bien dû regarder le fond du procès. Elle a jugé qu'elle avait les éléments suffisants pour apprécier quelle était la véritable interprétation à donner à la clause litigieuse. C'est donc une raison insuffisante.

On peut en donner une autre. La Cour de cassation a pour mission unique d'assurer l'exacte application de la loi, c'est-à-dire de contrôler la façon dont les juges interprètent la loi. Or un contrat n'est pas une loi. Il est bien la loi des parties, mais non pas une loi générale, une loi au vrai sens du mot. C'est un accord entre deux ou plusieurs personnes. La façon dont ce contrat sera interprété n'intéresse pas la collectivité, tandis que l'interprétation de la loi intéresse tous les citoyens. Qu'un tribunal commette une erreur dans l'interprétation d'un contrat, cela ne compromet pas l'ordre social, l'ordre public, tandis que le fait par des tribunaux divers d'interpréter différemment une loi, est de nature à jeter le trouble dans les relations juridiques. C'est pour cela qu'il faut que la Cour de cassation impose une interprétation unique des

textes de loi. Rappelez-vous ce qui s'est passé en matière de conversion de séparation de corps en divorce. D'après l'art. 310 du Code civil (rédaction de la loi du 27 juillet 1884), lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que pour l'adultère de la femme avait duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pouvait demander le divorce au tribunal qui l'admettrait si.... etc. L'époux pouvait demander le divorce au tribunal. Ce texte donnait donc aux tribunaux le droit de décider s'il y avait lieu au bout de trois ans de prononcer ou de ne pas prononcer la conversion de la séparation de corps en divorce. Une divergence de jurisprudence se manifesta entre les tribunaux de France. Certains, favorables au divorce, prononçaient presque toujours la conversion en divorce au bout de trois ans. D'autres la refusaient ou ne l'accordaient que s'il leur paraissait qu'il n'y avait plus aucune chance de réconciliation entre les époux. De telle sorte que les époux séparés de corps, lorsqu'ils voulaient obtenir la conversion, ne manquaient pas de s'adresser aux tribunaux qu'ils savaient favorables à cette conversion. Cette interprétation de l'art. 310 a paru pleine d'inconvénients, de dangers et, pour y mettre fin, le législateur a modifié le texte de l'art. 310. Le nouveau texte (loi du 10 juin 1908) rend obligatoire au bout de trois ans la conversion du jugement de séparation de corps en divorce.

4°) Différence entre la loi et le contrat sur le terrain de la non-rétroactivité des lois.

4° - Un quatrième point relatif à la comparaison de la loi et du contrat, se rapporte à l'application du principe de la non-rétroactivité des lois. On peut formuler ainsi la différence qui sépare en cette matière le contrat de la loi : Le contrat conserve ses effets juridiques même si une loi postérieure vient modifier les dispositions légales en vigueur au moment où il a été conclu. Disons que le contrat conserve, en principe, ses effets juridiques même si une loi postérieure vient modifier les textes en vigueur au moment où il a été conclu, tandis qu'une loi nouvelle abroge de façon définitive la loi ou les lois qui l'ont précédée.

L'art. 2 C.C. et les deux principes qu'il comporte.

Ceci demande des explications et nous conduit à une incursion dans ce domaine si difficile de l'art. 2 du Code civil, qui, par une fâcheuse répartition des matières, se trouve compris dans le cours de l'ère année, et qu'on explique aux étudiants à un moment où ils n'y peuvent rien comprendre, d'autant plus

que c'est une matière sur laquelle l'accord ne s'est jamais fait entre les commentateurs.

Cet art. 2 est rédigé comme suit : "La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a point d'effet rétroactif". Il contient deux règles. Il faut bien le voir si on veut comprendre quelque chose à cette disposition. Première règle : La loi n'a pas d'effet rétroactif. Seconde règle : La loi dispose pour l'avenir. C'est M. Planiol qui, le premier, dans son Traité élémentaire de droit civil a fait cette distinction qui aide à voir clair dans cette matière.

1°) La loi n'a pas d'effet rétroactif. La loi nouvelle ne peut pas modifier une situation juridique valablement acquise sous l'empire de la loi ancienne.

Première proposition : la loi n'a pas d'effet rétroactif. On sait que cette disposition ne s'adresse qu'aux juges, elle ne lie pas le législateur; le législateur est libre de faire des lois rétroactives. Il en fait quelquefois, bien qu'en principe les lois rétroactives soient mauvaises, parce qu'elles troublent profondément les rapports juridiques des individus. On cite comme exemple de loi rétroactive la loi de l'époque intermédiaire sur les successions, de Nivôse an II, qui avait annulé toutes les donations faites depuis 1789 et réglait à nouveau la dévolution des successions ab intestat qui s'étaient ouvertes depuis 1789. Son application causa un tel trouble qu'il fallut la rapporter au bout de quelque temps. Ceci dit, et étant donné que chez nous le principe de la non-rétroactivité ne concerne que l'application de la loi par le juge, quelle en est la raison d'être ? Je viens de la donner en disant que les lois rétroactives sont une cause de perturbation dans les rapports sociaux. Si le juge pouvait appliquer une loi dans le passé, il n'y aurait plus de sécurité pour les particuliers. Un acte antérieurement conclu pourrait être déclaré nul bien qu'il eût été fait conformément à la loi. Une situation juridique valablement formée, valablement acquise, pourrait être annulée et disparaître par une application rétroactive de la loi. Il n'y a donc pas de difficulté sur le principe. Il est bien certain.

En voici des applications qui ne prêtent pas non plus à contestation.

1° - Une loi qui modifie l'ordre légal des successions ne peut pas être appliquée par les juges aux successions ouvertes avant sa promulgation. La loi de budget du 31 décembre 1917 a restreint la liste des collatéraux qui sont appelés à succéder au défunt. Depuis cette loi de 1917, les parents collatéraux au delà du 6ème degré ne succèdent pas. Les juges ne peuvent pas appliquer cette disposition aux successions qui se sont ouvertes avant la promulga-

tion de cette loi. Les collatéraux au delà du 6ème degré qui ont recueilli une succession, même dans les jours précédant immédiatement la loi, ne peuvent pas en être dépouillés par application de la loi nouvelle.

2° - La loi du 31 juin 1907 a permis aux hommes de se marier à partir de 21 ans sans le consentement de leurs père et mère, alors que d'après le Code civil le consentement des père et mère était exigé pour les hommes jusqu'à l'âge de 25 ans. Supposons qu'avant la promulgation de cette loi un garçon âgé de 23 ans se fût marié sans le consentement de ses père et mère, son mariage était entaché de nullité. Les père et mère auraient conservé le droit de le faire annuler même après la promulgation de la loi de 1907.

3° - Une loi du 19 juillet 1928 a modifié l'art. 23 du livre I du Code du travail en ce qui concerne les conditions de la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Cette loi a modifié l'art. 23 du Code du travail; il serait plus exact de dire qu'elle a modifié l'article correspondant du Code civil, l'art. 1780, mais par une erreur du législateur, seul l'art. 23 du Code du travail a été modifié. Cela importe peu au surplus. Le juge ne peut pas appliquer cette loi aux contrats de travail qui ont été résiliés avant sa promulgation, parce qu'on ne peut pas appliquer une loi aux faits qui se sont produits antérieurement à sa promulgation. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Chambre civile du 17 juillet 1930 S. 1930.I.335 dans ses motifs. De même une loi de la même époque, du 16 décembre 1927 a décidé que les conventions passées entre une compagnie d'assurances et ses agents, sans détermination de durée, ce qui est la règle, se trouvent soumises à l'application de l'art. 1780 du Code civil, c'est-à-dire sont soumises aux conditions prescrites pour la résiliation par la volonté d'une des parties, obligation du délai congé et dommages et intérêts pour le cas où il y a eu résiliation abusive. Cette loi ne pourrait pas être appliquée par les juges à des contrats antérieurs passés entre une compagnie d'assurances et ses agents et qui ont été résiliés avant sa promulgation. (Cas. Req. 29 avril 1931 et 29 juillet 1931 G.P. 1931, 2.773).

Il y a à cette règle de la non-application dans le passé des lois nouvelles quelques dérogations. On admet que les lois de compétence judiciaire et de procédure civile s'appliquent aux procès en cours au moment de leur promulgation. On admet aussi que les lois interprétatives s'appliquent dans le passé.

Voir en particulier la loi du 7 novembre 1922 qui a été ajoutée à l'art. 1384, al.1, à propos de la responsabilité de celui qui détient des choses dans lesquelles un incendie prend naissance. Je laisse cela de côté.

2°) La loi nouvelle ne s'applique que pour l'avenir mais régit même les situations juridiques formées avant sa promulgation.

Seconde proposition : La loi nouvelle régit seule l'avenir.

C'est une règle maintes fois énoncée dans les arrêts de la Cour suprême. Voici la formule qu'elle emploie : "Toute loi nouvelle s'applique même aux situations établies et aux rapports juridiques formés avant sa promulgation".

Mais les effets produits par les situations juridiques dans le passé vont-ils continuer à se produire dans l'avenir, conformément à la loi ancienne, ou vont-ils être brusquement modifiés à partir de la promulgation de la loi nouvelle ? Voilà en matière d'interprétation de l'art. 2 la question vraiment délicate et qui a soulevé de très vives discussions. Ce n'est pas, à proprement parler, une question de rétroactivité de la loi mais une question de survie de la loi ancienne. Les effets que la loi ancienne avait produits, peuvent-ils se maintenir encore après la promulgation de la loi nouvelle ? La réponse de principe doit être négative. La loi nouvelle supprime, anéantit la loi ancienne et fait disparaître tous ses effets. Pourquoi ? Parce que, c'est une raison de bon sens, la loi nouvelle est réputée meilleure que la loi ancienne, et parce que l'unité de législation serait compromise si deux régimes législatifs pouvaient être ensemble en vigueur.

Cependant il est admis qu'il y a à cette règle deux dérogations :

1° - Au cas de droits acquis.

2° - En matière de contrats.

Maintien des droits acquis.

Au cas de droits acquis ? La jurisprudence admet en effet que la loi nouvelle ne détruit pas les droits acquis sous l'empire de la loi antérieure. Que faut-il entendre par un droit acquis ? Jamais les tribunaux ne nous l'ont dit, et toute la doctrine critique cette expression comme ne correspondant pas à quelque chose d'objectif et ne constituant pas un critérium de distinction suffisant. Un rapport de M. le Conseiller Pilon à la Chambre des requêtes donne cet essai de définition : le droit acquis est un droit que l'on tient soit de la loi, soit d'un jugement, soit d'un contrat. Laissons ce qui, dans cette formule, concerne le contrat. "C'est un droit que l'on tient de la loi ou d'un jugement". La formule elle-même n'est pas très précise et quand on veut

l'appliquer on est fort embarrassé. Voyez notamment des arrêts de la Chambre des requêtes du 20 février 1917 rendu à propos d'action en recherche de paternité. Il s'agissait dans ces affaires d'actions en recherche de paternité intentées par les représentants d'enfants naturels qui étaient nés avant la promulgation de la loi, c'est-à-dire à une époque où la recherche de la paternité était interdite, mais on se trouvait encore dans les délais prévus par la loi pour intenter l'action, les naissances s'étant produites peu de temps avant le vote de la loi. La question se posait de savoir si une action en recherche de la paternité pouvait être intentée au nom de ces enfants. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative alors que les Cours d'appel avaient jugé en sens contraire, pour cette raison qu'il n'y avait pas pour les pères de ces enfants un droit acquis à ne pas voir établir leur paternité. Cette notion de droit acquis n'est pas fameuse. On pourrait la remplacer par celle-ci : la loi nouvelle doit immédiatement s'appliquer et doit profiter à tous ceux qui remplissent les conditions nécessaires pour pouvoir exercer l'action en recherche de la paternité, parce que la loi ancienne disparaît totalement et que par conséquent elle ne peut plus être invoquée à partir de la promulgation de la loi nouvelle.

Inapplication de la loi nouvelle aux contrats antérieurement passés et en cours d'exécution au moment de la promulgation de la loi nouvelle.

Le principe d'après lequel une loi nouvelle s'applique aux situations établies ou aux rapports juridiques formés avant sa promulgation reçoit exception quand il s'agit de rapports contractuels nés antérieurement à la promulgation de la loi.

On pourra sur cette matière se reporter au livre de M. Roubier, professeur à la Faculté de Lyon, "Les conflits de lois dans le temps" (2 vol. 1933), en particulier au début du tome 2 : De la mesure dans laquelle les lois nouvelles peuvent s'appliquer aux contrats antérieurement passés. Voici la règle que pose Roubier. Le contrat reste régi quant à sa formation, à ses effets et à ses causes d'extinction par la loi en vigueur au moment où il a été conclu. Cela s'applique non seulement aux stipulations expresses insérées dans le contrat, mais aux règles légales applicables à ce contrat, à défaut de dispositions expresses. Les dispositions légales applicables sont donc celles qui étaient en vigueur au moment du contrat, ce qui revient à dire qu'une loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats antérieurement formés. Bien entendu, quand on emploie cette formule, on vise les contrats qui sont en cours au moment où la

loi nouvelle est promulguée c'est-à-dire les contrats dont les effets continuent à lier les parties. On ne fait pas allusion aux contrats antérieurement passés et dont les effets se sont réalisés pleinement, totalement, avant la promulgation de la loi nouvelle. Pour ces derniers, la loi nouvelle ne peut pas s'appliquer pour une bonne raison : c'est que le juge ne doit jamais appliquer une loi nouvelle aux faits passés. Un contrat de travail, par exemple, conclu entre un patron et un ouvrier avant la loi nouvelle et qui aurait supprimé l'obligation du délai-congé, s'il se trouvait résilié au moment de la promulgation de la loi du 19 juillet 1928 qui a déclaré que le délai-congé était une règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent pas déroger, ne pouvait certainement pas être attaqué pour violation de cette loi. Ce contrat a terminé son existence sous l'empire de la loi ancienne. Donc il ne peut être question que des contrats qui sont encore en cours d'exécution au moment où la loi nouvelle est promulguée et qui ont été conclus antérieurement à cette loi. Je viens de donner la formule qu'indique Roubier. Il l'applique 1°) à la formation des contrats, 2°) à leurs effets, 3°) à leurs causes de résolution ou d'extinction.

1) Détermination des conditions de formation du contrat d'après la loi en vigueur au moment de sa conclusion.

1° - A la formation des contrats. Cela veut dire que les conditions de validité d'un contrat sont déterminées par la loi en vigueur au moment de sa conclusion. Une loi nouvelle ne pourrait pas plus annuler un contrat valablement passé sous la loi précédente qu'elle ne pourrait valider un contrat nul à la teneur de cette loi.

Comme application de cette formule, on peut citer des décisions de la Cour de cassation qui sont intervenues à la suite du vote de la loi du 28 mars 1885, qui a reconnu la validité des marchés à terme. Avant cette loi, les marchés à terme étaient considérés par la jurisprudence comme des opérations de jeu. Il en résultait que le client de l'agent de change ou du coulissier qui avait fait des opérations à terme pour son compte, pouvait refuser de payer la différence restant à sa charge, à son débit en invoquant l'art. 1965 du Code civil : "La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu". La législation de 1885 a estimé que cette faculté donnée aux spéculateurs à terme était contraire à la régularité des opérations à terme et qu'elle était une échappatoire dangereuse, favorisant la mauvaise foi des spéculateurs, et qu'il fallait pour la solidité de ces opérations

et pour le crédit même des valeurs sur lesquelles elles se faisaient, décider de supprimer cette exception de jeu et contraindre les spéculateurs malheureux à payer les différences dont ils pouvaient rester tenus envers l'intermédiaire. Mais la question s'est alors posée de savoir si cette loi de 1885 devait s'appliquer aux opérations à terme faites avant sa promulgation et non encore liquidées, et si, pour ces opérations antérieures, le client malheureux avait le droit de se prévaloir encore, conformément à la loi existant au moment où il avait fait le contrat, de l'art. 1965, c'est-à-dire d'opposer l'exception de jeu. Elle a été très discutée et pour la trancher il a fallu des arrêts de la Cour de cassation. Plusieurs arrêts ont été rendus sur la question elle-même. (cf. la note de Labbé qui est très bien faite, au Sirey 1886.2.1 et Cour de cassation, Requêtes, 18 avril 1887 D.1887.I.153. S. 1887.I.157 qui a été suivi d'autres, notamment un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 juillet 1888 D.1889.I.10 S.1891.I.71). La Cour de cassation, se conformant à la règle que je viens d'énoncer, a décidé que la loi nouvelle n'avait pas pu porter atteinte, suivant sa formule "aux droits acquis" par le débiteur d'invoquer l'exception de jeu. En d'autres termes, le débiteur, d'après la Cour de cassation, avait acquis, au moment même où il traitait, le droit d'invoquer l'exception de jeu, parce que cette exception était autorisée par la législation encore en vigueur. Ce droit n'avait pas pu lui être enlevé par la loi de 1885. C'est une question qui a soulevé beaucoup de difficultés et en particulier elle en a soulevé parce que l'on a prétendu et à juste titre à mon avis, que la loi de 1885 est une loi fondée sur des considérations d'ordre public, et malgré cela la Cour de cassation n'a pas hésité à dire qu'elle ne s'appliquait pas aux contrats en cours au moment de sa promulgation. C'est une des applications les plus saillantes de cette jurisprudence.

2°) Application de la loi ancienne aux effets du contrat en cours.

2° - En second lieu, la loi nouvelle ne s'applique pas aux effets des contrats en cours, conclus antérieurement. Les effets des contrats en cours au jour du changement de législation demeurent déterminés par la loi en vigueur au moment où ils ont été formés. Une application en est donnée par un arrêt de la Chambre civile du 7 juin 1901 D.1901.I.105 S.1902.I.513 : dans l'espèce suivante : par une convention passée en 1819 et renouvelée au cours du XIXème siècle, entre la Ville de Paris et les Frères

de la Doctrine chrétienne qui étaient alors les grands éducateurs de l'enfance, la Ville de Paris leur avait concédé la jouissance d'un immeuble situé rue Oudinot. Ce contrat intervenu entre la ville et les Frères de la Doctrine chrétienne déclarait que la jouissance de cet immeuble leur appartiendrait tant que leur établissement subsisterait dans les locaux concédés. Survient en 1886 la loi du 30 octobre sur l'enseignement primaire, qui contient implicitement la défense aux communes de subventionner directement ou indirectement des écoles privées et notamment des écoles congréganistes. A la suite de cette loi, la Ville de Paris demanda la résiliation de la convention et demanda à reprendre l'immeuble dont les Frères de la Doctrine chrétienne avaient la jouissance. Un arrêt de la Cour de Paris du 6 décembre 1889 prononça la résiliation en vertu de la loi de 1886; mais la Cour de cassation a cassé cette décision pour cette raison qu'une loi nouvelle ne peut pas porter atteinte aux conventions conclues par les particuliers. "Les effets d'un contrat sont régis, dit l'arrêt, par la loi en vigueur à l'époque où il était passé, notamment les causes de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne touchant pas aux droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne".

3°) Application de la loi ancienne aux causes de résiliation.

Application de la règle aussi bien aux lois impératives que supplétives.

3° - Enfin, même disposition, même règle pour les causes de résiliation.

Voilà donc la règle admise par la jurisprudence. Cette règle, nous dit M. Roubier, s'applique aussi bien aux lois impératives qu'aux lois supplétives. "Le contrat, dit-il, est le moyen accordé par l'ordre juridique aux particuliers pour diversifier et différencier leur situation juridique. Il sert aux particuliers à orienter leurs prévisions d'une certaine manière et il est dès lors inadmissible qu'une loi nouvelle puisse revenir sur le contrat passé, car elle bouleverserait ainsi des combinaisons contractuelles parfaitement licites. La distinction des combinaisons contractuelles licites et des combinaisons contractuelles illicites ne peut être donnée que par la loi du jour du contrat". Aux décisions de jurisprudence que j'ai citées on peut ajouter un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 novembre 1920 S.1921.I.167, où on lit cet attendu : "Les clauses de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne peuvent affecter les droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne". Dans cette affaire encore la décision est tout à

fait topique. Elle a été rendue à l'occasion de la promulgation d'un décret-loi du 16 janvier 1917, la guerre durait encore, qui fixait le prix maximum de vente de l'orge. C'était une denrée nécessaire pour l'alimentation des troupes et qui, par suite, ne devait pas être vendue trop cher. On s'est demandé s'il fallait appliquer ce décret à un marché à livrer conclu antérieurement au décret et qui fixait un prix supérieur à la taxe établie par le décret de 1917. La Chambre des Requêtes a décidé que le décret ne pouvait pas s'appliquer parce que le contrat restait soumis à l'application de la loi en vigueur au moment où il avait été conclu.

Tendance
actuelle de la
jurisprudence
à écarter la
règle en ce
qui concerne
les lois
supplétives.

Cette jurisprudence jusqu'à ces dernières années a été unanime, mais j'ai l'impression à la lecture des arrêts récents que cette règle n'est plus exacte; les dernières décisions de la Cour de cassation ne s'accordent plus avec la proposition que je viens d'énoncer. Ces décisions sont d'abord un arrêt de la Chambre civile du 22 avril 1929 D.H. 1929 p. 281, rapporté dans les Grands arrêts de la Jurisprudence de M. Capitant, p. 6. Il s'agissait de l'application de la loi du 19 juillet 1928 qui a décidé que, dans les professions où existe le délai-congé, le délai-congé est une règle impérative et que les contractants ne peuvent ni en diminuer la durée, ni le supprimer, ce qui était très fréquent avant la loi. Le délai-congé est donc devenu une règle d'ordre public, une disposition impérative à laquelle on ne peut pas déroger dans le contrat de travail. Dans l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt précité, il s'agissait de savoir si un contrat de travail passé antérieurement à la loi de 1928 et dans lequel il était déclaré que les deux parties renonçaient à invoquer le délai-congé, continuait à s'appliquer, ou si au contraire l'ouvrier pouvait se prévaloir de la disposition de la loi de 1928. Un nommé Jobelot ouvrier de la Société des automobiles Delahaye était entré au service de la société en 1927 en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée. Ce contrat contenait une clause qui fixait un délai-congé inférieur à celui résultant de l'usage local. La loi du 19 juillet survient. L'ouvrier congédié peu après prétendit que cette loi avait annulé la clause de son contrat de travail, relative au délai-congé et qu'il avait droit au délai-congé plus long fixé par l'usage. La Cour de Cassation s'est prononcée en faveur de cette prétention et a décidé que la loi nouvelle, étant d'ordre public, s'appliquait aux contrats en cours, c'est-

à-dire aux contrats conclus antérieurement à sa promulgation. :

" Attendu que si les effets d'un contrat de louage de services à durée indéterminée sont régis, en principe, par la loi en vigueur au moment où il a été passé, cette loi ne confère pas aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclarée illicite; qu'il suit de là qu'en refusant de déclarer caduque la clause d'un contrat individuel de louage de services à durée indéterminée, conclu en 1927, le jugement attaqué a violé le texte ci-dessus. Par ces motifs, casse..." Une autre décision a été rendue dans une espèce analogue par la Chambre des Requêtes, le 15 novembre 1935 G.P. 1936.I.266. L'affaire a été soulevée par l'application de la loi du 16 décembre 1927 qui a établi le statut des agents d'assurances par rapport à leur Compagnie. Cette loi, dans son article unique, décide que le contrat passé entre les Compagnies d'assurances et leurs agents sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties, et que la résiliation par la volonté de l'une des parties peut donner lieu à des dommages-intérêts tout comme le contrat de travail. En d'autres termes, la loi de 1927 a fait bénéficier les agents d'assurances, qui le demandaient du reste depuis longtemps, de l'art. 1780 du Code civil; elle a assimilé les contrats qui unissent les agents d'assurances à leurs compagnies, à un contrat de travail. La question se posait de savoir si les agents d'assurances liés envers leur Compagnie par des contrats en vigueur au moment de la loi nouvelle pouvaient se prévaloir de ses dispositions. Il s'agissait d'un agent qui avait été révoqué par sa Compagnie. Celle-ci lui refusait toute indemnité pour cette raison en invoquant les termes du contrat. L'agent l'assignait en 200.000 francs de dommages-intérêts pour cause de résiliation abusive. Le tribunal et la Cour d'Alger, faisant droit à sa demande, lui avaient alloué une somme de 80.000 francs, par application de la loi de 1927. Sur pourvoi formé par la Compagnie, fondé sur ce moyen que la loi de 1927 ne peut pas s'appliquer à un contrat formé antérieurement à sa promulgation et en cours d'exécution à ce moment, la Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi pour la raison que la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat ne confère pas aux parties un droit définitivement acquis à l'exécution d'une clause que le

législateur a ultérieurement prohibée dans un intérêt d'ordre public. En tant qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, les contrats antérieurement passés lui restent soumis. La loi s'applique aux contrats antérieurement passés qui sont encore en cours au moment où la loi est rendue.

Enfin il faut citer comme exemple de cette nouvelle jurisprudence les décisions qui ont été rendues par la Cour suprême à l'occasion des clauses or qui étaient insérées avant 1914 dans un certain nombre de contrats, et notamment dans des baux. Il y avait avant la guerre de 1914, et cela remonte loin, au souvenir des assignats de la Révolution, des notaires qui avaient conservé l'habitude d'insérer dans certains contrats l'obligation pour le débiteur de payer en or, c'est-à-dire en bonne monnaie et non pas en papier, en billets de banque parce qu'ils prévoyaient qu'un jour ou l'autre la monnaie pourrait se trouver dépréciée. Ces clauses ne servaient à rien, tant que la monnaie de papier avait son équivalent en or et qu'un billet de 100 frs, valait 100 frs, or, mais, au moment de la déclaration de guerre, la loi du 5 août 1914, art. 3, a établi le cours forcé des billets de banque, c'est-à-dire a dispensé la Banque de France de rembourser ses billets en or. La question s'est alors posée devant les tribunaux de savoir si cette loi nouvelle, en établissant le cours forcé, maintenait la validité des clauses de paiement en or, ou si, au contraire, elle la condamnait. C'est une question qui a été très vivement discutée dans la doctrine. La jurisprudence, avec raison à mon avis, et malgré ce qu'ont dit la plupart des auteurs, a décidé que l'art. 3 de la loi de 1914 avait pour conséquence la nullité des clauses insérées dans les contrats antérieurs. Voyez notamment un arrêt publié dans les Grands arrêts de la Jurisprudence, sous le N° 111 p. 241 à propos d'une affaire qui se passait à Alger. Une compagnie anglaise était concessionnaire de terrains qu'on appelle les Voûtes d'Alger, situées sous un grand boulevard qui monte en tournant depuis le port jusqu'à la ville. Dans ces voûtes il y a un certain nombre de magasins. La société anglaise qui en était concessionnaire, parce qu'à l'origine ces travaux ont été faits par un Anglais, les avait loués à un Français, un nommé Pélissier du Besset, pour un prix annuel de loyer payable en livres sterling, 9.400 livres. Le locataire, qui sous-louait lui-même les magasins, avait payé en livres sterling jusqu'à la guerre. Postérieurement à la loi de 1914, il invoqua la jurisprudence et soutint qu'il était doréna-

vant dispensé de payer en livres et était en droit de payer en papier, c'est-à-dire en monnaie dépréciée. La question est venue devant la Cour de cassation et la Chambre civile le 17 mai 1927 (D.1928.I.25 avec les conclusions de l'avocat général Matter, et une note de M. Capitant, S.1927.I.289 avec une note de M. Esmein), a décidé que la clause était frappée de nullité bien que portant ce fût une clause introduite dans un contrat antérieur. Déjà la Cour de cassation avait, à la suite de la guerre de 1870 et de l'établissement à cette époque du cours forcé, rendu un arrêt analogue (Civ. 11 février 1873. S.73.I.97).

Il n'est donc pas douteux que, d'après la jurisprudence récente, les lois d'ordre public s'appliquent aux contrats en cours au moment où ces lois sont promulguées. On peut donc dire qu'une évolution s'est produite dans la jurisprudence au cours de ces dernières années. M. Roubier n'en convient pas. Il cherche à concilier ces dispositions nouvelles avec le principe qu'il a formulé. Il arrive à une distinction subtile et qui me paraît être un peu une distinction faite pour les besoins de la cause, entre ce qu'il appelle la loi contractuelle, le contrat et le statut légal. "Il y a, dit-il, un statut légal des conventions. Supposons qu'une loi modifie l'intérêt légal de l'argent et l'abaisse de 5 % à 4 %. Cette loi s'appliquerait aux contrats en cours comme à toutes les créances en cours, parce qu'elle est relative au statut légal des créances". Qu'une loi nouvelle qui diminue le taux légal de l'intérêt s'applique aux contrats en cours, je le veux bien, mais cela peut se concilier parfaitement avec la volonté des parties. Si les parties ont déclaré que l'intérêt serait fixé au taux légal elles n'ont pas eu en vue le taux légal au jour où la convention a été passée, mais simplement le taux légal, de telle sorte que l'argument invoqué ne signifie pas grand chose, et il me paraît difficile de voir dans une loi qui fixe un taux légal, un statut légal qui s'appliquerait à tous les contrats. M. Roubier applique le même raisonnement aux différentes espèces sur lesquelles la jurisprudence de la Cour de cassation a statué dans ces dernières années. Par exemple, pour lui, l'effet des clauses or ou valeur or s'explique par cette idée que ces clauses étaient frappées d'une sorte d'inefficacité latente qui s'est révélée par l'établissement du cours forcé. Il n'en était pourtant pas question, rien n'empêchait de stipuler en or alors qu'il n'y avait pas le cours forcé des billets de banque. Il y

encore aujourd'hui des gens qui continuent à stipuler en or, cela n'a pas beaucoup d'intérêt et n'en aura pas davantage dans l'avenir parce que si on déprécie de nouveau la monnaie, si le franc doit subir un nouveau retranchement, la jurisprudence continuera à décider que ces clauses stipulant le paiement en or, sont frappées de nullité.

D'autre part, dit M. Roubier, les lois ouvrières qui réglementent la durée et les conditions du travail, doivent être considérées comme relatives à un statut légal, le statut de la profession. Elles s'appliquent aux ouvriers en tant qu'ouvriers et non pas en tant que contractants. Tout de même, on ne peut pas nier que quand un ouvrier passe un contrat de travail avec son patron il agit en tant que contractant. Or, en tant que contractant il a le droit de bénéficier d'une disposition nouvelle d'ordre public promulguée par le législateur. C'est donc bien en tant que contractant qu'il invoque la disposition nouvelle et non pas en tant qu'ouvrier. Cette distinction subtile entre le contrat et le statut légal peut se faire pour le droit de la famille, je le reconnais, en dehors de la matière des contrats, (les lois nouvelles s'appliquent sur le champ aux situations acquises) mais pour le droit du patrimoine elle me paraît être une construction artificielle destinée à expliquer l'effet attaché aux lois d'ordre public. C'est pourquoi mon sentiment est que la différence que l'on a voulu établir à ce sujet en matière d'application des lois nouvelles aux contrats antérieurs, est moins rigoureuse et moins absolue qu'on ne le dit.

Distinction
au point de
vue de leur
application
aux contrats
entre les lois
impératives et
les lois
supplétives.

Il faut, croyons-nous, faire une distinction entre les lois supplétives et les lois impératives. Les lois supplétives, elles, ne s'appliquent pas aux contrats en cours au moment de leur promulgation. Ceci se comprend très bien. Pourquoi le législateur se montrerait-il plus sévère pour les contrats conclus antérieurement que pour les contrats à conclure à l'avenir ? Lorsque le législateur édicte une loi supplétive, les contractants sont libres d'y déroger; ils peuvent ne pas accepter la disposition édictée par le législateur et en établir une autre dans leur contrat. Lorsqu'antérieurement à la promulgation de cette loi les contractants ont inséré dans leur contrat une mesure qui était différente de la règle établie par la loi nouvelle, ils y restent soumis. Supposez, par exemple, qu'une loi nouvelle vienne modifier les conditions de la garantie dans les contrats à titre onéreux. La garantie n'est pas d'ordre

public. Par conséquent cette loi ne s'appliquerait pas aux contrats en cours au moment où elle serait promulguée pour cette raison qu'il s'agit d'une simple disposition supplétive que les parties peuvent laisser de côté.

Mais il n'en est plus de même quand il s'agit d'une loi impérative. Les lois impératives, à mon avis, s'appliquent immédiatement aux contrats en cours au moment de leur promulgation.

Resye à savoir si ce que je viens de dire des lois impératives peut s'appliquer à toutes les lois impératives ou à toutes les lois dites d'ordre public. Cette notion d'ordre public est si fuyante et si difficile à serrer que l'on peut hésiter parce qu'il y a des lois qui sont plus ou moins d'ordre public. Planiol dans son *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, N° 261 bis, nous dit : "Dans certains cas, le législateur peut tolérer qu'un contrat ancien continue à produire ses effets que la loi nouvelle proscribit parce que le maintien partiel et temporaire de la loi ancienne n'est pas dangereux; mais il en est autrement quand la loi nouvelle édicte une disposition impérative qui ne peut pas sans danger comporter la moindre dérogation au régime qu'elle établit ". Je ne crois pas cependant que cette distinction soit exacte. Elle est surtout faite pour concilier les décisions récentes et les décisions anciennes. Que la jurisprudence pendant longtemps ait décidé que les lois impératives ne s'appliquent pas aux contrats en cours au moment où elles sont promulguées c'est certain, mais j'ai l'impression qu'elle a abandonné aujourd'hui ce terrain. Et ceci ne m'étonne pas étant donné que le respect de la volonté des parties a beaucoup faibli depuis un certain temps et que nous ne sommes plus aussi persuadés de la pérennité des principes posés en cette matière par le Code civil.

Je m'arrête en ce qui concerne la seconde partie du Cours. Je n'ai pas malheureusement le temps de traiter la troisième partie que j'ai essayé de construire et qui, à elle seule, aurait pu faire l'objet d'un Cours, mais je voudrais au moins vous en donner une idée et je vous indiquerai quelques propositions et quelques observations sur l'ensemble du plan que j'ai tracé quoique je l'eusse sans doute modifié en cours de route.

TROISIEME PARTIE

L'EVOLUTION DU DROIT
DES CONTRATS DEPUIS LE CODE
CIVIL JUSQU'A L'EPOQUE
ACTUELLE.

Chapitre 1 - Le XIXème siècle.

" 2 - Le XXème siècle.

Chapitre I

LE XIXème SIECLE.

On peut dire que c'est la période de l'hégémonie du principe de l'autonomie de la volonté. C'est une période pendant laquelle on va encore exagérer l'importance et surtout la portée d'application de cette règle.

Section I

L'apport législatif dans la matière des contrats
au cours du XIXème siècle.

Je vise uniquement la théorie générale des contrats et non les lois spéciales qui ont pu régler un point particulier. Je demeure dans la ligne du Cours. Cet apport législatif a été très faible, presque insignifiant. Les lois principales qui ont été promulguées au cours du XIXème siècle sont en nombre si peu important qu'on pourrait presque les négliger.

1° - La loi du 3 juillet 1807 qui a rétabli le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent, libre

depuis la Révolution. Elle a limité le taux de l'intérêt conventionnel à 5 % en matière civile, le taux de l'intérêt commercial à 6 % et rétabli le délit d'usure.

2° - La loi du 12 janvier 1886 qui a supprimé la limitation du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale. Nouvel hommage rendu à l'autonomie de la volonté des contractants.

3° - La loi du 27 décembre 1890 sur la résiliation du contrat de louage de services, art. 1780. Cette loi, bien que spéciale, a eu une telle importance qu'elle mérite d'être notée comme étant le symptôme de l'esprit nouveau qui va s'introduire dans la législation et qu'on a souvent appelé l'esprit social.

A part ces trois lois, que faut-il citer ? Une loi importante qui ne rentre pas tout à fait dans notre matière, la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, qui marque chez nous le début des organisations collectives et le début de ce qu'on appellera le droit corporatif. Voilà tout ce qu'on pourrait citer au cours du XIXème siècle. Le législateur est donc resté très respectueux des principes posés par le Code civil dans la théorie générale des obligations. Il est resté aussi individualiste que l'étaient les rédacteurs du Code civil et il n'a en rien ou presque en rien modifié leur esprit.

Section II

§ 1 - L'esprit de la doctrine

au cours du XIXème siècle.

Cet esprit de la doctrine, au cours du XIXème siècle, je le vois dans l'extension abusive qu'elle a donnée au principe de l'autonomie de la volonté. On en trouve des exemples, d'abord dans le droit privé interne, en second lieu, par l'application au droit international privé de la théorie de l'autonomie de la volonté, dont l'origine remonte, ainsi qu'il a été dit plus haut, à Dumoulin.

§ 2 - Philosophie du droit au XIXème siècle.

On pourrait dire : la pauvre philosophie du droit philosophique spiritualiste, fondée sur l'idée du respect de la volonté, qui a donné très peu de chose, mais qui est intéressante à noter pour voir l'état d'esprit des hommes de cette époque.

Section III

Rôle de la jurisprudence au XIXème siècle.

Elle est très respectueuse comme toujours des principes du droit civil. Elle commencera vers la fin du XIXème siècle à essayer de réagir contre les excès de la liberté des contrats, surtout quand il s'agit de ces contrats nouveaux qui apparaissent alors et qu'on a appelés les contrats d'adhésion.

Section IV

J'aurais étudié, dans cette section, les événements qui ont préparé au cours du XIXème siècle le déclin de l'individualisme et ont modifié la conception dominante et ont par là fait brèche à la théorie de l'autonomie de la volonté.

§ 1 - Le principal de ces événements est la naissance de la grande industrie, et l'apparition de la classe des salariés qui, pendant longtemps, a été une véritable classe de prolétaires, fort malheureux.

§ 2 - L'apparition de nouveaux contrats, que l'on a dénommés contrats d'adhésion en vue de montrer que cette liberté des deux parties ne s'y rencontre pas et qu'elle n'est plus qu'un mythe dans ces contrats. Ces contrats d'adhésion qu'on a donnés comme exemples sont, d'une part, le contrat de travail et le contrat d'assurances qui a pris un tel développement. On pourrait citer encore bien d'autres contrats d'adhésion.

§ 3 - Il faut noter aussi le développement des groupements des individus, qu'il s'agisse des sociétés, en particulier des sociétés commerciales et des associations.

Sous l'influence de ces événements est née une doctrine nouvelle qui a exercé son influence sur le législateur, la doctrine de la socialisation du droit,

si l'on peut dire, car ces mots ne sont pas fameux. Le droit est nécessairement social puisqu'il est fait pour l'homme vivant en société et qu'on ne conçoit pas l'homme ne vivant pas en société. On entend par cette expression le droit conçu du point de vue de la société et non du point de vue de l'individu. On l'oppose à l'individualisme des rédacteurs du Code civil et des hommes du XIXème siècle.

Chapitre II

LE XXème SIECLE.

Le déclin de la doctrine individualiste. La socialisation du droit.

Section I

La doctrine.

Les attaques de la doctrine contre la règle de l'autonomie de la volonté. Certains civilistes et certains publicistes ont violemment attaqué les principes du Code civil depuis le début du XXème siècle.

Section II

Rôle de la jurisprudence des tribunaux.

Il y a des tendances à noter :

1° - Défense par la jurisprudence des principes du respect de la liberté individuelle et du respect du contrat.

2° - Lutte de la jurisprudence contre les clauses léonines insérées dans les contrats d'adhésion. Comme elle a essayé de lutter contre ces clauses.

3° - Son rôle en matière de responsabilité contractuelle et comment elle s'est servie ici de l'idée de présomption de volonté, pour élargir cette responsabilité.

Section III

La législation.

Rôle considérable, écorçant de la législation au XXème siècle dans notre matière. Restriction de plus en plus grande de la liberté des contrats. Dans cette législation si abondante et si touffue, il faut, si l'on veut être juste et voir un peu clair, faire une distinction entre les lois définitives et les lois provisoires provoquées par la guerre et par la crise actuelle.

Première partie : Lois ayant un caractère définitif.

§ 1 - Vue générale de ces lois. Leur caractère impératif.

Ce qu'il y a en effet de frappant quand on compare les lois actuelles aux lois anciennes, c'est que presque toutes les dispositions des lois actuelles sont impératives. Le type de ces lois est la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurances qui dans son art. 2 annonce quels sont les articles de cette loi auxquels il est permis de déroger. C'est là une méthode tout à fait nouvelle, car jusqu'ici les lois réglementant les contrats avaient un caractère supplétif.

§ 2 - Apparition du principe de l'équivalence dans les contrats. Les applications nouvelles de la notion de lésion. La lésion s'est en effet considérablement élargie dans ses applications depuis le Code civil.

§ 3 - Vestiges dans les lois modernes de l'esprit individualiste.

Seconde partie : Les lois provisoires provoquées par la guerre et par ses suites; les atteintes au respect des contrats; l'intervention du législateur dans la réglementation des contrats et dans les contrats passés entre les particuliers. Je vous ai cité l'article de Josserand qui résume les idées de ces lois ; le contrat dirigé. D.H. 1933, chronique p.89. J'ai moi-même publié une chronique en 1934 D.H. p.116 sous ce titre : La violation des contrats.

Cette législation interventionniste n'a pas été spéciale à la France. On la retrouve dans tous les pays. Il n'y a qu'une loi dont nous ayons le fâcheux privilège et qui n'a presque pas eu d'imitation à l'étranger, c'est la loi du 30 juin 1926 sur ce qu'on

appelle d'un mot exagéré : la propriété commerciale.

Section IV - On pourrait l'intituler : les changements dans la vie du droit.

§ 1 - L'apparition de nouveaux contrats : les assurances qui vont se développant tous les jours, la vente à tempérament, le développement des titres au porteur, l'augmentation considérable du nombre des associations et des sociétés qui nous intéressent parce que, dans ces contrats, la majorité lie la minorité.

§ 2 - Le développement du droit corporatif et les contrats que l'on peut appeler les contrats standard ou contrats-types, c'est-à-dire les contrats réglés d'avance et qui sont adoptés par tous ceux qui font un certain genre d'opérations : contrats standard par exemple dans les opérations concernant le commerce des blés, de la soie, du coton. Ces contrats ne sont pas, remarquons-le bien, des contrats d'adhésion. Ce sont des contrats réglementés d'avance d'après les usages bien établis dans la profession. J'aurais enfin signalé en dernier lieu, car c'est un des côtés curieux de notre droit actuel, l'action du droit fiscal sur le régime des contrats et sur leur conclusion.

Section V - L'influence des codes civils promulgués au XXème siècle sur le développement du droit des contrats et en particulier l'influence considérable qu'a exercée le Code civil allemand de 1900. Les études que notre grand Raymond Saleilles a publiées sur les travaux préparatoires du code civil allemand ont eu un grand retentissement. Les deux principales de ces études sont d'abord : un ouvrage sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand. La première édition a été publiée en 1896, la seconde édition en 1901; puis un volume intitulé : De la déclaration de volonté (Paris 1901). Il y expose en quoi le système de la déclaration de volonté diffère du système français qui s'attache à la volonté réelle de l'intéressé et qui cherche derrière la déclaration de volonté quelle a été la véritable intention des contractants. On peut encore citer de Saleilles un article important qu'il a publié dans la Revue trimestrielle de 1907 (pp. 697 et ss.) sur la responsabilité précontractuelle, théorie qui a été construite par Ihering.

Après le Code civil allemand, est venu le Code civil suisse et spécialement le livre 5 qui a une

numérotation spéciale et qui est consacré aux obligations et aux contrats. Enfin le Code polonais des obligations de 1935. Le projet de Code franco-italien mérite aussi d'être signalé.

Section VI - Tendances à l'unification internationale du droit des contrats. Cette unification internationale du droit des contrats se prépare et se trouve déjà faite sur certains points. Tout d'abord elle a été réalisée par les pays scandinaves : Suède, Norvège, Danemark et aujourd'hui Finlande. Ces pays ont presque complètement unifié leur droit civil, si bien que les mêmes lois civiles s'appliquent dans ces quatre pays. C'est là un des exemples les plus intéressants, les plus nouveaux d'une unification partielle. La France et l'Italie ont tenté, de leur côté, d'unifier leur droit des obligations et des contrats, mais le projet préparé n'a pas encore été introduit dans la législation intérieure de ces deux pays.

Il y a, d'autre part, des essais d'unification générale de certaines matières du droit des contrats poursuivis entre tous les Etats. Sur ce point quelques résultats ont déjà été obtenus. Citons un petit livre bien fait et précis de M. Demogue "L'unification internationale du droit" (1927). C'est l'exposé de leçons que Demogue a faites à l'Université de Buenos-Aires.

Divers organismes travaillent aujourd'hui à la préparation de cette unification. Ce sont les suivants : En première ligne : l'International Law association; l'association des juristes internationaux. Cette association a été fondée à Bruxelles en 1873 sur une initiative américaine, et bien qu'internationale et ayant des groupements dans tous les pays, elle est restée de direction anglaise. Il y a des branches nationales en France, en Allemagne, au Japon, aux Etats-Unis, etc... Elle tient des conférences annuelles ou biennuelles. Elle a un programme général d'unification du droit, mais elle s'occupe surtout du droit privé. Les plus beaux résultats qu'elle a obtenus sont ceux qu'elle a réalisés en droit maritime. C'est en droit maritime que le besoin d'unification est le plus pressant, parce qu'on ne peut pas savoir à l'avance, comme le dit Ripert dans son Traité de droit maritime (t. I, p. 90), quelle est la loi qui régira les difficultés nées des opérations maritimes. "L'armateur, le chargeur, l'assureur sont exposés par suite des hasards de la navigation à se voir appliquer une loi étrangère. Les con-

flits deviennent de plus en plus fréquents et pour les supprimer on cherche à unifier les solutions, à adopter des règles uniformes". C'est ainsi que de grandes questions de droit maritime sont aujourd'hui réglées par des dispositions qui s'appliquent dans les divers pays.

Il y a à côté de l'International Law association un autre groupement qui s'occupe de l'unification du droit maritime : c'est le Comité maritime international qui a été créé à Anvers en 1897. C'est un Comité permanent servant de trait d'union aux associations nationales de droit maritime qui existent dans presque tous les pays. Son œuvre a été considérable.

En troisième lieu, il faut citer le Comité juridique international de l'aviation, association internationale de juristes qui a été créée à Paris à la fin de 1909 sur l'initiative de la Ligue aérienne du Nord, en vue de constituer des Comités nationaux dans chaque pays pour élaborer les règles de la navigation aérienne. Il groupe actuellement la plupart des Etats.

Enfin le grand organisme qui travaille à l'unification du droit privé est la Société des Nations. La S.D.N. en vue de favoriser le commerce international fait tous ses efforts pour unifier le droit commercial et le droit des contrats. Ce travail de la S.D.N. a abouti déjà à ce beau résultat : l'unification du droit de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque. Mais, entendons-nous bien : si le droit de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque est unifié, il n'est pas encore le même dans tous les pays. Il y a encore en vigueur deux régimes différents : 1° le régime anglo-américain. L'Angleterre et ses Dominions et, d'autre part, les Etats-Unis d'Amérique sont arrivés les premiers à unifier ce mode de paiement des contrats internationaux, qui sert à liquider la très grande majorité des dettes entre contractants. Comme les Anglo-Américains sont satisfaits de leur loi commune, ils n'ont pas voulu la modifier à nouveau. 2° Le régime uniforme adopté par les autres pays à la suite des conventions adoptées à Genève le 7 juin 1930 et le 19 mars 1931.

La France est un des derniers pays qui a finalement mis sa législation en règle avec ces conventions. Une loi toute récente l'a approuvée et en a appliqué les dispositions au chèque, dont la réglementation est modifiée depuis le 1er mai dernier.

En dehors de ce résultat déjà considérable, la S.D.N. à l'instigation du gouvernement italien, a créé un Institut international à Rome : l'Institut

international pour l'unification du droit privé. Cet Institut est subventionné par le gouvernement italien, mais il dépend de la S.D.N., comme l'Institut international de coopération intellectuelle de Paris. Les divers Etats attachés à la S.D.N. y sont représentés. Il n'a pas encore 10 ans d'existence, ayant été fondé en 1928. Il a pour objet d'étudier les moyens d'organiser et de coordonner le droit privé entre les Etats ou entre les groupes d'Etats et de préparer l'adoption par eux d'une législation uniforme. Lors de son inauguration, son Président était Victor Scialoja, le plus grand juriste de l'Italie contemporaine qui a formé toute la pléiade des professeurs italiens actuels, et a été en même temps un très grand homme d'Etat, ministre des Affaires étrangères d'Italie. Dans son discours d'inauguration il rappelait opportunément que l'unité du droit avait été réalisée autrefois par l'universalité du droit romain qui forma le fonds commun de presque toutes les législations. "Ce caractère d'universalité, disait-il, le droit romain l'avait acquis jadis, non seulement par la conquête, mais par sa sagesse, par sa parfaite élaboration, par son adaptation si fine, si exacte aux besoins du commerce juridique, toutes qualités qui lui assurèrent la perpétuité, et lui valurent le nom de *ratio scripta*. Cette universalité se perdit vers la fin du XVIII^{ème} siècle du fait de la constitution des nations en Etats indépendants, qui poussa chaque peuple à accentuer l'originalité de sa législation propre. Mais il reste néanmoins dans toutes ces législations un important fonds commun qui se retrouve aujourd'hui encore dans ces pays". L'idée de Scialoja est donc qu'il faut aujourd'hui reconstruire, étendre ce droit commun.

L'Institut international de Rome qu'il a présidé jusqu'à son décès et qui est présidé aujourd'hui par un autre très grand jurisconsulte, le Premier Président de la Cour de cassation italienne, M. d'Amelio, a déjà mis sur pied de très importants travaux : d'abord un projet sur la vente internationale de marchandises, un projet en matière d'unification du droit sur l'arbitrage, et d'autres projets sur les contrats entre absents, sur la responsabilité des hôteliers et d'autres matières qui ne rentrent pas directement dans notre sujet.

Le projet sur la vente internationale est celui auquel nous avons travaillé le plus longtemps pendant 4 ans dans une Commission composée de 4 ou 5 juristes, un juriste suédois M. Bagge, conseiller à la

Cour suprême de Stockholm; un grand juriste allemand M. Rabel, deux juristes anglais Sir Cecil Hurst, aujourd'hui président de la Cour de justice internationale qui siège à La Haye, M. Gutteridge, enfin M. Hamel et moi-même. Ce projet qui comprend cent huit articles a été rédigé avec la plus grande attention, avec le souci de résoudre toutes les questions que ce contrat quotidien de la vente internationale de marchandises peut soulever. Il est aujourd'hui terminé. Vous en trouverez un exemplaire à la bibliothèque de la Faculté, précédé d'un long rapport rédigé par Rabel, qui en explique les dispositions. On l'a soumis dans les divers pays aux critiques et aux observations de comités locaux. On aurait dû le soumettre, c'était notre pensée, aux intéressés, c'est-à-dire aux exportateurs et aux importateurs, mais on l'a fait examiner par des juristes. On pouvait être bien sûr que du moment qu'on le communiquait à des juristes, ils y trouveraient toutes espèces de défauts et qu'ils proposeraient d'autres règles. Chez nous, on l'a trouvé trop compliqué, trop long, non conforme à l'esprit français, si bien qu'en France il a reçu un accueil tempéré. On lui a surtout reproché d'être trop long et d'entrer dans trop de détails. Mais on ne s'est pas rendu compte qu'un projet international doit réglementer de beaucoup plus près les questions que ne le ferait un projet national, parce qu'un projet international, une fois qu'il sera transformé en loi, sera interprété par des magistrats de tous les pays. Il sera interprété par les Allemands, par les Anglais, les Suédois, les Américains, les Français, les Italiens, etc... et tout naturellement, plus il sera bref plus les divergences d'interprétation apparaîtront et au bout de quelques années, elles seront telles qu'il ne restera presque plus rien de ce projet, qu'un tout petit fonds commun. C'est cet inconvénient que les rédacteurs du projet de loi ont voulu éviter, et le seul moyen de l'éviter sinon de le neutraliser, car on ne peut pas empêcher des divergences d'interprétation de se produire surtout entre gens appartenant à des nations différentes, c'est d'être très complet et de donner le plus de solutions possibles dans la loi uniforme. C'est ce point de vue, ce côté que l'on n'a pas aperçu en France, de telle sorte que les critiques qui ont été faites me paraissent inopérantes. Je n'ai certes pas la prétention de croire que le projet de loi sur la vente de marchandises sera adopté demain par les divers Etats. Mais des travaux de ce genre préparent

l'avenir, et l'avenir est à l'unification du droit, malgré la vague de nationalisme qui souffle en ce moment. L'unification du droit sera une cause d'entente et de pacification entre les pays. Elle évitera les conflits de lois qui sont la cause de tant de procès.

L'unification du droit, ce sont nos arrières-petits-neveux qui la verront peut-être réalisée. Peu importe, nous travaillons pour l'avenir et ces travaux ont la plus grande importance.

Enfin dans une dernière section j'aurais voulu formuler quelques conclusions sur l'évolution du droit des contrats. Pour cela il aurait fallu reprendre chacun des principes étudiés dans la seconde partie et rechercher ce qui en subsiste ou ce qui en subsistera dans l'avenir.

Mon cours n'a été qu'un essai, un essai bien imparfait, mais j'espère qu'il n'aura pas été inutile s'il vous a incités à réfléchir sur ce grand problème de l'évolution du droit et s'il a fait naître dans vos esprits cette idée essentielle que rien n'est immuable et surtout qu'il ne faut jamais regretter ce qui est passé. Il faut cependant lutter pour préparer et diriger l'adaptation du droit aux faits, aux circonstances économiques nouvelles.

C'est en s'inspirant de cette idée, de cette conception que la doctrine peut exercer une influence sur la loi et sur la formation de la jurisprudence. Il faut surtout que les juristes ne se confinent pas dans le regret du passé. Le temps de l'individualisme est fini. Le temps de la prédominance, de l'hégémonie de la liberté contractuelle, du respect de la volonté est d'autrefois, je le crains. Il faut donc se mettre en face des réalités présentes et c'est en nous mettant en face des réalités que nous pouvons encore exercer notre influence. Il ne faut pas laisser le mouvement législatif se faire en dehors des juristes.

Ripert, dans son dernier livre, reproche aux juristes d'avoir trahi, suivant l'expression de Benda. Il a peut-être raison. On s'écarte trop volontiers des lois modernes, des lois récentes; on les trouve si mal faites, qu'on n'a pas le désir de les interpréter. C'est une erreur, il y a tout de même une philosophie à tirer de ces lois. Il y a un mouvement qui se dessine et quand même ce mouvement se fait en dehors des idées qui nous ont été enseignées, que nous avons apprises, il faut le dégager, et tâcher, dans la mesure où on le peut, de le diriger.

Pour terminer, je voudrais vous donner quelques indications bibliographiques sur les ouvrages et les articles récents qui ont traité de ces questions. Parmi ces ouvrages, très nombreux, je cite les suivants : une thèse de M. Emmanuel Gounot, qui a eu un très grand succès : "Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; Contributions à l'étude critique de l'individualisme juridique". Thèse Lyon 1912 Emmanuel Gounot est aujourd'hui professeur à la Faculté catholique de Lyon. C'est un catholique social, un thomiste, et on sait combien les idées de Saint Thomas d'Aquin sont aujourd'hui en faveur dans le milieu catholique. Cette thèse est bien faite. La critique qu'il dirige contre le Code civil est assez bien construite. C'est une oeuvre de jeunesse, comme toutes les thèses, mais elle est très méritante. Elle témoigne, sur certains points, de quelque inexpérience, ce qui n'est pas surprenant. Sa critique est souvent partielle, et le point de vue religieux y apparaît trop. Le juriste doit faire abstraction de ses convictions confessionnelles et n'y pas rattacher ses critiques ou ses développements. Cette thèse a été une des attaques les plus vives contre l'individualisme du commencement du XIXème siècle et contre les abus que l'on a fait quelquefois de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Parmi les autres ouvrages à signaler, il y a des articles de Georges Dereux, un des disciples favoris de Saleilles. Esprit distingué, profond, il est aujourd'hui magistrat. Son grand défaut est de manquer de cette clarté à laquelle l'esprit français attache tant d'importance. Parmi ce qu'il a publié il faut citer surtout une étude des diverses conceptions actuelles du contrat (Revue critique 1901, p. 513, 1902 p. 105). Puis, sa thèse "De l'Interprétation des actes juridiques privés" soutenue à Paris en 1905. Enfin, de lui encore : un article De la nature juridique des contrats d'adhésion. Revue trimest. 1913, p. 503. Voir aussi sur ce sujet du contrat d'adhésion la thèse de Dollat, Paris, 1905. On semblait faire une découverte quand on parlait des contrats d'adhésion et on s'imaginait qu'il fallait les rayer de la catégorie des contrats. C'est un mouvement qui en réalité n'a rien donné.

Je cite encore un livre de Charmont qui a été un très grand professeur de nos Facultés. Il enseignait à Montpellier. C'était un esprit d'une grande élévation et d'une grande finesse. C'est un homme

qui avait étudié de près les questions sociales et il était imbu de l'esprit démocratique. Il a publié un premier article : La socialisation du droit, dans la Revue de métaphysique et de morale (1903, pp. 387 et ss.); puis les transformations du droit civil (1 vol. 1912) où il expose ses idées sociales. Charmont n'a pas eu la renommée qu'il aurait dû avoir. C'était un modeste qui vivait tranquille à Montpellier. Il a été pris vers l'âge de 50 ans d'une cruelle maladie qui l'a paralysé tout entier et sa carrière s'est finie trop tôt.

Signalons aussi, quelques articles dans le livre du Centenaire du Code civil, publié en 1904 en deux volumes. Cette publication contient de très belles études qui font grand honneur à l'école juridique française.

De Charmont je rapproche un petit livre de Duguit : Les transformations du droit privé après le Code Napoléon, Paris 1912. Ce sont des conférences que Duguit a faites à Buenos-Aires à la Faculté de droit. Tout le monde sait la grande influence exercée par Duguit. Ses livres ont eu un très grand succès et son petit livre, un in-18, a exercé une grande action sur la jeunesse au moment où il a paru. Toutefois je ne l'apprécie pas beaucoup. J'ai beaucoup d'admiration pour le talent de Duguit, pour son œuvre en droit public, mais ses critiques contre le droit subjectif n'ont pas donné de résultats. La notion de droit subjectif est restée aussi vivante après les attaques de Duguit qu'avant. Il y a dans ses Transformations du droit privé, à côté de quelques observations exactes, beaucoup d'exagération. Il faut lire ce livre, il est intéressant, mais il faut le lire avec l'esprit prévenu !

Il faut ensuite citer quelque chose dans l'œuvre d'Hauriou qui a été notre très grand, très puissant sociologue. Il y a eu très peu en France d'esprits en production en enfantement constants, comme Hauriou. Pour ce qui nous intéresse je cite un article de lui "L'institution et le droit statutaire" qui a paru dans le Recueil de législation de Toulouse, (1906, pp. 134 et ss.). On commençait à peine alors à parler de l'institution; depuis c'est un terme dont on a fait bien de l'abus. On peut dire qu'on a mis le mot institution à toutes les sauces. Il est devenu, surtout pour l'école catholique, l'explication de toute une partie des phénomènes juridiques. On nous a exposé que toute une catégorie d'opérations juridiques que nous rangions dans la classe des contrats

