COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LES CONTRATS ET LES OBLIGATIONS

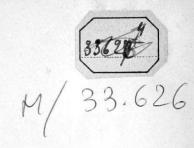


PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1906



COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS



M/33.626-

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LES CONTRATS ET LES OBLIGATIONS







PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOUILLIER, 13

1906



NOTIONS PRÉLIMINAIRES

1. Au livre III du Code civil, le titre III porte la rubrique suivante: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général (articles 1101 et suivants). Ce titre est celui qu'on

appelle ordinairement le titre Des obligations.

Désignation mal choisie, d'ailleurs, et peu exacte. Sans doute, il est bien question, dans ce titre, des obligations, de la théorie des obligations, mais il y est en outre et même principalement question des conventions, du système des conventions. Or, si ces deux sujets sont connexes par certains côtés, ils sont, au demeurant, tout à fait distincts; faute de les avoir séparés, pour les avoir au contraire fondus l'un dans l'autre, les rédacteurs du Code se sont exposés, en cette matière, à de fréquentes incorrections de langage, par suite à de nombreuses équivoques, quelquefois même à de véritables confusions.

Afin d'éviter, si faire se peut, équivoques et confusions, commençons par donner quelques indications générales sur ces deux notions d'obligation et de convention, qui sont rapprochées et même confondues dans notre titre. Ces indications préliminaires sont indispensables. De tous les titres du Code civil, le titre III du livre III est celui dans lequel il est le plus nécessaire de s'introduire avec précaution, après s'être assuré des vues d'ensemble nettes et quelques formules précises.

\S 1. — Les obligations.

2. Le mot « obligation » éveille une idée juridique simple. La définition de l'obligation est classique, presque sacramentelle, et vient du droit romain. L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, par suite duquel l'une, appelée débiteur, est astreinte à quelque chose envers l'autre,

appelée créancier; vinculum juris quo.... adstringimur ali-

cujus solvendæ rei 1.

Envisagé au regard du créancier, au point de vue actif comme on dit quelquesois, ce rapport juridique constitue un droit: droit de créance, disent les uns, parce que la valeur de ce droit dépend de la confiance qu'inspire le débiteur, de sa solvabilité (credere, avoir foi), — droit personnel, disent les autres, parce qu'il consiste en un rapport entre personnes, — droit d'obligation, peut-on dire également, jus obligationis, comme s'exprimaient les Romains.

Envisagé au regard du débiteur, au point de vue passif comme on dit quelquefois, ce rapport juridique constitue une charge, un lien: dette, disent les uns, — dette passive,

obligation, peut-on dire encore 2.

Envisagé dans son ensemble, tout à la fois au point de vue actif et au point de vue passif, ce rapport juridique peut

être appelé simplement « obligation ».

C'est ainsi que les Romains faisaient figurer l'obligation parmi les biens, dans l'actif du patrimoine; ils la considéraient comme une res incorporalis, comme un droit 3. Et ils avaient raison en cela; ils l'envisageaient alors au point de vue actif, en tant que créance.

Ailleurs, ils la considéraient comme une charge, un vinculum juris; ils la faisaient figurer dans le passif. Et ils avaient encore raison; ils l'envisageaient alors au point de

vue passif, comme dette 4.

De nos jours, de même que par le passé, le mot « obliga-« tion » s'emploie pour exprimer alternativement : 1° le droit qui appartient au créancier, et ce droit est un bien, — 2° la charge qui incombe au débiteur, et cette charge est une dette, — 3° la relation juridique qui existe entre le créancier et le débiteur.

3. Le mot « dette » lui-même — ce qui se comprend moins — est pris aussi dans une double ou triple acception.

Lisons par exemple l'article 1220 : « L'obligation qui est « susceptible de division doit être exécutée entre le créan- « cier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divi-

^{1.} Instit., princip., De obligationibus, III.13.

^{2.} Voy. Bufnoir, Propriété et contrat, XXXe lecon, p. 446.

^{3.} Instit., § 2. De rebus incorporalibus, II. 2. 4. Instit., princip., De obligationibus, III.43.

« sibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui « ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la « payer que pour les parts dont ils sont saisis.... » Dans la locution « demander la dette », le mot « dette » est manifestement synonyme de créance. Le texte ajoute : « ou qui « sont tenus de la payer »; le mot « dette » alors est manifestement pris dans le sens de charge.

Quelquefois, pour mieux préciser, on dit : « dette active », ce qui signifie « créance », — et « dette passive », ce qui

signifie « obligation ».

4. Toutes ces manières de s'exprimer sont admissibles ; la notion est complexe. L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes; elle constitue un droit, un bien, pour le créancier, — un lien, une dette, pour le débiteur. Voilà les idées qu'éveille l'analyse. Les expressions sont indifférentes.

5. De l'obligation ainsi comprise, nous avons à rechercher quels sont: 1° les effets, - 2° les sources, autrement dit les

causes.

I. Effets des obligations.

6. Le chapitre III du titre III (articles 1134 et suivants) est intitulé: De l'effet des obligations. Là déjà l'équivoque apparaît : car il n'est guère question, dans ce chapitre, que des effets des conventions.

Les effets de l'obligation se distinguent à peine de l'obligation elle-même; ils se confondent presque avec elle. L'obligation, envisagée comme rapport juridique, autorise le créancier, au regard duquel elle est un droit, à poursuivre l'exécution contre le débiteur, au regard duquel elle est une charge. Voilà tout. Le débiteur s'est-il engagé à livrer une chose, le créancier le contraindra à la livraison; s'est-il engagé à accomplir un fait, il le contraindra à l'accomplissement; s'est-il engagé à s'abstenir de quelque chose, il le contraindra à l'abstention.

De là l'action, corollaire de tout droit; l'action est le mode d'exercice du droit, ou mieux le droit lui-même en tant qu'il est exercé. On l'appelle ici action personnelle, parce qu'elle correspond à un droit de créance, souvent dénommé droit personnel; est personnelle toute action exercée comme conséquence d'un droit de créance, de même qu'est réelle toute

action afférente à un droit réel.

De là, en outre, les voies d'exécution forcée, à défaut d'exécution volontaire.

C'est aux lois de la procédure qu'il appartient de régler le mode d'exercice des actions et les voies d'exécution forcée¹. Le droit civil, qui s'occupe des droits envisagés en euxmêmes et non de l'exécution des droits, ne traite de l'obligation que pour en définir l'essence. Or, a ce point de vue, les effets de l'obligation se réduisent à la notion suivante, qui n'est autre que celle de l'obligation elle-même : l'obligation autorise le créancier à recourir aux voies d'exécution forcée à défaut d'exécution volontaire. Cette idée est tellement simple qu'elle était inutile à formuler ; aussi, dans le chapitre III, les effets des obligations sont sous-entendus, parce qu'ils se confondent avec la notion même de l'obligation.

II. Sources des obligations.

7. L'obligation, envisagée comme rapport entre deux personnes, déroge à l'état normal des individus entre eux. De droit commun, les hommes sont indépendants les uns des autres; originairement nul n'a de droit contre son sembiable, nul n'est tenu vis-à-vis d'autrui. Dès lors, pour qu'il existe une obligation d'où résulte un droit au profit d'une personne et une dette à la charge d'une autre, il faut une cause précise, qui donne naissance à l'obligation et déroge à l'état naturel.

C'est à celui qui invoque cette cause et se prétend créancier d'en fournir la preuve. L'article 1315 ne fait qu'édicter une règle de bon sens quand il dit: « Celui qui réclame l'exécu- « tion d'une obligation doit la prouver. » La prouver; autrement dit, établir qu'elle existe et qu'elle a une cause.

8. Or les obligations, considérées à ce point de vue, peuvent naître de deux causes, se produire de deux manières. En d'autres termes, la source des obligations, suivant l'expression traditionnelle, est double.

PREMIÈRE SOURCE.

9. Elle réside dans la convention. Usant de leur liberté naturelle, les hommes peuvent limiter cette liberté dans leur intérêt réciproque, et établir entre eux des rapports

^{1. &}quot;oy. Les súrelés personnelles et réelles, tome I, p. 21 et suiv.

obligatoires. La convention crée des obligations ; c'en est la

source la plus commune et la plus habituelle.

Envisagée comme source d'obligations, la convention prend plus spécialement, d'après la tradition, le nom de contrat. L'article 1101 définit le contrat « une convention par laquelle « une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plu-« sieurs autres... ». L'obligation elle-même est alors appelée, par suite de son origine, obligation conventionnelle ou contractuelle.

10. De là la rubrique du titre III: Des contrats ou des

obligations conventionnelles en général.

Entre la convention et l'obligation, la relation est visible. L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes; la convention, résultat de l'accord des volontés, est une des sources d'où ce rapport peut sortir. Il existe entre les deux notions une relation de cause à effet.

Aussi, la rubrique du titre Des obligations est-elle manifestement rédigée d'une manière inexacte. Elle semble impliquer l'identité du contrat et de l'obligation. Or cette identité n'existe pas. Il n'aurait pas fallu dire: Des contrats ou des obligations conventionnelles, car la conjonction alternative « ou » suppose des choses semblables et des expressions synonymes; il fallait employer la conjonction copulative « et », puisqu'il s'agit de notions différentes.

Il y a là une erreur d'analyse. Et cette erreur se trouve souvent reproduite dans les textes. Ainsi le chapitre III de notre titre est intitulé: De l'effet des obligations. Or de quoi est-il question dans ce chapitre? Presque uniquement de l'effet des conventions ; si bien que l'article 1134 débute par ces mots: « Les conventions légalement formées tiennent

« lieu de loi à ceux qui les ont faites... »

SECONDE SOURCE.

11. L'obligation peut exister, indépendamment de toute convention, en vertu de la loi. L'expression d'obligation conventionnelle ou contractuelle se comprend mieux quand on observe qu'il peut exister des obligations sans qu'il soit intervenu aucune convention, obligations qui, dès lors, ne sont plus et ne peuvent plus être appelées conventionnelles.

^{1.} Voy. suprà, nº 6.

Cela ressort du rapprochement du titre Des obligations avec le titre qui le suit: le titre IV du livre III (articles 1370 à 1385). Ce titre ne fait qu'un avec le précédent; il en est partie intégrante. La rubrique est celle-ci: Des engagements qui se forment sans convention; et elle fait antithèse à la rubrique du titre III: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Le lien juridique, dans l'hypothèse prévue par le titre IV, est appelé « engagement », comme pour le mieux distinguer des obligations qui naissent des conventions; mais, au fond, engagement et obligation sont même chose

12. D'où naissent ces engagements, ou obligations non conventionnelles? La loi en proclame, ou plutôt en constate l'existence dans différents cas, qui sont indiqués par les articles 1370 et suivants.

Tantôt la loi déclare telle personne obligée parce que celleci a commis sans droit un acte préjudiciable dont elle doit réparation. L'auteur du fait dommageable est tenu de le réparer. Il est tenu, dit-on, par suite d'un délit ou d'un quasi délit (articles 1382 et suivants); l'obligation est appelée délictuelle ou quasi-délictuelle. Elle se forme sans convention; elle résulte d'un délit ou d'un quasi-délit, plus exactement de la loi, qui la rattache à ce délit ou à ce quasidélit.

D'autres fois, la loi regarde une personne comme obligée en conséquence d'un acte licite accompli volontairement par cette personne ou par une autre. Le fait de recevoir un paiement indû engendre l'obligation de restituer le paiement reçu; le fait d'avoir entrepris une gestion d'affaires oblige à continuer la gestion commencée; le fait d'avoir bénéficié d'une gestion d'affaires oblige à rembourser au gérant d'affaires les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. Entre le gérant d'affaires et le maître dont l'affaire a été gérée, entre l'auteur et le bénéficiaire du paiement, aucune convention n'est intervenue; mais le fait accompli donne naissance à des devoirs moraux, que le législateur érige en devoirs civils, en obligations proprement dites, dans une pensée d'équité, afin par exemple que la personne qui a reçu le paiement indû ou dont l'affaire a été gérée ne s'enrichisse pas sans cause aux dépens d'autrui. Le débiteur est tenu comme s'il y avait contrat, autrement dit en vertu d'un quasi-

contrat (articles 1371 et suivants); l'obligation est appelée

quasi-contractuelle.

D'autres fois enfin, la loi établit directement certaines obligations indépendamment d'un fait quelconque émanant du débiteur, au nom des exigences de la vie commune, de l'utilité sociale. Ce sont là les obligations légales au sens rigoureux du mot. L'article 1370 alinéa 3 cite comme exemple « les engagements.... des tuteurs et des autres ad- « ministrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur « est déférée » ; on peut y joindre l'obligation alimentaire ¹, celle du service militaire et celle de payer l'impôt.

13. En résumé, les obligations peuvent naître : 1° des conventions ou contrats, — 2° des quasi-contrats, — 3° des délits, — 4° des quasi-délits, — 5° de la loi.

La classification n'est pas nouvelle. Elle vient du droit

romain et nous est présentée par les Institutes 2.

Plus tard — nous n'en sommes qu'aux préliminaires — nous aurons à rechercher s'il existe, au point de vue pratique, des différences entre les obligations conventionnelles et les engagements qui se forment sans convention, notamment entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Il en existe, et d'importantes; nous les signalerons au fur et à mesure des applications. Dès le début, il importe d'établir ces classifications, afin de pouvoir ensuite s'y référer d'un mot.

14. Telles sont les idées les plus générales sur l'obligation, premier objet du titre III: effets généraux, et sources des obligations.

Passons maintenant au second objet de ce titre, aux conventions.

§ 2. — Les conventions.

15. Le mot « convention » exprime, comme le mot « obligation », une idée juridique simple. La définition de la convention, comme celle de l'obligation, est classique et presque

2. Instit., § 2, De obligationibus, III, 13.

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 501 et suiv.

sacramentelle: pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus 1; c'est'l'accord, ou mieux le résultat de l'accord de deux ou plusieurs personnes, en vue de poursuivre un effet de droit quelconque.

16. Le nombre des conventions ainsi comprises est infini. La loi les déclare toutes obligatoires, pourvu d'ailleurs qu'elles réunissent certaines conditions nécessaires à leur validité. Tel est le sens de l'article 1134 : « Les conventions « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont " faites "

Le texte dit: « les conventions », sans distinction. En cela, le droit moderne diffère notablement du droit romain. A Rome, le mot conventio était un terme générique qui comprenait: 1º les contrats proprement dits, en d'autres termes les conventions prévues et reconnues par le droit civil, obligatoires dès lors et munies d'actions, - 2º les pactes, c'est-à-dire, en général au moins, les conventions non reconnues par le droit civil, non obligatoires et dépourvues d'action. L'article 1134 écarte cette distinction, déjà ébranlée à la fin du droit romain 2 et supprimée dans l'ancien droit français 3; elle tenait à des idées formalistes particulières aux Romains et ne pouvait trouver place dans notre droit. Que les conventions aient été ou non prévues par la loi. qu'elles doivent ou non à leur fréquence ou à leur importance d'avoir un nom spécial, elles n'en sont pas moins obligatoires.

Il résulte de là que les mots « convention » et « contrat » sont synonymes à l'heure actuelle. En fait, les textes les emploient indifféremment.

17. Il est vrai qu'on signale parfois des différences, ou plutôt des nuances, entre le contrat et la convention. Mais elles sont artificielles et ne reposent sur aucun fondement rationnel.

Par exemple, on dit quelquefois que la convention est le genre et le contrat l'espèce; le contrat serait une espèce de convention. Soit! Mais en quoi le genre diffère-t-il de l'espèce?

3. Voy. Viollet, Histoire du droit civil français, p. 600.

^{1.} Fragm. 1, § 2, Dig., De pactis, 11, 14. 2. Voy. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1ºº édition, p. 417 et suiv., 579 et suiv., - et la dissertation de M. Labbé formant l'appendice X à la 12º édition du tome III des Instituts d'Ortolan, p. 883 et suiv.

D'autres fois, on dit que la dénomination de contrat doit être réservée aux conventions les plus importantes, qui ont reçu, pour cette raison, un nom spécial et sont parfois l'objet d'une réglementation particulière; ainsi, on dira: le contrat de mariage, de vente, de louagé. La dénomination de convention » devrait être réservée à ces mille traités qu'amènent les exigences de la vie, qui n'ont pas de nom propre et ne répondent pas à un type établi.

Cette distinction ne serait qu'une affaire d'usage; elle n'aurait aucune importance pratique appréciable. Il faut ajouter qu'elle n'est pas juridique et se trouve formellement condamnée par l'article 1107, « d'après lequel les contrats, soit « qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient « pas, sont soumis... »; donc les conventions dépourvues de dénomination spéciale n'en sont pas moins considérées et

traitées comme des contrats.

Enfin on dit encore que le nom de « contrat » doit être réservé pour celles des conventions d'où naissent des obligations; le mot « convention » resterait pour désigner celles dont les effets sont autres. Telle était l'idée de Pothier, celui des anciens auteurs auquel les rédacteurs du Code ont le plus emprunté pour le titre. Des obligations. Et tel paraît être encore le point de vue de l'article 1101 : « Le contrat est une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obli-« gent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou

« ne pas faire quelque chose. »

Mais, en s'exprimant ainsi, les rédacteurs du Code ont-ils entendu consacrer cette tradition, ou n'ont-ils fait que sacrifier à l'usage? En tout cas, s'ils ont admis la distinction de Pothier, ils ne s'y sont pas montrés fidèles. Par exemple, pourquoi le Code appelle-t-il « conventionnelles » les obligations qui naissent des contrats? Il devrait les appeler « contractuelles », s'il est vrai que les conventions qui produisent des obligations doivent prendre le nom de contrats. D'autre part, l'article 1108, énumérant les conditions nécessaires pour la validité des conventions, parle du consentement de la partie qui « s'oblige »; donc une convention d'où résulte une obligation peut légalement s'appeler une convention. Enfin, le titre IV a pour rubrique: Des engagements qui se forment sans convention; et ces mots impliquent que la convention, comme telle, peut créer des obligations.

Si l'on prend les choses avec simplicité, en écartant tout ce qui est complication inutile, on peut affirmer que le droit moderne a abandonné l'ancienne distinction romaine des conventions en deux classes: les contrats et les pactes. Dès lors, les mots convention et contrat sont devenus synonymes; ils n'ont pas un sens juridique distinct, et peuvent être employés l'un pour l'autre. On entend par contrat une convention, un accord de volontés pour produire un effet de droit quelconque.

18. De la convention ainsi comprise, ou du contrat, quels sont et peuvent être les effets?

Au point de vue des effets, les conventions, malgré leur infinie variété, peuvent être ramenées à deux types.

Premier type.

19. Les conventions peuvent créer des rapports d'obligation, et transférer, éteindre ou modifier des droits personnels préexistants.

Elles peuvent donner naissance à des droits de créance et à des dettes. Dans ce cas, la convention, d'après l'article 1101, conforme en cela à la tradition, s'appelle plus spécialement contrat. Et c'est pourquoi nous avons dit précédemment qu'il existe, entre le contrat et l'obligation, un rapport de cause à effet; le contrat engendre l'obligation, puis l'obligation engendre l'action, qui est le moyen juridique de parvenir à l'exécution.

Elles peuvent servir à transférer, à éteindre ou à modifier des créances et des dettes préexistantes. La translation s'opérera par voie de vente, d'échange ou de donation, l'extinction par voie de paiement ou de remise, la modification au moyen d'une novation.

Deuxième type.

20. Les conventions peuvent créer, transférer, ou même éteindre des droits réels. C'est pour cela qu'il en est question au livre III du Code, et que l'article 711 les signale parmi les modes d'acquisition des droits : « La propriété des biens « s'acquiert et se transmet... par l'effet des obligations. »

^{1.} Suprà, nº 9.

Le texte dit: « par l'effet des obligations ». Il aurait fallu dire: « des conventions ». La confusion est constante entre les deux termes.

Le texte dit: « la propriété ». Mais il doit s'entendre des droits en général. Ainsi, l'article 579 dit que l'usufruit s'établit « par la volonté de l'homme », les articles 690 et 691 que les servitudes s'établissent « par titre » ; « volonté de l'homme » et « titre » seront souvent la convention, mais non pas toujours, car ces expressions sont plus larges que le mot « convention » et comprennent aussi le testament.

21. L'idée d'après laquelle les conventions peuvent créer, déplacer ou éteindre des droits réels est, d'ailleurs, une idée

propre au droit moderne.

A Rome et dans l'ancien droit, la convention, en principe, ne créait que des rapports d'obligation; il fallait l'emploi d'un procédé juridique intervenant comme mode d'exécution de l'obligation pour créer ou transférer le droit réel : « Tradi- « tionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum « transferuntur ¹. » Un acheteur, notamment, devenait, comme tel, créancier de la chose : l'action empti était une action in personam; il ne devenait propriétaire que par la tradition.

La règle est autre dans le droit actuel. La convention réalise elle-même le transfert 2.

22. Par là s'expliquent un grand nombre de formules, défectueuses au point de vue du résultat pratique, et dont la

tradition rend compte.

Lisons, en particulier, l'article 1138 : « L'obligation de « livrer la chose est parfaite par le seul consentement des « parties contractantes. » Il s'agit là d'une convention entraînant obligation de donner ; elle rend propriétaire celui qui, d'après le droit romain, n'eût été que créancier ; la convention suffit donc à transférer des droits réels.

L'article 938 édicte une règle semblable en matière de donations.

23. Telles sont, classées au point de vue de leurs effets, les trois sortes de conventions.

2. Voy. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1ºº édition, p. 285 et 527, — et Viollet, Histoire du droit civil français, p. 604 et suiv.

^{1.} Constit. 20, C. de Justinien, De pactis, II, 3. — Cpr. fragm. 3, Dig., De obligationibus et actionibus, XLIV, 7.

Notons toutefois que cette classification des conventions d'après leurs effets n'est pas exclusive. Souvent une convention produit cumulativement deux des effets qu'elle pourrait entraîner isolément. Il y a des conventions qui n'engendrent que des obligations, d'autres qui ne font que créer des droits réels; mais il arrive souvent que la même convention produise cumulativement ces deux effets. Il en est ainsi de la plupart des conventions dites translatives de propriété ou de droits réels.

Ainsi la vente, aux termes de l'article 1583, est parfaite entre les parties dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix, et la propriété est acquise de droit par l'acheteur à l'égard du vendeur. Ce contrat n'en fait pas moins naître des obligations réciproques. Le vendeur est créancier du prix, et l'acheteur, devenu propriétaire de la chose, est créancier

de la délivrance (articles 1603 et 1650).

Ainsi encore dans la donation, au moins dans la donation de biens présents, le donataire devient propriétaire (article 938); mais, en même temps, le donateur est tenu d'effectuer la livraison, de sorte que le donataire a contre lui une créance, une action. Le bénéficiaire de la convention peut alors intenter soit une action réelle, soit une action personnelle; c'est un des cas où il y a matière mixte (article 59 C. proc. civ.).

24. De tout ce qui précède il résulte que les effets possibles de la convention, qu'elle les produise isolément ou conjointement, se réduisent à deux: 1° créer, transférer ou éteindre des obligations, — 2° créer, transférer ou éteindre des droits réels.

Voilà quels sont la nature et les effets possibles de la convention.

- 25. Si maintenant on rapproche ces indications sommaires sur les obligations et les conventions, il apparaît clairement que les deux notions d'obligation et de convention sont très distinctes.
 - 26. Si les auteurs du Code s'étaient préoccupés d'un classe-

ment vraiment méthodique, c'est au livre II qu'ils auraient dû traiter la matière des obligations envisagées au point de vue actif, autrement dit comme créances. En effet, le livre II est consacré aux droits que les personnes peuvent avoir, aux biens; or les créances, ou droits personnels, sont des biens. Au livre III, qui traite des modes d'acquisition et de transmission des droits, la théorie des conventions eût été bien à

sa place.

Âu lieu de cela, les droits d'obligation ou créances ne sont mentionnés que très incidemment au livre II. Il en est question dans le titre I, De la distinction des biens. Ainsi l'article 526, énumérant les « immeubles par l'objet auquel ils « s'appliquent », mentionne « les actions qui tendent à re- « vendiquer un immeuble », et cette expression désigne entre autres choses les créances immobilières ; de même l'article 529, énumérant les « meubles par détermination de la loi », mentionne « les obligations et actions qui ont pour objet.... « des effets mobiliers », ce qui comprend les créances mobilières. Mais, après ces distinctions faites dans le titre I, le livre II ne fait plus que présenter le système des droits réels : propriété, usufruit, servitudes. Le système des droits de créance ne trouve plus sa place qu'au titre III du livre III.

Il y a là manifestement un vice de méthode. La logique aurait commandé de consacrer le livre II aux biens, c'està-dire aux droits réels et aux droits de créance, puis le livre

III aux modes d'acquisition.

27. D'où vient ce vice de méthode? Il s'explique par deux

raisons: une raison pratique et une raison historique.

1° Une raison pratique. — La plupart des obligations et, par suite, des droits de créance, naissent des conventions; l'obligation par excellence est l'obligation conventionnelle, à tel point que les obligations qui naissent des autres sources sont appelées des engagements plutôt que des obligations ¹. En conséquence, au point de vue pratique, obligations et conventions se tiennent de si près qu'on les confond. Alors le titre III traite des conventions et de leurs effets parm lesquels figurent les obligations. En réalité, c'est le même sujet.

2º Une raison historique. — Dans le droit romain, le con-

^{1.} Suprà, nº 11.

trat n'était qu'une source d'obligations; les droits réels ne résultaient que de l'emploi d'un mode intervenant en exécution des obligations ¹. Dès lors, traitant des contrats et de leurs effets, on ne devait noter, parmi ces effets, que les obligations. Pour les Romains, la rubrique de notre titre aurait été exacte: Des contrats ou des obligations conventionnelles.

Toutes ces idées ont été écartées. Aux termes de l'article 1138, les conventions sont par elles-mêmes translatives de la propriété ou des autres droits réels, de sorte qu'il n'y a plus aucune raison pour rapprocher les obligations et les contrats. Mais, en 1804, c'était encore une tradition invétérée de ne considérer la convention, le contrat, que comme source des obligations

Alors les rédacteurs du Code, subissant l'influence de la tradition et entraînés par le point de vue pratique, ont com-

mis deux méprises.

1º Ils ont été conduits, en parlant de la convention, à ne la considérer que comme source d'obligations, quoiqu'elle puisse produire d'autres effets. La plupart des articles du titre Des obligations sont rédigés à ce point de vue; aussi ne faut-il pas les prendre à la lettre, mais les généraliser et les appliquer à toutes les conventions. Ainsi, l'article 1108, énumérant les conditions essentielles pour la validité des conventions, mentionne: « le consentement de la partie qui « s'oblige »; la formule est exacte si la convention est une cause d'obligations; mais il faut lire « de la partie qui aliène » si la convention est un mode de transmission.

2º lls ont été conduits, en parlant des obligations, à les envisager comme si elles procédaient uniquement des conventions, alors qu'elles peuvent avoir d'autres sources. Ici

encore il faut généraliser.

28. Une fois ces notions réunies, l'objet du titre Des obligations apparaît bien circonscrit. Principalement, ce titre contient la théorie des conventions; accessoirement, celle des obligations, en tant qu'elles naissent des conventions, autrement dit la théorie des obligations conventionnelles. Toutefois, sauf quelques particularités, le régime des

^{1.} Suprà, nos 20 et 21.

obligations qui se forment sans convention ne diffère pas du régime des obligations conventionnelles. Le titre très court qui vient après celui *Des obligations* a pour but de

préciser ces particularités.

Dès lors, on commet une grave méprise en désignant le titre III du livre III sous le nom de titre Des obligations. L'expression est impropre. Sans doute, il est question dans ce titre des obligations, mais seulement d'une manière incidente, à propos des conventions. L'objet propre du titre se rapproche beaucoup de celui qu'indique la rubrique; il s'occupe « Des contrats et de leurs effets, parmi lesquels « figurent les obligations », ou encore « Des contrats et des « obligations contractuelles ».

29. Seulement, la rubrique ajoute : « en général ». Achevons d'éclairer la route où nous allons nous engager en marquant la portée de ces derniers mots. Ils signifient que le titre III n'est qu'une partie du régime des conventions et des obligations conventionnelles : la partie générale ; les titres suivants, jusqu'à la fin du Code, en contiennent le com-

plément : la partie spéciale.

Le lien qui unit ces deux parties est très apparent. Voici

comment elles se complètent.

Les conventions, que l'article 1134 déclare toutes obligatoires, varient à l'infini; elles peuvent être aussi diverses que les circonstances ou les nécessités qui les amènent ; elles comprennent tous les arrangements et traités quelconques que l'homme peut être conduit à faire avec ses semblables. La loi ne peut les prévoir toutes ; mais nous avons déjà dit qu'elle les admet toutes 1. Or, ces conventions, quels qu'en soient l'objet et le but, sont toutes soumises, en tant que conventions, à des règles qui leur sont communes et qui forment la partie générale de la théorie des conventions; quelques-unes d'entre elles sont en outre soumises à des règles particulières, qui modifient ou complètent les règles communes et forment la partie spéciale de la théorie des conventions. Dès le début du titre III, l'article 1107 fait cette remarque: « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomina-« tion propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des « règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les

^{1.} Suprà, nº 16.

« règles particulières à certains contrats sont établies sous « les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières « aux transactions commerciales sont établies par les lois « relatives au commerce. »

Le titre III contient les règles qui sont communes à toutes les conventions, qui suffisent à la plupart d'entre elles ; de là la rubrique de ce titre : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, c'est-à-dire sans application à tel ou tel contrat particulier. Viennent ensuite les titres V et suivants, où sont posées séparément les règles spéciales aux conventions les plus importantes : contrat de mariage, vente, échange, louage, société, prêt, dépôt, mandat, cautionnement, transaction, constitution d'hypothèque. Les règles du titre III sont donc les règles générales, auxquelles toutes les conventions sont soumises et qui forment le droit commun des conventions.

30. De là le caractère tout particulier des dispositions que nous allons rencontrer dans ce titre. Dans les titres précédents, notamment aux titres Des successions et Des donations, puis dans les titres qui suivent, à partir du titre V du livre III, on rencontre des prescriptions pratiques, réglant pour le mieux les intérêts en conflit, se traduisant en applications directes. Ici, ce sera tout autre chose. Sans doute nous trouverons encore, çà et là, des prescriptions pratiques, impératives; mais nous trouverons le plus souvent des sentences, des formules d'un caractère doctrinal, des définitions, des analyses de situations ou d'idées, des axiomes d'interprétation de volonté, en un mot des formules abstraites sans application immédiate. Si bien que ce sera toujours en dehors du titre qu'il en faudra chercher les applications pratiques. Là est même une des difficultés du sujet. Si l'on s'isole dans les formules de la loi, elles semblent n'être pas vivantes; si on en suit l'application dans les diverses parties du droit, le droit privé tout entier risque d'y passer. Nous tâcherons de prendre un juste milieu; et si nous rapprochons des formules abstraites, pour les éclairer, les applications les plus immédiates, nous n'en rapprocherons que celles-là.

Toutefois, ce n'est pas là ce qu'il faut surtout chercher dans notre sujet. Il en doit sortir un fond d'idées, de notions générales résultant de l'analyse rationnelle, dépourvues d'application immédiate, mais sans lesquelles on ne saurait aborder

les questions de droit positif relatives aux contrats particuliers. On s'en sert à peine en pratique, on les sous-entend toujours. Précisément à cause de cela, le droit moderne n'a en aucune matière plus emprunté à la tradition; ces données générales sont le résultat d'alluvions lentes et successives. Les jurisconsultes romains ont excellé dans cette analyse en matière d'obligations; l'ancien droit a vécu sur les résultats acquis; le droit moderne n'y a pas beaucoup ajouté. C'est le droit théorique par excellence.

31. Voici l'ordre général du sujet :

En premier lieu, nous parlerons des diverses espèces de conventions ou contrats. Elles sont indiquées par les articles 1101 à 1107, sous la rubrique: Dispositions préliminaires. Il ne s'agit pas de classer les contrats d'après leur objet ou leur utilité économique, ce qui viendra plus tard, mais seulement de dégager certains caractères spécifiques qu'ils peuvent avoir, de fixer le sens d'un certain nombre de termes généraux, à seule fin de pouvoir ensuite les employer sans risque de méprise.

En second lieu, nous nous occuperons des conditions nécessaires à la validité des conventions. Elles sont indiquées par les articles 1108 à 1133. La portée des règles posées à cet égard n'est pas limitée à la matière des contrats. La plupart d'entre elles sont applicables non seulement aux contrats, mais aux actes de l'homme en général. Les questions de consentement, de capacité, ne se posent pas seulement à propos des conventions, mais à propos de tous les actes juridiques, comme par exemple le testament, la reconnaissance d'enfant

naturel, le mariage, etc.

En troisième lieu, nous traiterons de l'effet des conventions. Cette partie du sujet est de beaucoup la plus longue et la plus compliquée; elle fait l'objet des articles 1134 à 1314. Nous aurons à envisager les conventions: — 1° en tant que modes d'établissement et de transmission des droits réels (articles 1136 et suivants), — 2° en tant que sources des obligations, puisque c'est là un autre de leurs effets, et toute la théorie des obligations ou droits de créance trouvera place dans cette partie du sujet.—Accessoirement, nous traiterons de l'effet des conventions à l'égard des tiers.

Enfin et en quatrième lieu, nous aurons à dire un mot de

la preuve des conventions, ou plutôt de la preuve en général, de la preuve des droits quelconques (articles 1315 à 1369).

Ces quatre parties seront complétées par un Appendice. Elles contiendront, on le voit, toute la théorie des conventions, notamment la théorie des effets que les conventions sont susceptibles de produire, en particulier celle des obligations. Or, le contrat n'est pas la source unique de l'obligation, laquelle peut résulter en outre d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit et de la loi. Nous aurons donc un mot à dire, dans l'Appendice, des sources de l'obligation autres que le contrat.

PREMIÈRE PARTIE

DES DIVERSES ESPÈCES DE CONVENTIONS OU CONTRATS

32. Les articles 1101 à 1107 sont relatifs à cet objet. Ils sont groupés, en tête du titre, sous la rubrique Dispositions préliminaires, et n'ont pas d'autre objet que de fixer, dès le début, le sens juridique d'un certain nombre d'expressions élémentaires, afin de pouvoir ensuite les employer sans risque de méprise dans l'énoncé des règles de fond. En d'autres termes, ces articles ne contiennent que des définitions. Ils établissent diverses classifications parmi les contrats.

Première classification. — Contrats à titre onéreux et à titre gratuit.

33. La division la plus générale des contrats est celle qui les répartit en deux classes, selon qu'ils sont à titre onéreux ou à titre gratuit (articles 1105 et 1106). Tous les contrats rentrent dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

34. Un contrat est à titre onéreux quand il est intéressé de part et d'autre, c'est-à-dire quand chacune des parties a en vue un intérêt distinct et pécuniairement appréciable. Il en est ainsi dans la vente, l'échange, le louage, etc. Chaque partie donne et reçoit; chacune ne s'oblige ou n'aliène que moyennant un équivalent qu'elle a en vue; le contrat est donc intéressé de part et d'autre.

Toutefois, ce n'est pas ainsi que l'article 1106 définit le contrat à titre onéreux : « Le contrat à titre onéreux est celui

« qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire « quelque chose. » La formule est inexacte. L'article 1106, par inadvertance, donne du contrat à titre onéreux une définition qui convient au contrat synallagmatique ; la preuve résulte de l'identité des articles 1102 et 1106. Ce qui constitue le caractère onéreux, c'est seulement l'existence d'un intérêt commun et partagé; est à titre onéreux tout contrat qui est intéressé de part et d'autre, chacune des parties donnant ou faisant quelque chose. Ainsi dans le prêt à intérêt, il n'y a qu'une des parties qui s'oblige: l'emprunteur; il doit, pendant le temps du prêt, payer les intérêts promis, puis, au moment convenu, restituer le capital. Mais, si l'obligation n'existe que d'un côté, il y a intérêt de part et d'autre; si le contrat procure à l'emprunteur le capital dont il a besoin, il assure au prêteur un emploi fructueux de son capital. L'article 1106 ne doit donc pas être pris à la lettre; il est rédigé d'une manière erronée.

Et malheureusement l'erreur commise dans la rédaction de cet article s'est glissée dans d'autres. Par exemple, l'article 1184 dit que la condition résolutoire est toujours sous-entendue « dans les contrats synallagmatiques ». La formule est inexacte ; il aurait fallu dire : « dans les contrats à titre oné-

« reux. »

35. Un contrat est à titre gratuit, constitue un contrat « de « bienfaisance », suivant l'expression démodée de l'article 1105, lorsqu'il intervient dans l'intérêt exclusif d'une des parties, lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans compensation pour elle-même, en d'autres termes lorsque l'une des parties, n'ayant en vue aucun intérêt pécuniaire appréciable, s'oblige ou aliène sans équivalent à son profit. Sont à titre gratuit: le dépôt (article 1917), le prêt à usage ou sans intérêt (article 1876), le cautionnement, enfin la donation, qui est le type des contrats de cette espèce.

Quelquefois le caractère du contrat, à ce point de vue, n'est pas accusé aussi nettement et est susceptible de se transformer. Par exemple, le séquestre est, de sa nature, un contrat à titre gratuit; mais il peut perdre ce caractère (article 1957). De même le mandat (article 1986); le mandat salarié se rapproche tellement du louage de services qu'on ne

sait plus ce qui l'en distingue.

Ce sont là difficultés d'application. Mais l'idée générale

reste précise. Le contrat à titre onéreux est celui qui est intéressé de part et d'autre ; le contrat à titre gratuit, celui par lequel l'une des parties rend à l'autre un service sans équivalent.

Deuxième classification. — Contrats commutatifs et aléatoires.

- 36. Les contrats à titre onéreux sont à leur tour de deux sortes: ils peuvent être commutatifs ou aléatoires (article 1104). C'est bien là une subdivision des contrats à titre onéreux. Un contrat est à titre onéreux, avons-nous dit, quand il est intéressé de part et d'autre. Si l'intérêt que les parties ont en vue est dès maintenant déterminé et fixé, le contrat est dit commutatif; si cet intérêt dépend d'un événement incertain, s'il reste éventuel et consiste dans une chance de gain ou de perte, le contrat est aléatoire. C'est la nature de l'équivalent cherché qui imprime au contrat son caractère sous ce rapport. Dans les contrats à titre onéreux, chaque partie vise un avantage qui est l'équivalent de celui qu'elle procure; cet équivalent est-il subordonné à un aléa, le contrat est aléatoire; est-il fixe, le contrat est commutatif.
- 37. Il y a des contrats qui sont aléatoires de leur nature. Tel est, par exemple, le contrat d'assurance (article 1964). Si le sinistre ne se réalise pas, l'assuré paie la prime sans compensation; s'il se réalise, l'assureur acquitte l'indemnité prévue par le contrat.

Tels sont encore le prêt à la grosse, le contrat de rente viagère, le jeu et le pari dans le cas où la loi les reconnaît.

- 38. Le plus souvent, le caractère commutatif ou aléatoire d'un contrat ne tient pas à sa nature essentielle, mais seulement aux conditions dans lesquelles il est conclu, c'est-à-dire à un élément accidentel. D'où cette conséquence que le même contrat peut être, selon les cas, commutatif ou aléatoire. Ainsi, la vente est ordinairement un contrat commutatif; l'article 1582 la définit, en effet, « une convention par laquelle « l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». Mais si le prix consiste en une rente viagère, si la vente est à fonds perdu, l'avantage qu'en retire le vendeur n'est pas dès maintenant fixe et déterminé; il dépend d'un aléa, de la durée de la vie du vendeur; le contrat est donc aléatoire.
 - 39. On s'est demandé si l'aléa doit être réciproque pour

qu'un contrat soit aléatoire, ou s'il suffit que cet aléa existe d'un seul côté.

Rationnellement, la réponse n'est pas douteuse. Dès qu'il y a chance de gain ou de perte pour l'une des parties, il y a, pour l'autre, chance de perte ou de gain; les deux termes se correspondent.

Tel est bien le point de vue de l'article 1104 alinéa 2: « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de « perte pour chacune des parties, d'après un événement incer« tain, le contrat est aléatoire. » Mais il semble que l'article 1964 autorise une solution différente, car il définit le contrat aléatoire « une convention réciproque dont les effets, quant « aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, « soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un « événement incertain ».

La question s'est posée à propos du contrat d'assurance. L'assureur s'expose évidemment à des chances de gain ou de perte; si le sinistre ne se réalise pas, il gagne les primes encaissées, - s'il se réalise, l'assureur perd la différence entre le montant des primes et l'indemnité qu'il doit payer. Quant à l'assuré, il perd les primes qu'il a versées dans le cas où le sinistre ne se réalise pas; mais peut-on vraiment dire, quand le sinistre se réalise, que l'indemnité constitue pour lui un gain, au sens précis du mot? A tout le moins, l'indemnité remplace dans le patrimoine de l'assuré la valeur que le sinistre a fait disparaître et qui serait perdue pour l'assuré sans le contrat d'assurance. Il ne se trouve pas plus riche, mais il se serait trouvé plus pauvre; s'il ne réalise pas un gain, il conjure ou répare une perte. Cette réparation équivaut pour l'assuré à un bénéfice; et comme il doit déduire de ce bénéfice le montant des primes par lui versées, il gagne, en définitive, exactement ce que perd l'assureur, de sorte qu'il y a réciprocité de risques pour les deux parties au contrat.

40. Quel intérêt présente la distinction des contrats à titre onéreux en contrats commutatifs et aléatoires ? Cette distinction est un fait ; a-t-elle des conséquences ?

Ce n'est point ici le lieu de le rechercher. Comme pour la classification précédente, nous renvoyons à plus tard la question des applications. Contentons-nous d'indiquer que notre distinction n'a d'intérêt pratique qu'à un seul point de vue. Dans les cas exceptionnels où la lésion est admise comme cause de rescision des contrats, elle ne peut plus être invoquée si le contrat revêt un caractère aléatoire. Nous retrouverons l'idée plus tard.

Troisième classification. - Contrats unilatéraux et bilatéraux.

- 41. Les contrats se divisent en unilatéraux et bilatéraux. Les applications pratiques de cette division sont nombreuses; nous les trouverons ultérieurement et successivement (articles 1184, 1325, etc.). Quant à présent, nous ne voulons envisager que la distinction en elle-même, afin de préciser le sens exact des mots au point de vue du vocabulaire. Elle se réfère aux contrats considérés comme sources d'obligations.
- 42. Le contrat unilatéral est celui d'où il ne naît d'obligation qu'à la charge d'une des parties, ab uno latere, de telle sorte qu'une des parties est simplement créancière, l'autre simplement débitrice (article 1103). Ainsi, le prêt, le cautionnement, etc., sont des contrats unilatéraux. Le prêt n'engendre qu'une obligation unique: celle qui incombe à l'emprunteur de rendre, à l'échéance, la chose prêtée, quelquefois de payer les intérêts, s'il en a été stipulé. Le cautionnement ne donne également naissance qu'à une seule obligation: celle qui incombe à la caution envers le créancier, de payer la dette, si le débiteur principal ne l'acquitte pas. Le contrat unilatéral peut être, d'ailleurs, soit à titre oné-

reux, soit à titre gratuit. Les deux classifications ne rentrent

pas l'une dans l'autre.

Ainsi, le prêt à intérêt est à titre onéreux, car il est intéressé de part et d'autre. Le prêteur place son capital utilement; l'emprunteur trouve les ressources dont il a besoin; il y a donc intérêt partagé. Cependant, le contrat est unilatéral, puisqu'il n'engendre d'obligation qu'à la charge de l'emprunteur.

Le prêt sans intérêts, le dépôt, sont aussi des contrats unilatéraux et à titre gratuit, puisque le prêteur, le dépositaire, rendent un service non rémunéré. Le déposant et l'emprunteur réalisent un avantage sans bourse délier.

43. Le contrat bilatéral est celui qui donne naissance à des obligations réciproques, celui dans lequel chaque partie est à la fois créancière et débitrice. Il est ainsi nommé parce qu'il lie

des deux côtés; on l'appelle aussi synallagmatique. La qualification de bilatéral exprime bien l'idée qu'on y attache; elle indique bien un contrat qui produit des obligations ex utroque latere. Quant au mot synallagmatique, il ne précise par lui-même aucun caractère propre et distinctif; -Συνάλλαγμα n'a pas d'autre sens que celui de contrat, de sorte que l'expression contrat synallagmatique ne signifie pas autre chose que contrat contractuel, ce qui est une tautologie.

Quoi qu'il en soit du mot qui exprime l'idée, celle-ci est très simple.

Ainsi la vente, le louage, l'échange, etc., sont des contrats bilatéraux. Dans le premier de ces contrats, le vendeur, débiteur de la chose vendue, qu'il est tenu de livrer, est créancier du prix stipulé; l'acheteur, débiteur du prix promis, est créancier de la chose vendue; chaque partie est créancière et débitrice, puisqu'il y a des obligations réciproques ¹.

44. Il résulte de là que tout contrat synallagmatique est nécessairement à titre onéreux; car du moment que chaque partie est à la fois créancière et débitrice, le contrat est intéressé de part et d'autre: l'intérêt de chaque partie consiste dans l'obligation qui incombe à l'autre. C'est pour cette raison que l'article 1106, voulant définir le contrat à titre onéreux, s'est laissé aller à donner la définition du contrat synallagmatique? Mais les deux classifications n'en restent pas moins distinctes; car, si tous les contrats synallagmatiques sont à titre onéreux, la proposition inverse n'est point exacte; un contrat peut être onéreux sans être synallagmatique. Tel est le cas du prêt à intérêt. Ce contrat est à titre onéreux, puisqu'il est intéressé de part et d'autre, chaque partie faisant un sa-

^{1.} Quelquefois, le caractère synallagmatique de la convention résulte de ce qu'on a réuni dans la même opération deux contrats dont chacun pris isolément est unilatéral. C'est ce qui a été jugé pour le contrat d'avances sur titres, à propos d'avances sur titres faites par la Banque de France.

L'avance, considérée isolément, est un simple prêt; c'est donc un contrat unilatéral: le seul obligé est l'emprunteur, tenu de restituer. D'autre part, le nantissement, considéré isolément, est aussi un contrat unilatéral; le seul obligé est le créancier gagiste, tenu après paiement de rendre la chose engagée. L'avance sur titre, ou prêt avec nantissement constitué comme garantie de paiement, est un contrat bilatéral. L'emprunteur est tenu de rembourser la somme qu'il a reçue du prêteur; celui-ci est obligé de restituer le gage. Voy. Cass. 8 mars 1887, D. P. 1887. I. 264, Sir. 1890.I.257 (note de M. Ch. Lyon-Caen).

^{2.} Suprà, nº 34.

crifice; mais il n'est pas synallagmatique, car il n'engendre d'obligation qu'à la charge de l'emprunteur. Les rédacteurs de l'article 1106 ont donc commis une mé-

prise certaine. Et cette méprise est reproduite dans d'autres textes. Nous avons signalé déjà ¹ l'article 1184; le mot « synal-« lagmatique » est pris dans le sens qu'y attache l'article 1106, et signifie, par conséquent, « à titre onéreux ». Nous reviendrons sur ce point à propos de l'article 1184. En ces matières, l'idée, telle qu'elle se dégage de la doctrine tradition-nelle, l'emporte sur les textes.

45. Dernière remarque. Dans certains cas, la distinction entre les contrats unilatéraux et bilatéraux est moins facile; par suite, on a été conduit à faire une sous-distinction parmi les contrats synallagmatiques. Les anciens auteurs, Pothier notamment2, disaient que les uns sont parfaitement synallagmatiques et les autres moins parfaitement; d'où la distinction faite de nos jours entre les contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits, distinction qui repose sur une observation exacte, mais qui expose à une méprise si l'on n'y prend pas garde, car les contrats dits synallagmatiques imparfaits sont, en droit, des contrats unilatéraux.

Le contrat vraiment synallagmatique, parfaitement synallagmatique, est celui d'où naissent, dès sa formation, des obligations réciproques ; il oblige immédiatement et dès lors nécessairement les deux parties. Tels sont, par exemple, la vente, l'échange, le louage. Dès la formation du contrat, le vendeur est tenu de livrer la chose, le bailleur de mettre le preneur en possession; d'autre part, l'acheteur et le preneur

sont tenus de payer le prix, le loyer convenus.

Le contrat est dit imparfaitement synallagmatique — et cela revient à dire, en droit, que le contrat n'est pas du tout synallagmatique, qu'il est unilatéral — quand, lors de sa formation, il n'oblige nécessairement qu'une seule des parties, l'autre partie étant seulement exposée à se trouver obligée plus tard, éventuellement, par suite d'un fait postérieur, de telle sorte que, pour celle-ci, le contrat est moins la source d'une obligation que l'occasion éventuelle de faire naître une obligation.

1. Suprà, nº 34.

^{2.} Traité des obligations, nº 9, 5º alinéa, — Introduction générale aux coutumes, nº 114, 2º alinéa.

Il en est ainsi, par exemple, dans le prêt à usage, le dépôt, le mandat et quelques autres contrats. Directement et immédiatement, une seule des parties est obligée; l'emprunteur est tenu de rendre, le dépositaire de conserver, le mandataire de remplir la mission acceptée. Eventuellement, il se peut que l'autre partie soit aussi obligée. C'est ce qui arrivera si l'emprunteur, le dépositaire, ont fait des dépenses pour la conservation de la chose prêtée ou déposée, ou bien s'ils ont souffert quelque préjudice par suite du contrat, si le mandataire a fait des frais pour l'accomplissement de sa mission (articles 1890, 1947, 1999). Le contrat oblige tout de suite et nécessairement l'une des parties; il n'oblige l'autre que plus tard et éventuellement. Pour employer une formule plus précise, il crée une obligation et en rend une autre possible.

L'observation est exacte. Toutefois, il ne faut regarder comme synallagmatiques, en droit, que les contrats qui le sont parfaitement. Les règles applicables aux contrats synallagmatiques ne sont applicables qu'aux contrats parfaitement synallagmatiques; elles ne le sont pas aux contrats qu'on appelle mal à propos synallagmatiques imparfaits et qui ne sont, en droit, répétons-le, que des contrats unilatéraux.

Une application pratique de cette idée se présente à propos

Une application pratique de cette idée se présente à propos de l'article 1325: « Les actes sous seing privé qui contiennent « des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'au- « tant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de « parties ayant un intérêt distinct. » Ce texte est-il applicable au mandat, au prêt à usage?

La même question se pose à propos de l'article 1184, qui sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à

ses engagements.

Nous dirons seulement, d'une manière générale, qu'il ne faut pas comprendre les contrats dits synallagmatiques imparfaits parmi les contrats synallagmatiques. Ils ne sont que des contrats unilatéraux, de sorte que les règles qui dérivent du caractère synallagmatique ne leur sont pas applicables.

La remarque n'est pas sans importance, car les mots en usage exposeraient à croire le contraire. En dépit des mots, la solution ne fait pas doute et résulte de textes formels. L'article 1102 dit en effet: « Le contrat est synallagmatique « ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent récipro« quement les uns envers les autres. » Or, les contrats dits imparfaitement synallagmatiques peuvent bien donner naissance, plus tard et éventuellement, à des engagements réciproques; mais on ne peut pas dire des parties qu'elles « s'obligent réciproquement », car cette expression implique l'idée d'un engagement pris au moment même où le contrat se forme. Pour déterminer la nature d'un contrat, il faut avoir égard à ce qui se passe au moment où il se forme; si le contrat est unilatéral ou synallagmatique à sa naissance, il ne saurait changer de nature par suite d'un fait postérieur ¹.

Cette observation permet de résoudre plusieurs questions que nous rencontrerons plus loin et que fait naître l'équivo-

que des termes.

46. Telles sont les trois classifications principales des contrats. Le chapitre I du titre *Des obligations* n'indique que celles-là, mais l'usage en ajoute trois autres. Signalons-les en quelques mots, uniquement pour fixer d'une manière précise le sens des termes en usage, afin de pouvoir ensuite les employer sans risque de méprise.

Les contrats ne sont pas seulement à titre onéreux ou gratuit, commutatifs ou aléatoires, unilatéraux ou bilatéraux; ils peuvent être encore: 1° nommés ou innomés; — 2° consensuels, réels ou solennels; — 3° principaux ou accessoires.

I. Contrats nommés ou innomés.

47. Les mots sont pris ici dans leur acception littérale la plus simple. Le contrat est nommé quand un nom spécial lui est affecté comme moyen de désignation: la vente, le louage, la société, le mandat, etc.; il est innomé quand il est dépourvu de dénomination propre et ne porte que la désignation générique de convention.

Cette distinction était fort importante dans le droit romain 2.

2. Voy. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1re édition, p. 569 et

sniv.

^{1.} Laurent, Principes, XV, p. 492. — Voy, dans le même sens Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 6.

Elle n'a plus d'utilité de nos jours, sauf peut-être celle qui est indiquée par l'article 1107 et qui est tout extérieure. Les contrats innomés, ou simples conventions ne sont soumis qu'aux règles qui forment la partie générale de la théorie des conventions; les contrats nommés sont soumis, en outre, à des règles qui leur sont propres. Cette observation, sans portée juridique, n'est que la constatation d'un fait 1.

II. Contrats consensuels, réels ou solennels.

- 48. Cette distinction est tirée des conditions nécessaires à la formation d'un contrat.
- 49. Le contrat est dit consensuel quand le seul consentement des parties suffit à le former, quand le contrat existe par cela seul qu'il y a concours des volontés, sauf à la partie qui l'invoque à en prouver l'existence comme elle le peut (article 1315).
- 50. Le contrat est ditréel quand la formation du contrat suppose, outre le consentement des parties, la remise, la tradition de la chose qui fait l'objet du contrat. Il se forme re, disaient les Romains, par la remise d'une chose 2 .

Il en est ainsi de tous les contrats d'où naît à la charge d'une des parties une obligation de restituer, de rendre. Il est clair qu'une telle obligation implique une remise préalable de la chose.

De ce nombre sont le prêt, le dépôt, le nantissement. L'emprunteur, le dépositaire, le créancier gagiste sont tenus de rendre. Or, on ne rend que ce qu'on a reçu. Donc ces contrats ne se comprennent que s'il y a eu remise: la promesse, même acceptée, de faire un prêt, de recevoir un dépôt, de donner une chose en gage, est une convention simple et ne constitue pas encore un prêt, un dépôt, un gage.

A quoi sert cette distinction? A rien. Elle est le résultat d'une analyse exacte des éléments des divers contrats, mais ne présente pas d'utilité pratique.

51. Le contrat est dit solennel, expression consacrée par l'usage, quand la formation du contrat est subordonnée, en outre du consentement, à l'accomplissement de certaines

^{1.} Suprà, nº 29.

² Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 489 et suiv.

solennités. La solennité consiste généralement dans la passation d'un acte écrit, rédigé dans certaines formes sans les-

quelles l'acte n'existe pas.

Dans les contrats non solennels, l'acte écrit n'est utile que comme moyen de preuve. Il intervient pour servir de preuve facile, ad probationem, comme on a coutume de dire. A défaut d'écrit, ou si l'écrit est nul, le contrat, qui existe sans l'écrit, pourrait être prouvé par tous autres moyens : témoignage, aveu, serment, etc.

Dans les contrats solennels subordonnés à la rédaction d'un écrit, l'écrit est exigé non seulement comme moyen de preuve, mais comme condition d'existence du contrat luimême. Il est exigé, dit-on, non ad probationem sed ad solemnitatem; d'où la dénomination de contrats solennels. Rien ne saurait alors remplacer l'écrit; on ne peut, à son défaut, recourir à aucune preuve subsidiaire, puisque, sans l'écrit, le contrat n'existe pas.

En principe, les contrats ne sont pas solennels; ils ne le sont que par exception. Sont solennels: la donation (article 931), le contrat de mariage (article 1394), la constitution d'hypothèque (article 2127) ¹, le mariage (article 165) ², l'adoption (article 353) ³, et quelques autres que nous rencontrerons chemin faisant.

III. Contrats principaux ou accessoires.

52. Le contrat principal est celui qui a une existence propre et indépendante, qui est fait pour lui-même, qui peut être conclu sans se rattacher à aucun autre. Le contrat accessoire est celui qui ne se comprend que comme annexe d'un autre, dont il assure l'exécution, et sans lequel, dès lors, il ne peut exister.

La vente, le louage, etc., sont des contrats principaux. Le contrat de mariage, le cautionnement 4, le nantissement 5, la constitution d'hypothèque 6 sont des contrats accessoires; pas

^{1.} Les sûrelés personnelles et réelles, tome II, p. 131.

^{2.} L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 355 et suiv.

^{3.} Ibid., tome II, p. 308.

^{4.} Les sûretés personnelles et réclles, tome I, p. 76.

^{5.} Ibid., p. 118.

^{6.} Ibid., tome II, p. 121.

de contrat de mariage sans mariage, de cautionnement sans une dette, de gage ni d'hypothèque sans une créance.

Cette distinction résulte encore d'une simple observation de fait. Elle présente cette utilité pratique que le sort du contrat accessoire est lié à celui du contrat principal; la nullité ou l'extinction de celui-ci entraîne la nullité ou l'extinction de celui-là. L'article 2012 fait une application directe de ce principe en matière de cautionnement : « Le cau- « tionnement ne peut exister que sur une obligation valable ... » D'autres applications sont faites par divers articles, notamment par les articles 1394 et 1395, au titre Du contrat de mariage.

53. N'insistons pas davantage sur cet ordre d'idées. C'est dans l'étude des règles qui forment le système des conventions, et à propos de chacune de ces règles que nous aurons à faire usage de toutes ces distinctions. Il suffit pour l'instant de les avoir établies en précisant le sens des termes qui servent à les énoncer

^{1.} Les súretés personnelles et réelles, tomé I, p. 77.

DEUXIÈME PARTIE

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS

54. Ces conditions sont indiquées par le chapitre II du titre

Des obligations (articles 1108 à 1133).

Les règles que contiennent les quatre sections de ce chapitre sont, en apparence, d'une simplicité presque banale. Mais l'application de ces règles exige parfois des analyses infiniment délicates. En ces matières, toutes les nuances théoriques se traduisent par des réalités pratiques.

55. Aux termes de l'article 1108, « quatre conditions sont « essentielles pour la validité d'une convention ». Le texte

dit: « essentielles ». Qu'est-ce que ce mot signifie?

Les conditions dont il s'agit sont essentielles d'abord en ce sens qu'elles sont nécessaires de droit commun, dans tous les cas, de quelque convention qu'il s'agisse. Elles sont essentielles aux conventions en général, par opposition à quelques autres conditions qui sont spéciales à certaines conventions.

Elles sont encore essentielles en ce sens qu'elles sont indispensables, de telle sorte que si l'une d'elles fait défaut, à plus forte raison si elles font toutes défaut la convention n'est pas valable. Elles sont essentielles, suivant la formule de l'article 1108, « pour la validité d'une convention ».

Ce n'est pas à dire qu'elles soient requises toutes et toujours avec le même caractère de nécessité, qu'elles soient toutes indispensables au même degré. Leur absence rend la convention tantôt nulle, tantôt simplement annulable, d'après des distinctions à faire plus tard. Mais elles sont essentielles à la validité des conventions « en ce sens que leur réunion « est indispensable pour que la convention soit exempte de « toute cause de nullité 1 ».

En résumé, elles sont essentielles à un double point de vue.

56. Pour embrasser le sujet dans son ensemble, nous allons nous occuper dans trois chapitres successifs: 1° des conditions communes à toutes les conventions, autrement dit de celles qui sont essentielles en ce sens qu'elles sont générales; — 2° de quelques conditions spéciales à certaines conventions, conditions non essentielles, puisqu'elles sont particulières à quelques contrats; — 3° de la sanction sous laquelle sont exigées ces conditions soit générales, soit particulières. Dans ce dernier chapitre, nous rencontrerons la distinction des contrats valables, annulables et nuls; cette distinction est un des points les plus importants et les plus délicats du sujet, et l'exposé de cette distinction fera nettement apparaître l'utilité pratique des développements présentés dans les deux chapitres précédents.

^{1.} Demolombe, Contrats, I, no 41.

CHAPITRE I

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ COMMUNES A TOUTES LES CONVENTIONS

57. L'article 1108 les énumère. Elles sont au nombre de

quatre.

58. La première est le consentement des parties. — Condition fondamentale. En effet, une convention consiste dans l'accord de deux ou plusieurs personnes et résulte de cet accord; par suite, elle suppose et implique l'adhésion des parties au projet formé, le concours de leurs volontés. C'est ce qu'on appelle le consentement.

L'article 1108 commet une méprise évidente en exigeant

seulement le consentement « de la partie qui s'oblige ».

D'abord, il y a des conventions qui n'engendrent pas d'obligations : celles qui créent ou transfèrent des droits réels, qui modifient ou éteignent des droits préexistants. Or le consentement des parties y est tout aussi nécessaire que dans les autres.

De plus, même dans les conventions qui donnent naissance à des obligations, ce n'est pas seulement le consentement « de la partie qui s'oblige », autrement dit du débiteur, qui est essentiel, mais aussi, et avec le même degré de nécessité, le consentement du créancier. En d'autres termes, il faut le concours et l'accord des volontés, par conséquent le consentement des deux parties.

Aucun doute n'est possible à cet égard. Si l'article 1108 ne parle que du consentement « de la partie qui s'oblige », cela tient à ce que ce consentement est le seul dont on puisse, au point de vue pratique, supposer l'absence; l'autre est sousentendu, car on consent aisément quand il ne s'agit que de devenir créancier. Quoi qu'il en soit, les deux consentements sont aussi essentiels l'un que l'autre.

L'observation est sans intérêt dans les contrats synallag-

matiques, où les deux parties se lient. En exigeant le consentement de celle qui s'oblige, l'article 1108 exige le consentement des deux.

Mais la remarque a toute sa portée dans les contrats unilatéraux, où l'une des parties seulement s'oblige. Son consentement n'est pas suffisant ; il faut en outre celui du créancier.

59. La seconde condition de validité commune à toutes les conventions est la capacité de contracter. — La capacité, au sens général du mot, est l'aptitude à être sujet d'un droit 1. Ici, c'est l'aptitude à contracter, en d'autres termes la faculté même de contracter. Pas de convention valable si les parties contractantes ne réunissent les conditions d'aptitude exigées par la loi.

Sur cette partie de l'article 1108, même observation que précédemment. Le texte commet une méprise évidente en exigeant seulement la capacité de la partie qui s'oblige: « sa « capacité de contracter » ; ici encore il faut généraliser et dire: la capacité de contracter des parties. Dans la donation, le donateur doit être capable de donner, le donataire de recevoir ; dans la vente, le vendeur doit être capable de vendre, l'acheteur d'acheter. Parfois, des conditions différentes d'aptitude sont exigées pour chacun des deux rôles. Réserve faite des détails, la capacité de l'une et l'autre partie est nécessaire.

60. La troisième condition requise par l'article 1108 est « un « objet certain qui forme la matière de l'engagement ». — Les conventions, dans leur variété infinie, sont pour l'homme le moyen de se procurer les choses qui lui sont ou nécessaires, ou utiles, ou agréables, en d'autres termes les biens, qui forment ainsi l'objet des conventions ². Pas d'obligation possible sans quelque chose que le débiteur promet et que le créancier stipule; pas de convention sans un objet à propos duquel les parties contractent et qui forme, comme dit l'article 1108, « la matière de l'engagement ».

Dans les contrats unilatéraux, où il n'y a qu'une obligation, l'objet de la convention se confond avec l'objet de l'obligation qui en résulte. Dans les contrats synallagmatiques, où il y a

^{1.} Voy. L'élat et la capacité des personnes, tome I, p. 98.

^{2.} Il faut prendre le mot biens dans son acception la plus générale, et non pas dans le sens restreint que revêt cette expression au livre II du Code civil (articles 516 et suivants). Le contrat peut avoir un objet d'ordre purement moral, comme cela a lieu, par exemple, en matière d'adoption.

plusieurs obligations, chaque obligation a son objet que le débiteur doit, auquel le créancier a droit, et les objets des obligations deviennent concurremment l'objet complexe de la convention. Dans la vente, l'objet de l'obligation du vendeur est la chose vendue : il doit la livrer ; l'objet de l'obligation de l'acheteur est le prix : il doit le payer ; la chose vendue et le prix promis forment l'objet nécessaire du contrat.

Ainsi, pas de convention, de même que pas d'obligation, sans objet. Si l'objet supposé n'existe pas, s'il n'est pas de nature à se prêter au but que les parties se proposent en

contractant, la convention ne saurait être valable.

61. L'article 1108 dit: « Un objet certain qui forme la ma-« tière de l'engagement. » Cette formule est encore inexacte. Le Code reste fidèle au point de vue auquel il s'est placé; il n'envisage les conventions que comme sources des obligations, ce qui lui fait confondre l'objet de la convention avec l'objet de l'obligation qui en découle. Comme il y a des conventions qui ne donnent naissance à aucune obligation, les termes de la loi doivent être généralisés; il faut dire: un objet certain qui forme la matière de la convention et qui devient, s'il en résulte deux ou plusieurs obligations, l'objet de l'obligation.

62. Enfin la quatrième condition requise par l'article 1108 est « une cause licite dans l'obligation ». — La notion est moins

claire, moins apparente.

On appelle cause l'intérêt juridique que les parties ont en vue, le but qu'elles visent et qui détermine leur volonté, le motif immédiat qui les décide à contracter. Pas de convention sans une prévision d'intérêt qui l'explique, sans un but que les parties visent, qui détermine leur volonté, qui explique les obligations contractées. Si le but est irréalisable, imaginaire ou illicite, la convention ne peut être valable. De là l'article 1131, qui n'est que la répétition de l'article 1108. L'article 1108 exige une cause licite; l'article 1131 ajoute; « L'obligation sans cause ou sur fausse cause, ou sur « cause illicite est nulle et de nul effet. »

63 Ainsi, il existe quatre conditions essentielles, c'est-àdire communes à toutes les conventions. Elles sont simples dans leur énoncé sommaire. Reprenons-les séparément pour pénétrer plus avant dans l'analyse.

SECTION I. - Le consentement.

64. Le Code y consacre les articles 1109 à 1122, formant la section I du chapitre II, au titre Des obligations.

Deux questions se posent.

1° En quoi le consentement consiste-t-il exactement?

2º A quelles conditions est-il valablement donné et lie-

t-il les parties?

Les articles 1109 à 1122 ne répondent qu'à la seconde de ces questions; ils ont trait aux vices du consentement, qui l'empêchent d'être valable. Ce qui est relatif à la première question est de pure théorie et a été abandonné, à tort ou à raison, à l'analyse doctrinale 4.

§ 1. — En quoi consiste exactement le consentement ?

65. Le mot « consentement » le révèle assez. Consentir, c'est acquiescer à quelque chose. Le consentement est l'adhésion des parties, qui se manifeste d'un côté par l'offre, de l'autre

par l'acceptation de cette offre.

66. Aussi, le consentement ne doit-il pas être confondu avec la convention. Il est seulement un des éléments de la convention. C'est l'échange et la réunion des consentements qui forment la convention; quant au consentement luimème, il est chose individuelle, il émane de chaque partie et s'apprécie séparément au regard de chacune d'elles.

On le définit quelquefois: l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point ². Mais c'est confondre le consentement avec la convention. Le consentement est un fait individuel; il consiste dans l'adhésion respective résultant de l'offre de l'une des parties et de l'acceptation de l'autre. La convention est le résultat de la rencontre et de l'échange des consentements.

^{1.} Les notions qui vont être réunies relativement au consentement ne sont pas spéciales aux conventions. Le consentement se retrouve comme condition de validité de tous les actes qui sont une manifestation de la volonté de l'homme; les développements qui suivent sont donc généralement applicables à tous ces actes.

 $^{2.\,}Sic$: Baudry-Lacantinerie, $\mathit{Prc\'eis}$, 6° édition, II, n° 16.— L'auteur ajoute que le consentement est nécessairement un acte bilatéral, à la différence de la volonté qui est un acte unilatéral.

67. Ainsi compris, le consentement ne doit pas non plus être confondu avec sa manifestation. Engénéral, l'expression du consentement, sa manifestation extérieure, n'est soumise à aucune forme. Il peut être exprès, autrement dit donné par écrit, par parole, par signe; il peut être tacite, en d'autres termes résulter de faits ou d'actes qui le supposent et l'impliquent (articles 1759 et 1985). Peu importe le mode de manifestation. Ce qui constitue le consentement, c'est l'adhésion intellectuelle, mentale; qu'il soit donné d'une manière ou d'une autre, pourvu qu'il existe, cela suffit, au moins en principe.

68. On dit quelquefois, en ce sens, que le silence peut valoir consentement. Cette manière de voir est contestable. Celui qui garde le silence ne manifeste évidemment aucune volonté, si ce n'est celle de ne pas prendre parti; par conséquent, il n'est pas lié ¹. Néanmoins, les circonstances qui accompagnent le silence peuvent lui donner une signification et une portée qu'il n'a pas par lui-même, de telle sorte qu'il vaille consen-

tement tacite.

Quand en est-il ainsi? C'est une question de fait. D'une façon générale, le silence vaut ou, plus exactement, implique consentement quand il est gardé par quelqu'un qui est mis en demeure de répondre et obligé par là de répondre. Alors, mais alors seulement, on peut dire exactement: Qui ne dit mot consent ².

Le mandat offre, à cet égard, un exemple frappant. Le fait d'agir au nom d'autrui, quand on a reçu pouvoir, implique un contrat de mandat; le fait de s'immiscer dans les affaires d'autrui, d'agir pour autrui sans avoir reçu pouvoir, constitue une gestion d'affaires. Or, le mandat et la gestion d'affaires sont soumis à des règles différentes sous plusieurs rapports. Le fait d'agir pour une personne sans avoir reçu d'elle un pouvoir mais sans qu'elle s'y oppose, alors qu'elle connaît la gestion et pourrait s'y opposer, constitue un mandat tacite. Il y a consentement implicite résultant

^{1.} Cass. 25 mai 1870, D. P. 1870.I.257, Sir. 1870.I.341.

^{2.} Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 343, p.483 et 484, — Laurent, Principes, XV, n° 483, — Guillouard, Vente, I, n° 15 et suiv., — Bufnoir, Propriété et contrat, XXXII° leçon, p. 465; — Pau 16 juillet 1852, D. P. 4854.II. 205, Sir. 1852.II.417, — Bruxelles 25 février 1867, D. P. 1867.II.193, Sir. 1868.II.182, — Lyon 27 juin 1867, D. P. 1867.II.193, Sir. 1868.II.182.

du silence gardé. Quand la personne que la gestion intéresse ne s'oppose pas à cette gestion bien qu'elle la connaisse, son silence est considéré comme un consentement; donc il y a contrat de mandat.

L'usage commercial offre, au même égard, de nombreux exemples, à l'occasion des correspondances entre marchands. En général, nul n'est tenu de répondre aux lettres qu'il reçoit; cependant, entre personnes qui sont en relations habituelles d'affaires, le défaut de réponse pendant un certain temps à des offres faites ou à des ordres donnés peut être considéré comme impliquant un consentement ¹. Il y a même certains négoces dans lesquels il est d'usage que les lettres portent cette mention: « Faute de réponse dans tel « délai, les offres seront considérées comme acceptées. » L'habitude fait loi; le fait de n'avoir pas répondu dans les délais qui sont d'usage vaut consentement. Ce ne sont là que des cas particuliers de consentement tacite, à juger en fait ².

69. Réserve faite des nuances d'espèces, le principe reste acquis. Le consentement est l'adhésion intellectuelle; l'expression de ce consentement n'est soumise à aucune forme; il peut être exprès, tacite ou implicite.

70. La règle ainsi posée comporte deux exceptions.

Première exception. — Dans quelques cas, le consentement n'est considéré comme acquis que quand il a été donné sous une forme déterminée, quelquefois même quand il a été donné dans un acte rédigé sous certaines conditions. Le consentement ne suffit pas ; la constatation du consentement dans les formes légales est indispensable. Il en est ainsi pour les contrats dits solennels, dans lesquels il n'y a rien de fait tant que les solennités exigées par la loi n'ont pas été accomplies.

La loi se montre plus exigeante encore pour les donations. Non seulement il faut un acte en forme; il est nécessaire, en outre, que l'acceptation soit expresse (article 932).

Seconde exception. - Dans d'autres cas, sans exiger un acte

^{1.} En ce sens: Bordeaux 3 juin 1867, D. P. 1867.II.166, Sir. 1868.II.183, — Aix 12 avril 1872, D. P. 1873.V.315, — Montpellier 3 juillet 1885, Pandectes françaises, 1886.II.104, Sir. 1886.II.56.

^{2.} Les juges du fond ont, à cet égard, un pouvoir d'appréciation souverain : Cass. 15 avril 1874, D. P. 1875.I.356, Sir. 1874.I.432, — 3 mars 1880, D. P. 1880.I.455, Sir. 1881.I.123.

en forme, en d'autres termes sans donner au contrat le caractère de contrat solennel, la loi n'admet que le consentement exprès; les parties ne seraient pas admises à établir le consentement par voie d'induction, ce qui exclut le consentement tacite. Il en est ainsi en matière de subrogation (article 1250-1°), de novation (article 1275), de renonciation à communauté (article 1457), de cautionnement (article 2015) 1.

71. Mais ce sont là des exceptions. La règle générale est celle que nous avons formulée. Le consentement consiste dans l'adhésion au projet conçu; peu importe la forme en laquelle cette adhésion est donnée: il y a contrat dès que les volontés, de quelque manière qu'elles soient exprimées, se rencontrent et concourent.

De là, deux conséquences pratiques à relever.

72. Première conséquence. — Rien ne s'oppose à ce que les consentements soient échangés, dès lors à ce que le contrat se forme entre personnes non présentes, par procureur, par correspondance, par dépèche télégraphique, par téléphone. En effet, les volontés peuvent se rencontrer de loin. Le contrat est constitué par le concours des consentements; dès qu'il y a, en fait, adhésion réciproque des parties au projet, ces parties fussent-elles éloignées, l'élément intellectuel du consentement existe, et par conséquent le contrat est formé.

Il n'y a guère qu'un contrat qui fasse exception à cette règle; c'est le mariage. La loi exige que les deux parties soient présentes, et le consentement ne peut résulter que de la réponse faite à la question posée par l'officier de l'état civil (article 75) ². Mais c'est là une dérogation au droit commun. En principe, il n'est pas nécessaire que les consentements soient échangés directement par les parties, ni que les parties soient présentes; dès qu'il y a concours des adhésions, il y a contrat.

73. Seconde conséquence. — Il n'est pas nécessaire, pour que le contrat se forme, que l'offre et l'acceptation soient concomitantes; les volontés peuvent n'intervenir que successivement. Ce qui constitue le consentement et réalise la convention, c'est la rencontre et le concours des deux adhésions. Au cas où l'offre et l'acceptation ne sont pas conco-

^{1.} Les súretés personnelles et réelles, tome I, nº 90.

^{2.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 315.

mitantes, le contrat se forme et lie les parties au moment et dès le moment où l'acceptation se joint à l'offre. Jusque-là il n'y a que des pourparlers; aussitôt le concours acquis, il y a contrat.

14. Le principe n'est pas douteux. L'application de ce orin ipe soulève trois questions, qui sont à la fois délicates

et très pratiques :

1º Quand l'offre et l'acceptation ne sont pas concomitantes, jusqu'à quand l'acceptation peut-elle intervenir utilement?

2º Dans quelle mesure et jusqu'à quand, lorsque l'offre et l'acceptation ne sont pas concomitantes, l'offre peut-elle être rétractée, retirée par celui qui l'a faite ?

3º Quel est au juste, toujours dans le même cas, le moment

où le contrat se forme?

Les trois questions se présentent dans la même hypothèse de fait. Elles se tiennent de très près.

Première question.

75. Jusqu'à quel moment, l'acceptation, quand elle n'a pas été concomitante à l'offre, peut-elle se joindre utilement à

celle-ci pour former le contrat?

Un propriétaire offre de vendre son immeuble pour un prix déterminé; il y aura vente le jour où l'acheteur aura accepté; jusqu'à quand peut-il le faire? A l'inverse, une personne a offert d'acheter un immeuble pour un prix déterminé; il n'y aura vente que quand le propriétaire aura consenti ; jusqu'à quand peut-il consentir?

En principe, l'acceptation peut intervenir tant que l'offre tient et subsiste, tant qu'elle n'est pas rétractée par son auteur. Il est clair que l'acceptation se produirait vainement après la rétractation, car il n'y aurait plus alors rencontre de volontés, donc pas de concours de consentements et, par

suite, pas de contrat.

Si un délai est indiqué, l'acceptation peut intervenir tant qu'il n'est pas expiré, mais jusque-là seulement 1. A ce moment, l'offre cesse de plein droit; l'acceptation se manifesterait vainement après l'expiration du délai ; le contrat ne se formerait pas.

Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343, p. 482, — Laurent, Principes, XV,
 546; — Bruxelles 25 février 4867, D. P. 1867. II. 193, Sir. 4868.II.182.

Si aucun délai n'est indiqué, l'acceptation peut se produire tant que l'offre n'est pas révoquée, tant que l'auteur de

l'offre v a persévéré.

Que l'offre ait été faite avec ou sans délai, il faut, pour que l'acceptation puisse être utilement faite, pour que les consentements se rencontrent et que le contrat se forme, que l'auteur de l'offre ait conservé, au moment où survient l'acceptation, la capacité de contracter; car le contrat ne se réalise qu'alors. Si donc l'auteur de l'offre est devenu incapable lorsque l'acceptation se produit, celle-ci ne pourra plus se joindre utilement à l'offre; il n'y aura pas rencontre et concours efficace des volontés, et le contrat ne se formera pas.

Ajoutons que les offres sont personnelles. Les droits acquis passent aux héritiers, mais non les offres, qui ne sont qu'une expression de volonté. Par conséquent, la mort de l'auteur de l'offre rendrait vaine toute acceptation ultérieure ; de même, les héritiers de celui à qui les offres ont été faites ne peuvent pas les accepter 1. En d'autres termes, quand l'offre et l'acceptation ne sont pas concomitantes, l'acceptation ne peut plus intervenir utilement quand l'offre a cessé de tenir; d'où cette conséquence, que la mort d'une des deux parties rend désormais impossible la formation du contrat, puisque l'une d'elles a perdu l'aptitude à être sujet de droit.

L'article 932 fait application de ces idées en matière de

donations, quand il décide que l'acceptation peut être faite, du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique.

76. De ces principes résultent parfois, dans la pratique, des difficultés embarrassantes, notamment dans deux cas.

a) D'abord en matière de donations. — La Cour de cassation a été appelée à statuer sur l'espèce suivante. Un Evêque de Périgueux avait donné à cette ville une somme de 30.000 francs à charge d'entretenir une école congréganiste, en stipulant qu'au cas où la condition cesserait d'être remplie la somme donnée serait dévolue à la mense épiscopale. La ville accepta la donation; mais le donateur mourut avant que la mense épiscopale eût accepté le bénéfice éventuel de la libéralité. Plus tard, l'école fut laïcisée, et la mense demanda à recueil.

^{1.} Laurent, Principes, XV, p. 549, - Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 343. p. 483.





lir la donation en invoquant la clause qu'elle contenait. La Cour de Bordeaux admit cette prétention, alléguant que la libéralité constituait non une donation proprement dite, mais une stipulation pour autrui qui échappait aux prescriptions de l'article 932. Mais la Cour de cassation cassa l'arrêt de Bordeaux, estimant qu'il y avait, en l'espèce, deux vocations successives et distinctes, et que la seconde ne pouvait plus produire effet faute d'avoir été acceptée par le bénéficiaire éventuel du vivant du donateur ¹.

b) En matière d'assurances. — Un mari contracte une assurance sur la vie et stipule que l'indemnité sera, après sa mort, payée à sa femme ou à une personne quelconque déterminée. Le contrat d'assurance intervient entre le mari assuré et la Compagnie assureur; la clause qui stipule que l'indemnité sera payée à la femme est une stipulation pour autrui, valant donation indirecte au profit de la femme. Celle-ci peut-elle accepter utilement après le décès du mari afin que le rapport de droit se forme? Théoriquement non. Il le faut bien, cependant, pour que le résultat cherché se produise. Nous verrons plus loin, à propos de l'article 1121 relatif aux stipulations pour autrui, par quelle combinaison juridique la jurisprudence a tourné la difficulté.

Deuxième question.

77. Dans quelle mesure et jusqu'à quand l'auteur de l'offre peut-il la rétracter, de telle sorte que l'acceptation interviendrait ensuite vainement?

Puisque c'est l'accord des volontés qui lie les parties, l'offre à elle seule, tant qu'elle n'a pas été acceptée, n'oblige pas celui qui l'a faite; dès lors, elle peut être rétractée jusqu'à l'acceptation. On donne traditionnellement, en droit, le nom de pollicitation à l'offre pendante non encore acceptée; et il est de principe que la pollicitation n'oblige pas, que, par suite, elle peut être retirée, à moins que l'acceptation survenant ne la transforme en contrat.

La raison est simple et décisive. L'obligation a pour corrélatif nécessaire un droit qui permet d'en exiger l'accom-

Cass. 4er mai 1894, D.P. 1895.I.69, Sir. 1896.I.31, Pandectes françaises, 1895.I.391. — Cpr. Cass. 10 décembre 1894, D. P. 1895.I.329, Sir. 1898.I. 437, Pandectes françaises, 1896.I.213.

plissement; il n'y a pas d'obligation, légalement parlant, sans droit correspondant; on ne contracte pas tout seul, on ne se lie pas soi même, on ne crée pas contre soi un droit pour autrui; par conséquent, l'offre non acceptée n'oblige pas, et elle peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée.

78. Peut-elle être retirée aussitôt faite? Il est généralement admis qu'une offre sérieusement faite implique un délai tacite, un délai moralement suffisant pour qu'on puisse l'accepter, qu'elle ne peut, dès lors, être rétractée inconti-

nent 1.

Cette solution est difficile à justifier en principe. Aux termes de l'article 1101, le lien ne se forme que par le concours des volontés, quand le consentement sollicité est venu se joindre à celui qui est donné; jusque-là il n'y a que des pourparlers. Il pourrait y avoir lieu à des dommages-intérèts s'il était établi, en fait, que la rétractation a été intempestive et qu'il en est résulté un préjudice (article 1382) ². Mais, sous cette réserve, il n'y a lien qu'autant qu'il y a eu prise de droit par un tiers, en d'autres termes acceptation de l'offre; jusque-là, il n'y a pas de droit pour l'un, donc pas de lien pour l'autre. Dès lors, la pollicitation peut être immédiatement retirée; offre non acceptée n'oblige pas.

79. Toutefois, la règle ainsi formulée est trop absolue. On reconnaît, en fait, trois sortes de pollicitations, qui produisent des effets différents au point de vue de la question de savoir jusqu'à quand la pollicitation peut être rétractée: la pollicitation simple, la pollicitation avec terme, la pollicitation

collective.

80. La pollicitation simple est celle qui n'est accompagnée d'aucun élément susceptible d'en modifier la portée naturelle: j'offre de vendre, j'offre d'acheter. C'est d'elle qu'il est exact de dire qu'elle n'oblige pas, qu'elle peut être utilement retirée tant que l'acceptation n'est pas intervenue pour la transformer en contrat: offre simple non acceptée n'oblige pas.

81. La pollicitation avec terme est celle qui donne un délai

1. Demolombe, Contrats, I, nº 66.

^{2.} Cette thèse, qui était déjà celle de Pothier (Traité de la vente, n° 32), est reproduite par les commentateurs du Code civil: Aubry et Rau, 5° édition, lV, § 343, p. 483, — Laurent, Principes, XV, p. 554, — Demolombe, Contrats, I, n° 71.

pour accepter. Elle lie le pollicitant et vaut engagement de sa part; l'offre, même avant toute acceptation, oblige par l'intervention du terme donné; l'auteur de l'offre s'est mis à la disposition d'autrui pendant le temps déterminé. J'offre de vendre, j'offre d'acheter; et je donne à la contre-partie un laps de temps pour se décider. Si celui à qui l'offre a été faite prend acte du délai, pas de doute; il se forme une convention quant au maintien de l'offre pendant le délai. L'usage va plus loin et admet que le pollicitant, même s'il n'a pas été pris acte de l'offre, ne peut pas la retirer pendant la durée du délai; par contre, l'offre tombe de plein droit à l'expiration du délai et est tenue pour retirée par cela seul que le délai est écoulé.

La solution est assurément pratique et conforme à l'intention vraisemblable des parties. Toutefois, elle est difficile à justifier en théorie. Comment admettre qu'une personne puisse se lier elle-même et elle seule, de façon qu'il en résulte un droit pour autrui, un engagement et un lien, en dehors de toute acceptation de l'offre intervenue. Pour expliquer cet effet attaché à la pollicitation avec terme, tout ce qu'on peut dire, c'est que celui à qui l'offre est faite doit être considéré comme en ayant pris acte immédiatement, comme ayant accepté immédiatement cette partie de la proposition qui est tout à son avantage; il y a, dès lors, acceptation de l'offre comme telle, avant qu'il y ait accord, consentement échangé quant au contrat proposé.

C'est de pratique courante 2.

82. Enfin la pollicitation collective est celle qui est faite non à une personne déterminée, mais à tout le monde. On la considère comme valant engagement par elle-même.

Les exemples sont nombreux.

Je promets une récompense à celui qui trouvera et me rapportera un objet que j'ai perdu. Cette offre est regardée

2. Voy. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 343, p.481 et 482, notes 12 et 14, -

Laurent, Principes, XV, nos 476 et 477.

^{1.} En ce sens: Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 343, texte et note 14, — Lyon 27 juin 1867, D. P. 1867. II. 194, Sir. 1868. II. 182, — Bordeaux 29 janvier 1892, D. P. 1892. II. 390,

Toutefois, l'offre faite par l'entremise d'un mandataire ne pourrait être rétractée, si l'acceptation était parvenue au mandataire avant l'expiration du délai imparti, quand même le mandataire n'aurait pu en aviser son mandant qu'après ce délai : Cass. 2 février 1885, D. P. 1885. I. 293.

comme liant celui qui la fait, comme acceptée tacitement par tous ceux qui sont dans le cas prévu. Par conséquent, celui qui trouve l'objet et me le rapporte aura un droit proprement dit, sanctionné par une action.

Une entreprise de transports annonce qu'elle transportera des marchandises dans telles conditions, d'après tel tarif. Elle est tenue au regard de ceux qui se présentent pour

employer ses services.

Une société émet des actions, ouvre une souscription.

Elle n'a pas le droit de refuser tel ou tel souscripteur.

Un marchand annonce au public ses conditions de vente. Il ne peut pas refuser de traiter avec les personnes qui se présentent pour acheter. Il y a lien; l'offre ou pollicitation collective vaut engagement.

La jurisprudence abonde en décisions d'espèces 1.

Cette solution est encore plus difficile à expliquer en théorie. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le pollicitant — ce sont les expressions consacrées par les décisions judiciaires — s'est constitué, dans la mesure et les conditions annoncées, en état permanent d'offre vis-à-vis du public, qu'il s'est mis de la sorte à sa disposition, et lié par là même, que chacun est censé avoir pris acte de cette partie de la convention à intervenir, de telle sorte que l'offre est acquise à qui veut en profiter.

83. La formule d'après laquelle la pollicitation n'est pas un engagement comporte donc quelques réserves. La règle « offre non acceptée n'oblige pas » ne s'applique qu'à la pollicitation simple ; elle est sans application soit à la pollicitation avec terme, soit à la pollicitation col-

lective.

84. En résumé, le consentement ne lie qu'autant qu'il a rencontré un autre consentement concourant avec lui pour former le contrat. Il existe cependant des cas, et leur nombre va croissant, où le consentement lie par lui-même et est à lui seul une source d'obligations. Il y a une doctrine, en voie

^{1.} Voy. Aix 8 février 1853, D. P. 1855. II. 329, Sir. 1853. II. 261, — trib. de la Seine 5 janvier 1869, D. P. 1869. III. 14, Sir. 1869. II. 24, — Bordeaux 8 mars 1881, D. P. 1882. II. 208, Sir. 1882. II. 63. — Cpr. Laurent, Principes, XV, p. 544, — Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 3° édition, III, n° 22 et 563.

de formation, qui mériterait une étude spéciale, d'après laquelle le simple consentement, en dehors de la convention. est une source d'obligations 1.

Sous ces réserves, la règle subsiste. L'offre peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée, tant que l'accepta-

tion ne l'a pas transformée en contrat.

Troisième question.

85. Quand l'offre et l'acceptation ne sont pas concomitantes, à quel moment précis le contrat se forme-t-il? Ce point reste incertain. Le contrat se forme-t-il à l'instant même où l'acceptation intervient en fait? Se forme-t-il seulement à l'instant où l'acceptation parvient à la connaissance de l'auteur des offres? Ou bien se forme-t-il à un autre moment? La question peut, selon les circonstances, présenter un grand intérêt.

Il est un cas où les textes sont formels: c'est en matière de donations. Aux termes de l'article 932 alinéa 2, « L'accep-« tation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte « postérieur et authentique dont il restera minute; mais « alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que « du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura « été notifié ». Ainsi, la donation acceptée par acte postérieur produit effet non du jour où l'acceptation intervient, mais du jour où elle est notifiée au donateur.

Est-ce là une particularité d'un contrat qui en présente

^{1.} Voy. sur cette doctrine Bufnoir, Propriété et contrat, XXXIIIe lecon, p. 473 et suiv. - Cpr. René Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français (Paris, Giard, 1891). Cette doctrine a pris naissance en Allemagne et a été importée en France sous l'influence des travaux suscités par la préparation du Code civil allemand.

Le nouveau Code civil allemand considère les simples déclarations unilatérales de volonté, offre ou acceptation, comme ayant certains effets juridiques par elles-mêmes, et sans qu'il soit besoin d'une intervention du bénéficiaire. Voyez Saleilles, De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, p. 118 et suiv. (Paris, Pichon, 1901). - Le Code civil allemand introduit une autre innovation qui se rattache aux théories que nous étudions en ce moment. D'après ce Code, le fondement de l'acte juridique est la déclaration de l'agent qui veut, et non la volonté que cette déclaration prétend traduire. Voy. Saleilles, ibid., p. 460 et suiv.; - cpr. les comptes rendus de l'ouvrage de M. Saleilles par MM. Meynial (Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 545 et suiv.), et Tissier (Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1902).

beaucoup d'autres? Est-ce, au contraire, le droit commun?

Un certain nombre d'auteurs' tiennent pour cette dernière opinion, qui a été parfois consacrée par la jurisprudence 2. Le contrat se formerait non point par l'acceptation et à la date de cette acceptation, mais par le fait que l'acceptation des offres parvient à la connaissance de leur auteur et seulement à la date où cette acceptation lui parvient; jusque-là tout resterait en suspens.

Cette doctrine est contestable. L'article 932 consacre une règle spéciale aux donations. En effet, un contrat est le résultat d'un concours de volontés; or il y a concours de volontés dès que l'acceptation est intervenue, sans qu'il importe de savoir si l'acceptation a été connue ou non de l'auteur des offres; par conséquent, de droit commun, le contrat existe dès que l'acceptation s'est jointe à l'offre, sauf à prouver cette coexistence quand elle est contestée 3.

86. La question s'est surtout posée en pratique à propos des contrats conclus par correspondance. Supposons une vente négociée par correspondance. A quel moment, au juste, le contrat se forme-t-il? A quel moment les effets du contrat se produisent-ils?

Les intérêts de la question ainsi posée sont multiples. Contentons-nous d'en signaler quatre.

Premier intérét.

87. Supposons l'hypothèse suivante. L'offre est faite le 1er février ; celui à qui elle est adressée l'accepte le 2 ; la lettre contenant l'acceptation n'est remise au domicile de l'auteur des offres que le 3; or, à ce moment, l'auteur des offres vient de mourir. Le contrat s'est-il formé?

leans 26 juin 1885, D. P. 1886.II.135, Sir. 1886.II.30.

^{1.} En ce sens : Delamarre et Le Poitevin, Traité de Droit commercial, I, nº 107, et IV, nº 14, - Laurent, Principes, XV, p. 550.

^{2.} Bourges 19 janvier 1866, D.P. 1866. II. 64, Sir. 1866. II. 218, - Bruxelles 25 février 1867, D. P. 1867. II. 193, Sir. 1868. II. 182, - Lyon 29 avril 1875, Sir. 1875. II.263, - Chambery 8 juin 1877, D. P. 1878.II.113, Sir. 1877.II.252, - Or-

^{3.} En ce sens: Demolombe, Contrats, I, nos 72 et suiv., - Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 486, — Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité des obliga-tions, n° 37, — Bufnoir, Propriété et contrat, p. 477. — Cpr. Paris 30 mars 1889, Le Droit du 15 avril 1889, - Poitiers 21 janvier 1891, D. P. 1892, II. 250 (note de M. Glasson), — Lyon 12 avril 1892, D. P. 1893.II.324, — Limoges 2 mars 1894, D. P. 1895.II.257, — Chambéry 19 mai 1896, D. P. 1898.II.114, — Cass. 17 janvier 1898, D. P. 1898.I.79, — tous arrêts rendus à propos du quatrième intérêt de la question.

Oui, semble-t-il, car les deux volontés ont coexisté et se sont rencontrées en temps utile ; c'est de leur rencontre qu'est résultée la convention ; ce qui a pu se passer depuis est sans importance. Il y a contrat définitivement formé au moment où l'acceptation s'est produite, de telle sorte que l'acceptation a cessé d'être un simple projet pour devenir une réalité. Pourquoi serait-il nécessaire que la connaissance de cette acceptation soit arrivée à l'auteur des offres?

Deuxième intérêt.

88. Aux termes de l'article 1138, « l'obligation de livrer la « chose 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 ». Primus fait une offre de vente ; Secundus l'accepte. Supposons que la chose périsse pendant le temps qui s'écoule entre l'acceptation par Secundus et le moment où cette acceptation vient à la connaissance de Primus. Périt-elle pour l'acheteur ou pour le vendeur? Si le contrat s'est formé, elle périt pour l'acheteur ; si non, elle périt pour le vendeur. Il semble bien qu'elle périsse pour l'acheteur ; la formation d'un contrat est une opération toute juridique, et il suffit que les deux volontés aient concouru pour que le contrat existe.

Troisième intérêt.

89. Malgré l'acceptation, l'auteur d'une offre peut-il la retirer si la notification de cette acceptation n'est pas arrivée à sa connaissance?

Il faut évidemment répondre par la négative si l'on admet que la coexistence des deux volontés suffit à la formation du contrat. L'affirmative s'impose, au contraire, si l'on admet que le contrat se forme seulement lorsque l'acceptation des offres parvient à la connaissance de celui qui les a faites.

Quatrième intérêt.

90. Il se rattache à une question de compétence. Et c'est surtout à propos de cet intérêt-là que la jurisprudence a eu à se prononcer.

Aux termes de l'article 420 du Code de procédure, le demandeur peut assigner le défendeur devant le tribunal « dans « l'arrondissement duquel la promesse a été faite ». Or à quel endroit un contrat par correspondance se forme-t-il ? Si on le tient pour conclu dès que l'acceptation intervient, il se forme là où l'acceptation est donnée, dans le lieu d'où la lettre d'acceptation est datée. Si on le tient pour conclu seulement par la réception de l'acceptation, il se forme dans le lieu d'où est partie la lettre d'offre et où est parvenue la lettre d'acceptation. Distinction subtile, mais absolument logique.

91. La question est très discutée 1.

Beaucoup soutiennent que le contrat ne se forme qu'au moment où l'auteur des offres sait qu'elles sont acceptées. Jusqu'à ce moment, dit-on, les volontés coexistent, elles ne concourent pas; le concours n'a lieu que quand les deux volontés sont conscientes de coexister ².

Mais cette manière de voir repose sur une confusion. Ceux qui la soutiennent matérialisent le droit et confondent le consentement avec sa manifestation extérieure, comme si les deux choses n'étaient pas profondément distinctes 3.

Plusieurs textes, d'ailleurs, prouvent que la coexistence des consentements suffit à former le contrat.

Tel est l'article 1121, relatif à la stipulation pour autrui. Aux termes de cet article, celui qui a fait une stipulation pour autruine peut plus la révoquer si le tiers bénéficiaire « a déclaré vouloir en profiter ». Le texte n'exige pas que la déclaration soit parvenue à la connaissance du stipulant.

Tel est aussi l'article 1985: « L'acceptation du mandat peut « n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été « donnée par le mandataire. » Le texte n'exige pas que le mandant ait connaissance de cette exécution du mandat par le mandataire.

La solution n'est guère contestable.

^{1.} D'après la Cour de cassation (6 août 1867, D. P. 1868.I.35, Sir. 1867. I.400), la question dont il s'agit serait une question de fait plutôt que de droit: « Le lieu où la promesse a été faite, dit la Cour, est fixé par le « moment où le contrat est devenu parfait entre les parties ; dans les conven-

[«] tions qui se lient par correspondance entre négociants, la fixation de ce « moment est une question de fait plus qu'une question de droit, en ce sens

[«] que la solution de cette question peut varier selon les circonstances particu-« lières de chaque espèce, de telle sorte que les juges du fond sont nécessaire-

[«] ment investis, en cette matière, d'un pouvoir très étendu d'appréciation. »

2. Voy. les auteurs, et les arrêts cités aux notes 1 et 2 de la page 47.

^{3.} Suprà, nº 66.

92. Il faut seulement remarquer que l'acceptation se produit non pas au moment où la personne à laquelle l'offre a été faite a la pensée d'accepter, mais au moment où l'acceptation intervient véritablement, c'est-à-dire quand se réalise un fait d'où résulte que l'homme n'est plus maître de sa pensée. L'intention, la volonté même d'accepter n'est pas une acceptation; ce n'est encore qu'un propositum in mente retentum; elle ne vaut acceptation qu'autant qu'elle est devenue extérieure et s'est manifestée, de telle sorte que l'auteur n'en soit plus maître 1.

Par exemple, une société émet des actions. C'est une pollicitation collective. Un capitaliste a l'intention arrêtée de souscrire un certain nombre de ces actions ; il accepte dans sa pensée. Le contrat n'existe pas encore; il ne se formera que quand le capitaliste aura réalisé son intention, c'est-à-dire

effectué sa souscription 2.

Autre exemple. Le porteur d'une lettre de change la présente à l'acceptation; le tiré a l'intention d'accepter et, par là, de se lier. Cela n'est pas l'acceptation. Il écrit sur l'effet: " accepté ». Y a-t-il eu acceptation? Oui, faut-il dire; car il y a plus que la volonté d'accepter, il y a la volonté manifestée, c'est-à-dire l'acceptation. Cependant, la jurisprudence se prononce en sens contraire et décide qu'il n'y a droit acquis que par la remise de l'effet au porteur, car jusque-là le tiré reste encore maître de biffer l'acceptation 3.

§ 2. - A quelles conditions le consentement est-il valablement donné et lie-t-il les parties ?

93. Ce côté du sujet est celui dont le texte s'occupe spécialement. Les règles qui viennent d'être exposées sont de pure doctrine.

Les conditions auxquelles est subordonnée l'efficacité du consentement sont au nombre de trois. Deux d'entre elles

2. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit avisé que des actions lui sont attri-

buées. - Secus, Laurent, Principes, XV, p. 553.

^{1.} L'acceptation peut se produire d'une manière quelconque, de même que dans les contrats entre parties présentes. Voy. suprà, nº 67.

^{3.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité théorique et pratique, 3º édition, IV, nº 215. - Cpr. trib. de com. de la Seine 5 novembre 1884, Journal des Tribunaux de commerce, 1885, p. 126, - Paris 30 novembre 1891, D. P. 1892.II. 94, Pandectes françaises, 1892.II.153.

résultent des simples données du bon sens ; la troisième fait l'objet de quelques dispositions précises.

Première condition.

94. Pour que le consentement soit efficace, en d'autres termes pour qu'il lie celui qui le donne et forme le contrat une fois que les volontés ont concouru, il faut d'abord — ce qui peut paraître superflu à dire — que les parties, en donnant leur consentement, aient eu l'intention sérieuse de se lier. Ce qui est essentiel d'après l'article 1108, c'est le consentement « de la partie qui s'oblige », qui entend s'obliger et se lier. Le simple bon sens dit assez que le consentement — qu'il s'agisse d'offre ou d'acceptation — ne lie pas, ne forme pas convention, s'il est donné dans une intention autre que celle de s'obliger.

Ainsi, un prospectus lancé dans le public porte: « J'offre « 100.000 francs à celui qui prouvera qu'un autre magasin « vend le même produit à meilleur marché, ou que tel élixir « ne possède pas les vertus qui lui sont attribuées. » Y a-t-il consentement? Si oui, ce serait une pollicitation, et une pollicitation obligatoire, puisqu'elle serait collective. Mais y a-t-il consentement? Non, nul n'en doute. Il n'y a pas là intention de s'obliger; il n'y a qu'une réclame, et personne ne

serait admis à se prévaloir d'une pareille offre.

95. Dans certaines hypothèses, la difficulté est plus sérieuse. En voici deux, à titre d'exemples.

Première hypothèse.

La question s'est posée à propos de souscriptions faites à des œuvres de bienfaisance, de cotisations périodiques promises à titre de secours. La jurisprudence considère, en général, de tels engagements comme purement facultatifs et refuse toute action pour en poursuivre l'exécution, encore que la promesse ait été tenue et les sommes payées pendant un temps plus ou moins long ¹. C'est en parlant de ces sortes d'engagements que Pothier a pu dire : « Il y a des promesses « que nous faisons de bonne foi et avec la volonté actuelle de « les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui « à quinous les faisons le droitd'en exiger l'accomplissement;

^{1.} Voy. Orléans 23 avril 1842, Sir. 1843.II.383.

- « ce qui 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 et de celui à qui la promesse est faite 1. »

Seconde hypothèse.

La question s'est également posée à propos des commerçants qui mettent à l'étalage un objet pour un prix indiqué, puis qui en livrent un autre de qualité inférieure quand un acheteur se présente. Celui-ci peut-il exiger l'échantillon même qui est exposé à l'étalage? Oui, si l'offre est sérieuse; non, s'il s'agit d'une réclame. La question se pose beaucoup plus en fait qu'en droit, ce qui explique qu'elle ait été résolue diversement ².

Deuxième condition.

96. Pour que le consentement soit valablement donné, il faut que les parties aient été, en le donnant, physiquement capables d'avoir et d'exprimer une volonté. Ce qui constitue le consentement, c'est l'adhésion intellectuelle; le consentement suppose donc la capacité naturelle de vouloir. L'offre ou l'acceptation faite par un enfant inconscient, par un homme en état de démence, de délire, d'ivresse complète, ne saurait lier, parce qu'alors il n'y a pas consentement. Il n'y a que l'apparence, la forme d'un consentement; l'élément intellectuel fait défaut.

Le contrat passé de la sorte serait nul non pour cause d'incapacité, comme on le dit souvent, mais pour absence de consentement. Il ne faut pas confondre l'incapacité naturelle de consentir, qui est exclusive du consentement, avec l'incapacité légale de contracter, qui est exclusive d'une autre condition également nécessaire. Nous verrons plus loin, en

^{1.} Pothier, Traité des obligations, § I, nº 3.

^{2.} Voy. sur cette question: Baudry-Lacantinerie et Wahl, Vente et échange, nos 46 et 47, — Worms, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français, p. 168; — cpr. Cass. 14 mars 1860, Sir. 1860.I.740, — trib. de com. de la Seine 5 janvier 1869, D. P. 1869.III.14, Sir. 1869.II.24. — Quand une marchandise est offerte à la devanture d'un magasin avec indication de prix, ceux qui se présentent pour l'acheter au prix annoncé peuvent être repoussés, s'ils prétendent acheter en gros ce qui n'était offert qu'en détail, et réciproquement, car ils sortent alors des conditions implicites de l'offre. Trib. de la Seine 15 juin 1869, D.P.1869. III.55.

parlant de la capacité, quelle est l'importance pratique de cette observation. L'incapacité de contracter, en droit, est l'inaptitude établie par la loi, pour des raisons diverses, à l'encontre de certaines personnes, qui, sans cela, pourraient contracter; l'incapacité légale suppose la capacité naturelle.

Ajoutons que l'absence de consentement rend la convention nulle, tandis que l'incapacité la rend simplement annulable. Distinction capitale, sur laquelle nous insisterons plus

tard à loisir.

Troisième condition.

97. Pour que le consentement lie la personne qui le donne, soit dans la pollicitation quand celle-ci engage, soit dans la convention qui engage toujours, il ne suffit pas 1° qu'il ait été donné avec intention de s'obliger,—2° qu'il émane d'une personne physiquement capable d'avoir et d'exprimer une volonté. Il faut, en outre, qu'il ait été libre et conscient, en d'autres termes qu'il ne soit pas vicié. « Il n'y a point de con« sentement valable, dit l'article 1109, si le consentement « n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par vio-« lence ou surpris par dol. »

L'erreur, le dol, la violence, sont ce qu'on appelle les trois

vices du consentement.

Le consentement vicié n'est pas valable, ce qui implique qu'il y a néanmoins consentement. Les vices du consentement, à l'inverse de l'absence du consentement, n'empêchent pas la convention de se former; ils la rendent simplement annulable, ainsi que l'indique l'article 1117, qui est le point de départ de règles fondamentales.

98. Quand l'erreur est-elle assez complète, le dol assez grave, la violence assez caractérisée pour vicier le consentement? Vieilles théories, dont les grandes lignes sont arrêtées depuis le droit romain et qui n'ont de nouveau que quelques applications introduites par les usages de la vie moderne. Si vieilles qu'elles soient, elles n'en sont pas moins importantes, soit au point de vue doctrinal, soit au point de vue pratique.

I. L'erreur.

99. Le mot « erreur » a le même sens en droit que dans le langage courant. L'erreur est une méprise, une opinion fausse, contraire soit à la réalité, soit à la vérité.

Si les parties ou l'une d'elles sont victimes d'une erreur, quel en est l'effet quant au consentement donné sous l'influence de cette erreur et, par suite, quant au contrat conclu?

L'effet varie suivant les cas. La tradition fournit à cet égard les résultats d'analyses qui sont communément admises comme faisant loi !

Quelquefois l'erreur est exclusive du consentement; elle empêche qu'il existe et le détruit. De sorte qu'elle met obstacle à la formation de la convention; elle la rend nulle, par application de l'article 1108, aux termes duquel le consentement est une condition essentielle de validité des contrats.

D'autres fois, sans empêcher le consentement d'exister, l'erreur l'affecte seulement et le vicie. Dès lors, elle ne met pas obstacle à ce que la convention se forme, et la rend simplement annulable. C'est le seul cas que visent les articles 1109 et 1110; aussi ne considèrent-ils l'erreur que comme un vice du consentement.

Enfin, d'autres fois, l'erreur n'a pas d'effet; on n'en tient aucun compte, et] la convention est valable malgré l'erreur prouvée.

Sans rechercher encore quel intérêt pratique ces distinctions présentent, essayons de les préciser. Il serait désirable que le langage juridique eût des termes suffisant par euxmêmes à marquer ces nuances; il ne les a pas; les nuances existent cependant et il en résulte des conséquences importantes.

A. - ERREUR QUI EXCLUT ET DÉTRUIT LE CONSENTEMENT.

100. Quelques interprètes l'appellent erreur-obstacle, car elle fait disparaître le consentement et empêche la convention de se former. Si la convention est conclue en fait, elle est nulle.

L'erreur produit cet effet dans deux cas.

101. Premier cas. — Elle le produit quand elle porte sur la nature du contrat à intervenir. L'un des contractants entend donner sa chose à bail, l'autre s'imagine qu'il s'agit de l'acheter; l'un croit vendre, l'autre croit acquérir à titre gratuit. L'hypothèse est rare; mais tout arrive. Quand elle se produit,

^{1.} Voy. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1re édition, p. 222.

les deux parties s'étant placées chacune à un point de vue différent, il n'y a pas eu adhésion respective et concours de volontés, duorum in idem placitum consensus; donc le consentement fait défaut, et la convention ne se forme pas.

La question de preuve des faits est toujours réservée. Or on se rappelle que le consentement consiste dans l'adhésion intellectuelle et ne se confond pas avec sa manifestation; de sorte qu'il pourra être extrêmement difficile, dans certains cas, d'établir que l'erreur a vraiment porté sur la nature du contrat.

Supposons la preuve faite. L'erreur, ici, est exclusive et destructive du consentement, puisqu'elle implique qu'il n'y a pas rencontre des volontés. Celui qui ne contracte que par suite d'une erreur de cette sorte ne consent pas en réalité. La convention est donc nulle.

102. Second cas. — La situation est la même quand l'erreur porte sur l'identité de la chose qui forme l'objet du contrat. Ainsi, l'une des parties entend vendre ou donner en location telle parcelle de terre, tandis que l'autre entend acheter ou prendre en location une parcelle différente. Il n'y a pas rencontre et concours de volontés, duorum in idem placitum consensus; donc le consentement fait défaut et la convention ne se forme pas.

Bien entendu, il faut pour cela que les faits soient reconnus ou établis. Supposons qu'ils le soient. L'erreur, ici encore, est exclusive du consentement. La convention ne se

forme pas.

103. Dans les deux cas, la convention est nulle par application de l'article 1108, qui exige le consentement comme condition essentielle de toutes les conventions. L'erreur est exclusive, destructive du consentement, puisqu'elle empêche qu'il y ait adhésion intellectuelle ; la convention ne s'est pas formée, elle est nulle.

B .- ERREUR QUI VICIE SEULEMENT LE CONSENTEMENT.

104. Quelques interprètes l'appellent erreur-nullité, par

opposition à la précédente qui est l'erreur-obstacle.

Sans détruire le consentement, sans impliquer qu'il n'existe pas, elle le vicie; dès lors, sans empêcher la convention de se former, elle la rend annulable. La convention n'est plus nulle par application de l'article 1108, qui exige

le consentement; elle est annulable par application de l'article 1109, qui exige, en outre, un consentement valable.

105. Dans quels cas l'erreur présente-t-elle ce caractère

et produit-elle cet effet ?

D'une manière générale, quand il apparaît que les parties ou l'une d'elles, au moment où elles ont consenti, ne l'eussent pas fait si elles avaient mieux connu l'état exact et véritable des choses. Il y a consentement, mais consentement

vicié; il y a convention, mais convention annulable.

C'est plutôt une question de fait à apprécier par le juge qu'une question de droit susceptible d'être résolue en principe. Cependant, l'article 1110 a entrepris de la régler. D'après ce texte, l'erreur vicie le consentement, est une cause de nullité, ou plutôt d'annulabilité, dans deux cas: 1° quelquefois, quand elle porte sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, — 2° toujours, quand elle porte sur la substance même de l'objet de la convention.

a. Erreur sur la personne.

106. La méprise quant à la personne avec laquelle on traite ne vicie le consentement et la convention que dans un seul cas. L'erreur, dit l'article 1110 alinéa 2, « n'est point « une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la per-« sonne avec laquelle on a intention de contracter, à moins « que la considération de cette personne ne soit la cause prin-« cipale de la convention ».

Par conséquent, la question de savoir si l'erreur sur la personne est une cause de nullité dépend de la nature de la convention, des circonstances dans lesquelles elle intervient,

du point de vue où se sont placées les parties.

107. Il y a des contrats dans lesquels l'objet qui en forme la matière est seul pris en considération. Tels sont la plupart des contrats à titre onéreux, où l'on n'a égard qu'à l'intérêt entrevu. Les personnes importent peu; l'erreur sur la personne du co-contractant est sans conséquence.

108. Dans d'autres contrats, au contraire, la considération de la personne joue un rôle prépondérant et détermine la

volonté.

Il en est manifestement ainsi pour le mariage. D'où la disposition de l'article 180 ¹.

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 318 et suiv.

L'article 2053 fait application du même principe en décidant que la transaction peut être annulée lorsqu'il y a erreur dans la personne. On consent à telle personne, en vue de mettre fin à une contestation, des sacrifices qu'on ne ferait pas pour telle autre personne, vis-à-vis de laquelle on entend user de son droit complet.

. Même idée pour les contrats de bienfaisance : prêt gratuit,

dépôt, mandat.

Même idée pour tous les contrats qui obligent à rendre un service supposant une habileté ou une aptitude particulières, pour tous ceux où l'on a en vue le talent, la qualité des personnes. Citons comme exemples le louage d'ouvrage, la convention donnant naissance à une obligation de faire (article 1237), enfin la société, au moins quand il s'agit des sociétés de personnes, formées intuitu personarum, par opposition aux sociétés de capitaux.

A plus forte raison en est-il de même dans les conventions où l'on a en vue la qualité légale de la personne avec laquelle on traite. Par exemple, j'ai cru contracter avec une compagnie d'assurances à primes, et j'ai contracté avec une compagnie d'assurances mutuelles; ou bien je me suis adressé, pour négocier des valeurs, à un coulissier, que je croyais être un

agent de change.

Enfin, dans tous les autres contrats, la considération de la personne peut avoir été déterminante. Question de fait, à

résoudre dans chaque hypothèse.

Dans ces divers cas, la méprise intervenue n'empêche pas qu'il y ait adhésion au projet, consentement et, par conséquent, convention. Seulement le consentement est vicié et la convention annulable.

b. Erreur sur la substance même de la chose qui fait l'objet de la convention.

109. L'erreur est une cause de nullité de la convention, dit l'article 1110 alinéa 1, « lorsqu'elle tombe sur la substance

« même de la chose qui en est l'objet ».

Il ne s'agit pas de l'erreur sur l'identité de la chose; une pareille erreur serait exclusive du consentement. L'erreur porte simplement sur la substance de la chose. Il y a bien eu rencontre et accord de volontés à propos d'une chose déterminée; par conséquent il y a consentement. Seulement, le consentement qui est intervenu se trouve vicié par l'erreur sous l'influence de laquelle il a été donné; dès lors la convention s'est formée, mais elle est annulable.

Tel est l'effet de l'erreur sur la substance. C'est bien l'er-

reur-nullité, par opposition à l'erreur-obstacle.

Mais que faut-il entendre par « erreur sur la substance « même de la chose »?

L'article 1110 alinéa 1 est un texte qui a donné lieu aux analyses les plus subtiles, par suite du caractère abstrait des mots qu'il emploie. Les applications de ce texte sont infiniment variées.

110. Un point ressort clairement du texte : « L'erreur n'est « une cause de nullité, dit-il, que lorsqu'elle tombe sur la « substance même... » Donc la règle posée a un caractère restrictif. Par suite, si l'erreur porte sur ce qui n'est pas la substance de la chose, elle ne vicie pas le consentement.

Pour réduire ces idées en formules, l'usage s'est établi d'opposer la substance d'une chose aux qualités de cette même chose. L'erreur sur la substance vicie le consentement, l'empêche d'être valable, rend la convention annulable; l'erreur sur les qualités ne produit pas cet effet.

D'autres opposent, mettent en antithèse les qualités subs-

tantielles et les qualités simplement accidentelles.

Peu importe la locution employée. L'erreur sur la substance d'après les uns, sur les qualités substantielles d'après les autres, vicie le consentement; l'erreur sur les qualités, sur les qualités accidentelles, ne le vicie pas.

111. La question qui se pose sur l'article 1110 alinéa 1 est donc la suivante. Que faut-il entendre par substance ou qualités substantielles d'une chose? Que faut-il entendre par

qualités ou qualités accidentelles d'une chose ?

Si l'on se place au point de vue spéculatif, il faut définir métaphysiquement ce qui constitue la substance des choses.

A ce point de vue, on a souvent proposé la réponse suivante. Sont substantielles, autrement dit constitutives d'un état particulier, les qualités d'où la chose envisagée tire le nom qui la désigne, les qualités qui constituent l'être de la chose, de telle sorte que la chose changerait de nature si elle n'avait pas ces qualités. On les reconnaît, ajoute-t-on, à ce caractère qu'elles ne sont pas susceptibles de degrés divers; elles sont ou ne sont pas. Toutes les qualites susceptibles de

plus ou de moins ne sont que secondaires et accidentelles; beauté, bonté, valeur, sont des qualités de la chose, mais ne

constituent pas l'essence de cette chose.

L'observation est exacte au point de vue grammatical, mais ne fournit pas un guide suffisamment sûr dans la pratique. Elle n'a jamais été appliquée en droit. Il est admis sans conteste, en ce qui concerne l'application de l'article 4110, qu'il faut se placer à un tout autre point de vue, infiniment plus terre à terre, pour apprécier ce qui constitue la substance d'une chose.

Pothier a résumé la tradition à cet égard et fourni par avance le meilleur commentaire de l'article 1110: « L'erreur « annule la convention lorsqu'elle tombe sur la qualité de « la chose que les parties ont eue principalement en vue et « qui fait la substance de cette chose ¹. » Ainsi, la qualité qui a déterminé la volonté des parties forme, au point de vue du contrat, la substance de la chose; par conséquent, l'erreur sur la substance n'est qu'une erreur relative aux qualités de la chose, mais portant sur la qualité que les parties ont eue en vue.

Pour savoir si telle qualité est substantielle ou simplement accidentelle, il faut s'attacher moins à la nature de la chose considérée en elle-même qu'au point de vue sous lequel elle a été envisagée par les parties. Il peut fort bien arriver qu'une même qualité doive être considérée comme substantielle dans un cas, comme accidentelle dans un autre. Voici tout ce qu'on peut dire à ce propos. Est substantielle la qualité qui, d'après l'intention des parties telle qu'elle a été exprimée ou telle qu'elle résulte des circonstances, constitue une condition de la convention, celle qui a déterminé la volonté des parties, en ce sens que la convention ne fût pas intervenue si l'inexistence de cette qualité avait été connue. Est accidentelle, au contraire, la qualité qui n'a pas été spécialement envisagée comme condition de la convention, celle qui n'a pas été déterminante de la volonté des parties, en ce sens que la convention fût vraisemblablement intervenue quand même elle n'aurait pas existé, ou n'aurait existé que partiellement et incomplètement.

Cette interprétation est extrêmement raisonnable et satis-

^{1.} Traité des obligations, nº 18.

faisante au point de vue pratique. Les qualités accidentelles de la chose n'ont qu'une importance relative; il se peut qu'elles n'existent pas sans que la prévision des parties, qui ne les ont pas spécialement envisagées, soit pour cela déroutée. D'autre part, ces qualités sont en général susceptibles de plus ou de moins; si l'erreur qui les concerne était admise comme vice du consentement, il n'y aurait presque pas de contrat qu'on ne pût faire annuler.

En résumé, la question de savoir quelles qualités doivent être considérées comme substantielles doit être résolue en

fait bien plus qu'en droit.

112. Les applications de la règle ainsi posée sont nombreuses. Empruntons quelques exemples à la pratique.

1º La provenance d'une chose, son origine, forment souvent la qualité substantielle. Les tribunaux se sont prononcés maintes fois en ce sens à propos des ventes d'objets d'art et de denrées. C'est une qualité substantielle pour un tableau d'appartenir à telle école, d'être un original et non une copie; comme pour un meuble ou pour un bijou d'être ancien et non pas moderne. De même la provenance d'une denrée peut en être une qualité substantielle; j'ai cru acheter du sucre des colonies et c'était du sucre fabriqué en France, du vin d'Espagne et c'était du vin fabriqué dans le midi de la France, des semences récoltées dans tel pays et elles venaient de tel autre, du blé de mars destiné à être semé au printemps et c'était du blé d'automne.

2º D'autres fois, la nature intrinsèque d'une chose est une qualité substantielle. Il y a erreur sur la substance quand on achète de l'alcool de betterave pour de l'alcool de vin, ou bien une carrière de pierres lithographiques dont les pierres se trouvent être impropres à l'usage attendu. A plus forte raison en est-il de même pour les bijoux, dont la valeur artistique est parfois indépendante de la valeur intrinsèque, mais non pas toujours.

3° D'autres fois, un simple signe distinctif d'une chose sera une qualité substantielle. Par exemple la célébrité d'une personne à laquelle cette chose a appartenu, le nom de l'artiste ou de l'ouvrier qui en est l'auteur, le fait d'avoir joué un rôle dans telle ou telle circonstance historique.

Ces quelques indications suffisent à faire apercevoir ce qu'il

faut entendre par qualités substantielles 1. Les hypothèses varient à l'infini; elles ne peuvent et ne doivent être prises que comme exemples. Théoriquement, il faut en revenir à l'idée générale si bien dégagée par Pothier: l'erreur sur la substance est celle qui porte sur la qualité de la chose que les parties ont eue principalement en vue et qui a déterminé leur volonté.

C. - ERREUR DONT ON NE TIENT PAS COMPTE.

113. Si toute méprise, toute erreur dans l'opinion, dans les prévisions et calculs des parties suffisait à vicier le consentement et, par suite, exposait la convention à être invalidée, il y aurait bien peu de contrats à l'abri d'une nullité éventuelle. Afin d'assurer la stabilité des intérêts, il fallait, dès lors, limiter les cas où l'erreur vicie les conventions. De là la forme restrictive de l'article 1110 : « l'erreur n'est une « cause de nullité que lorsqu'elle tombe... ». D'où il faut conclure que dans tous autres cas l'erreur est sans effet ; c'est aux parties à savoir ce qu'elles font.

a) Il en est ainsi quand l'erreur porte sur la personne, sauf

dans le cas prévu par l'article 1110 alinéa 2.

b) De même aussi quand elle porte sur les qualités simples ou accidentelles de la chose. Nous avons indiqué quelles sont, en droit, les qualités substantielles, celles qui constituent, d'après l'article 1110, la substance même de la chose; et nous avons par là même indiqué celles qui sont simplement acci-

Ajoutons toutefois qu'il existe à cet égard quelques exceptions à la règle posée par l'article 1110, particulièrement à propos des vices rédhibitoires en cas de vente et d'échange.

On nomme ainsi les défauts cachés de la chose vendue, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine (article 1641). Si l'acheteur ne les a pas connus, ce qui implique une erreur de sa part, il a, pour faire tomber la vente, l'action rédhibitoire de l'article 1644. Or son erreur n'a manifestement porté, dans ce cas, que sur certaines qualités de la chose et non sur

¹ Voy. sur ces exemples et sur quelques autres : Cass. 1er mars 1876, D. P. 1877.I.155, Sir. 1876.I.318, — Paris 1er décembre 1877, Sir. 1877.II.325, — Paris 14 décembre 1882, Sir. 1883.II.69, — Cass. 26 octobre 1886, D. P. 1887.I.105, Sir. 1887.I.153, — Paris 5 mars 1890, Sir. 1890.II.133, — 19 juillet 1890, D. P. 1892.II.257.

sa substance; de sorte que les articles 1641 et suivants sont une exception à l'article 1110. Aussi a-t-il fallu des textes spéciaux pour que l'erreur fût admise ici comme cause de nullité 1.

Le champ d'application de ces textes est extrêmement vaste; ils s'appliquent aux vices rédhibitoires dans toutes les ventes en général. Donnons seulement des exemples. J'ai acheté un terrain pour construire, et j'ignorais qu'il fût grevé d'une servitude non ædificandi, ou bien qu'il fût indispensable, pour y élever des constructions, de procéder à des travaux importants de consolidation. J'ai acheté un fonds de commerce avec droit au bail, et le loyer énoncé au contrat de vente est inférieur au loyer réel. J'ai acheté un office ministériel, sans connaître une circonstance qui en diminue la valeur, par exemple des malversations commises par le titulaire précédent.

c) On ne tient pas davantage compte de l'erreur lorsqu'elle porte sur les motifs qui ont déterminé à contracter. Les motifs qui déterminent à contracter, les motifs occasionnels, comme on les qualifie parfois, échappent à la loi; leur prévision comme leur appréciation sont du domaine individuel.

On m'a rapporté inexactement que tel objet m'appartenant avait été détruit, et, sur ce faux avis, j'en ai acheté un autre semblable. La vente intervenue est-elle valable? Incontestablement, puisqu'elle réunit tous les éléments exigés. L'erreur ne peut être une cause de nullité qu'autant qu'elle porte sur un des éléments du contrat; or les motifs ne font pas partie des éléments du contrat, ils sont étrangers au contrat et restent personnels au contractant. La nullité ne pourrait pas être fondée sur l'article 1108, car il y a consentement; elle ne pourrait pas l'être davantage sur l'article 1109, car l'erreur sur les motifs ne figure pas parmi celles que cet article énumère comme vices du consentement, et l'article 1110, ne l'oublions pas, a un caractère restrictif.

114. En résumé, tantôt l'erreur est exclusive du consentement lui-même (erreur-obstacle), tantôt elle est un simple

^{1.} Voy., indépendamment des articles 1641 et suivants, la loi du 21 juillet 1881 sur la police sanitaire des animaux, - la loi du 2 août 1884 sur les vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques, - la loi du 31 juillet 1895, modifiant les deux précédentes.

vice du consentement (erreur-nullité). Dans le premier cas, le consentement est absent et la convention nulle; dans le second, le consentement existe et la convention est annulable. Nous utiliserons ces données; elles servent de fondement à la distinction des contrats nuls, annulables et valables 1.

Cette triple distinction de l'erreur qui exclut le consentement, qui le vicie, ou qui est sans effet sur lui, n'est pas énoncée par l'article 1110. Elle est traditionnelle ; elle s'impose ; elle résulte d'ailleurs du rapprochement des articles 1109 et 1110.

115. Pour terminer ce sujet, trois observations complémentaires doivent être faites.

PREMIÈRE OBSERVATION.

116. L'erreur met obstacle soit à la formation, soit à la validité de la convention, aussi bien quand elle existe de la part d'une seule des parties que quand elle est commune à toutes.

Supposons une erreur sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat. La provenance d'une chose, son origine, en constituent parfois la substance au point de vue du contrat. Un collectionneur achète un objet, qu'il suppose appartenir à telle époque déterminée et pour cette raison même, un tableau par exemple qu'il attribue à tel maître, un meuble qu'il croit être de telle date. La qualité envisagée est bien la substance de la chose au point de vue du contrat, puisque c'est la considération de cette qualité qui a déterminé la volonté de l'acheteur. Or notre collectionneur s'est trompé; il y a erreur de sa part. Peut-il attaquer la vente aux termes de l'article 1109?

Trois hypothèses peuvent se présenter à ce propos.

Première hypothèse. — Le vendeur et l'acheteur se sont expliqués sur le caractère à raison duquel la vente est faite, et il y a de leur part erreur commune, partagée. Dans ce cas, pas de doute. Si l'erreur est démontrée, la vente est annulable, à la demande de celle des parties qui a intérêt à faire prononcer la nullité.

^{1.} Cpr. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1re édition, p. 250 et suiv.

seconde hypothèse. — Les parties se sont expliquées. L'acheteur étant dans l'erreur, le vendeur l'y a laissé; ou bien même il a contribué à l'y mettre, sachant d'ailleurs, lui, à quoi s'en tenir. Dans ce cas, pas de doute non plus. L'acheteur peut agir en nullité; il n'y a pas erreur partagée, mais erreur d'un côté et mauvaise foi de l'autre. C'est l'espèce en vue de laquelle l'article 1110 est écrit.

Troisième hypothèse. — Les parties ne se sont pas expliquées. L'acheteur n'a rien dit de la qualité qu'il attribuait à la chose et qui cependant le déterminait à l'acquérir; le vendeur n'a rien su des intentions de l'acheteur. Y a-t-il lieu

à nullité quand l'erreur est reconnue?

Maintes fois la question s'est présentée dans la pratique, et a donné lieu à procès. D'un côté l'acheteur dira: « Je me « suis trompé; il y a eu de ma part erreur sur la substance, « mon consentement est vicié, et la convention est annula- « ble à mon profit. » De son côté, le vendeur ne manquera pas de répondre: « Pour que l'erreur où vous êtes me fût « opposable, il faudrait ou que je l'eusse causée ou que je « l'eusse partagée. Dès l'instant que je n'y suis pour rien, « elle ne saurait m'être opposée. Votre volonté, qui n'a pas « été manifestée, n'existe pas à mon égard; vous vous êtes « trompé, c'est votre affaire et non la mienne. » Qui triomphera, de l'acheteur ou du vendeur?

Question délicate. Elle se pose ainsi. L'erreur unilatérale, celle qui n'existe que d'un côté et n'est pas soupçonnée de l'autre, est-elle une cause de nullité? Il ne semble pas qu'on puisse hésiter; l'acheteur doit être écouté. En effet, pour que le contrat soit valable, il faut le consentement de l'acheteur, et il faut que ce consentement soit valable. Or l'article 1109 dit : « Il n'y a point de consentement valable « si le consentement n'a été donné que par erreur. » La loi n'exige aucune réciprocité d'erreur. La preuve en est dans l'article 1110 alinéa 2, qui admet comme vice du consentement l'erreur sur la personne. A moins de circonstances extraordinaires, l'erreur sur la personne ne saurait être commune. Je me présente chez un peintre que je crois être tel artiste à moi indiqué et qui n'est que son homonyme ; je lui commande un tableau pour un prix déterminé. Il y a erreur sur la personne; et, si j'en fais la preuve, la convention est annulable. Il n'y avait cependant erreur que d'un côté, car celui auquel je me suis adressé ne pouvait se faire aucune illusion sur sa propre identité. Pourquoi en serait-il autrement au cas d'erreur sur la substance? 1.

La jurisprudence s'est prononcée maintes fois en ce sens ². Les inconvénients de cette doctrine sont corrigés par l'article 1382. C'est une faute de se tromper au détriment d'autrui; si celui qui n'a pas commis d'erreur éprouve un préjudice par suite de la nullité de la convention, nullité qui est le fait de l'autre, il a droit à des dommages-intérêts ³.

DEUXIÈME OBSERVATION.

117. L'erreur qui, par elle-même, ne met obstacle ni à la formation ni à la validité de la convention, peut devenir une cause de nullité lorsqu'elle est le résultat d'un dol commis par l'autre partie. Ainsi, l'erreur sur les motifs occasionnels, ou bien sur les qualités non substantielles, peut résulter de manœuvres frauduleuses. La convention est alors annulable, non plus pour erreur et en vertu de l'article 1110, mais pour dol et en vertu de l'article 1116, ce qui est tout autre chose.

TROISIÈME OBSERVATION.

118. Dans les cas où l'erreur met obstacle soit à la formation, soit à la validité de la convention, il n'y a pas à distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Ni l'article 1109 qui signale l'erreur parmi les vices du consentement, ni l'article 1110 qui spécifie les conditions auxquelles l'erreur est une cause de nullité, ne distinguent à cet égard:

Il y a erreur de droit quand l'une des parties ou toutes deux se trompent sur un point de droit, soit qu'elles ignorent la loi, soit qu'elles l'interprètent mal. Il y a erreur de fait lorsque l'une des parties ou toutes deux se trompent sur un élément de fait, et que l'ignorance où elles se trouvent les fait se méprendre quant au contrat.

Il est de principe que l'erreur de droit est assimilée à l'erreur de fait pour l'application des règles protectrices de la bonne foi dans les actes de l'homme. Or, relever quelqu'un

^{1.} En ce sens, Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 16 bis III, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343 bis, p. 496, — Demolombe, Contrats, I, nº 96 et suiv., — Laurent, Principes, XV, p. 575 et suiv.

^{2.} Voy. les décisions citées à la page 61, note 1.

^{3.} Laurent conteste cette solution : Principes, XV, p. 578.

des conséquences d'une erreur, c'est protéger la bonne foi 1.

Ainsi, en matière de succession, les cohéritiers admettent au partage une personne qu'ils croient être leur parente et qui leur est étrangère. C'est une erreur de fait.

Autre exemple. Des héritiers admettent au partage des cousins germains, dans la croyance erronée que la représentation est admise en ligne collatérale. C'est une erreur de droit. Et comme le partage est un des contrats où la considération de la personne est essentielle, il est annulable par application de l'article 1110 alinéa 2.

Dans les deux cas, il y a erreur sur la personne 2. La personne, en effet, n'est pas l'individu, mais l'individu ès-qualités; il y a donc erreur sur la personne si je m'engage envers quelqu'un par suite d'une qualité qu'il n'a pas à mon égard.

II La violence

119. A ce deuxième vice du consentement sont consacrés les articles 1111 à 1114.

Le mot « violence », aujourd'hui usité, ne rend qu'imparfaitement l'idée. Les Romains employaient le mot metus, crainte; ils accordaient l'action quod metûs causà 3. Pothier disait : le défaut de liberté, quelquefois la contrainte, d'autres fois la violence. Le Code dit simplement : la violence. L'expression « contrainte » eût peut-être été préférable.

En effet, les rédacteurs du Code ont entendu désigner deux choses sous le nom de violence.

D'abord, ils ont entendu désigner la contrainte matérielle, physique, la vraie violence qui peut avoir forcé la volonté. Par exemple, un engagement a été obtenu le pistolet sur la gorge, ou encore au moyen d'une détention arbitraire, et

^{1.} En ce sens: Larombière, Obligations, article 1110, - Demolombe, Contrats, I, nº 129, - Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343 bis, p. 496, - Laurent, Principes, XV, p. 578 et suiv., - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 70. -Cpr. Agen 17 mai 1887, D. P. 1889.I.315, — Cass. 28 mai 1888, D. P. 1889. I.315, Sir. 1889.I.248, - trib. de Dax 20 mars 1890, Gazette du Palais, 1890.

^{2.} D'après Laurent (Principes, XV, p. 581), il y aurait, dans le dernier cas, non pas erreur sur la personne, mais erreur sur la substance de la chose, qui est ici le droit héréditaire. Au point de vue pratique, le résultat est le même, à cette différence près que la nullité devrait alors être prononcée par application non du second, mais du premier alinéa de l'article 1110.

^{3.} Fragm. 1, Dig., Quod metus causa, IV, 2.

la convention a été passée comme condition de la liberté rendue. Voilà la violence caractérisée. matérielle.

D'autre part, le législateur entend par violence la contrainte morale, qui peut avoir maîtrisé la volonté et altéré la liberté du consentement.

Par exemple, un engagement a été obtenu, une signature a été donnée, sous la menace d'une dénonciation fondée ou imaginaire, d'une révélation redoutée, toutes pratiques

vulgairement connues sous le nom de chantage.

Autre exemple. Il y a des personnes qui prétendent avoir le don d'agir sur la volonté des gens au point de leur faire accomplir inconsciemment certaines actions, en les hypnotisant. Cela paraît démontré en ce qui concerne les gens atteints de certaines maladies et, par là, prédisposés : les hystériques. Mais certains adeptes de la doctrine avancent que la suggestion est possible même à l'égard des gens sains de corps et d'esprit. Dans un mémoire 1 lu à l'Académie des sciences morales et politiques 2, M. Liégeois a affirmé avoir en sa possession des billets pour des sommes importantes, plusieurs de cent mille francs, signés de personnes qui, hypnotisées à distance, sont venues les souscrire chez lui et les lui remettre. Quelle que soit la résistance de l'esprit à croire que la liberté humaine soit sujette à de telles aventures, admettons les faits. Ces engagements sont-ils valables? Evidemment non. Il y a eu une violence, une contrainte morale qui altère la volonté et vicie le consentement.

De sorte que, sous le nom de violence, il faut, dans les articles 1109 et 1111 à 1114, comprendre à la fois la violence

matérielle et la contrainte morale.

120. Que la contrainte soit matérielle ou morale, le consentement n'est pas valable. Il y a adhésion de la volonté, mais adhésion non libre. Alors, de même que l'erreur, la violence peut avoir un double effet.

Le plus souvent, elle ne fait que vicier le consentement. La personne violentée consent ; le consentement est donné ; seulement il n'est pas donné valablement. C'est ce qui a lieu manifestement en cas de contrainte morale; la personne con-

^{1.} De la suggestion hypnotique dans ses rapports avec le droit civil et le droit criminel, br. in-8°, Paris, Picard, 1884.
2. Séances des 5, 19, 26 avril, 3 et 10 mai 1884.

sent en réalité, mais son consentement est contraint. Les Romains disaient déjà: Coacta voluntas, sed tamen voluntas. La violence ne supprime pas le consentement, elle n'empêche pas la convention de se former; seulement le consentement est vicié et, dès lors, la convention annulable.

On peut supposer, en outre, que la contrainte soit assez caractérisée pour être exclusive du consentement, auquel cas elle empêche la convention de se former, parce qu'elle implique non plus l'insuffisance, mais l'absence d'un élément nécessaire.

Il peut en être ainsi au cas de violence matérielle. On se rappelle l'histoire, vraie ou fausse, du geôlier de Marie-Stuart, lui prenant la main et la contraignant matériellement à tracer sa signature sur un acte d'abdication. Il n'y a pas seulement consentement vicié, il n'y a qu'une apparence de consentement; le consentement proprement dit, l'adhésion intellectuelle, fait défaut.

Il peut en être ainsi au cas de contrainte morale. Dans l'hypothèse de pratiques hypnotiques, la volonté n'est pas seulement atteinte dans sa liberté; elle fait totalement défaut, puisque la volonté d'un tiers s'est substituée à celle de l'agent. Le consentement ne cesse pas seulement d'être valable; il n'existe pas. Si ces faits étranges sont exacts, on y trouve un exemple d'une violence morale destructive du consentement. Il y a là tout un monde nouveau qui s'ouvre à des applications possibles et à des complicatious, soit en matière civile au point de vue du consentement, soit en matière pénale au point de vue de la responsabilité; toute la théorie du consentement peut être bouleversée.

121. En résumé, la contrainte, comme l'erreur, est tantôt un obstacle à la formation dela convention, tantôt seulement un vice du consentement. Le contrat est nul dans le premier cas, annulable dans le second

La distinction est certaine en théorie. En fait, la violence n'apparaît guère que comme vice du consentement; elle n'exclut pas le consentement et ne fait que mettre obstacle à la validité de la convention.

122. Peu importe qu'elle soit pratiquée par le bénéficiaire de l'engagement, par le créancier, qu'elle soit l'œuvre d'un

^{1.} Voy. fragm. 21 § 5, Dig., Quod metús causá, IV, 2.

tiers, ou qu'elle provienne des événements sans être imputable à une personne déterminée. L'article 1111 prévoit les deux premières éventualités, auxquelles il faut assimiler la troisième.

Cela est rationnel. En effet, la convention n'est point valable sans le consentement libre des deux parties; dès que l'un des deux consentements a été contraint, la convention manque d'un élément nécessaire à sa validité; or, la violence altère le consentement aussi bien quand elle est exercée par un tiers que quand elle l'est par l'autre partie. Dès lors, si le défaut de liberté provenant du fait d'un tiers suffit à vicier le consentement comme celui qui provient de l'autre partie, il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement quand ce défaut de liberté provient des événements, sans être imputable à une personne déterminée.

Sans doute, il pourra résulter de là que l'un des contractants, étranger à la violence commise, éprouve un préjudice, car ses prévisions seront dérangées par l'annulation de la convention à raison d'un fait qui ne lui est pas personnel. Mais il en est ainsi dans une foule d'autres cas, notamment en cas d'erreur; nous avons vu que l'erreur peut motiver la nullité même quand elle est unilatérale ¹. La convention suppose l'intervention de deux volontés, et il ne peut y avoir convention valable lorsque, malgré les apparences, une seule est en réalité intervenue. Il reste, comme ressource, l'application de l'article 1382 à l'auteur de la violence ².

123. Les cas où la question se pose, en fait, ne peuvent être qu'exceptionnels. Mais peu importe; ces distinctions multiples ne sont pas faites pour les cas ordinaires où les choses vont toutes seules, mais pour les cas particuliers où les difficultés surgissent.

L'hypothèse classique est celle d'une personne tombée au pouvoir d'une bande de brigands et qui, redevenue libre, se demande si la promesse qu'elle a faite d'une rançon est valable. La promesse est évidemment sans valeur si elle a été arrachée, car la violence a eu pour effet d'altérer le consentement (article 1112). Mais modifions l'hypothèse. Le prisonnier a offert et promis spontanément une somme à un tiers,

^{1.} Suprà, nº 116.

^{2.} Voy. ibid.

peut-être à l'un de ses geôliers, pour le cas où celui-ci parviendrait à le délivrer. L'engagement est-il valable?

Voici qui est plus pratique. Une personne, voyant qu'une autre court un danger, dans une inondation ou un incendie, promet spontanément une somme à celui qui se dévouera pour la sauver. Un tiers se présente et accomplit l'acte ; l'engagement est-il obligatoire? Tout dépend du point de savoir si le consentement a été libre.

Autre exemple plus pratique encore. Quel serait, sur la validité d'un engagement, l'effet des embarras inhérents à une situation difficile dans laquelle on s'est imprudemment fourvoyé? Un billet est souscrit par une personne surprise dans une position de nature à compromettre son honneur ou sa réputation, sans d'ailleurs qu'il y ait eu de violences exercées ; elle l'a signé pour échapper à la situation et à ses suites. Le désir de sortir d'une fausse position constitue-t-il une violence?

Les articles 1109 et 1111 à 1114 n'ont directement trait qu'à la violence active exercée par une personne déterminée, en vue d'extorquer un consentement. Si le libérateur abuse de la situation pour faire chanter celui qui s'y débat, il y a contrainte sans aucun doute. Mais si l'offre lui est faite spontanément, peut-il ensuite se prévaloir de la promesse et réclamer la somme comme prix d'un service rendu?

Il est certain, dans ces divers cas, que le consentement n'a pas été librement donné. Mais il n'y a pas de violence exercée soit par le bénéficiaire de l'acte, soit par un tiers, seules hypothèses prévues par l'article 1112. Il y a seulement absence de liberté, contrainte inhérente à une situation et résultant des événements. L'article 1112 est-il applicable?

Ouestion embarrassante.

Les uns admettent que l'engagement est valable parce qu'il est, disent-ils, non le résultat de la violence, mais un moyen d'y échapper ¹. Seulement les tribunaux auraient le droit de réduire l'obligation si la somme promise était excessive 2. Les autres déclarent l'engagement annulable. En effet,

disent-ils, le consentement n'a pas été libre : or cela suffit :

^{1.} La tradition romaine est en ce sens: fragm. 9 § 1, Dig., Quod metús

^{2.} Pothier, Trailé des obligations, nº 24, - Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 343 bis, p. 499.

peu importe que la violence vienne d'un tiers ou des événements; le consentement n'a toujours été donné que par suite de la contrainte.

Quelle est alors la position du tiers auquel la promesse a a été faite? Les uns lui reconnaissent le droit de réclamer, par une action de gestion d'affaires, le prix du service rendu, ce qui est très juridique ². Les autres ne lui accordent que le droit de se faire indemniser des dépenses qu'il peut avoir faites, ou des risques qu'il a pu courir ³. En fait, les circonstances exerceront toujours, en pareil cas, plus d'influence sur la solution que les règles juridiques.

Si on se place au point de vue du pur droit, du moment qu'il n'est pas nécessaire que la violence émane de l'autre partie, il n'y a point à distinguer selon qu'elle est imputable à un tiers ou aux événements. Peu importe d'où vient la

violence, dès qu'il est établi qu'elle existe.

124. Peu importe également que la violence ait été pratiquée sur la personne qui a pris l'engagement ou sur un tiers, si, dans ce dernier cas, elle a agi directement sur le débiteur et a suffi pour altérer sa volonté: « La violence est une cause « de nullité du contrat, dit l'article 1113, non seulement lors- « qu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore « lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur « ses descendants ou ascendants. »

La règle est rationnelle. En effet, la crainte que peut inspirer la menace dirigée contre une personne chère peut émouvoir et altérer la liberté du contractant aussi bien que la me-

nace dont il est lui-même l'objet.

125. Seulement l'article 1113 fait naître une difficulté. Il ne vise que l'époux, l'épouse, les descendants et ascendants. Faut-il conclure de là que la violence exercée contre d'autres personnes ne peut pas être une cause d'annulation?

^{1.} En ce sens: Laurent, *Principes*, XV, p. 596, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nos 77 et 78. — La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette opinion en annulant la convention par laquelle un remorqueur, abusant de la situation désespérée d'un capitaine dont le navire allait périr, lui avait imposé, pour le remorquer, des conditions exorbitantes: Cass. 27 avril 4887, D. P. 4888.I.263, Sir. 1887.I.372.

^{2.} En ce sens: Marcadé, sur l'article 1114, nº 2.

^{3.} C'est la solution admise par la Cour de Rouen dans un arrêt du 10 décembre 1886, qui a donné lieu au pourvoi rejeté par la Chambre des requêtes le 27 avril 1887, voy. D. P. 1888. I. 263, Sir. 1887. I. 372.

D'une part, il y a tels amis qui sont plus chers que des parents; et même, pour quiconque a l'esprit porté à la commisération, le mal menaçant le premier venu peut altérer la volonté. De sorte que l'interprétation extensive paraît s'imposer.

D'autre part, si on élargit le cercle, l'article 1113 devient

assez inutile.

Que décider? On admet, en général, que la liste de l'article 1113 n'est pas limitative, mais qu'il existe une différence entre les personnes qui y sont désignées et les autres : la violence exercée sur les premières est de plein droit présumée avoir altéré le consentement de la partie contractante, à moins de preuve contraire, — tandis que la violence exercée sur toutes autres n'a cet effet qu'autant qu'il est établi qu'en fait elle l'a produit 1.

Ces distinctions sont subtiles. La question de liberté du consentement reste toujours une question de fait, qui doit

être laissée à l'appréciation du juge.

126. Voilà quel est le rôle possible de la violence.

Reste à savoir de quelle nature et surtout de quelle intensité elle doit être pour constituer une cause de nullité.

127. En premier lieu, de quelle nature doit être la violence pour constituer une cause de nullité? — Nous avons dit déjà qu'il n'y a point à distinguer entre la violence matérielle et la violence morale.

L'article 1114 exclut seulement ce qu'il appelle la crainte révérentielle: « La seule crainte révérentielle envers le père, « la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence « exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. » Il faut entendre par ces mots la crainte de déplaire aux personnes qu'on respecte par affection ou par devoir. A elle seule, elle ne constitue pas une violence. D'une part, l'influence qu'a pu exercer cette crainte révérentielle serait trop difficile à constater. D'autre part, il appartient à chacun de se mettre en garde contre ce qu'il peut y avoir d'excessif dans la soumis-

^{1.} En ce sens: Demolombe, Contrats, I, nº 162, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 23 bis. — Dans le sens de l'opinion qui considère l'article 1113 comme un texte limitatif, voy. Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343 bis, p. 499 et 500, — Laurent, Principes, XV, p. 596.

sion ; la vertu a ses limites ; la soumission exagérée cesse d'être un devoir pour devenir une faiblesse, et tant pis pour

qui ne sait pas se défendre de la faiblesse.

Seulement le texte dit: « La seule crainte révérentielle... » Si à l'allégation de ce qu'il y a eu d'excessif dans la soumission viennent s'ajouter des faits qui constituent une atteinte à la liberté, une contrainte, la situation change. Les abus d'influence peuvent constituer une violence morale quand il est établi en fait qu'ils ont contraint la volonté.

- 128. La question est discutée de savoir s'il faut assimiler à la crainte révérentielle l'appréhension des voies de droit. Cette question s'est posée jadis, quand la contrainte par corps existait comme voie d'exécution 1; la menace d'y recourir était-elle une violence pouvant vicier l'engagement pris pour s'y soustraire? Elle se pose encore à propos des voies d'exécution sur les biens. La menace d'y recourir vicie-t-elle l'engagement que le débiteur aurait contracté pour s'y soustraire ? Non, en principe. L'emploi régulier des voies de droit n'est pas une violence ; la menace d'y recourir ne constitue pas un acte de violence, à moins qu'il ne soit établi, en fait, que l'obligation a été une rançon donnée au créancier dans le but unique de paralyser son action 2. Ce cas excepté, l'engagement pris n'est qu'une transaction; à côté de la convention primitive s'en est placée une autre, par laquelle le débiteur reconnaît devoir une certaine somme à titre de transaction.
- 129. En second lieu, de quelle intensité doit être la violence pour constituer une cause de nullité? Cette question n'est pas susceptible d'une réponse absolue en droit. Il appartient aux juges d'apprécier d'après les circonstances, d'après le caractère, l'âge et le sexe des personnes, si les faits de contrainte articulés ont assez de gravité pour avoir altéré sérieusement le consentement donné. La question se réduit, en définitive, à une question de fait.

130. La loi fournit cependant quelques indications aux ju-

^{1.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 48-49.

^{2.} Demolombe, Contrats, I, nº 146, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 343 bis, p. 498 et 499, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 22 bis, III, — Laurent, Principes, XV, p. 592. — Cass. 17 août 1863, Sir. 1865. I. 399, — 19 février 1879, D. P. 1879. I. 445, Sir. 1880. I. 62. — Rouen 15 juillet 1881, Sir. 1881. II. 243.

ges pour les guider dans l'appréciation des faits. Mais il faut prendre ces indications dans leur sens général, sans les suivre trop à la lettre.

Ainsi, l'article 1112 dispose : « Il y a violence lorsqu'elle « est de nature à faire impression sur une personne raison-« nable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa « personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la con-« dition des personnes. »

En disant « il y a violence », le texte veut dire : il y a violence caractérisée, suffisante pour vicier le consentement. Qu'il faille avoir égard, comme le dit la fin du texte, « à l'âge, « au sexe et à la condition des personnes », rien de plus rationnel; la mesure est manifestement relative : telle contrainte qui fait plier un timide ne sera qu'un jeu pour un caractère énergique. Il faut cependant, d'une manière générale, que la contrainte soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable; cela est encore rationnel, car on ne doit pas protéger les gens au point qu'ils perdent le besoin et, par là même, l'habitude de se protéger eux-mêmes. On ne serait pas admis à se prétendre opprimé par une crainte chimérique.

Mais l'article 1112 précise davantage. Il ne considère la violence comme viciant le consentement que si elle peut inspirer au contractant « la crainte d'exposer sa personne ou « sa fortune à un mal considérable et présent ».

Voilà des mots qui peuvent donner lieu à mille contro-

« Exposer sa personne ou sa fortune ». Cela comprend à peu près tout ce dont on peut avoir souci dans le cercle des intérêts.

« A un mal ». Cela veut dire que la contrainte doit être active, avoir une portée précise. Comme nous l'avons déjà dit, l'embarras d'une situation où l'on s'est imprudemment fourvoyé ne suffit pas.

« A un mal considérable ». Cette épithète n'a guère de portée, car ce qui est considérable pour l'un ne l'est pas pour l'autre. Comme dit la fin du texte, il faut avoir égard « à « l'âge, au sexe et à la condition des personnes » ; cela rend le mot « considérable » tout à fait vain.

« Considérable et présent ». Que signifie cette nouvelle épithète? Elle est équivoque, et voici comment on l'entend.

Il ne suffit pas que l'auteur de la violence fasse entrevoir un mal hypothétique et futur, en laissant à la personne menacée la possibilité de s'y soustraire, comme s'il disait, par exemple: « Signez, ou d'ici un an vous n'existerez plus. » Une pareille menace laisse trop de ressources à celui qui en est l'objet; elle n'est pas de nature à faire impression sur une personne raisonnable ¹. Mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que le mal dont la personne est menacée soit immédiat; il suffit que la menace elle-même soit de nature à inspirer une crainte actuelle, suffisante pour avoir altéré la liberté intellectuelle. Ce n'est pas le mal qui doit être présent, mais la crainte qu'il inspire. « Mal présent » veut dire : présent au point de vue de l'effet d'intimidation qu'il produit.

131. Tout cela, en définitive, est vague et à peu près inutile. Les quatre articles 1111 à 1114 reviennent à dire que la violence est une cause d'annulation quand, en fait, elle a une intensité suffisante pour avoir altéré la liberté du consentement; question de fait, abandonnée à l'appréciation

souveraine des juges du fait 2.

III. Le dol.

132. C'est le troisième vice possible du consentement. L'article 1116 y est consacré.

A l'inverse des deux précédents, qui peuvent, selon leur degré de gravité, tantôt détruire le consentement et mettre obstacle à ce que la convention se forme, tantôt vicier le consentement et compromettre la validité de la convention, le dol n'est jamais qu'un simple vice du consentement. Par conséquent, il n'empêche jamais la convention de se réaliser, et ne peut être qu'une cause d'annulation.

En effet, le mot « dol » comprend toutes les tromperies, toutes les manœuvres frauduleuses, tous les artifices déloyaux, toutes les ruses employées pour surprendre, circonvenir et

2. Laurent, *Principes*, XV, p. 589, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, V, p. 25, n° 22, — Demolombe, *Contrats*, I, n° 141. — Cpr. Cass. 4 novembre 1835, D.P. 1836.I. 358, Sir. 1836.I. 948, — 27 avril 1836, Sir. 1836.

1.946, - 24 février 1866, Sir.1866.1.309.

^{1.} Metum autem præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus, dit le fragm. 9 princ., Dig., Quod metůs causá, IV,2.— Pothier (Traité des obligations, n° 25) s'est inspiré de la règle romaine, et la disposition de l'article 1112 est empruntée à Pothier (Locré, VI, p. 192).— Cpr. Demolombe, Contrats, I, n° 139, — Laurent, Principes, XV, p. 388.

entraîner la volonté ⁴. Or le consentement donné, quoique circonvenu, surpris ou trompé, n'en existe pas moins, au fond et en la forme, car l'adhésion est exprimée. Donc le dol n'exclut pas le consentement, ne met pas obstacle à ce que la convention se forme, et la rend seulement annulable au profit de la partie trompée. L'article 1117, qui n'est exact que sous réserve de distinctions en ce qui concerne l'erreur et la violence, est au contraire complètement exact en ce qui concerne le dol: « La convention contractée par..... dol « n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu « à une action en nullité..... »

133. Le dol ressemble à la violence morale; l'un comme l'autre enlèvent à la volonté sa liberté. Ils ne diffèrent guère que par les moyens employés; la violence ou contrainte s'exerce directement, tandis que le dol se dissimule et se masque.

134. Quand et à quelles conditions le dol vicie-t-il assez le consentement pour exposer la validité de la convention?

Cette question est avant tout une question de fait. Toute manœuvre n'est pas un dol; il n'est pas défendu, quand on contracte, d'être habile et persuasif. L'habileté devient dolosive quand elle use de moyens déloyaux; le dol vicie le consentement quand il apparaît que la convention n'eût pas été conclue sans la tromperie qui a été employée et a surpris la volonté. C'est le dolus malus que la loi réprime, par opposition au dol toléré, qui farde seulement et n'est qu'habileté. Encore une fois, la question est toute de fait; les juges du fond ont plein pouvoir d'en décider, et leur appréciation échappe à cet égard au contrôle de la Cour de cassation ².

Cependant l'article 1116 précise et arrête les caractères juridiques du dol, de sorte que la question de savoir si, dans

1. Voy. la définition de Labéon: Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendumve alterum adhibita (fragm. 1, § 2, Dig., De dolo malo, IV, 3).

^{2.} En ce sens: Demolombe, Contrats, I, nº 474, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343 bis, p. 508, — Laurent, Principes, XV, p. 600, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 419; — Cass. 43 janvier 4885, Sir. 4885.I.302, — 24 octobre 4885, D. P. 4886.I.403, Sir. 4886.I.473, — 3 mai 4886, D. P. 4887.I. 46, Sir. 4886.I.351, — 21 juillet 4886, Sir. 4887.I.316, — 31 décembre 4886, D. P. 4887.I.230, Sir. 4887.1.417, — 44 mai 4887, Sir. 4887.I.458, — 6 août 4894, D. P. 4895.I.389, — 25 novembre 4895, D. P. 4896.I.230, Pandectes françaises, 4896.I.254, — 3 mai 4899, D. P. 4900.I.61, Sir. 4899.I.342.

un cas donné, le consentement est ou non entaché de dol est complexe, mélangée de fait et de droit.

135. Aux termes de l'article 1116, trois conditions sont nécessaires pour que la tromperie employée constitue un dol au sens légal du mot. En énonçant ces conditions, l'article 1116 ne fait que reproduire la doctrine traditionnelle.

PREMIÈRE CONDITION.

136. Il faut que la tromperie résulte de manœuvres pratiquées : « Le dol est une condition de nullité de la convention, « dit l'article 1116, lorsque les manœuvres pratiquées par « l'une des parties sont telles.... »

Ont seules le caractère de dol les manœuvres pratiquées, c'est-à-dire celles qui impliquent un fait positif, une intervention active de la part de celui qui y recourt. Agir à l'effet de faire croire ce qui n'est pas, de faire ignorer ce qui est, d'éveiller la pensée d'un dessein en simulant des motifs imaginaires ou faux, d'exciter le désir en attribuant à l'objet d'un contrat des avantages ou des qualités imaginaires ou chimériques, en un mot agir pour circonvenir ou tromper en recourant pour cela à des procédés déloyaux, voilà le dol. Au contraire, dissimuler, user de réticences ou profiter de l'ignorance d'autrui, sans d'ailleurs avoir contribué à induire en erreur, n'est pas un dol; car le dol est un fait actif, tandis que la dissimulation est un fait négatif. C'est seulement une indélicatesse; et à la nuance morale correspond une distinction juridique. Seules les manœuvres pratiquées, procédant par intervention active, peuvent être vraiment prises sur le fait, prouvées et, par suite, alléguées comme cause de nullité; le reste serait trop difficile à établir 1.

137. Il y a cependant quelques cas où les réticences sont

Entre ces pratiques, tellement répandues qu'elles sont en général inoffensives, et les manœuvres caractéristiques du dol, la nuance est parfois difficile à établir. C'est une détermination abandonnée à la prudence des juges du fait : Paris 11 mai 1887, Pandectes françaises, 1889.II.53.

^{1.} On s'accorde à reconnaître que les simples allégations mensongères, les exagérations de langage, les vanteries familières aux négociants qui veulent écouler leur marchandise, ne constituent pas le dol. C'est à l'acheteur à se tenir sur ses gardes. Secus, Laurent, Principes, XV, p. 604. — Sic: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 343 bis, p. 504 et 505, — Demolombe, Contrats, I, n° 167 et 168, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, p. 122, note 4; — cpr. Amiens 14 février 1876 et Cass. 29 novembre 1876, Sir. 1877. I. 49, — Riom 12 mai 1884, Sir. 1885. II. 13.

assimilées au dol. Mais c'est à titre exceptionnel, par exemple en matière de vices rédhibitoires et dans le contrat d'assurance '.

DEUXIÈME CONDITION.

138. Il faut que les manœuvres aient été pratiquées par l'une des parties engagées dans la convention ; le dol qui vicie le consentement et autorise la nullité est le dolus adversarii, le dol personnel: « les manœuvres pratiquées par « l'une des parties », dit l'article 1116.

139. En cela le dol diffère de la violence; même venant d'un tiers la violence vicie le consentément (article 1111)³. Et de cette distinction, qui est traditionnelle, il peut être

donné trois raisons.

Première raison. — On ne peut pas plus se défendre de la violence quand elle émane d'un tiers que quand elle émane de la partie. Au contraire, on peut et on doit se tenir en garde contre l'intervention d'un tiers empressé à se mêler de ce qui ne le regarde pas.

Deuxième raison. — Où s'arrêterait-on dans cette voie? Une nouvelle est répandue en Bourse; les cours haussent ou baissent; puis on découvre que la nouvelle est fausse. Vat-on annuler tous les marchés conclus? Ce serait contraire aux habitudes du lieu. La situation est bien différente si le dol est le fait de celui avec qui on a traité.

Troisième raison. — Elle est la meilleure, ce qui ne veut

pas dire qu'elle soit bonne.

Le trouble résultant de la violence est plus grave, plus alarmant, appelle une protection plus énergique et plus assurée. En général, celui qui contracte loyalement ne doit pas être privé sans motif impérieux de l'avantage qu'il s'attendait à retirer du contrat. Comment, quand il n'y est pour rien, lui opposerait-on des manœuvres pratiquées par

2. Paris 8 décembre 1885, *La Loi* du 3 février 1886, — Toulouse 7 mars 1887, *Gazette du Palais*, 1887.1.781.

^{1.} Voy. Cass. 47 février 4874, D. P. 4874.1.193, Sir. 4874.I.248, — trib. d'Auxerre 30 décembre 4881, Gazette du Palais, 4882.I.506.

^{3.} Suprà, nº 122. — En droit romain, l'action Quod metús causá était conçue in rem, à la différence de l'action De dolo, qui était conçue in personam: fragm. 1 § 5, Dig., De dolo malo, IV, 3. — Cpr. Pothier, Traité des obligations, nº 23 et 32, — Demolombe. Contrats, I, nº 183, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 26 bis, — Laurent, Principes, XV, p. 605.

d'autres? Ces manœuvres, qui sont le fait d'un tiers, ne permettent pas de poursuivre l'annulation, mais elles peuvent autoriser à agir en dommages-intérêts contre celui qui en est l'auteur.

140. Donc le dol n'est regardé comme vice du consentement que s'il s'agit du dolus adversarii, du dol personnel.

Quelquefois, le dol réel est pris en considération, par quelque personne qu'il ait été pratiqué. Nous en avons un exemple dans l'article 783: « Le majeur ne peut attaquer l'ac« ceptation... qu'il a faite d'une succession que dans le cas « où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué « envers lui... » Le dol, dans ce cas, est une cause de nullité par quelque personne qu'il ait été pratiqué. Et il faut bien qu'il en soit ainsi; si on n'admettait la nullité que par suite du dol de l'autre partie, comme la renonciation est un acte et non un contrat, il n'y aurait pas dol juridique en pareille matière.

Mais ce n'est là qu'une exception. Le principe est que le

dol doit être personnel pour vicier le consentement.

141. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, pour que le dol soit personnel, que l'autre partie soit l'auteur des manœuvres; il suffit qu'elle en ait été complice. Il en est de même si l'autre partie a été l'instigateur des manœuvres, si elle s'y est associée, enfin si elle en a eu seulement connaissance ét en a profité sans les dévoiler. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens i. Et il faut ajouter que les choses se passent le plus souvent ainsi; celui qui veut tromper ne se risque pas à opérer lui-même; il a besoin, pour réussir, de cacher que l'initiative vient de lui et a recours à des intermédiaires; alors, bien que les manœuvres soient pratiquées par une tierce personne, elles sont considérées comme n'en viciant pas moins le contrat, si c'est à l'instigation de la partie et de connivence avec elle qu'elles ont été pratiquées.

Il y avait ainsi des intermédiaires dans l'aventure dont fut victime, il y a bien des siècles, le chevalier Cassius. L'aventure est classique, et on ose à peine la raconter tant elle est connue. Elle a motivé la création de l'action de dol à

^{1.} Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 343 bis, p. 505, texte et note 26, — Demolombe, Contrats, I, n° 185 et 186, — Laurent, Principes, XV, n° 529 in fine, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 108 et 109; — Cass. 8 août 1878, Sir. 1879.I.461.

Rome 1, et est rapportée par Cicéron dans le De officiis 2.

Cassius avait la passion de la pêche. Un Syracusain avisé l'invite dans sa maison, après s'être entendu avec des pêcheurs chargés de peupler de barques l'horizon qu'on voyait des terrasses. Enflammé par ce spectacle, Cassius veut à tout prix acquérir le domaine; le Syracusain résiste, puis cède et finit par conclure le marché. Le lendemain, plus de pêcheurs, plus de poissons; c'était une comédie montée. Voilà le dol. Ce sont bien là les manœuvres pratiquées pour surprendre, tromper et entraîner. Cicéron ajoute: « Stomachari Cassius, sed quid « faceret? Nondum enim Aquilius Gallus, collega et familia- « ris meus, protulerat de dolo malo formulas. »

TROISIÈME CONDITION.

142. Pour qu'il y ait dol, au sens légal du mot, il faut qu'il apparaisse comme évident que l'autre partie n'aurait pas contracté sans les manœuvres qui ont été pratiquées. L'article 1116 est formel à cet égard ³. En d'autres termes, il faut que ce soient les manœuvres déloyales qui aient déterminé la partie à contracter ; et cela se comprend, sans quoi, dans le doute, on doit assurer la stabilité du contrat.

143. Les Romains admettaient déjà cette règle ; la doctrine moderne leur a emprunté deux expressions passées en usage et qui sont d'ailleurs assez significatives, quoique d'un latin douteux.

Les manœuvres, dit-on, ne constituent le dol, au sens légal du mot, qu'autant qu'elles ont amené le contrat : dolus dans causam contractui, ce qu'on traduit quelquefois par dol principal.

Quant aux manœuvres pratiquées incidemment à une opération qui aurait été conclue sans cela, et qui, par conséquent, n'ont ni pour but ni pour effet de faire naître chez l'autre partie l'intention de contracter, mais seulement de l'amener à accepter des conditions auxquelles elle n'eût pas souscrit si elle n'avait pas été circonvenue, de telles manœu-

^{1.} Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 447.

^{2.} De officiis, III, 14, §§ 53 et 54.

^{3,} Trib. de la Seine 11 juillet 1885, Gazette des Tribunaux du 13 octobre 1885, — trib. de Bruxelles 15 janvier 1887, Pandectes françaises, 1887. V. 6.

De l'article 1116 résulte, en outre, cette conclusion que le dol postérieur à la conclusion du contrat ne saurait, en aucun cas, être une cause de nullité : Cass. 30 avril 1884, D. P. 1883 I. 229, Sir. 1885 I. 366.

vres ne constituent pas le dol; du moins elles ne constituent qu'un dol moins grave, incidens in contractum. Et ce dol incident n'est pas une cause de nullité 1; il donne seulement ouverture, le cas échéant, à une action en dommages-intérêts 2, par exemple à une action en réduction du prix s'il s'agit d'une vente.

144. La distinction entre le dol principal et le dol incident est donc très nette. Mais elle a moins de portée qu'on n'est d'abord tenté de le croire; en effet, il y a toujours lieu à une appréciation de fait en pareille matière, et il n'est pas impossible que ce soit un dol sur un détail qui ait décidé le contrat

145. Telles sont les trois conditions nécessaires pour qu'il y ait dol, au sens légal du mot. Si ces trois conditions sont remplies, le consentement n'est pas valable, la convention est sujette à annulation.

La cause de nullité, c'est le dol, ou plutôt l'erreur qu'il a entraînée; mais cette cause de nullité est distincte de l'erreur, car il n'est pas nécessaire que l'erreur résultant du dol réunisse les conditions exigées par l'article 1110. L'erreur sur les qualités accidentelles, insuffisante à elle seule pour vicier le contrat, peut produire cet effet si elle résulte d'un dol; il en est de même de l'erreur sur les motifs occasionnels, qui n'est pas, en elle-même, une cause de nullité.

146. Bien entendu, c'est à celui qui prétend avoir été joué, surpris ou trompé, à établir la réalité des manœuvres dont il a été victime et à démontrer que c'est l'autre partie qui en est l'auteur. Le dol ne se présume pas et doit être établi (article 1116 alinéa 2). La preuve peut, d'ailleurs, être administrée par tous les moyens, même par témoins et par présomptions (article 1353), et cela quelles que soient la forme de l'acte et la valeur de la convention (article 1348) 3.

2. Voy. Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 26 bis;

- cpr. trib. de la Seine 20 juillet 1883, La Loi du 23 juillet.

^{1.} Voy. Demolombe, Contrats, I, no 175, - Laurent, Principes, XV, p. 599, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, p. 133.

^{3.} Quand il s'agit d'un acte authentique, il n'est pas nécessaire, pour démontrer le dol allégué, de recourir à la procédure de l'inscription de faux : Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 343 bis, p. 507, - Baudry-Lacantinerie et

147. Voilà toute la théorie du consentement. Elle peut être résumée en quelques mots. Si le consentement des parties fait défaut, la convention ne se forme pas ; si le consentement est vicié, la convention se forme, mais est annulable; si le consentement existe et n'est pas vicié, la convention est valable.

SECTION II. – La capacité.

148. Aux termes de l'article 1108, la capacité des parties contractantes est la seconde des conditions essentielles pour la validité des conventions. Les articles 1123 à 1125 y sont consacrés; ils forment la section II du chapitre II, au titre

Des obligations.

Du moment que la capacité est une condition de validité des conventions, l'incapacité devient une cause de nullité. La convention, qui est valable si les parties sont pleinement capables, peut être annulable ou nulle, car l'incapacité est tantôt radicale, tantôt partielle, de même que le consentement peut manquer d'une manière absolue ou être seulement vicié.

Ces notions, d'ailleurs, avec leurs nuances, n'ont rien de particulier aux conventions. Elles s'appliquent à tous les

actes de l'homme.

149. La distinction des actes nuls et simplement annulables à raison de l'incapacité de leur auteur ne ressort pas

des articles 1123 et suivants.

Cela tient à ce que ces textes, tout en étant le siège de la théorie générale de la capacité, ne prévoient qu'une seule sorte d'incapacité: celle qu'on appelle l'incapacité d'exercice. Or cette incapacité n'empêche pas la convention de se former; elle l'expose seulement à être annulée, et l'action en nullité, dans ce cas, n'est même que relative (article 1125).

Mais l'incapacité peut être d'autre nature. Elle peut être ce qu'on appelle une incapacité de jouissance. Elle produit un effet plus complet que la précédente; elle empêche la convention de se former. La nullité, au lieu d'être relative,

Barde, I, nº 118, — Cass. 28 juin 1881, D. P. 1882.I.161, — 25 novembre 1895, D. P.1896.I.230, - 25 mai 1898, D. P. 1898.I.380.

est alors absolue, et les articles 1123 à 1125 ne sont pas

applicables.

Il importe donc de compléter les prévisions des textes, en prenant l'incapacité sous tous ses aspects, au lieu de l'envisager seulement comme incapacité d'exercice.

150. Qu'est-ce que la capacité en général? Qu'est-ce, d'autre part, que l'incapacité soit de jouissance, soit d'exer-

cice?

Nous n'en parlerons qu'à propos des conventions. *Mutatis mutandis*, la théorie s'étend à tous les actes de l'homme. Pour les uns comme pour les autres, il existe, en outre des règles qui forment le droit commun, des règles spéciales, que nous laisserons de côté; telles sont celles qui sont posées en matière de dispositions à titre gratuit par les articles 901 et suivants, en matière de vente par l'article 1594. Limitons-nous, pour le moment, à l'exposé des règles du droit commun.

151. Nous avons maintes fois défini la capacité. Envisagée comme condition de validité des actes, elle consiste, chez une personne, dans l'aptitude à les accomplir; envisagée spécialement comme condition de validité des contrats, elle consiste dans l'aptitude des parties à contracter, et n'est pas autre chose, par conséquent, que la faculté même de contracter. Elle est vraiment une condition essentielle de la validité des conventions; car nul ne peut contracter efficacement s'il n'a légalement cette faculté.

152. La faculté de contracter, ou capacité en général,

suppose trois éléments.

153. Premier élément. — Elle suppose — cela est manifeste — l'existence de la personne. L'existence est la condition de la personnalité juridique, par conséquent de l'aptitude à la jouissance des droits et en particulier du droit de contracter.

Pour les particuliers, ou personnes physiques, en d'autres termes pour les individus, cette condition va tellement de soi qu'il est presque naïf de la relever. On ne peut guère supposer une convention dont la validité serait en question pour défaut d'existence soit des parties, soit de l'une d'entre elles. Rappelons toutefois — ce qui montre que l'observation n'est

^{1.} Cpr. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1re édition, p. 90.

pas pleinement oiseuse même en ce qui concerne les individus — la disposition de l'article 906, aux termes duquel il suffit, en matière de dispositions à titre gratuit, d'être conçu pour être capable de recevoir. Par application du même principe, lorsqu'une personne a constitué un mandataire pour passer un acte et vient à mourir avant l'accomplissement du mandat, l'acte accompli est nul pour défaut d'existence de la personne au nom de laquelle il est fait.

Pour les personnes civiles, la règle a une portée plus appréciable et présente plus d'importance. Ces personnes, qui ne possèdent pas la personnalité physique et n'ont pas, dès lors, d'existence par elles-mêmes, n'existent qu'à la condition d'avoir été régulièrement investies de la personnalité civile; régulièrement, c'est-à-dire dans les termes de la loi, qui varient selon les cas. Par conséquent, l'acte auguel interviendrait comme partie une collectivité de personnes ou une union d'intérêts non érigée en personne civile serait nul, radicalement nul, d'une nullité complète. Le défaut de personnalité empêche la convention de se former, soit que la collectivité y ait figuré par un prétendu représentant, soit que l'acte ait été passé par elle-même, ou pour elle par personne interposée. Il existe, en ce qui concerne les dons et legs, un contrôle spécial, que nous étudierons sous les articles 910 et 937. Contentons-nous de relever ici le principe général: pour tous les actes, la personnalité régulièrement acquise est une condition essentielle de validité. Nous insisterons à loisir sur ce principe à propos des dispositions à titre gratuit.

154. Deuxième élément. — La faculté de contracter suppose l'aptitude naturelle; on dit quelquefois: la capacité naturelle. Pour l'avoir, il faut d'abord exister; mais cette condition nécessaire n'est pas suffisante; il faut, de plus, être physiquement en état d'avoir et d'exprimer une volonté. L'enfant non encore arrivé à l'âge de discernement, l'homme en état de démence ou de délire, sont incapables de contracter; il leur manque l'aptitude naturelle à avoir une volonté, à consentir et, dès lors, à se lier.

On n'a jamais fait et la loi ne fait pas de cette capacité naturelle une condition particulière. Elle est assurément indispensable, mais elle se confond avec le consentement, dont elle est l'élément nécessaire; elle soulève des questions de consentement, rien que des questions de consentement, non des questions de capacité. La capacité naturelle de contracter n'est pas autre chose que la capacité de donner un consentement efficace; l'incapacité naturelle est exclusive du consentement et se confond avec l'absence du consentement. Dès lors, cette incapacité met obstacle à ce que la convention se forme. Point de convention sans consentement réciproque; donc point de convention si les parties ou l'une d'elles ne sont pas physiquement en état d'avoir et d'exprimer une volonté. La sanction consiste dans la nullité pour défaut de consentement.

155. Troisième élément. — La faculté de contracter suppose l'aptitude légale ou capacité civile. C'est la capacité au sens propre du mot, la seule dont la loi fasse une condition distincte du consentement, celle que vise l'article 1108.

La capacité civile implique la capacité naturelle, sans laquelle elle ne servirait à rien. Mais elle s'en distingue absolument. Elle consiste dans l'aptitude légale à mettre en œuvre la faculté de contracter; elle suppose la jouissance et l'exercice du droit de contracter.

156. Pour que les parties soient capables au sens complet du mot, pleinement aptes à contracter, il faut qu'elles aient : 1° le droit même de contracter, de faire tel ou tel contrat, en d'autres termes la jouissance du droit, c'est-à-dire la faculté d'en recueillir le bénéfice, — 2° l'exercice de ce même droit, c'est-à-dire la faculté de passer les actes par lesquels on le met en œuvre.

Corrélativement, il faut distinguer deux sortes d'incapacités.

1° L'incapacité de jouissance. Elle résulte de ce que l'incapable n'a pas le droit de contracter, de faire le contrat dont il s'agit, n'est pas apte à être sujet du droit. Celui qui est incapable quant à la jouissance ne peut contracter ni par luimême, ni par un autre, puisque c'est la faculté même qui lui fait défaut. L'incapacité est alors complète, radicale, absolue.

2° L'incapacité d'exercice. Elle consiste en ce qu'une personne, tout en jouissant du droit de contracter, n'a pas l'aptitude nécessaire pour mettre ce droit en œuvre, autrement dit pour l'exercer. Celui qui est incapable quant à l'exercice

ne peut pas figurer en personne à la convention; mais rien ne s'oppose, puisqu'il a le droit même, à ce que la convention soit conclue à son profit par un autre. Ce n'est pas le droit de contracter qui manque, mais l'exercice de ce droit.

L'incapacité n'est alors que partielle.

Cette situation est celle qu'on nomme plus spécialement incapacité. Les incapables, au sens habituel et courant du mot, sont ceux qui, tout en ayant la jouissance de leurs droits, n'en ont pas l'exercice, ou du moins qui n'ont cet exercice que sous la réserve de se soumettre à certaines conditions d'autorisation ou de forme. C'est dans ce sens notamment que les articles 1124 et 1125 prennent le mot.

157. Reste à savoir : 1° dans quels cas se présentent ces deux incapacités, — 2° quels en sont les effets respectifs.

La première de ces questions est résolue par l'article 1123, dont les termes sont généraux, bien qu'il ne vise en réalité que les incapacités d'exercice : « Toute personne peut con-« tracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » On traduit ordinairement cette formule en disant que la capacité est de droit commun, l'incapacité d'exception.

Donc, en principe et à moins d'exception, toute personne possède à la fois la jouissance et l'exercice du droit de contracter. Il serait superflu de présenter ici une nomenclature complète des cas d'incapacité, qui sont épars dans le Code et dans les lois spéciales. Les causes et l'étendue de ces incapacités project à l'inferi

cités varient à l'infini.

Deux observations seulement doivent être faites sur les caractères généraux des diverses sortes d'incapacités.

Première observation.

158. A plusieurs reprises et à propos d'applications spéciales, nous avons vu précédemment comment on peut discerner, quand la loi prononce une incapacité, s'il s'agit d'une incapacité de jouissance ou d'une incapacité d'exercice.

On le reconnaît à deux signes.

- 159. Premier signe. Les deux incapacités se distinguent par les motifs qui les expliquent et par le but en vue duquel elles sont établies.
- 160. En général, les incapacités de simple exercice dérivent d'une idée de protection ou de subordination ; c'est dans

leur intérêt que la loi frappe certaines personnes d'une incapacité d'exercice, parce qu'elle appréhende pour elles les actes qu'elles accompliraient seules ou sans guide. De ces incapacités les unes sont générales, c'est-à-dire s'étendent à tous les actes, d'autres sont partielles ou spéciales, c'est-àdire n'ont trait qu'à tel ou tel acte spécifié.

L'article 1124 vise les unes et les autres. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées sont atteints d'une incapacité générale d'exercice; ils ont le bénéfice des droits, non l'apti-

tude à les mettre en œuvre, à les exercer.

Puis l'article 1124 in fine ajoute : « Et généralement tous « ceux à qui la loi a interdit certains contrats. » Cette disposition renvoie aux cas, épars dans les textes, où certaines incapacités sont prononcées. Par exemple, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont incapables quant aux actes énumérés par l'article 513 ¹; les aliénés internés en vertu de la loi du 30 juin 1838 sont soumis à un régime spécial quant à l'exercice de leurs droits ². On peut ajouter à cette liste les faillis, qui sont dessaisis par l'effet du jugement déclaratif et dont les droits sont exercés par le syndic dans l'intérêt des créanciers, — puis les personnes civiles, ou du moins quelques-unes d'entre elles, qui, pour l'exercice de leurs droits ou de certains droits, sont soumises à tout un régime de tutelle, à tout un système d'autorisations.

Ainsi l'incapacité d'exercice est une protection.

161. En général, au contraire, les incapacités de jouissance dérivent de causes différentes, qui peuvent être ramenées à deux. Elles se rattachent à une idée de déchéance pénale, ou à certaines considérations d'ordre public.

Aussi l'incapacité de jouissance empêche la convention de se former, la rend nulle. Il ne peut dépendre ni de l'une ni de l'autre des parties de valider ce que la loi défend.

Il n'existe pas d'incapacités de jouissance qui soient générales, c'est-à-dire qui s'étendent à tous les actes; il en résulterait une situation pire que l'ancienne mort civile, qui a été supprimée comme excessive dans ses effets ³. Mais il en existe un grand nombre de partielles, ou mieux de spéciales à tel ou tel acte. Citons-en quelques-unes à titre d'exemple.

2. Ibid., p. 630.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 613.

^{3.} Ibid., tome I, p. 111 et suiv.

a) Aux termes de l'article 450, le tuteur ne peut se rendre

acquéreur des biens de son pupille 1.

b) Les articles 1595 à 1597 établissent certaines incapacités spéciales de jouissance qui sont fondées sur des considérations d'ordre public. L'article 3 de la loi du 3 mai 1854 en établit une qui repose sur une idée de déchéance 2. D'autres sont établies par les articles 910, 1712, 1840, 2045, 2124.

162. Second signe. — Il existe un procédé en quelque sorte matériel pour distinguer les deux sortes d'incapacités. Il suffit de rechercher si la loi, en prononçant l'incapacité, désigne une personne tierce chargée d'exercer le droit dont il s'agit au lieu et place de l'incapable, ou bien si elle règle à quelles conditions d'autorisation et de forme l'incapacité

peut disparaître et la capacité être recouvrée.

S'il en est ainsi, c'est qu'on se trouve en présence d'une simple incapacité d'exercice. En effet, la personne frappée d'incapacité peut alors, quoique incapable, être sujet du droit dans la convention, puisqu'un tiers est autorisé à conclure la convention au profit de l'incapable, ou puisque celui-ci peut recouvrer sa capacité en remplissant certaines formalités. L'incapable conserve donc la faculté de contracter, bien qu'il ne soit pas apte à l'exercer lui-même.

Tel est le cas des incapacités établies par l'article 1124. L'incapacité des mineurs est une simple incapacité d'exercice, car l'article 450 charge le tuteur de représenter le mineur 3. Quant aux interdits, qu'il s'agisse d'interdiction judiciaire ou légale, l'article 509 les assimile aux mineurs 4. Enfin les femmes mariées sont relevées de leur incapacité par l'autorisation

soit du mari, soit de justice (articles 217 et 218)⁵.

Si, au contraire, l'établissement d'une incapacité n'est pas accompagné de la désignation d'un tiers appelé à remplacer l'incapable, ou de l'indication de formalités dont l'accomplissement fait disparaître l'incapacité, c'est qu'il s'agit d'une incapacité de jouissance. En effet, la personne incapable ne peut plus être sujet de droit dans la convention, puisque d'une part elle ne peut y figurer elle-même, et que, d'autre

2. Ibid., tome I, p. 417.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 507.

^{3.} Ibid., tome II, p. 478 et suiv.

^{4.} Ibid., p. 593 et suiv.

^{5.} Ibid., tome I, p. 460 et suiv.

part, elle ne peut pas y être remplacée par autrui ; c'est donc

le droit même qui fait défaut.

L'article 450 fournit un exemple des deux ordres d'incapacités. Le tuteur ne peut prendre à bail les biens du mineur et c'est une incapacité relative, car le conseil de famille peut autoriser le subrogé tuteur à lui en passer bail; il ne peut acheter les biens de son pupille et c'est une incapacité de jouissance, car nul n'a qualité pour les lui vendre et rien ne peut le relever de cette incapacité.

163. La distinction des incapacités de jouissance et des in-

capacités d'exercice est donc fondamentale.

Ajoutons — et ce n'est là qu'une dernière application de l'idée sur laquelle toutes ces distinctions reposent — que les deux incapacités se confondent quelquefois. L'incapacité d'exercice équivaut à une incapacité de jouissance quand il s'agit de droits qui ne comportent point la représentation par autrui. L'incapable, en effet, ne saurait être sujet du droit, puisqu'il ne peut ni l'exercer lui-même, ni être représenté par autrui pour l'exercice.

Ainsi, l'incapacité du mineur n'est, en général, qu'une incapacité d'exercice. Mais il y a quelques cas où elle devient une incapacité de jouissance. Tel est, notamment, le cas prévu par l'article 903; le droit de disposer à titre gratuit

est de ceux qui ne peuvent être exercés par autrui.

Par là s'expliquent, d'autre part, certains textes qui restituent au mineur la faculté d'exercer lui-même tel ou tel de ses droits. Sans ces textes, comme il s'agit de droits pour l'exercice desquels le mineur ne pourrait être représenté, la loi, en le laissant incapable, le frapperait d'une véritable

incapacité de jouissance (article 1398).

De là une question d'ordre général: celle de savoir si les incapacités d'exercice, qui dérivent d'une idée de protection, s'appliquent aux actes qui ne comportent pas la représentation par autrui. On est conduit à répondre négativement. Telle est la solution que nous avons admise, en particulier, à propos des interdits; nous en avons donné cette raison, qu'avec la solution contraire l'incapacité d'exercice équivaudrait à une privation de jouissance, ce qui dérouterait les prévisions de la loi. Mais la question est controversée ¹.

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, nº 978, p. 604 et 605.

Seconde observation.

164. Ce n'est pas seulement pour apprécier la portée, l'étendue de l'incapacité, qu'il importe de distinguer l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice. C'est, en outre, pour en déduire les effets respectifs.

165. Lorsque les parties ou l'une d'elles sont atteintes d'incapacité de jouissance, la convention ne se forme pas, n'a

pas d'existence aux yeux de la loi, car une condition essentielle, la capacité, fait complètement défaut.

La nullité est absolue ; elle peut être invoquée par toutes

les parties.

166. Au contraire, quand une des parties est frappée d'une simple incapacité d'exercice, la convention n'est qu'entachée d'un vice. Elle se forme, mais elle est susceptible d'annulation; la capacité, condition essentielle, ne fait pas défaut, mais est simplement incomplète.

La nullité est alors relative.

Telle est, sans doute, l'idée que le législateur a entendu exprimer dans le premier alinéa de l'article 1125 : « Le mi-« neur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, « pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les

« cas prévus par la loi. »

Texte obscur, et même inintelligible. Peut-être fait-il allusion à la différence qui sépare les mineurs des femmes et des interdits en ce qui concerne l'étendue de leur incapacité, l'incapacité des mineurs n'étant une cause de nullité que lorsqu'il y a lésion (article 1305), tandis que l'incapacité est à elle seule une cause de nullité quand il s'agit des femmes mariées et des interdits (articles 225 et 502). Mais il est plus probable que les rédacteurs de l'article 1125 ont voulu exprimer une idée plus générale et plus simple, qu'ils ont rendue d'une manière singulièrement voilée; en disant que la nullité ne peut être invoquée « que dans les cas pré-« vus par la loi », ils ont voulu dire que l'action en nullité, dans ce cas, est soumise par la loi à des conditions, restrictions et limitations particulières, en d'autres termes que la nullité dont il s'agit est une nullité relative 1.

167. Elle est relative sous trois rapports.

1º Il est permis de renoncer à se prévaloir de l'action en

^{1.} Sic, Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 50 et 51.

nullité. La nullité est susceptible d'être couverte par une ratification soit expresse, soit tacite (article 1115).

2º L'action en nullité est soumise à une prescription de courte durée : la prescription décennale de l'article 1305.

3º La nullité ne peut être invoquée que par celle des parties qui est frappée d'incapacité (article 1125 alinéa 2).

Cette règle est absolument rationnelle, étant donné que l'incapacité est établie à titre de protection et de secours. Dès lors, il ne faut pas hésiter à l'appliquer, même en dehors des termes de l'article 1125 alinéa 2, toutes les fois qu'on se trouve en présence d'une incapacité éveillant l'idée de secours, de protection; par exemple, il faut l'étendre aux aliénés non interdits placés sous le régime de la loi du 30 juin 1838 1.

Toutefois, si formelle et si raisonnable que soit la règle, il y a des cas dans lesquels la partie qui a contracté avec l'incapable peut se prévaloir de la nullité. Il en est ainsi quand l'incapacité, tout en n'étant qu'une incapacité d'exercice, est prononcée à titre de déchéance, comme par exemple dans le cas d'interdiction légale, prévu par l'article 29 du Code pénal. La solution contraire, admise cependant par certains auteurs, serait trop bizarre; car la déchéance se trouverait profiter à la personne même qui en est frappée. Mais il ne convient pas d'insister davantage sur cette question, qui a été traitée dans une autre partie de ce cours 2.

La règle générale, en tout cas, reste bien nette : la nullité ne peut être invoquée que par l'incapable lui-même. Cela met l'autre partie dans une situation fâcheuse, car elle se trouve à la discrétion de l'incapable avec lequel elle a contracté. De là l'utilité de rendre publiques les causes d'incapacité; avec un système de publicité bien organisé, les surprises ne sont plus à craindre 3.

Au surplus, la situation de la personne qui a traité avec un incapable est moins digne de pitié qu'il ne semble. C'est le droit commun que la convention fait la loi des par-ties ; et il y a d'autant moins de raison d'écarter ici l'applica-

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 632.

^{2.} Ibid., p. 515.

^{3.} Voy. la loi du 16 mars 1893, sur la publicité à donner aux décisions qui prononcent une interdiction ou une dation de conseil judiciaire : L'étal et la capacité des personnes, tome II, p. 590.

tion du droit commun que les personnes qui traitent avec des incapables d'exercice cherchent d'ordinaire à les exploiter. Sans doute on peut ignorer qu'on traite avec un incapable; mais on est alors fautif de ne s'être pas suffisamment renseigné.

168. Telle est, dans son ensemble, la théorie de la capacité en matière de contrats, sous la réserve des règles spé-

ciales à chaque incapacité.

L'incapacité résultant du défaut d'existence, puis l'incapacité naturelle résultant de l'inaptitude à avoir une volonté, enfin l'incapacité légale de jouissance, mettent obstacle à la formation de la convention et la rendent nulle. Seule l'incapacité légale d'exercice, sans mettre obstacle à la formation de la convention, la rend annulable ; c'est à elle seule que s'appliquent les articles 1124 et 1125.

En résumé, la capacité, l'aptitude civile à contracter, peut être complète, ou faire absolument défaut, ou être altérée. De sorte que nous voyons se reproduire, en ce qui touche la capacité, les trois situations que nous avons déjà

rencontrées à propos du consentement.

Si les parties sont pleinement capables, en d'autres termes si elles ont la jouissance et l'exercice du droit de contracter, la convention est valable de ce chef. Si les parties — ou l'une d'elles — sont complètement incapables, c'est-à-dire si elles n'ont ni l'exercice ni même la jouissance du droit de contracter, la convention ne se forme pas; elle est nulle faute d'une condition nécessaire à sa formation. Enfin, si la capacité est incomplète, altérée, en d'autres termes si les parties ou l'une d'elles, tout en ayant la jouissance du droit, n'en ont pas l'exercice, la convention se forme; mais, une des conditions nécessaires à la validité de la convention étant viciée, celle-ci est annulable au profit de l'incapable.

L'ensemble des idées est le même qu'à propos du consen-

tement.

169. Le plus souvent, faute de préciser, on considère la capacité comme nécessaire uniquement pour la validité, non pour la formation, pour l'existence des contrats. On regarde l'incapacité comme n'étant qu'une cause d'annulabilité, non de nullité.

Cela n'est point inexact en soi. Les articles 1123 et sui-

vants ne relèvent, sous le nom de capacité ou d'incapacité, que l'aptitude ou l'inaptitude à exercer le droit de contracter. Les incapables, dans le sens courant du mot, sont ceux qui, tout en ayant la jouissance d'un droit, n'en ont pas l'exercice. La question de jouissance du droit est en quelque sorte sous-entendue.

170. En définitive, il existe trois espèces de capacités: la capacité naturelle, la capacité de jouissance ou faculté de contracter, la capacité d'exercice ou aptitude à mettre en œuvre cette faculté. Par suite. il existe trois incapacités: l'incapacité naturelle, l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice; les deux premières empêchent la convention de se former, la troisième la rend annulable. La règle posée par l'article 1117 pour le consentement est reproduite par l'article 1125 pour la capacité.

SECTION III. — L'objet.

- 171. La troisième condition essentielle à la validité des conventions est indiquée en ces termes par l'article 1108: « Un objet certain qui forme la matière de l'engagement. » La rubrique de la section III du chapitre II (articles 1126 à 1130) emploie les mêmes expressions : De l'objet et de la matière des contrats 1.
- 172. Il n'est pas facile d'extraire de ces textes des notions précises et surtout pratiques. Les idées ne sont pas nettes, les expressions ne sont pas claires.

Cela tient à deux causes.

a) D'abord, les articles 1126 à 1130 n'envisagent les contrats que dans une de leurs applications, comme sources d'obligations. Ainsi s'explique la confusion qu'ils commettent entre l'objet des contrats et l'objet des obligations en résultant. Les articles 1126 à 1128 traitent de l'objet des contrats, puis les articles 1129 et 1130 de l'objet des obligations, sans paraître attacher la moindre importance à ce changement de langage.

Il semble même, à considérer l'ordre et l'enchaînement des textes, que les deux notions n'en fassent qu'une, que l'objet

^{1.} Voy. sur l'objet, Bufnoir, Propriété et contrat, XXXVI° leçon, p. 510 et suiv.

des contrats soit la même chose que l'objet des obligations, et qu'on puisse, à propos de l'objet, viser indifféremment le contrat et l'obligation. Or c'est une erreur, une confusion fâcheuse au point de vue de la rectitude des idées; car les deux notions sont distinctes 1: si parfois l'objet du contrat est le même que celui des obligations qui en résultent, il est autre dans plus d'un cas 2.

b) Seconde cause d'équivoque. Si la notion de l'objet dans les contrats se présente comme commune à tous les contrats, l'objet lui-même varie à l'infini selon les contrats; par suite, la notion de l'objet, quand on l'isole de ses applications, devient tellement vague qu'elle semble étrangère aux combi-

naisons pratiques d'intérêts.

173. Pour éviter ces confusions et les équivoques qui en résultent, déterminons d'abord, sans trop tenir compte des textes, ce qu'est l'objet des obligations. Nous rechercherons ensuite comment il faut entendre l'objet des contrats.

§ 1. — De l'objet des obligations.

174. L'objet d'une obligation est, pour employer le langage de l'article 1108, ce qui « forme la matière de l'engage-« ment ». En d'autres termes, c'est ce que le débiteur est tenu de fournir, ce que le créancier a le droit d'exiger; c'est

la prestation due.

D'après la distinction traditionnelle, née d'ailleurs des leçons de la pratique, comme aussi d'après l'article 1101 qui reproduit la distinction, une obligation peut être soit de donner une chose, soit d'exécuter un fait, soit d'observer une abstention; en d'autres termes, elle peut être de donner, de faire ou de ne pas faire. La prestation due, ou objet de l'obligation, sera la chose à donner, le fait à exécuter, l'abstention promise.

C'est ce que constate l'article 1126 : « Tout contrat a pour « objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une

2. Voy. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1re édition, p. 240.

^{1.} Telle n'est pas l'opinion de tous les interprètes. On lit dans le Cours analytique de MM. Demante et Colmet de Santerre (V, n° 40): « La loi confond « avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le con« trat n'ayant pas d'autre but que de produire une ou plusieurs obligations, « il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des en« gagements qui doivent en naître. »

« partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. » Seulement le texte signale comme étant l'objet du contrat ce qui est en réalité l'objet de l'obligation.

Pas d'obligation sans une prestation due. Cette prestation sera une chose, un fait, ou une abstention ; la pratique n'en

relève pas d'autres.

175. Ce n'est là qu'une observation de fait. Elle appelle le complément suivant. Quels caractères doivent avoir la chose, le fait ou l'abstention, pour être valablement l'objet d'une obligation?

I. Des choses envisagées comme objet des obligations.

176. Tantôt le débiteur s'engage à transférer la propriété de la chose. C'est ce qu'on nomme spécialement l'obligation de donner, qui implique la translation de la propriété ou d'un droit réel quelconque (articles 1136 et suivants). « Donner », ici, reproduit le mot latin dare, qui avait le même sens.

Tantôt le débiteur s'engage seulement à livrer la chose, autrement dit à en conférer ou à en restituer soit la possession, soit même la simple détention, comme il arrive, par exemple, dans le louage. C'est encore, si l'on veut, une obligation de donner; seulement « donner » n'est plus alors synonyme de dare, mais de præstare. Voilà précisément ce que veut dire l'article 1127: « Le simple usage ou la « simple possession d'une chose peut être, comme la chose « elle-même, l'objet du contrat. » Comme la chose ellemême, c'est-à-dire comme la propriété.

177. Dans tous les cas, trois conditions sont nécessaires pour qu'une chose puisse être valablement l'objet d'une obligation de donner. Il faut — expressions consacrées, bien qu'elles ne soient pas exactes de tous points — : 1° que la chose existe réellement, — 2° qu'elle soit dans le com-

merce, -- 3° qu'elle constitue un objet certain.

Reprenons ces trois conditions.

I. Il faut que la chose existe.

178. Cela va de soi.

Prenons un exemple. Une vente est conclue, d'où résulte pour le vendeur l'obligation de livrer la chose vendue. Au moment du contrat, la chose n'existe plus; l'obligation ne saurait naître, faute d'objet. Il s'agit d'une créance, et elle a été précédemment soldée ou éteinte par compensation. Je vends telle marchandise venue par tel navire, et il n'y a pas sur le navire de marchandise de ce genre. Ou bien je vends un brevet d'invention, et il était périmé, ou l'invention n'était pas brevetable; je vends un droit d'auteur, et il était éteint. On ne saurait être tenu soit de donner, soit de livrer une chose qui n'existe pas, puisqu'il y a impossibilité de le faire 1.

Parfois, la question de savoir si l'objet existe ou n'existe pas est douteuse. Ainsi, la clientèle d'une personne exerçant une profession libérale peut-elle être vendue? Cela existet-il? Le mot « clientèle » ne désigne-t-il pas simplement ce que vaut à une personne son honorabilité, son talent? Il y a une foule de distinctions à établir. La clientèle d'un médecin ne peut pas faire l'objet d'un contrat, parce qu'elle repose sur un sentiment essentiellement relatif et personnel, la confiance ². Au contraire, la clientèle d'un commerçant peut être vendue. Nous étudierons cette question au titre De la vente. Nous ne voulons ici que constater la nécessité, pour la validité des contrats, d'un objet ayant une existence réelle.

179. Il importe peu, d'ailleurs, que la chose envisagée comme objet de l'obligation existe actuellement, c'est-à-dire au moment où l'obligation prend naissance, ou qu'elle doive seulement exister plus tard, pourvu qu'elle soit de nature à exister un jour : « Les choses futures, dit l'article 1130 « alinéa 1, peuvent être l'objet d'une obligation. »

Ainsi, il arrive tous les jours qu'un commerçant vende des produits non encore fabriqués, dont il n'a pas même la matière première.

De même, on peut vendre les actions d'une société non encore fondée³. Toutefois, il est indispensable que la société se constitue définitivement, sans quoi l'obligation de livrer les

^{1.} Il y a des obligations dont l'objet est successif et qui s'éteignent dès que l'objet disparaît. Telles sont, par exemple, les obligations qui naissent du contrat de louage (article 1722).

^{2.} Mais la convention par laquelle un médecin s'engage à ne plus exercer dans une certaine région et à présenter à ses clients le successeur qu'il installe dans le local où il les recevait, après lui avoir cédé son droit au bail, n'a par elle-même rien d'illicite et doit produire ses effets : Riom 13 mars 1894, Sir 1895.II.43, — Paris 3 août 1894, D. P. 1896.II.31, Sir. 1896.II.158.

^{3.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2º édition, II, p. 536.

actions ne naîtrait pas. Il en est de même quand une société a été créée et que celle-ci vient à être annulée comme irrégulière, ainsi que cela s'est produit pour l'Union générale; l'annulation de l'émission a sauvé les coulissiers en les libérant des sommes qu'ils avaient à payer à raison de leurs achats 1.

L'exemple classique est le suivant. Une récolte à venir, un coup de filet, peuvent être vendus. Le contrat prend alors un caractère aléatoire; l'objet sera ce qu'il sera. Quelquefois, l'objet de l'obligation est moins la chose future elle-même que l'éventualité de son existence, autrement dit l'aléa. C'est en ce sens que les Romains admettaient comme possibles les ventes sine re. « Aliquando sine re venditio intel-« ligitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit cum captus « piscium, vel ovium, vel missilium emitur; emptio enim « contrahitur, etiam si nihil inciderit: quia spei emptio « est ². » Non pas que la vente puisse se former sans objet; mais l'objet consiste dans l'aléa entrevu: alea emitur.

Il y a intérêt à savoir comment la chose future est envisagée. Si c'est la récolte à venir qui est vendue, ou le coup de filet tel quel, il y a vente quand même il n'y aurait pas de récolte, quand même le coup de filet n'amènerait rien. Si l'on a vendu les fruits à provenir de la récolte, le poisson à retirer du coup de filet, et que la récolte ou la pêche manque totalement, la vente ne se forme pas, faute d'objet. C'est là une question d'interprétation. L'élévation du prix sera, la plupart du temps, un indice certain de ce que les parties ont entendu faire.

180. N'insistons pas davantage sur cette première condition. Contentons-nous d'indiquer, pour finir, que l'objet de l'obligation ne doit pas seulement avoir une existence matérielle, mais être avouable, n'avoir rien de contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs; une maison de jeu, une maison de débauche ne peuvent être l'objet d'une obligation.

II. Il faut que la chose soit dans le commerce.

181. « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce « qui puissent être l'objet des conventions », dit l'article 1128.

^{1.} Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, II, p. 583.

^{2.} Fragm. 8, § 1, Dig., De contrahenda emptione, XVIII, 1.

Cette expression a un sens tout conventionnel. On dit d'une chose qu'elle est dans le commerce quand elle est à la disposition des particuliers au point de vue du contrat qui intervient. Une chose qui n'est pas dans le commerce doit être assimilée à une chose dépourvue d'existence; l'obligation relative à cette chose est nulle faute d'objet, puisque l'obligation n'a pour objet qu'une chose qui ne peut pas lui servir d'objet.

182. La mise hors du commerce varie selon les contrats. Aussi, pour quelques-uns d'entre eux, la loi règle-t-elle spécialement les choses qui peuvent en être l'objet. Il en est ainsi pour la vente (articles 1598 et suivants), pour la donation (article 943). De sorte qu'une chose peut être hors du commerce à l'égard d'un contrat et pas à l'égard d'un autre.

183. Parmi les choses qui sont hors du commerce, on

peut citer, à titre d'exemple, les suivantes.

1° Les biens du domaine public. Ils peuvent être loués ou faire l'objet de concessions; mais ils ne peuvent pas être aliénés.

2º Certains droits déclarés incessibles : droits d'usage, d'ha-

bitation (articles 631 et 634), etc.

3º Les choses faisant l'objet d'un monopole, soit pour l'Etat, soit pour certains particuliers. L'Etat a le monopole des tabacs, des poudres, des allumettes. La loi du 19 janvier 1845 et l'ordonnance du 29 octobre 1846 ont réservé aux pharmaciens le monopole de la vente des substances vénéneuses et des produits pharmaceutiques; et des querelles incessantes s'élèvent entre les pharmaciens, les herboristes et les épiciers à l'égard de certains produits qui sont sur la limite entre les remèdes et les matières alimentaires. Les valeurs cotées en Bourse ne peuvent être négociées que par l'intermédiaire des agents de change; on peut vendre ces valeurs soi-même si on en est propriétaire, ou les acheter pour soi; mais si l'on recourt à un intermédiaire, ce ne peut être qu'à celui d'un agent de change; les opérations négociées par l'entremise des banquiers et coulissiers sont nulles (article 76 C. com.); et cette règle a été la cause de plus d'un conflit entre coulissiers et agents de change 1.

^{1.} Le plus célèbre est celui qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 19 janvier 1860, D. P. 1860.I.40, Sir. 1860.I.481.

4° Les fonctions publiques. Ce dernier point paraît hors de doute. Les fonctions publiques sont une délégation de l'autorité; l'investiture est personnelle; on ne saurait en trafiquer.

Il est fait exception pour les fonctions qui ont été érigées en offices (loi du 8 avril 1816, article 91). Encore, si les offices peuvent être cédés, ils ne sont pas, par la même, susceptibles de toute espèce de conventions; ainsi, il a fallu une loi spéciale pour autoriser les agents de change à mettre en société l'exploitation de leurs charges (loi du 2 juillet 1862).

Pour toutes autres fonctions publiques, la règle subsiste.

De là est née la question de savoir quelle est la valeur de la convention par laquelle un fonctionnaire s'engage à se démettre de ses fonctions moyennant une somme que le successeur probable s'engage à lui payer. Pareilles conventions semblent avoir été fréquentes jadis, et on a eu beaucoup de peine à en écarter l'usage 1. Elles sont nulles; le fonctionnaire qui fait un pacte de ce genre trafique de ce qui ne lui appartient pas. Les tribunaux ont statué en ce sens toutes les fois qu'ils ont eu à se prononcer ².

5º Il y a des choses dont la vente est accidentellement prohibée selon les temps et selon les lieux, comme celle des blés en vert (loi des 6-23 messidor an VII), et celle du gibier lorsque la chasse n'est pas ouverte (loi du 3 mai 1844,

articles 4 et 12-40).

184. En résumé, l'expression « être dans le commerce » n'a qu'un sens relatif. Une chose est dans le commerce quand elle est de nature à se prêter au but de la convention, autrement dit quand elle peut être l'objet de l'obligation contractée.

III. Il faut que la chose constitue un objet certain.

185. L'article 1108 emploie cette expression. Et l'article 1129 semble n'avoir pas d'autre but que d'en préciser le sens : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au

1. La loi du 9 juin 1853 (article 27) assimile au fonctionnaire coupable de malversations celui qui se démet de ses fonctions à prix d'argent, et le prive,

en conséquence, de tous ses droits à la retraite.

^{2.} En ce sens: Rennes 13 juillet 1840, Sir. 1840. II.414, — Montpellier 17 décembre 1849, D. P. 1850. II. 329, Sir. 1850. II.16, — Lyon 21 juillet 1856, D. P. 1856. II.263, Sir. 1857. II.108, — Paris 30 janvier 1857, D. P. 1859. V. 194, Sir. 1857. II.108.

« moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la « chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être « déterminée. »

Ainsi, l'objet certain est celui qui est déterminé au moins quant à son espèce. Dès lors, il ne suffit pas que l'objet soit déterminé seulement quant à son genre. Mais il n'est pas indispensable qu'il soit déterminé quant à son individualité; l'objet déterminé quant à son individualité constitue ce qu'on appelle, en droit, un corps certain, non un objet certain.

186. Cette définition de l'objet certain résulte des articles 1108 et 1129 combinés. Mais, bien qu'elle soit exacte en théorie et communément admise, elle n'éclaire pas d'une lumière suffisante les difficultés pratiques.

Qu'est-ce que le genre, l'espèce, l'individu?

Pour l'individu ou corps certain, aucun doute n'est possible. On appelle ainsi l'objet qui est déterminé en particulier, isolément, avec assez de précision pour que ce soit celui-là et non un autre : tel immeuble, tel meuble, tel objet quelconque.

Mais que sont l'espèce et le genre?

Si l'on prend ces termes dans leur acception grammaticale, ils ont un sens très net. Le genre est un groupe d'espèces que rapproche un caractère commun; l'espèce est une division du genre caractérisée par un signe spécifique et distinctif. Le genre renferme plusieurs espèces, comme l'espèce renferme plusieurs individus.

Est-ce là le sens des mots au point de vue juridique ? Oui. Seulement, sous les mots il y a une idée plus générale et

moins précise.

Les dispositions des articles 1408 et 1429 sont empruntées à Pothier, qui en donne l'explication aux numéros 131 et suivants de son Traité des Obligations. Si la chose n'est pas déterminée quant à son individualité, il faut au moins qu'elle puisse l'être de manière à former un objet sérieux. Si je m'engage à donner de l'argent, sans autre indication, la convention est nulle, car la prestation due peut se réduire à presque rien, à une pièce de monnaie. Ainsi encore je vends et m'oblige par conséquent à livrer une chose qui n'est déterminée que par son genre : un être du genre animal ; l'objet n'est pas suffisamment déterminé, et il n'y a rien de sérieux

dans une telle convention, car une mouche ferait l'affaire. Si je déclare vendre un animal de l'espèce bovine, l'expression commence à être moins vague; la chose, étant déterminée quant à son espèce, constitue, en droit, un objet certain. Les articles 1022 et 1246 indiquent comment alors l'objet à livrer sera individualisé; car il faut bien que l'objet

finisse par l'être pour l'exécution de l'obligation.

187. Tel est le sens des mots « objet certain » dans les articles 1108 et 1129. Dès lors, au point de vue pratique, on peut définir l'objet certain d'une manière plus claire. Constitue un objet certain toute chose suffisamment désignée pour qu'elle puisse être déterminée conformément à l'intention des parties, pour qu'on puisse dire quid, quale, quantum sit. Hors de là, la convention manque d'objet. Seulement il est de principe que l'objet n'est susceptible d'une pareille détermination que quand il est désigné au moins par le genre auquel il appartient.

C'est bien ce qui résulte de l'article 1129 alinéa 2, lequel paraît n'être qu'un développement de l'article 1129 alinéa 1. Un objet certain est une chose qui n'est pas individuellement déterminée, mais qui est déterminable; or elle est déterminable quand elle est désignée par l'espèce à laquelle elle

appartient 1.

188. Rien de plus simple que ces règles relatives à l'objet dans les obligations de donner. Si elles n'existaient pas, les conséquences qui en découlent se déduiraient des données du bon sens.

Les obligations de donner ont ceci de particulier que l'exécution forcée en est directement possible. Le créancier peut être mis en possession par la force publique.

II . Des faits considérés comme objet des obligations.

189. L'obligation qui a pour objet un fait porte le nom d'obligation de faire. La prestation due est le fait prévu; le

Voy. des exemples dans Laurent, Principes, XVI, p. 408 et 409, — puis dans Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 284. — Cpr. Cass. 12 janvier 1870, D. P. 1870.1.60, Sir. 1870.1.157, — Orléans 2 mars 1881, D. P. 1882.1I.144, — trib. de la Seine 2 mai 1892, La Loi du 3 mai 1892, — trib. de Toulon 15 juin 1892, La Loi du 29 juillet 1892.

débiteur doit exécuter cette prestation, le créancier peut con-

clure à ce qu'elle soit exécutée.

L'obligation de faire présente cette particularité que si l'exécution volontaire en est possible, l'exécution forcée ne l'est pas, ou ne l'est que par une contrainte sur la personne, contrainte qui serait même impuissante si l'exécution supposait la participation volontaire du débiteur. D'où la disposition de l'article 1142: « Toute obligation de faire ou de ne « pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexé-« cution de la part du débiteur. »

190. Quels caractères un fait doit-il posséder pour pouvoir être l'objet d'une obligation? Il doit être possible, licite,

pécuniairement appréciable.

I. Il faut que le fait soit possible.

191. On a dit de tout temps : Impossibilium nulla est obli-

gatio 1, à l'impossible nul n'est tenu.

Les exemples d'impossibilité matérielle sont rares. On comprendrait mal qu'une personne se fût engagée à accomplir une action matériellement impossible; on ne s'avise guère de promettre qu'on prendra la lune avec les dents.

Les cas d'impossibilité légale se comprennent mieux. Citons seulement, comme exemple, l'impossibilité qui est résultée de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée. Cette loi a supprimé le remplacement militaire. Au moment où elle est entrée en vigueur, toutes les conventions qui avaient été conclues en vue de remplacements se sont trouvées nulles faute d'objet; fournir un remplaçant était devenu une impossibilité légale.

II. Il faut que le fait soit licite.

192. Une personne s'est engagée, gratuitement ou moyennant une somme d'argent, à accomplir un fait prohibé par la loi ou contraire aux mœurs. Le créancier ne sera pas admis à exiger l'exécution de l'obligation. La convention est frappée de nullité par suite du caractère illicite de l'objet.

Il y a des cas où il en est certainement ainsi, et il est superflu d'en citer. Mais il y en a d'autres où le doute est permis. Ainsi on a considéré comme inexistants aux yeux de la loi les

^{1.} Fragm. 185, Dig., De regulis juris, L, 17,

traités ayant pour objet une entreprise de succès dramatique, nom officiel de ce qu'on appelle vulgairement la claque. « Le « succès, dit la Cour de Paris¹, n'est dû qu'au mérite d'une « œuvre; il n'est pas à la disposition de tel ou tel; s'engager « à le procurer n'est pas un fait licite. »

Des décisions semblables ont été rendues à propos de con-

trats conclus avec des agences matrimoniales 2.

III. Il faut que le fait soit pécuniairement appréciable.

193. On ne serait pas recevable à poursuivre en justice un engagement de faire qui ne présenterait aucun avantage.

Pas d'action sans intérêt, dit le vieil adage 3.

Cette solution, d'ailleurs, est absolument juridique pour les obligations de faire. En effet, dans ces sortes d'obligations, le créancier doit se contenter, à défaut d'exécution volontaire, de dommages-intérêts (article 1142); si le fait n'est pas pécuniairement appréciable, l'inexécution de l'obligation ne cause aucun préjudice, et l'exécution forcée devient impossible. La vente d'un grain de blé, la vente nummo uno, sont des hypothèses juridiques et ne constituent pas des contrats sérieux.

III. Des abstentions considérées comme objet des obligations.

194. L'ordre d'idées est toujours le même. Il faut que l'abstention soit licite.

Une personne s'engage à s'abstenir de l'accomplissement d'un devoir de son état; par exemple, un père renonce à l'autorité paternelle, un mari à l'autorité maritale. Une personne s'engage à ne pas user d'un droit considéré comme d'ordre public, par exemple à ne pas se marier, à ne pas voter. Une personne s'engage à une abstention spécialement prohibée; ainsi, la loi défend, dans les enchères, les ententes tendant à empêcher les prix de monter, et je m'engage à ne pas mettre d'enchère.

^{1.} Paris 8 août 1853, Sir. 1853.II.499.

^{2.} Cass. 1er mai 1855, Sir. 1855.I.337, — Paris 3 février 1859, Sir. 1859.II. 293, — 8 février 1862, Sir. 1852.II.377, — Caen 13 avril 1866, Sir. 1867, II.56.

^{3.} Laurent, Principes, XVI, p. 412, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 293.

Les créanciers ne sont pas admis à se prévaloir de telles obligations. L'objet est illicite; l'obligation est nulle, et, à la suite de l'obligation, la convention d'où elle découle.

§ 2. — De l'objet des contrats ou conventions.

195. Bien que les textes confondent l'objet de l'obligation et l'objet du contrat, l'objet du contrat est quelque chose de plus général : c'est l'opération que les parties entendent réaliser, l'intérêt que la convention a pour but de régler.

Ainsi compris, l'objet des contrats varie à l'infini selon les conventions. Celles-ci peuvent avoir pour but soit de créer ou de transférer un droit réel, soit de créer, de modifier ou d'éteindre une obligation, soit de réaliser un effet de droit

quelconque.

Cela dit, il est manifeste que l'objet des contrats se confond souvent avec l'objet des obligations qui résultent des contrats, ce qui justifie dans une certaine mesure le point de vue du Code. Mais il en est parfois entièrement distinct, ce qui condamne ce point de vue.

196. S'agit-il d'une convention considérée comme productive d'obligations? En droit, l'objet du contrat est la création de l'obligation et indirectement l'objet de cette obligation même. En fait, dès lors, l'objet de la convention n'est pas autre que l'objet de l'obligation qui en découle ; il consiste dans la prestation à laquelle le débiteur s'engage : la chose à donner, le fait à exécuter, l'abstention promise. C'est parce que le Code envisage la convention sous cet aspect, comme source d'obligation, que l'article 1108 mentionne parmi les conditions de validité des conventions « un objet « certain qui forme la matière de l'engagement ». C'est pour ce même motif que l'article 1126 confond l'objet de l'obligation et l'objet des contrats. Etant donné que les conventions créent presque toujours des obligations, l'objet du contrat s'identifie le plus souvent, en fait, avec l'objet des obligations que le contrat engendre.

Si le contrat est unilatéral, une seule obligation en découle, et le contrat n'a qu'un seul objet. S'il est synallagmatique, il donne naissance à deux obligations ayant chacune un objet, et le contrat a nécessairement deux objets. Dans la vente, le vendeur s'engage à livrer la chose vendue. l'acheteur à payer le prix; l'obligation du vendeur a pour objet la chose, celle de l'acheteur le prix; la vente a pour objet la chose et le prix. Il en est de même dans tous les autres contrats synallagmatiques.

197. S'agit-il d'une convention considérée comme translative de propriété ou d'un droit réel autre que la propriété, l'objet de cette convention consiste principalement dans le transfert; indirectement, il consiste dans le bien que le transfert lui-même a pour objet; et par biens il faut entendre les choses dont on a la propriété, ou les droits qu'on peut exercer sur les choses dont on n'est pas propriétaire. L'objet d'une donation est la chose donnée (article 894); l'objet d'une vente est la chose vendue et en même temps le prix (article 1582); l'objet d'un échange, ce sont les deux choses échangées (article 1702); l'objet d'une constitution d'hypothèque est le droit même d'hypothèque (article 2117).

L'article 1127 fait allusion un peu confusément à ces diverses hypothèses: « Le simple usage ou la simple posses-« sion d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet « du contrat. » Les choses n'ont par elles-mêmes aucune importance juridique; elles n'en ont que par les droits dont elles sont l'objet; par conséquent, l'objet des conventions, ce sont les biens, meubles ou immeubles, plus exactement

les droits dont les biens sont susceptibles.

198. Enfin s'agit-il d'une convention qui ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre des deux catégories précédentes. — et il y en a un nombre indéfini - l'objet de cette convention est tout simplement l'opération même que les parties veulent réaliser,

l'intérêt qu'elles entendent régler.

Ainsi, dans le partage il n'y a ni transfert de droits puisque le partage est déclaratif, ni création d'obligations ; il y a un règlement d'intérêts, une attribution de parts; et tel en est l'objet. De même, dans la novation il n'y a ni transfert ni création d'obligation; il y a une opération spéciale, qui constitue l'objet du contrat.

199. Quels caractères alors doit avoir le but de l'opération pour pouvoir constituer valablement l'objet de la con-

vention?

Il faut et il suffit que l'opération visée soit légitime, possible et licite. L'article 1134 dit : « Les conventions légale-« ment formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Or une convention n'est légalement formée que si l'objet en est possible et légitime.

C'est dans chaque hypothèse, dans chaque cas particulier. que la question se pose. Voici quelques exemples.

Premier exemple.

200. L'article 6 du Code civil est ainsi concu: « On ne « peut déroger, par des conventions particulières, aux lois « qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Par application de ce texte, toute une série de conventions sont nulles à raison de leur objet 1.

Ainsi, on ne peut pas modifier l'état des personnes. Il est certain, par exemple, qu'on ne peut pas modifier les effets du mariage (article 1388), ni réaliser par consentement mutuel un divorce (loi du 27 juillet 1884, abrogeant les articles 275 à 294 du Code civil) 2 ou une séparation de corps (article 307) 3. Il est admis qu'on ne peut pas se mettre soimême en état d'interdiction 4. Il a été jugé 5 que la femme ne peut pas, par contrat de mariage, se déclarer incapable, et rendre par là même illusoires les engagements qu'elle prendrait, même avec l'autorisation du mari ou de justice 6.

Ainsi encore, toujours par application de l'article 6, une convention ne pourrait pas modifier la constitution de la propriété, créer des droits réels autres que ceux que la loi reconnaît, car l'organisation de la propriété foncière est d ordre public 7.

^{1.} Voy. Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil, p. 124 et suiv.

^{2.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 9 et suiv.

^{3.} Ibid., p. 91 et 92.

^{4.} Ibid., p. 585.

^{5.} Cass. 22 décembre 1879, D. P. 1880.I.112, Sir. 1880.I.125, - Paris 19 juin 1884, Sir. 1884. II. 193, — Cass. 13 mai 1885, D. P. 1886. I. 204, Sir. 1885. I.312; - cpr. Valette, Mélanges, I, 513 et suiv., - et Planiol, Traité élémentaire, III, p. 242. - Secus, Paris 17 novembre 1875, D.P. 1877, II, 89, Sir, 1876. II.65, — 6 décembre 1877, D. P. 1878. II.81, Sir. 1878. II.61.

^{6.} L'article 6 soulève une multitude de questions quant aux modifications conventionnelles dont l'état des personnes est susceptible, notamment celle de savoir quelle est la valeur légale des abandons d'enfants consentis par les parents. La loi du 24 juillet 1889 a réglé les conséquences des conventions passées à cet égard entre l'Assistance publique ou les sociétés hospitalières et les parents. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 404 et suiv.

^{7.} Voy. Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil, p. 126,

Deuxième exemple.

201. L'article 1780 défend d'engager ses services autrement qu'à temps. Un engagement perpétuel équivaudrait à l'aliénation de la liberté et serait frappé de nullité.

Troisième exemple.

202. Il y a des conventions qui sont interdites pour des raisons diverses d'intérêt public.

Sont de ce nombre: les associations pour l'exploitation de remèdes secrets ¹, pour la poursuite d'opérations illicites ou illégales, pour l'exploitation d'un office ministériel autre qu'une charge d'agent de change, les sociétés pour l'exploitation d'une industrie illicite ou immorale (contrebande, maison de jeu ², maison de tolérance ³).

Citons encore la cession de la chance de gain attachée à des valeurs à lots, lorsque cette cession n'est pas accompagnée d'une cession des valeurs elles-mêmes. Certaines villes, certains établissements financiers ont attaché à leurs titres des lots; chaque titre est à la fois un placement et un billet de loterie. Or la loi du 21 mai 1836 prohibe les loteries, et les titres dont nous venons de parler ne peuvent être émis qu'en vertu d'une loi d'exception. Peuton, une fois les titres émis, séparer les titres des chances et en faire un objet de transaction? Non. Les lots ont été autorisés comme accessoires de l'obligation; ils ne peuvent être détachés pour avoir une existence propre 4.

Sont également interdites les conventions ayant pour objet d'entraver la liberté du commerce et de l'industrie⁵, la convention par laquelle une personne s'engage moyennant finances à procurer le brevet d'un ordre ⁶, enfin les conven-

2. Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 310; — Pau 31 janvier 1889,

D. P. 1890.II.228, Sir. 1889.II.52.

5. Cass. 2 février 1886, D. P. 1886.I.126.

^{1.} Paris 3 mai 1888, Pandectes françaises, 1888, II.254, — 5 février 1889, La Loi des 11-12 mars 1889, — Gass. 19 mars 1889, La Loi du 23 mars 1889, — trib. de com. de la Seine 20 mai 1889, La Loi du 6 juin 1889.

^{3.} Voy. Paris 14 janvier 1881, Sir. 1882.II.51, — Cass. 11 novembre 1890, D. P. 1891.I.484, Sir. 1891.I.319, Pandectes françaises, 1891.I.139, — Cass. 1er avril 1895, D. P. 1895.I.263, Sir. 1896.I.289, Pandectes françaises, 1896.I.384.

^{4.} Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2º édition, II, p. 382. — Cpr. Cass. 29 janvier 1887, Sir. 1887.I.238, — 9 décembre 1887, D. P. 1888.I.492.

^{6.} Trib. de com. de la Seine 15 novembre 1887, Le Droit du 26 novembre.

tions connues sous le nom de pactes de quota litis, faites avec des avocats ou des officiers ministériels, et aux termes desquelles les honoraires, au lieu d'être fixés à un prix convenu, consistent dans une quote-part de l'intérêt en litige 4.

Quatrième exemple.

203. L'article 1130 alinéa 1 dit que les choses futures peuvent être prises comme objet des contrats. Puis l'alinéa 2 ajoute: « On ne peut cependant renoncer à une succession « non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille « succession, même avec le consentement de celui de la « succession duquel il s'agit. » Une succession future est une succession non encore ouverte. Il ne peut être fait aucun pacte sur une pareille succession. Il n'en peut être fait ni par la personne de la succession de laquelle il s'agit, ni par des tiers avec cette personne, ni par des tiers entre eux. Cette prohibition est reproduite par les articles 791 et 1600. Il n'y a pas à distinguer selon que la convention porte sur l'universalité ou sur une quote-part de la succession; la prohibition s'applique même aux conventions qui auraient pour objet des choses particulières envisagées comme dépendant d'une succession 2.

De telles conventions ont toujours été regardées comme odiosæ et plenæ tristissimi et periculosi eventus³. On les considère comme impliquant un votum mortis; une espérance coupable, a-t-on dit, pourrait faire naître des pensées criminelles. L'explication n'est guère satisfaisante. Voici, par exemple, une convention qui intervient entre les héritiers présomptifs d'un homme vivant, à l'effet de considérer comme non avenu le testament qui avantagerait l'un d'eux aux dépens des autres; il n'y a rien, dans cet accord, qui implique un votum mortis; cependant, un pareil accord est nul 4: l'héritier avantagé peut renoncer au testament après la mort du de cujus, mais non de son vivant.

^{1.} Le pacte de quota litis, entre un avocat et son client, n'est pas seulement prohibé par les usages du Barreau; la nullité de ce pacte est consacrée par la jurisprudence: Cass. 22 avril 1898, D. P. 1898.I.415, Pandectes françaises, 1898.I.255.

Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 444, p. 542.
 Constit. 50, C. de Justinien, De pactis, II, 3.

^{4.} Cass. 13 mai 1884, D. P. 1884.I.468, Sir. 1884.I.336.

On a essayé de justifier autrement la prohibition, en diant on a essaye de justifier autrement la prohibition, en diant que de pareilles conventions sont presque toujours passées pour un prix insignifiant, parce que le droit dont il s'agit risque de ne pas s'ouvrir. Mais si le fondement de la prohibition était l'idée de lésion, l'action en nullité n'appartiendrait qu'à la partie lésée, ce qui n'est pas admissible.

La vérité paraît bien être que la prohibition de l'article 1430 s'explique par les motifs traditionnels, qui ont perdu beaucoup de leur autorité.

Notons, d'ailleurs, que certaines conventions faites en prévision de la mort sont autorisées, par exemple la constitution de rente viagère, par suite de laquelle le débiteur se trouve intéressé à la mort du rentier, — l'assurance sur la vie, par suite de laquelle le bénéficiaire est intéressé à la mort de l'assuré. Il y en a même qui sont de véritables arrangements sur succession future, et qui sont de vertables arrangements sur succession future, et qui sont prévues par les articles 764, 918, 1076, 1082, 1401, 1526, 1837. Et il n'est pas facile de découvrir pourquoi ces conventions sont permises alors que les autres ne le sont pas.

204. En résumé, rien n'est plus variable que l'objet des contrats. C'est un point à spécifier à propos de chaque convention particulière; et pour la vente, par exemple, cette question fait la matière d'un chapitre entier (articles 1598 et suivants).

205. La notion de l'objet étant telle, l'existence d'un objet apparaît comme un élément vraiment essentiel à la formation de la convention. On ne concevrait pas, dans le cercle des intérêts, un accord de volontés intervenant sans que ce

fût à propos de quelque chose.

L'objet est même une condition tellement essentielle que la convention ne peut être, de ce chef, que nulle ou valable. On ne comprend pas la convention se formant, mais étant annulable; car on ne conçoit pas un objet qui n'existerait qu'incomplètement: il existe ou n'existe pas. Aussi aucun texte ne reproduit-il, en ce qui concerne l'objet, les dispositions des articles 1117 et 1125 sur le consentement et la capacité; un consentement peut être vicié, une capacité altérée, un objet ne peut pas être et ne point être ; la conven-

^{1.} Laurent, Principes, XVI, p. 115, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 261.

tion, de ce chef, ne peut donc être que nulle, non existante ou valable.

SECTION IV. - La cause.

206. « Une cause licite dans l'obligation », telle est, d'après l'article 1108, la dernière des conditions de validité des conventions. Les articles 1131 à 1133 y sont consacrés .

Des quatre conditions essentielles pour la validité des conventions, celle-ci est la plus obscure, la plus fugitive. La jurisprudence fait de ces trois articles des applications nombreuses, indéfinies, incessantes. Cependant il n'a jamais été donné de la cause en matière de conventions une définition claire, qui puisse être acceptée comme satisfaisante ; il semble que la notion résiste à l'analyse.

207. Les textes disent peu de chose. Ils ne fournissent que des mots.

L'article 1108 in fine exige comme condition de validité « une cause licite dans l'obligation ». Puis les articles 1131 à 1133 tirent de là quelques conséquences, notamment celle-ci que les obligations sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite sont nulles.

Mais ces textes ne disent pas et aucun autre ne dit ce qu'il est indispensable de savoir : en quoi consiste la cause d'une obligation, en quel sens la cause est une condition de validité des conventions, dans quels cas la convention est nulle à raison de sa cause. Ces questions sont autant d'énigmes ; la doctrine, malgré tous ses efforts, est restée impuissante à traduire d'une façon claire et précise ce terme abstrait.

208. En lisant naguère 2 l'article 1108, nous avons dit : la cause, en matière de convention, est l'intérêt juridique que les parties ont en vue et qui détermine leur volonté, intérêt qui

^{1.} Voy. sur la cause: Laborde, Applications de la théorie de la cause aux matières du droit, et principalement aux obligations (Revue générale de droit, 1881), — Brissaud, De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français, Bordeaux (thèse), 1879, — Timbal, De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français, Toulouse (thèse), 1882. — Cpr. Demolombe, Contrats, I, p. 323 et suiv., — Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 545 et suiv., — Laurent, Principes, XVI, p. 145 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n°s 295 et suiv.

^{. 2.} Suprà, nº 62, p. 35.

doit être réel, sérieux, licite. Mais la définition n'est pas beaucoup plus claire que le terme défini. Aussi, certains auteurs estiment-ils que les dispositions des articles 1108 et 1131 à 1133 sont superflues, que l'introduction dans le système légal des contrats de l'idée de cause, empruntée au droit romain, a été une complication inutile, une source de confusions ¹.

De fait, il est certain que la cause se confond tantôt avec le consentement, tantôt avec l'objet, c'est-à-dire avec une autre des conditions nécessaires à la validité des conventions. Elle apparaît rarement comme constituant une condition de validité distincte.

209. En pratique, si l'on combine les applications très variées qu'offre la jurisprudence, la cause, en matière de conventions, apparaît comme étant tout ce qui explique la convention, tout ce qui contribue à lui donner son caractère, tout ce qui a déterminé la volonté et justifie les engagements pris; elle doit être cherchée dans les motifs et dans le but de la convention, en un mot dans l'intention qui y a présidé.

Il faut que cette intention soit sérieuse, appréciable, honnête: sérieuse et appréciable, sans quoi la convention serait sans cause, — honnête, sans quoi elle serait illicite. Et alors au nom de l'idée de cause, par application des règles formulées par les articles 4131 à 4133, on annule les conventions équivoques, louches, à plus forte raison celles qui sont ouvertement illicites ou immorales soit par l'intention qui y a présidé, soit par le but que les parties se sont proposé.

Ces trois articles sont comme une sorte de passe-partout

dont on se sert dans les hypothèses les plus variées.

210. Maintenant, si l'on essaie de systématiser les règles qu'on applique, on n'aboutit pas, ou du moins on n'aboutit qu'à des formules toujours démenties par les applications qu'on en fait. C'est pourquoi les articles 1131 à 1133 présentent tant de difficultés.

211. Il y a quelques points qu'on regarde communément comme hors de doute. Encore n'est-ce vrai, sauf pour le premier, que sous réserves.

Signalons-les d'abord. Ils sont au nombre de quatre. Peu

^{1.} Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 296.

à peu nous arriverons peut-être à dégager une idée précise.

Premier point.

212. Il n'est pas contestable.

La cause n'est plus, dans le droit moderne, ce qu'elle fut dans le droit romain primitif, ce qu'elle a été en général

dans les législations primitives.

213. Pour les jurisconsultes romains, au moins pendant longtemps, la cause des obligations fut leur source même, le fait juridique auquel était reconnue la vertu de créer le

vinculum juris, de lier les parties.

Les obligations naissaient des contrats ; la cause des obligations conventionnelles était le contrat lui-même. Elles naissaient en outre ex variis causarum figuris, disent les textes, c'est-à-dire de ce que nous nommons aujourd'hui les quasi-contrats; la cause de ces obligations était le negotium juris considéré comme liant les parties quasi ex contractu. Elles naissaient enfin des délits et quasi-délits; la cause des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles était le fait auquel la loi attachait l'effet d'engager la responsabilité. Dans tous les cas, la cause des obligations n'était pas autre chose que leur source légale, c'est-à-dire le fait d'où naissait le vinculum juris. Dès que ce fait venait à se produire dans les conditions et avec les caractères exigés, il devenait une cause juridique suffisante des obligations en résultant 1. Si les simples pactes n'engendraient pas d'obligation, c'est précisément parce qu'ils n'offraient pas les éléments légaux constituant une cause génératrice suffisante.

D'où il résulte que la causa civilis des obligations, en droit romain, était formelle. C'était ce qui donnait à l'obligation son existence; c'était sa source, ce qu'on a appelé

depuis la cause génératrice ou efficiente 2.

La législation romaine primitive était formaliste ; elle ne séparait pas les faits matériels de leurs effets légaux. Quand les parties s'étaient liées selon les rites et dans la forme

2. Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, nº 297.

^{1.} Voy. Huc, Etude historique sur la notion de la cause dans les obligations, selon les principes du vieux droit romain. — Paul Gide, Revue pratique du droit français, 1863, p. 237, — Accarias, Précis de droit romain, 4° édition, II, p. 16, note 2, — Vernet, Texles choisis sur la théorie des obligations, p. 9-12.

voulus, il n'y avait pas à rechercher pourquoi elles s'étaient liées; le negotium juris intervenu impliquait les éléments nécessaires et était une cause suffisante des engagements qui en naissaient.

214. Ce point de vue changea quand le droit cessa d'être

exclusivement formaliste.

Le jour où l'on a admis que la volonté des parties, indépendamment de toute forme, a, par elle seule, l'effet d'engendrer des obligations, où l'on a supprimé par là même la distinction entre les contrats et les pactes et reconnu que toute convention est obligatoire, la volonté des parties n'a cependant pas été considérée comme produisant des effets aussi complets que le negotium juris admis jusque-là comme cause suffisante des obligations. A la différence du negotium juris, la volonté des parties n'a pas été considérée comme tenant lieu, à elle seule, des éléments qui expliquent et rendent légitime la convention; si elle est admise comme engendrant les obligations, c'est à la condition que le créancier puisse expliquer, en cas de contestation, le droit qu'il prétend, et justifier d'une cause qui en soit la raison d'être.

Et alors la cause de l'obligation conventionnelle cesse de se confondre, comme jadis, avec la source de cette obligation. Elle n'est plus formelle et ne consiste plus dans le contrat lui-même. Elle doit être cherchée dans les éléments intentionnels du contrat et devient un élément distinct du contrat; elle réside dans l'intention qui a présidé à la convention, telle qu'elle résulte de la nature et du but de celle-ci. Le consentement, quoique régulièrement donné, ne suffit pas à lier les parties; la cause devient une condition qui s'ajoute aux autres pour que la convention soit valable et efficace: il ne suffit pas qu'on se soit mis d'accord, il faut qu'on se soit lié pour une raison appréciable et licite '.

Voilà ce qu'est devenue la cause des obligations dans le droit moderne. Pas d'obligation valable, quand même une convention serait intervenue, s'il n'existe une cause ainsi entendue, c'est-à-dire cherchée dans les éléments intention-

nels qui expliquent cette convention.

^{1.} C'est ce qui apparaît manifestement dans la théorie de l'exception non numeratæ pecuniæ. En dépit du contrat, le débiteur peut nier sa dette ou mettre le créancier en demeure d'en établir la cause. Voy. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1^{re} édition, p. 490 et 491.

Deuxième point.

215. Comme le précédent, il est tenu pour incontestable. Cependant, il ne doit être admis que sous une réserve.

216. Bien que la cause d'une convention réside dans les éléments intentionnels qui expliquent la convention intervenue, elle ne doit pas être confondue avec les motifs individuels qui ont pu déterminer les parties à contracter, avec les mobiles auxquels chacune d'elles a obéi.

Les motifs ou mobiles qui portent à contracter ne sont pas, au moins en principe, la cause juridique de la convention, au sens des articles 1108 et 1131; ils n'en sont que ce qu'on nomme souvent la cause occasionnelle 1. Ainsi une vente est conclue. Quels mobiles ont déterminé l'une des parties à vendre, l'autre à acheter? Quel usage veulentelles faire, celle-ci de la chose qu'elle acquiert, celle-là du prix qu'elle réalise? La loi ne le leur demande pas; elle n'en tient pas compte. Le vendeur peut avoir aliéné pour payer des dettes avec le prix obtenu, pour acheter ultérieurement autre chose, pour faire du prix un emploi quelconque qu'il préfère à l'emploi antérieur; de son côté, l'acheteur peut avoir acquis pour faire emploi d'un capital qu'il a entre les mains, pour satisfaire un goût ou un caprice; ce sont là, comme on dit, pensées de derrière la tête, qui sont indépendantes du contrat lui-même et ne sauraient influer sur sa validité. La cause juridique doit être recherchée dans les éléments du contrat ; or les motifs n'en font pas partie et restent individuels. Aussi les motifs individuels peuvent être coupables sans que la convention devienne illicite.

Par exemple, une vente d'immeuble intervient. L'acheteur acquiert l'immeuble dans la pensée d'y établir le siège d'une association illégale, d'une exploitation illicite ou immorale. La vente est-elle nulle aux termes de l'article 1131? Pas le moins du monde. Ce n'est pas la vente qui est illicite, mais l'emploi que l'acheteur projette pour la chose achetée.

Autre exemple. J'emprunte une somme d'argent. Mon dessein est d'en faire un usage illicite ou immoral. Cela n'empêche pas le contrat de prêt d'être parfaitement valable et le remboursement d'être dû.

^{1.} Certains auteurs disent: cause impulsive. — Voy. Laurent, *Principes*, XVI, p. 146, — Demolombe, *Contrats*, I, p. 335, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 297.

En un mot, les motifs sont essentiellement variables. Ils sont et restent personnels. Ils ne forment pas un élément de la convention et existent en dehors d'elle.

La cause juridique du contrat est ailleurs. Elle ne saurait résider dans les motifs individuels des parties, qui peuvent varier à l'infini; elle réside dans l'intention qui a présidé à la convention et qui, pour cette raison, a dû être commune à toutes les parties.

217. De là précisément la réserve qu'il faut apporter à admettre ce point de vue, encore qu'il soit exact en soi et

considéré comme hors de conteste.

En général, les motifs ne sont pas la cause. Mais la cause se confond avec les motifs toutes les fois que ceux-ci, cessant d'être individuels, ont déterminé l'accord des parties, sont devenus la raison d'être et le but de la convention ellemême; car les motifs concertés peuvent avoir été la cause déterminante du contrat et, par suite, des engagements pris. Il en est quelquefois ainsi dans les contrats à titre onéreux; il en est toujours ainsi dans les contrats à titre gratuit, spécialement dans les donations.

Première proposition.

218. La cause se confond parfois avec les motifs dans les contrats à titre onéreux. Reprenons les deux exemples du prêt et de la vente.

219. D'abord l'exemple du prêt.

L'espèce suivante est empruntée à un arrêt rendu par la Chambre des requêtes en 1895 et qui ne fait d'ailleurs que confirmer la jurisprudence de maints arrêts antérieurs . Un emprunt a été consenti; à l'échéance, l'emprunteur refuse le remboursement, alléguant le caractère immoral de l'emploi qu'il avait projeté de faire et qu'il a fait des deniers empruntés. Sur les poursuites du prêteur, intervient, le

1. Cass. 1er avril 1895, D. P. 1895. I.263, Sir. 1896. I.289 (note de M. Appert). — Voy. une réfutation de la thèse consacrée par cet arrêt dans Bau-

dry-Lacantinerie et Barde, I, nº 314, in fine.

^{2.} Voy. notamment un arrêt de la chambre des requêtes du 4 juillet 1892, et les conclusions conformes de M. l'avocat général Le Pelletier, D. P. 1892. I.500, Sir. 1892.I.513. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a déclaré nul et non avenu le prêt d'argent fait par un garçon de cercle à un joueur, au cours d'une partie.

26 janvier 1894, un arrêt de la Cour de Paris, qui lui refuse toute action. Le pourvoi formé contre cette décision aboutit à l'arrêt de rejet du 1^{er} avril 1895. Pourquoi? Parce que l'emprunteur devait faire et qu'il a fait des deniers empruntés un usage immoral, usage qui avait été connu du prêteur et en prévision duquel le contrat avait été conclu. C'est qu'en fait, dans ce cas, les motifs cessent d'être individuels, pour devenir la cause déterminante du contrat; et si la cause est l'intention qui a présidé à la convention, telle que cette intention résulte à la fois des motifs qui ont guidé les parties et du but qu'elles se sont proposé, la convention elle-même se trouve viciée.

L'arrêt est très court. Il décide que le prêteur d'une somme d'argent ne peut en demander le remboursement ni exercer la répétition lorsqu'il est constaté par les juges du fond que l'obligation souscrite par l'emprunteur avait pour cause un fait illicite, au sens que l'article 1133 donne à cette épithète. Or, dans l'espèce, les deniers avaient été prêtés pour l'acquisition d'une maison de tolérance et cette affectation était dans la commune intention des parties. « Attendu qu'aux « termes des articles 1131 et suivants du Code civil, toute « convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs « ne peut avoir aucun effet; attendu qu'il résulte des consta- « tations de l'arrêt attaqué que l'obligation souscrite.... avait « pour cause le prêt de deniers destinés à l'acquisition d'une « maison de tolérance; que chacune des parties contractan- « tes a pris une part égale à cette convention..... »

220. Même décision en cas de vente, de louage, de contrat à titre onéreux quelconque conclu dans des circonstances analogues ou similaires. Les motifs individuels que peut avoir un vendeur ou un bailleur, ceux que peut avoir un acheteur ou un locataire n'influent pas, en principe, sur la validité de la vente ou du louage; mais si le but est connu des deux parties, si c'est en contemplation de ce but que l'accord s'est établi, il devient la cause de la convention. Le motif et la cause se confondent; et si le but, comme le dit l'article 1133, « est illicite, contraire aux bonnes « mœurs ou à l'ordre public », la convention est nulle par application de l'article 1131.

La jurisprudence est constante à cet égard 1, et cela jus-

^{1.} Voy. Cass. 11 novembre 1890, D. P. 1891. I.484, Sir. 1891. I.319. - Alger

tifie la définition que nous avons donnée de la cause, tout en laissant subsister le principe de la distinction entre la cause et les motifs. La cause est l'intention qui a présidé à la convention, telle qu'elle résulte à la fois des motifs qui ont guidé les parties et du but qu'elles se sont proposé; c'est l'intérêt qu'elles ont eu en vue et qui a déterminé leurs volontés.

Seconde proposition.

221. La confusion des motifs et de la cause, qui n'est qu'exceptionnelle dans les contrats à titre onéreux, se rencontre toujours dans les contrats à titre gratuit, plus spécialement dans les donations et dans les legs.

Le disposant procure au bénéficiaire un avantage sans équivalent pour lui-même; il s'oblige sans avoir en vue un intérêt. La cause de l'acte, donation ou legs, est donc l'animus donandi; l'acte ne s'explique que par la volonté de gratifier. Il en est ainsi dans la donation, dans le prêt sans intérêts, dans le dépôt de la part du dépositaire, dans le mandat gratuit de la part du mandataire. La donation renferme sa cause en elle-même, dès qu'elle émane d'une personne sensée: c'est la volonté de donner; et si cette volonté de donner forme l'intention qui préside à la convention, cette intention ne pouvant s'expliquer que par les motifs qui la produisent, les motifs qui dictent la volonté du donateur deviennent en réalité la cause même de la donation.

Cette conclusion est évidente dans la donation rémunératoire; le service rendu motive l'intention de donner et constitue la cause de la donation. Il en est de même dans toutes les dispositions à titre gratuit.

Cela est logique. Du moment que la cause de la donation réside dans la volonté de gratifier, elle réside nécessairement dans les motifs qui font naître cette volonté.

222. En doctrine, ce point de vue est contesté. Beaucoup d'auteurs, alléguant qu'il ne faut pas confondre la cause et les motifs d'un contrat, ce qui est exact, se refusent à admettre qu'il faille tenir compte des motifs de l'intention libé-

¹⁵ novembre 1893, D. P. 1894.II.528, Sir. 1894.II.201, — 9 mai 1894, D. P. 1895.II.21, S r. 1894.II.301, — Grenoble 5 novembre 1895, D. P. 1896.II.253.

rale du donateur; peu importent les motifs du moment que l'intention de donner existe 1

En pratique, au contraire, ce point de vue ne fait guère de doute. Et voici quelques applications qu'en a faites la jurisprudence. Il faut en citer deux qui sont plus particulièrement pratiques.

Première application.

223. C'est en se plaçant à ce point de vue que la juris-

prudence a limité la portée de l'article 900.

Aux termes de cet article, dans les dons et legs, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites. Pourquoi? Parce qu'en général la cause de la donation est ailleurs, dans l'animus donandi, et que, par conséquent, les conditions illicites ou immorales ne sauraient empêcher la donation d'être valable. L'article 1172

pose la règle inverse dans tous les autres contrats.

Or l'article 900 est-il toujours applicable? Non. Il cesse de l'être si la condition apposée à la libéralité a été le vrai motif de cette libéralité, la « cause impulsive et déterminante », disent les arrêts, auquel cas la disposition est nulle par application de l'article 1131. En effet la cause, dans ce cas, se confond avec les motifs; il se peut que la condition apposée à la libéralité révèle le vrai motif; cette condition devient, dès lors, la cause de la donation, et, si elle est illicite, elle vicie la convention.

C'est une question de fait. Si la condition est, en fait, la cause de la donation, l'article 900 cesse d'être applicable; les articles 1131 et 1172 le deviennent, et la donation est nulle.

La jurisprudence est constante sur ce point 2.

1. Voy, les développements consacrés à l'étude de cette question dans Bau-

dry-Lacantinerie et Barde, I, nº 326.

2. Les arrêts suivants ont maintenu la libéralité et réputé la condition non écrite, parce qu'elles ont reconnu qu'en fait la cause du don ou du legs résidait dans l'animus donandi et non dans la condition impossible ou illicite, élément accessoire et contingent de la libéralité: Cass. 20 mai 1879, D. P. 1879.I.431, Sir. 1880.I.44, — 17 juillet 1883, D. P. 1884.I.156, Sir. 1884.I. 305, — Paris 23 juin 1892, D. P. 1893.II.25, Sir. 1893.II.26.

Dans les arrêts suivants, au contraire, la condition impossible ou illicite a été considérée comme la cause déterminante de la libéralité, et elle a entraîné la nullité de cette dernière: Cass. 20 novembre 1878, D. P.1879.I.304, Sir. 1879.I.413, — 28 juin 1887, D. P.1888.I.435, Sir. 1889.I.99, — 8 avril 1889, D. P. 1890.1.205, Sir. 1889.I.212, — Grenoble 18 avril 1889, Sir. 1891.II.

145, — Besançon 10 mars 1897, Sir. 1899.11.169.

Voy. des applications nombreuses de ce principe au cas où des libéralités

Deuxième application.

224. Elle concerne les donations faites par un père ou une mère à un enfant adultérin ou incestueux. Aux termes de l'article 762, les enfants adultérins ou incestueux n'ont droit, à titre de succession, qu'à des aliments ; aux termes de l'article 908, modifié par la loi du 25 mars 1896, ils ne peuvent, par donation entre vifs, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé par les articles 762 à 764. Supposons qu'il soit fait à un enfant adultérin une donation de telle importance qu'elle dépasse le chiffre d'une pension alimentaire. Est-elle nulle comme ayant une cause illicite? Si la filiation adultérine est légalement constatée, la donation est sinon nulle, du moins réductible aux proportions de l'article 908. Si la filiation n'est pas légalement constatée, la donation est valable, puisque le lien qui unit le donateur au donataire est dépourvu d'existence juridique'. Mais il peut se faire que cette filiation soit indéniable en fait, par exemple qu'elle soit révélée dans l'acte de donation et que le donateur ait déclaré dans cet acte faire la donation à raison même de la filiation. Il a été souvent jugé qu'une pareille donation est nulle comme ayant une cause illicite, comme constituant une bravade à la loi 2.

Il est certain qu'il y a là, de la part du donateur, une grande naïveté ou une grande imprudence. En fin de compte son langage équivaut à celui-ci: « Je sais que la loi interdit « la reconnaissance des enfants adultérins, mais je n'en ai « pas souci; je déclare ici que telle personne est mon enfant « adultérin et que c'est précisément pour cela que je le gra- « tifie. »

ont été faites à une commune pour l'entretien d'une école, sous la condition qu'elle serait dirigée par des congréganistes. Si cette condition a été la cause impulsive de la disposition, le motif sans lequel elle n'eût pas eu lieu, l'impossibilité d'exécuter la condition par suite de la laïcisation de l'école entraine la nullité de la libéralité tout entière : Cass. 18 février 1891, D. P. 1893.I.316, Sir. 1893.I.11, — 29 novembre 1892, D. P. 1893.I.81, Sir. 1893.I.474, — 26 mai 1894, D. P. 1895.I.217, Sir. 1896.I.129, — 29 janvier 1896, D. P. 1896.I.573, Sir. 1897.I.136, — 18 octobre 1896, D. P. 1897.I.604, Sir. 1898.I.350.

^{1.} Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 315. — Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 232.

^{2.} Cass. 31 juillet 1860, D. P. 1860, I.458, Sir. 1860, I.833, — Amiens 14 janvier 1864, D. P. 1864, II.421, Sir. 1864, II.41. — Cass. 22 janvier 1867, D. P. 1867, I.3, Sir. 1867, I.49, — 29 juin 1887, D. P. 1888, I.295, Sir. 1887, I.258. — Voy. une critique de cette jurisprudence dans Baudry-Lacantinerie et Barde, I, no 315, p. 297. — D'après la Cour de cassation, la preuve de l'adultérinité de

225. Voilà toute une série de cas dans lesquels la cause se confond avec les motifs de la libéralité. Il est bien vrai, en principe, que la cause et les motifs sont choses différentes. Toutefois il se peut que les motifs, en fait, deviennent la cause. Il faut toujours en revenir à cette idée: la cause est l'intention qui a présidé à la convention, telle qu'elle résulte des motifs qui ont guidé les parties, du but qu'elles se sont proposé.

Troisième point.

226. Il est encore généralement admis. Cependant, comme

pour le précédent, il y a des réserves à faire.

La détermination de la cause et la distinction de la cause avec les motifs sont particulièrement délicates dans les contrats synallagmatiques. Dans ces contrats, la notion de la cause touche de très près à celle de l'objet; elle se confond presque toujours avec elle : la cause est l'objet envisagé à un point de vue particulier. Aussi certains auteurs contestentils l'exactitude de la théorie de la cause dans son application aux contrats synallagmatiques, et nient que la cause soit ici une condition essentielle distincte des autres 1.

L'observation est exacte dans une mesure, voici comment

et pourquoi.

227. Les contrats synallagmatiques sont tous à titre onéreux, c'est-à-dire intéressés de part et d'autre. L'intérêt du contrat, pour chaque partie, consiste dans l'obligation que l'autre contracte, dans le résultat qu'elle cherche et qui est la raison d'être des engagements qu'elle prend, dans la prestation que l'autre partie doit accomplir; c'est en considération de ce but, de ce résultat, qu'elle consent à s'engager elle-même. Par conséquent, la cause de l'obligation de chaque partie est dans l'obligation que l'autre contracte, dans la prestation que celle-ci devra effectuer, ou, si l'on veut, dans l'objet de l'obligation corrélative.

Ainsi, dans la vente, qui est le type des contrats synallag-

l'enfant ne peut résulter que de l'acte même qui contient la libéralité; elle ne saurait s'induire ni des papiers domestiques ou de la correspondance du donateur (arrêt du 31 juillet 1860), ni d'un testament antérieur expressément révoqué par celui qui contient le legs dont la validité est en cause (arrêt du 29 juin 1887).

1. Voy. sur ce point, Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 301, p. 283,

texte et notes.

matiques, le vendeur est tenu de livrer la chose vendue; la cause de son obligation est l'obligation que contracte l'acheteur de payer le prix, ou, si l'on veut, c'est le prix. Réciproquement, l'acheteur est tenu de payer le prix; la cause de son obligation est l'obligation que contracte le vendeur de livrer la chose, ou, si l'on veut, c'est la chose elle-même. La cause se confond avec l'objet, en ce sens que la cause de chaque obligation consiste dans la prestation qui est l'objet de l'obligation corrélative. Par suite, toutes les fois que l'objet manque ab unà parte, la cause fait défaut ab altera parte.

On peut en dire autant de tous les contrats synallagma-

tiques.

De là deux conséquences.

1º De même qu'il y a plusieurs objets dans les contrats synallagmatiques, il y a également plusieurs causes, autant

que d'obligations.

2° Dans les contrats synallagmatiques, la cause des obligations est établie par cela seul que les autres éléments nécessaires à la validité se trouvent réunis. Aussi, dans ces contrats, la nullité à raison de l'objet coïncide presque toujours avec la nullité à raison de la cause; le contrat sera attaqué pour défaut d'objet ou pour défaut de cause selon qu'il le sera par l'une ou l'autre des parties.

Supposons un contrat engendrant une obligation de donner, par exemple une vente ou une cession de créance. La chose vendue n'existait plus au moment du contrat; elle avait péri à l'insu des parties, ou bien c'était une créance et elle avait été soldée, ou bien encore c'était une chose placée hors du commerce. Le vendeur, poursuivi en livraison, répondra utilement que l'obligation alléguée à sa charge est nulle faute d'objet; l'acheteur, poursuivi en paiement, se soustraira efficacement à l'obligation de payer en soutenant qu'elle est nulle faute de cause.

Il en serait exactement de même pour un contrat engendrant des obligations de faire. Il s'en est présenté un exemple notable à la suite de la loi du 27 juillet 1872, qui, en déclarant le service militaire obligatoire, a supprimé le contrat de remplacement militaire. Quel a été l'effet de cette loi sur les contrats de remplacement conclus avant elle en vue du

^{1.} Suprà, nº 191, p. 102.

prochain tirage au sort? Le remplacé, poursuivi en paiement, a pu répondre utilement que son obligation était nulle faute de cause, le résultat en considération duquel il s'était engagé n'étant plus réalisable. C'est ce qui a été jugé ¹.

228. A la notion de la cause dans les contrats synallagmatiques se rattache la théorie de la condition résolutoire tacite. Aux termes de l'article 1184, « la condition résolu- « toire est toujours sous-entendue dans les contrats synal- « lagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satis- « fera point à son engagement ». En d'autres termes, chaque partie peut demander la résolution du contrat, afin de se soustraire à son engagement, si l'autre n'exécute pas le sien. Pourquoi en est-il ainsi? Le contrat s'est formé, car chaque engagement avait son objet et sa cause; mais, si l'une des obligations n'est pas exécutée, l'autre se trouve, en fait, être sans cause réalisée, et alors, la cause d'une des obligations venant à disparaître, le contrat ne saurait tenir.

229. La notion de la cause trouve donc son application directe dans les contrats synallagmatiques; seulement elle se confond avec la notion de l'objet. Tout contrat synallagmatique valable au point de vue de l'objet l'est au point de vue de la cause; réciproquement, tout contrat synallagmatique nul à raison de son objet l'est en même temps à raison

de sa cause.

230. Est-ce à dire, maintenant, que la notion de la cause n'ajoute rien à celle de l'objet en matière de contrats synallagmatiques, et que la cause, dans ces contrats, ne forme pas une condition distincte des autres?

En aucune manière.

Revenons à notre définition: la cause est l'intention qui a présidé à la convention, telle qu'elle résulte des motifs qui ont guidé les parties, du but qu'elles se sont proposé. Les motifs individuels soit du vendeur, soit de l'acheteur, ne sont pas la cause du contrat. Mais si ces motifs sont communs aux deux parties, si c'est en considération de ces motifs que les volontés se sont accordées et que le contrat a été conclu,

^{1.} Voy. Cass. 20 novembre 1877, D. P. 1878.I.222, Sir. 1878.I.71. — La Cour de cassation avait attribué le même effet à la loi du 10 août 1870 et au décret du 5 janvier 1871, qui ont appelé sous les drapeaux tous les jeunes gens de la classe de 1870 et de 1871: Cass. 29 avril 1873, D. P. 1873.I.423, Sir. 1873.I.246, — 25 novembre 1874, Sir. 1875.I.104.

ils deviennent prépondérants ; ce sont eux qui déterminent les volontés. Et alors, si ces motifs sont illicites, la convention sera nulle, bien qu'elle réunisse d'ailleurs les autres conditions essentielles à sa validité.

Donc la cause, même dans les contrats synallagmatiques,

est une condition de validité distincte et spéciale.

C'est ainsi que sont nuls, d'après la jurisprudence, les contrats de vente, de louage, de société, en vue d'exploitations illicites ou immorales. Toute action tendant à l'exécution de ces contrats serait refusée, comme nous l'avons vu plus haut à propos du prêt. Cela a été jugé en matière d'associations formées pour l'exploitation de remèdes secrets 1, - à propos de conventions ayant un but contraire à la liberté du commerce ou de l'industrie 2, telles que les conventions entre boulangers de ne pas vendre le pain au-dessous d'un prix fixé entre eux, - enfin à propos de la vente ou de la location d'un immeuble pour l'exploitation d'une maison de tolérance³. Les motifs, quand ils sont communs aux deux parties, deviennent l'intention qui préside à la convention, et constituent, par conséquent, la cause. Les motifs sont-ils illicites, la convention est nulle par application des articles 1131 et 1133, bien que toutes les autres conditions nécessaires à la validité de la convention soient réunies.

Quatrième point.

231. La notion de la cause apparaît bien indépendante des autres conditions de validité quand il s'agit de contrats unilatéraux. C'est principalement en vue de ces contrats que sont écrits les articles 1131 à 1133.

Une personne s'engage, soit par écrit, soit verbalement, à payer une somme déterminée; l'engagement est pris en ces termes: « Je reconnais devoir », ou « je m'engage à

Cass. 13 janvier 1879, D. P. 1879.I.77, Sir. 1879.I.198, — 11 février 1879,
 D. P. 1879.I.345, Sir. 1879.I.198, — Paris 6 juillet 1893, D. P. 1894.II.16,

Sir. 1894.II.100.

Paris 30 novembre 1876, Journal des Tribunaux de commerce, 1877, p. 68,
 3 mai 1888, Pandectes françaises, 1888. II.254.
 5 février 1889, La Loi des 11-12 mars 1889,
 Cass. 19 mars 1889, La Loi du 23 mars 1889,
 trib. de com. de la Seine 20 mai 1889, La Loi du 6 juin 1889.

^{3.} Douai 24 octobre 1887, Sir. 1890.II.99, Pandecles françaises, 1888.II.202, — Bourges 13 juin 1889, D. P. 1889. V. 329, — Riom 30 novembre 1893, Sir. 1894.II.75, Pandecles françaises, 1894.II.261, — Alger 9 mai 1894, D. P. 1895. II.21, Sir. 1894.II.302.

« payer ». En droit romain, si la promesse avait été faite suivant un des modes regardés comme susceptibles de créer un vinculum juris, par exemple la stipulation, il n'y avait pas à se préoccuper d'autre chose; quand les parties s'étaient liées selon les formes voulues, il n'y avait pas à rechercher pourquoi elles s'étaient liées; c'était le droit formaliste ¹. Il en était de même dans le vieux droit français. De nos jours, où les formes n'ont plus l'effet de lier à elles seules, où l'obligation est engendrée par la volonté, il faut à l'engagement, même formel, une raison d'être: c'est la cause juridique, c'est-à-dire le résultat obtenu ou cherché qui explique l'engagement pris. Il appartient au créancier d'en justifier en cas de contestation.

Alors l'article 1131 trouve dans ce cas son application directe, sans aucune complication résultant du rapprochement de la cause avec les autres conditions exigées par l'article 1108 pour la validité des conventions : « L'obligation sans « cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne « peut avoir aucun effet. »

I. Obligations sans cause.

232. L'hypothèse se conçoit malaisément en fait. Une obligation contractée sans motif et sans but, sans aucun intérêt dont la prévision explique l'engagement pris, en un mot sans cause, serait l'œuvre d'un fou.

La cause consistera, sous une forme ou sous une autre, dans la prestation effectuée par une partie — chose, fait ou abstention — prestation à raison, en vue ou par suite de laquelle l'autre partie s'oblige. A défaut d'un intérêt tangible, le débiteur se sera obligé à raison d'un devoir moral. Il est admis qu'un devoir de cette nature constitue une cause suffisante d'engagement, comme aussi le simple désir de satisfaire à un sentiment de conscience, de dignité, de délicatesse, d'honneur².

233. Si peu vraisemblable que soit l'hypothèse, suppo-

^{1.} Voy. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 423 et suiv.

^{2.} Demolombe, Contrats, I, p. 330, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 548. — Voy. Cass. 20 novembre 1876, D. P. 1878.I.376, Sir. 1877.I.69, — Toulouse 5 avril 1892, D. P. 1892.II.568, Sir. 1892.II.155, — Montpellier 30 janvier 1893, D. P. 1894.II.15, Sir. 1894.II.15, — Bordeaux 16 juin 1896, D. P. 1897.II.314, Sir. 1897.II.275.

sons cependant qu'elle se présente. Un engagement a été pris; aucune cause n'est exprimée ni n'existe. L'engagement est sans valeur. On ne peut y voir une donation, car l'intention de gratifier, l'animus donandi fait défaut; on n'y peut voir une obligation d'aucune sorte, car elle serait sans cause.

La règle a été appliquée quelquefois aux billets extorqués ou prétendus extorqués par violence. Prouver la violence est souvent difficile; mais il existe une autre ressource pour le signataire: c'est de nier la cause de l'obligation, car on ne s'engage pas sans cause.

Il a été fait application de la même règle aux remises de sommes faites à des maîtres chanteurs. Le paiement donne

lieu à répétition 2.

234. La question surgit alors de savoir à qui incombe la charge de prouver l'existence de la cause, ou d'une cause suffisante. Est-ce au créancier à justifier que l'engagement dont il se prévaut a une cause ? Est-ce au débiteur à démontrer que l'engagement qu'on lui oppose est dépourvu de cause ?

Question délicate. Pour la résoudre avec précision, il importe de distinguer trois hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

235. La convention a été constatée par écrit, et l'écrit dressé mentionne la cause de la convention.

236. Il y a des cas dans lesquels les parties sont obligées de constater par écrit l'existence de la convention qu'elles passent; il y en a d'autres dans lesquels elles peuvent s'en dispenser. Nous supposons qu'il existe, en fait, un écrit.

Lorsque les parties font un acte, il leur est toujours loisible d'y mentionner la cause de la convention. Bien plus, il y a deux séries de cas dans lesquels elles sont obligées de le

faire.

D'abord, il y a des cas dans lesquels la cause est nécessai-

2. Trib. de Bourgoin 4 juillet 1882, Gazette du Palais, 1883,II.40, — trib. de la Seine 9 juillet 1888, Le Droit du 2 août 1888.

^{1.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 499, note 12 in fine, — Demolombe, Contrats, I, n° 144, p. 132, — Laurent, Principes, XV, n° 517, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 80, 82 à 84. — Cpr. Bordeaux 20 février 1839, D. P. 1840.II.38, Sir. 1839.II.462.

rement exprimée dans l'acte s'il en est rédigé un, et ne peut pas ne pas l'être. C'est ce qui arrive pour les contrats synallagmatiques, donnant naissance à des obligations réciproques. La convention synallagmatique a autant de causes qu'elle engendre d'obligations; or la cause de chacune des obligations est forcément indiquée dans l'acte, car elle n'est autre que l'objet de l'obligation correspondante: on ne comprendrait pas un acte de vente n'indiquant pas la chose et le prix (articles 1582 et 1583).

En second lieu, il y a des cas dans lesquels on pourrait comprendre que la cause ne fût pas exprimée, mais dans lesquels la loi exige formellement qu'elle le soit et fait de l'indication de la cause une condition de validité en la forme. Nous n'avons point à rechercher ici quelles sont les raisons pour lesquelles le législateur a imposé cette exigence dans certains cas; contentons-nous d'indiquer qu'elle existe en matière de lettres de change (article 110 C. com.), de billets à ordre (article 108 C. com.), plus généralement en matière d'effets qui se transfèrent par voie d'endossement.

237. Quoi qu'il en soit de ces distinctions, il peut donc arriver que la convention ait été constatée par écrit, et que

l'écrit dressé mentionne la cause de la convention.

Dans cette hypothèse, il est manifeste que la question de preuve de la cause ne se pose même pas. La production de l'acte suffit à tout.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

238. La convention a été constatée par écrit, mais l'écrit dressé ne mentionne pas la cause de la convention. Il s'agit d'un contrat unilatéral, et ne rentrant pas dans la catégorie de ceux pour lesquels la loi fait de la mention de la cause une condition de validité en la forme.

239. L'article 1132 prévoit cette hypothèse, et pose, en ce qui la concerne, une règle très simple : « La convention n'est « pas moins valable, quoique la cause n'en soit point ex-

« primée. »

La rédaction du texte est un peu laconique, mais n'en est pas moins claire. Le mot « exprimée » ne peut vouloir dire que ceci : exprimée dans l'acte dressé à l'effet de constater l'existence de la convention. La règle posée est donc que l'acte dressé pour constater l'existence d'une convention est pleinement valable, alors même que la cause de la conven-

tion n'y est pas mentionnée d'une manière expresse.

Et cette règle est tellement rationnelle qu'il est permis de se demander s'il était bien utile de la formuler. En effet, la cause est une condition de validité de la convention, non de l'écrit qui peut intervenir pour constater l'accord des parties.

240. Donc l'écrit est valable. Mais si des contestations s'élèvent sur l'existence de la cause de la convention, l'écrit ne fournit aucun élément de preuve. La preuve de l'existence de la cause, d'une cause suffisante, devra être faite autrement qu'au moyen de l'écrit. Et comme cette preuve peut être difficile à fournir, la question de savoir quelle est celle des deux parties à laquelle incombe la charge de la fournir

présente un intérêt pratique considérable.

241. En présence d'un écrit qui constate une obligation sans en relater la cause, est-ce au créancier qui excipe de l'écrit à démontrer que la cause non exprimée existe réellement? C'est ce que le droit romain admit dans le cas de l'exception non numeratæ pecuniæ, lorsque la disparition du formalisme fit apparaître la notion de cause comme distincte de la source de l'obligation; le débiteur opposant l'exception, le créancier était obligé de prouver la numération des espèces, c'est-à-dire la cause de l'obligation alléguée.

Ou bien est-ce au débiteur, auquel on oppose l'écrit, à prouver l'inexistence de la cause que l'écrit n'exprime pas? En d'autres termes, faut-il dire que l'efficacité de l'acte est subordonnée à la preuve de la cause, ou que la demande est recevable à moins que le débiteur ne prouve l'inexistence de la cause. Cette dernière solution était admise en droit romain après l'expiration du délai pendant lequel l'exception

non numeratæ pecuniæ pouvait être opposée 2.

242. La question est délicate.

D'un côté, l'article 1315 impose à quiconque réclame l'exécution d'une obligation la charge d'en prouver l'existence. Or l'article 1108 fait figurer la cause au nombre des condi-

^{1.} Voy. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1^{re} édition, p. 492-493.
2. Ce délai, auquel il est fait pour la première fois allusion dans une constitution d'Alexandre Sévère de 228, était primitivement d'un an; il fut porté à cinq ans par Dioclétien. L'inaction du débiteur pendant ce temps établit contre lui une présomption de dette qui ne peut plus être écartée par la preuve contraire. Voy. Girard, loc. cit., p. 493.

tions essentielles à la validité des conventions. De ces deux textes combinés, il semble logique de conclure que celui qui poursuit l'exécution d'un engagement doit justifier des conditions nécessaires à la formation de l'engagement et que le créancier doit démontrer l'existence de la cause. L'écrit non causé prouverait un engagement, non un engagement valable; or le créancier doit prouver l'existence d'un engagement valable.

D'un autre côté on peut dire que le seul fait qu'il y a un engagement constaté par écrit fait présumer l'existence d'une cause réelle; car pourquoi supposer *a priori* que l'engagement est dépourvu de cause? Ce serait donc au débiteur à

détruire l'effet de cette présomption.

La jurisprudence se prononce d'une manière constante dans ce dernier sens. Et la solution est rationnelle. En effet, à supposer même que l'acte qui constate un engagement sans en exprimer la cause ne prouve ni ne fasse supposer cette cause, il faut bien reconnaître que cet acte forme en fait un préjugé puissant. « Lorsqu'une clause est susceptible de deux « sens, dit l'article 1157, on doit plutôt l'entendre dans celui « avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens « avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Pourquoi le débiteur, ou celui qu'on prétend tel, aurait-il souscrit son engagement s'il n'y avait pas de cause? L'aveu d'une dette qui résulte de l'écrit ne présuppose-t-il pas l'engagement? D'ailleurs, le sens de l'article 1132 est manifeste. L'acte non causé, sauf le cas où l'indication de la cause est nécessaire à sa validité, a la même force probante qu'un acte causé; or l'acte causé dispense le porteur de toute autre preuve ; il doit donc en être de même d'un acte non causé.

La jurisprudence va plus loin. Elle admet que la cause non exprimée est réputée licite. Le créancier est dispensé de toute preuve à cet égard. C'est une conséquence de l'article 1132 ¹.

^{4.} En ce sens: Demolombe, Contrats, I, p. 346, — Vigié, Droit civil, II, nº 1144, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 48 bis, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 319; — Cass. 28 octobre 1885, D. P. 1886. I.69, Sir. 1886. I.200, — Paris 22 mai 1895, Sir. 1896. II.251, — Cass. 25 février 1896, D. P. 1896. I.199, Sir. 1896. I.280.

Voy. une théorie un peu différente dans Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 558, texte et note 20. — Cpr. Bordeaux 23 février 1896, D. P. 1897.II.316.

TROISIÈME HYPOTHÈSE.

243. La convention n'a pas été constatée par écrit. Et nous supposons que nous sommes dans l'un des cas où il était loisible aux parties de procéder ainsi sans porter atteinte à la validité de la convention.

A qui incombe, dans cette hypothèse, la charge de prouver l'existence de la cause ou d'une cause suffisante? Il ne semble pas que la question ait été examinée par les auteurs ni tranchée par la jurisprudence. Cette question ne laisse pas d'être embarrassante.

D'un côté, il peut paraître choquant de ne pas résoudre la question dans l'hypothèse présente comme dans la précédente.

D'un autre côté, la solution admise dans l'hypothèse précédente repose tout entière sur l'idée que l'existence d'un acte, même non causé, constitue un préjugé dans le sens de l'existence d'une cause. Or, dans l'hypothèse présente, il n'y a pas d'écrit. De sorte qu'il ne semble pas y avoir de raison pour écarter l'application des articles 1315 et 1108; la personne qui poursuit l'exécution d'un engagement doit justifier des conditions nécessaires à la formation de cet engagement, et, en particulier, démontrer l'existence de la cause.

II. Obligations sur fausse cause.

244. Les hypothèses sont ici plus simples, plus fréquentes dans la pratique. Sous l'expression de fausse cause, l'article 1131 vise deux choses distinctes: la cause erronée et la cause simulée.

A. - CAUSE ERRONÉE.

245. La cause erronée est celle que les parties croyaient exister, et qui en réalité n'existait pas. Cela équivaut, en définitive, à l'absence de cause, avec cette particularité que l'absence de cause est ici le résultat d'une erreur; la cause erronée est fausse à l'insu des parties.

246. Cette erreur sera parfois une erreur de fait.

Premier exemple. — Je souscris un billet pour l'acquittement d'une obligation antérieure. Cette obligation explique l'engagement pris. Supposons qu'elle n'existe pas ; l'engagement est nul, comme ayant été contracté sur cause erronée. Second exemple. — Je me croyais héritier d'une personne alors que je ne l'étais pas. Me croyant débiteur des dettes de cette personne, je m'engage à payer l'une d'elles à telle époque. Il y a erreur de ma part, car je suis primé au point de vue de l'héritage par un héritier plus proche. Dès lors, le résultat attendu, ma libération, cesse d'être possible; mon obligation est sur fausse cause et, par conséquent, nulle.

247. D'autres fois, l'erreur sur l'existence de la cause

sera une erreur de droit.

Ainsi, je suis légataire particulier et je me crois, comme tel, tenu des dettes du défunt. Je m'engage à les payer et je souscris des billets à cet effet. Ces billets sont nuls, parce que la cause est erronée. L'article 1024, en effet, exonère le légataire particulier de toute contribution aux dettes de la succession.

Ou bien j'achète un brevet d'invention. Or l'invention dont il s'agit n'était pas brevetable. Mon obligation est nulle comme ayant une cause erronée.

B. - CAUSE SIMULÉE.

248. La cause simulée est celle que les parties énoncent sachant qu'elle n'a pas de réalité, pour masquer la cause véritable. Elle est fausse; et, à l'inverse de la cause erronée, elle est fausse au su des parties.

La simulation n'est pas, par elle-même, un motif de nullité, s'il existe, abstraction faite de la cause faussement indiquée, une cause qui soit suffisante et licite. Elle ne devient un motif de nullité qu'autant qu'elle cache soit un défaut de cause, soit une cause illicite ².

Par exemple, je contracte un emprunt; et, désirant qu'on ne le sache pas, je cause le billet que je signe « pour mar-« chandises reçues ». La cause indiquée est simulée; mais, au dessous de la cause simulée, il y en a une véritable, le prêt.

Ou bien, je reconnais devoir une certaine somme en restitution d'un prêt qui m'aurait été fait; la cause réside dans la prestation prétendue faite. Or la cause est fausse, il n'y a

2. Voy. sur la simulation la note de M. Robert Beudant sous Cass. 11 mars

1890, dans D. P. 1893, I. 369.

^{1.} Demolombe, Contrats, I, nº 129, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, p. 495; — Bressolles, Revue de législation, XVIII, p. 477; — Cass. 12 mars 1845, D. P. 1845.I.202, Sir. 1845.I.524, — Agen 17 mai 1887, D. P. 1889.I.315, — trib. de Dax 20 mars 1890, Gazette du Palais, 1890.II.310.

jamais eu de prêt; mais il y a une autre cause: c'est une restitution que je veux faire sans l'avouer, un préjudice que je veux réparer. L'engagement est-il valable? Oui, car il a une cause; la simulation n'entraîne aucune conséquence 1.

Il se peut, au contraire, que la simulation masque une cause illicite. Par exemple, la somme promise est le prix d'un acte illicite ou immoral promis ou accompli par le créancier. Ou bien la simulation masque une absence de cause, de telle sorte que la convention ne peut s'expliquer que comme une donation. Dans ces deux hypothèses, l'engagement est nul. Il est nul dans la première comme ayant une cause illicite, nul dans la seconde parce qu'une donation n'a de valeur qu'à la condition d'avoir été effectuée dans les formes légales.

Bien entendu, c'est au débiteur qui allègue la fausseté de la cause indiquée à prouver la simulation. Jusqu'à preuve contraire, la cause énoncée doit être tenue pour réelle.

Si la simulation est établie, c'est au créancier à prouver qu'il y a une cause suffisante. La preuve de la simulation, en faisant considérer comme non avenue la cause exprimée, fait présumer l'absence de cause, ou de cause licite, jusqu'à preuve contraire ².

III. Obligations sur cause illicite.

249. L'obligation sur cause illicite, dit l'article 1131, « ne « peut avoir aucun effet ». Et l'article 1133, pour mieux préciser ce qu'il faut entendre par cause illicite, s'exprime ainsi : « La cause est illicite quand elle est prohibée par « la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à « l'ordre public. »

Reprenons ces trois hypothèses.

2. Voy. les auteurs et les arrêts cités à la note précédente. — Cpr. Amiens 9 mai 1889, Journal des audiences d'Amiens, 1889, p. 112, — trib. d'Orthez

27 février 1892, La Loi du 31 mai 1892,

^{1.} Demolombe, Contrats, 1, p. 350, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 557, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 47 bis II, — Laurent, Principes, XVI, p. 468, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 308. — Cpr. trib. de la Seine 13 janvier 1887, La Loi du 21 janvier 1887, — 23 juin 1888, La Loi du 9 septembre 1888, — trib. d'Annecy 12 avril 1889, La Loi du 19 juillet 1889, — Paris 23 mars 1892, Le Droit du 46 juin 1892, La Loi du 7 juillet 1892, — Alger 23 décembre 1895, D. P. 1897.II.453, — Cass. 9 novembre 1898, D. P. 1899.I.103.

A. - CAUSE PROHIBÉE PAR LA LOI.

250. Serait nul à ce titre, par application de l'article 1133, l'engagement pris soit pour obtenir l'accomplissement d'un acte qualifié crime, délit ou contravention par la loi, soit pour rémunérer l'accomplissement de cet acte. Aucun doute n'est possible. Le fait commis ou promis par le créancier est illicite; ce fait est la raison d'être de l'engagement pris par le débiteur ; l'engagement a donc une cause illicite.

Citons d'autres exemples.

1º Est nul comme ayant une cause illicite l'engagement pris par un individu au profit d'un autre pour empêcher ce dernier de mettre une surenchère sur un bien vendu aux enchères1. Deux enchérisseurs se présentent pour acquérir l'immeuble; s'ils poussent tous deux, le prix monte; pour éviter ce résultat, l'un des intéressés fait promettre à l'autre de s'abstenir. La cause de l'engagement ainsi pris est prohibée par la loi ; le fait dont il s'agit est même frappé d'une peine par l'article 412 du Code pénal.

2º Est nul l'engagement pris de payer une dette de jeu

(article 1965) 2.

3° Est nul le contrat ayant pour cause l'exploitation d'un établissement de paris sur les courses de chevaux 3.

4º Nul enfin le contrat ayant pour cause la vente d'un re-

mède secret 4.

Dans tous ces cas, le résultat obtenu ou cherché, qui est la raison d'être de l'engagement pris, est prohibé par la loi. Donc l'engagement est nul.

B. - CAUSE CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS.

251. Aucune expression n'est à la fois plus précise et plus vague.

Est nul comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs tout engagement pris en considération d'un résultat immoral qui lui sert de cause. Les hypothèses sont variables

1. Trib. de Vendôme 31 juillet 1886, La Loi du 3 septembre.

3. Trib. de la Seine 26 juin 1885, La Loi du 18 juillet.

^{2.} Cass. 4 juillet 1892, D. P. 1892.I.500, Sir. 1892.I.513, Pandectes francaises, 1893.I.457, - trib. de com. de la Seine 2 juin 1893, Le Droit du 25 juin, - 9 novembre 1893, Pundectes françaises, 1894, II. 256.

^{4.} Paris 3 mai 1888, Pandectes françaises, 1888. II. 254, - 5 février 1889, La Loi des 11-12 mars, - Cass. 19 mars 1889, La Loi du 23 mars, - trib. de com. de la Seine 20 mai 1889, La Loi du 6 juin.

à l'infini; les nuances d'espèces qui les séparent expliquent les divergences apparentes de la jurisprudence. La question de savoir si la cause est ou non contraire aux bonnes mœurs soulève des appréciations souvent très délicates.

Première hypothèse.

Que valent les engagements pris, les billets souscrits par Primus envers une personne avec laquelle il a eu ou avec laquelle il cherche à avoir des relations irrégulières? Le plus souvent, l'engagement se présente avec une cause simulée; on feint un prêt, un achat. Supposons la simulation établie et la véritable cause dévoilée. Qu'adviendra-t-il de l'engagement?

S'il a été souscrit comme moyen d'amener les relations irrégulières, de les faire durer ou de les rémunérer, pas de doute. Le résultat obtenu et cherché, qui est la cause de l'engagement pris, est contraire aux bonnes mœurs; par suite, l'obligation est nulle 1.

Que décider si l'engagement est souscrit comme moyen de faire cesser les relations irrégulières? Un tiers est intervenu, un parent, un tuteur, et il a eu recours à des movens financiers pour mettre fin à une situation périlleuse. Rien n'est plus licite que le but visé. Ce qu'il y a de mieux à faire quand de tels engagements ont été pris, c'est de les exécuter; mais, à défaut d'exécution volontaire, la justice doit-elle contraindre à l'exécution forcée ? Cela revient à se demander si l'obligation est valable. La question peut être généralisée. Que vaut l'engagement pris envers une personne pour obtenir de celle-ci qu'elle ne commette pas une faute ou qu'elle accomplisse un devoir? En général, on décide que l'engagement n'a pas de valeur 2; la stipulation d'un prix pour faire ce qu'on doit faire ou pour s'abstenir de ce dont on doit s'abstenir est contraire aux bonnes mœurs, et il en est de même de la promesse. La solution est à la rigueur soutenable. Tou-

^{1.} Demolombe, Contrats, I, p. 358, — Laurent, Principes, XVI, p. 208, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 310. — Cass. 2 février 1853, D. P. 4853. I.57, Sir. 1853.I.428, — 26 mars 1860, D. P. 1860.I.55, Sir. 1860.I.321, — Orléans 27 mai 1875, D. P. 1877. II. 177, Sir. 1875. II. 319, - Agen 7 juillet 1886, Sir. 1886, II.189, — Cass. 23 juin 1887, D. P. 1889, I.35, Sir. 1887, I.361.

2. En ce sens: Demolombe, Contrats, I, p. 359, — Laurent, Principes, XVI, p. 172, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n. 310.

tefois, il peut exister dans certains cas des circonstances telles que l'engagement doive être tenu pour valable.

Enfin, que décider si l'engagement est souscrit après que les relations ont pris fin? Même incertitude; même part à faire aux circonstances, qui sont très variables. Si l'engagement contracté paraît être le prix des relations passées, il est nul'. S'il apparaît comme ayant été consenti pour réparer, dans la mesure du possible, un trouble causé, un préjudice éprouvé, peut-être des dépenses occasionnées, pourquoi ne serait-il pas valable? L'intention de réparer est une cause suffisante d'obligation 2.

La Cour de Caen a rendu sur ce point, en 1853, un arrêt curieux. Elle a validé, comme ayant une cause licite, les billets qu'un mari s'était fait souscrire par un homme surpris par lui en flagrant délit d'adultère avec sa femme 3. Il est possible, dit la Cour, que cet engagement constitue une réparation, dont l'offenseur pouvait se croire tenu et que l'offensé pouvait se croire autorisé à recevoir. C'est assurément la limite extrême du compte qui peut être tenu des circonstances de fait 4.

Après tout, on reconnaît bien au mari le droit de se constituer partie civile dans une poursuite pour adultère dirigée contre sa femme, et d'obtenir des dommages-intérêts. Pourquoi ne pourrait-il pas recevoir directement ces dommagesintérêts?

Dans toutes ces hypothèses et autres analogues, il v a place pour une variété infinie de nuances et de questions de fait 5.

Seconde hypothèse.

Des décisions judiciaires ont annulé comme contraire aux bonnes mœurs la promesse d'un droit de courtage consentie, à propos de négociations de mariage, au profit d'un inter-

^{1.} Trib. de Nice 25 janvier 1883, La Loi du 8 avril.

^{2.} Demolombe, Contrats, I, p. 359, - Laurent, Principes, XVI, p. 203, -Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 310, p. 288, note 1; — Grenoble 23 janvier 1864, D. P. 1864, V. 254, Sir. 1864, II. 222, — Liège 15 février 1875, D. P. 1876.II.49.

^{3.} Caen 9 avril 1853, D. P. 1854.II.189, Sir. 1854.II.30.

^{4,} D'ailleurs la Cour de Caen, tout en reconnaissant le caractère licite de la cause, admet que le consentement du souscripteur des billets a pu être violenté, et l'autorise à faire la preuve de la violence.

^{5.} Voy. en particulier Cass. 15 juillet 1878, D. P. 1879.I.22, Sir. 1879.I.393 (note de M. Labbé)

médiaire officieux, notamment au profit d'une agence matrimoniale. Le courtage est utile et licite en matière commerciale; mais le mariage n'est pas précisément in commercio;

donc la promesse dont il s'agit est nulle.

Ce raisonnement est très contestable. S'offrir comme intermédiaire officieux pour amener la conclusion d'un mariage est une offre licite, tenue même pour louable lorsqu'elle émane d'un ami et présente le caractère d'un service désintéressé. Pourquoi cette offre deviendrait-elle contraire aux bonnes mœurs par cela seul que l'intermédiaire serait salarié? Une pareille opinion semble difficile à justifier au point de vue juridique 1.

La Cour de cassation a cependant adopté cette manière de voir par arrêt du 1er mai 1855, après un rapport de M. le conseiller Laborie 2. Depuis lors, la jurisprudence s'est maintes fois prononcée dans le même sens 3; toutefois elle reconnaît à l'entremetteur le droit de se faire indemniser

de ses dépenses, démarches et peines '.

C. - CAUSE CONTRAIRE A L'ORDRE PUBLIC.

252. C'est encore une expression dont il n'est pas aisé de fixer la portée exacte. Voici des exemples d'engagements qui ont été annulés comme ayant une cause contraire à l'ordre public.

1º Les engagements contractés en vue d'entraver la liberté du commerce et de l'industrie. Tout ce qui porte atteinte à cette liberté est contraire à l'ordre public; par conséquent, tous les traités passés en vue de l'entraver sont nuls 5.

1. Voy. en ce sens: Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 311. - Secus, Demolombe, Contrats, I, p. 308, - Aubry et Rau, 5e édition, IV, p. 553, - Laurent, Principes, XVI, p. 203.

2. D. P. 1855.I.147, Sir. 1855.I.337. A l'appui du pourvoi avait été produite une consultation signée par Berryer, Delangle, Marie, Duvergier, Léon Duval, Odilon-Barrot, etc. Voy. une critique de cette consultation dans Lau-

rent, Principes, XVI, p. 204.

3. Paris 11 janvier 1884, Sir. 1884. II. 132, - Nimes 18 mars 1884, Dalloz, Supplément au Répertoire, vo Obligation, no 179, p. 158, note 1, Sir. 1884.II. 100. - Paris 27 octobre 1892, D. P. 1893.II.271, Sir. 1893.II.24, - Besancon 6 mars 1895, D. P. 1895.II.223, Sir. 1895.II.196.

4. Nîmes 22 juin 1868, D. P. 1869.II.58, Sir. 1868.II.270, — 18 mars 1884, cité à la note précédente, - trib. de la Seine 7 juillet 1883, La Loi du 8 juillet.

5. Cass. 13 janvier 1879, D.P.1879.I.77, Sir. 1879.I.198, - 11 février 1879, D. P. 1879.I.345, Sir. 1879.I.198, - Nancy 8 décembre 1885 et Cass. 4 juillet 1888, D. P. 1889.I.357, Sir. 1894.I.113, — Paris 6 juillet 1893, D. P. 1894.II.16, Sir. 1894.II.100.

2° Les engagements résultant de traités secrets en matière de cession d'offices. Par exemple, le cessionnaire d'un office s'engage à payer un prix supérieur à la somme portée au contrat. Les contre-lettres, en matière de cession d'offices, sont un moyen de déjouer le contrôle exercé par l'autorité supérieure sur ces transmissions. La somme à payer n'est licite que dans la mesure où elle est approuvée; donc l'engagement de payer une somme supérieure est contraire à l'ordre public ¹.

3° L'engagement de n'effectuer un paiement qu'en espèces monnayées, sous l'empire d'une loi décrétant le cours forcé des billets de la Banque de France. Cette question s'est posée à la suite de la loi du 12 août 1870, qui a donné cours forcé aux billets de la Banque de France. Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est prononcée pour la nullité de pareils engagements ². C'est pour des considérations d'intérêt général, pour répondre aux exigences du crédit national, que la loi a décrété le cours forcé; ce cours forcé est donc d'ordre public, et toute clause y portant atteinte est nulle.

4° L'engagement destiné à rémunérer des sollicitations auprès de l'autorité pour obtenir des places ou des faveurs. Les trafics d'influence sont contraires à l'ordre public; l'autorité doit se décider par des raisons, non par des recommandations ³.

5° L'engagement résultant du pacte connu sous le nom de pacte de quotà litis, fait avec un avocat ou un officier ministériel. Les pactes de cette espèce sont contraires au devoir professionnel; le dévouement à la mission confiée doit être le même quel que soit le succès de l'affaire 4.

6º Les engagements résultant de conventions avant pour

^{1.} Perriquet, Propriété et transmission des offices ministériels, n°s 280 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 310, p. 289. — Cass. 13 juillet 1885, D. P. 1886.I.263, Sir. 1886.I.205, — Dijon 26 janvier 1894, D. P. 1896.II.41, — Cass. 18 mars 1895, D. P. 1895.I.346, Sir. 1896.I.41.

^{2.} Aix 23 novembre 1871, D. P. 1872.II.51, Sir.1872.II.161, — trib. de com. de Marseille 7 novembre 1871, D. P. 1871, V. 128, Sir. 1871.II.225, — Cass. 11 février 1873, D. P. 1873.I.177, Sir. 1873.I.97. — Secus, Douai 8 mars 1872, Sir. 1872.II.161 (note de M. Labbé).

^{3.} Rennes 1er avril 1874, Pandectes françaises alphabétiques, vº Obligations, nº 7823, — Toulouse 21 juillet 1870 et Cass. 2 avril 1872, D. P. 1873.I.65, Sir. 1873.I.217.

^{4.} Cass. 22 avril 1898, D. P. 1898. I. 415, Pandectes françaises, 1898. I. 255.

but ou pour effet d'assurer l'impunité des infractions. Je surprends une personne au moment où elle commet un délit à mon préjudice; je lui promets de ne pas la dénoncer moyennant une somme qu'elle s'engage à me payer. La convention n'a aucune valeur; on peut transiger sur l'action civile, non sur l'action publique 1.

253. Ces exemples, réunis à titre d'indication, suffisent à marquer combien est large la sphère d'application de l'article 1131, combien est étendue la portée de la règle qu'il édicte ².

Réunissant maintenant toutes ces distinctions, nous retrouvons, comme les expliquant et les justifiant, la notion que nous avons donnée d'abord de la cause : la cause est l'intérêt que les parties ont en vue et qui détermine leurs volontés, ou mieux l'intention qui a présidé à la convention telle qu'elle résulte à la fois des motifs qui ont guidé les parties et du but qu'elles se sont proposé. La notion reste abstraite, car elle se prête aux applications les plus diverses et doit être extensible. Elle n'en est pas moins précise, en ce sens qu'elle ajoute quelque chose, sinon toujours du moins quelquefois, aux autres conditions exigées; et c'est pour cela que l'article 1108 la fait figurer parmi les quatre conditions essentielles à la validité des conventions.

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 345, p. 322, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 310; — Bordeaux 20 février 1839, Sir. 1839.II.462, — trib. de Bourgoin 4 juillet 1882, Gazette du Palais, 1883.II.40, — trib. de la Seine 9 juillet 1888, Le Droit du 2 août. — En ce qui concerne la validité de la convention relative aux réparations civiles, voy. Paris 5 août 1853, D. P. 1855. II.317.

^{2.} Lorsqu'une convention contient plusieurs clauses, deux par exemple, l'une licite, l'autre illicite, doit-on annuler l'engagement pour le tout? — La question se résout par une distinction. Si, d'après l'intention présumable des parties, il est possible de scinder les clauses de l'engagement, la nullité de l'une n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'autre. A l'inverse, si les stipulations sont liées entre elles d'une façon tellement intime qu'elles forment un ensemble indivisible, la nullité de la clause illicite invalide la clause licite, et le contrat tombe tout entier. Laurent, Principes, XVI, p. 214, — Colmar 23 mars 1863, D. P. 1863. II.113.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ SPÉCIALES A CERTAINES CONVENTIONS

254. Il ne saurait être question ici de passer toutes ces conditions en revue; ce serait faire rentrer l'étude de tous les contrats spéciaux dans le système général des conventions. Toutefois, il est trois de ces conditions qui ont un certain caractère de généralité, bien qu'elles ne soient pas imposées à tous les contrats. C'est d'elles seulement que nous allons nous occuper.

SECTION I. — La loi exige, pour la validité de certaines conventions, la rédaction d'un acte écrit.

255. En dehors et en sus des quatre conditions de l'article 1108, la loi exige, dans quelques cas, un acte écrit, un instrumentum; faute d'acte, la convention ne se forme pas. C'est une règle que nous avons déjà rencontrée¹, et sur laquelle il n'y a pas lieu d'insister longuement.

De droit commun, la convention résulte du simple accord des volontés; elle se forme par cet accord et existe à sa date. L'écrit est facultatif; s'il en est rédigé un, il ne fait que constater la convention, qui existe sans lui et lui est antérieure; il n'est qu'un moyen de preuve, et les intéressés peuvent y suppléer par les autres modes de preuve admis: le témoignage, l'aveu, le serment.

Exceptionnellement, l'acte est exigé non plus comme moyen éventuel de preuve en cas de contestation, mais comme condition essentielle à la validité de la convention; il est exigé ad solemnitatem, suivant l'expression consacrée. La convention n'existe pas tant que l'acte n'est pas inter-

^{1.} Suprà, p. 28 et 29.

venu; de telle sorte qu'aucune autre preuve ne peut y sup-

pléer.

256. Lorsque la loi subordonne ainsi la formation d'un contrat à la rédaction d'un acte, elle exige presque toujours que cet acte soit authentique. Dans l'ordre des contrats relatifs au patrimoine, il en est ainsi pour la donation (article 931), — la subrogation dans le cas de l'article 1250-2°, — le contrat de mariage (article 1386), — la constitution d'hypothèque (article 2127). Pour ces divers contrats, l'acte obligatoire, sans la rédaction duquel la convention ne se forme pas, doit être passé dans la forme notariée ¹.

257. Dans deux cas seulement, la loi, tout en exigeant la rédaction d'un écrit pour la formation d'un contrat, se con-

tente d'un acte sous seing privé.

258. Le premier se présente en matière de lettres de change et de billets à ordre.

La lettre de change et le billet à ordre sont des actes solennels. Comme leur nom l'indique, ce sont essentiellement des actes écrits; l'écriture est indispensable à leur existence. Mais un écrit sous seing privé suffit, à la condition que cet écrit contienne certaines énonciations, indiquées par les articles 110, 137, 188 du Code de commerce, et dont certaines sont exigées à peine de nullité ².

Or l'emploi de la lettre de change ou du billet à ordre est indispensable pour la formation de certains contrats. Dès lors, on peut dire de ces contrats que la loi en subordonne la

formation à la rédaction d'un acte sous seing privé.

Mais quels sont ces contrats? C'est un point sur lequel il faut éviter de se méprendre. On a fait observer justement que la lettre de change et le billet à ordre ne sont pas des contrats, mais des modes d'exécution de contrats préexistants; la lettre de change, en particulier, ne doit pas être confondue avec le contrat de change, dont elle n'est qu'un moyen d'exécution 3.

2. Voy, Lyon-Gaen et Renault, Traité de droit commercial, 2e édition, III,

p. 7, — IV, nº 55, p. 39, — et nº 506, p. 340.

^{1.} Nous ne parlons ici que des conventions relatives au patrimoine. Quant au contrat d'adoption, la loi exige bien qu'il soit passé dans la forme authentique, mais l'acte exigé ad solemnitalem doit être reçu par le juge de paix du domicile de l'adoptant (article 353). Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 308.

^{3.} Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2° édition, IV, n° 22, p. 14, — n° 34, p. 23, — n° 505 bis, p. 339.

La distinction est fondamentale et s'impose. Seulement, et indépendamment des contrats que la lettre de change et le billet à ordre servent à exécuter, la lettre de change et le billet à ordre constatent des contrats: la clause à ordre, l'acceptation, l'aval, la cession par voie d'endossement ¹; tous contrats qui ne peuvent exister qu'à la condition d'être constatés par une lettre de change ou un billet à ordre. La formation de ces contrats est subordonnée à la rédaction d'un écrit dans certaines formes; ils ne sont eux-mêmes qu'à la condition d'être constatés de cette manière, faute de quoi ils prennent une autre nature, sont assujettis à d'autres règles et finalement n'existent plus au même titre ².

259. Le second cas dans lequel la loi fait de la rédaction d'un acte sous seing privé une condition nécessaire, mais suffisante, pour la formation d'un contrat, est prévu par la loi du 12 mars 1900, ayant pour objet de réprimer les abus commis en matière de vente à crédit des valeurs de bourse 3. Aux termes de l'article 1 de cette loi, toute cession « de va- « leurs ou parts de valeurs cotées à la Bourse moyennant un « prix payable à terme en totalité ou en partie » doit être constatée par écrit, à peine de nullité; un acte sous seing privé suffit, mais à la condition d'avoir été rédigé conformément aux prescriptions de l'article 2, auquel nous ne pouvons que renvoyer.

La rédaction de l'écrit, en ce qui concerne le contrat prévu par la loi du 12 mars 1900, est bien exigée ad solemnitatem. Toutefois nous nous trouvons ici en présence d'un contrat solennel d'une espèce nouvelle et très particulière. Quand il s'agit d'une donation, d'une subrogation, d'un contrat de mariage ou d'une constitution d'hypothèque, la rédaction d'un acte notarié est exigée ad solemnitatem en ce sens que le défaut d'écrit empèche le contrat de se former : forma dat esse rei; et l'inexistence du contrat pour défaut d'acte peut être alléguée par toute personne intéressée. Le régime est le

^{1.} Voy. sur les divers contrats que la lettre de change sert à constater: Lyon-Caen et Renault, loc. cit., n° 33, p. 23.

^{2.} C'est ce que MM. Lyon-Caen et Renault entendent dire quand ils signalent les divers contrats que la lettre de change et le billet à ordre servent à constater comme de véritables contrats solennels: Traité, 2º édition, III, p. 7.

^{3.} Voy. sur cette loi la notice et les notes de M. Henri Lévy-Alvarès dans l'Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée, 20° année (4901), p. 50 et suiv.

même en matière de lettres de change et de billets à ordre. Or le régime établi par la loi du 12 mars 1900 n'est pas du tout celui-là. L'absence d'un acte sous seing privé rédigé suivant les exigences de la loi n'empêche pas vraiment le contrat de se former. L'article 1 dit que la cession « sera déclarée nulle. « sur la demande de l'acheteur », lorsqu'elle n'aura pas été constatée par un acte dressé conformément aux prescriptions de l'article 2 ; d'où il faut conclure que la nullité ne peut être demandée par le vendeur, autrement dit que le contrat prend naissance et a pleine valeur à l'égard du vendeur malgré l'absence d'acte. La rédaction de l'acte est exigée dans l'intérêt de l'acheteur, afin de le protéger contre les abus possibles des ventes à tempérament; l'absence d'acte ne constitue une cause de nullité qu'au profit de l'acheteur. Dès lors, la cession prévue est bien un contrat solennel, mais le défaut d'accomplissement de la formalité n'empêche pas d'une facon complète la convention de se former. De sorte qu'il est permis de présenter la rédaction de l'acte comme exigée ad solemnitatem, mais à la condition de prendre garde que cette expression n'a pas ici le même sens que quand il s'agit des contrats solennels dont nous avons parlé précédemment : contrats subordonnés à la rédaction d'un acte notarié, puis contrats constatés par une lettre de change ou un billet à ordre. La loi du 12 mars 1900 a vraiment introduit un nouveau type de contrat solennel.

260. Ces deux cas sont les seuls dans lesquels la loi subordonne la formation d'un contrat à la rédaction d'un acte sans exiger que cet acte soit authentique. Et encore y a-t-il place pour une réserve importante en ce qui concerne le second.

La lecture de certains textes peut conduire à penser qu'il existe d'autres cas du même genre. Mais il y aurait erreur à le croire. Et c'est un point sur lequel il n'est pas inutile de fournir quelques explications.

Quels sont les textes qui peuvent, de la sorte, induire en

erreur à cet égard? En voici la liste.

Ouvrons le Code civil. Aux termes de l'article 1907 alinéa 2, la convention fixant le taux de l'intérêt d'une somme d'argent prêtée doit être consignée par écrit. Aux termes de l'article 2044, la transaction est un contrat qui « doit être « rédigé par écrit ». Enfin l'article 2074 dit que le privilège résultant du gage « n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public « ou sous seing privé.... » ; et l'article 2085 ajoute : « L'an-

« tichrèse ne s'établit que par écrit. »

Lisons ensuite l'article 1005 du Code de procédure: « Le « compromis pourra être fait par procès-verbal devant les « arbitres choisis, ou par acte devant notaires, ou sous signa- « ture privée. » En d'autres termes, il faut au moins un acte sous seing privé.

Ouvrons enfin le Code de commerce. Aux termes des articles 29 et 49 de ce Code, puis des articles 1 et 21 de la loi du 24 juillet 1867, les sociétés commerciales autres que les sociétés en participation doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée. Il en est de même pour toute une série de contrats relatifs au commerce maritime: la vente de navires (article 195 C. com.), — l'affrètement ou nolissement (article 273), — le prêt à la grosse (article 311), — l'assurance maritime (article 332); ces divers contrats doivent être constatés par écrit, mais sans que l'écrit ait besoin d'être authentique: un acte sous signature privée suffit.

Dans tous ces cas, il semble, au premier abord, que les textes exigent un écrit ad solemnitatem. Aucun des contrats dont il vient d'être question ne peut se former, semble-t-il, sans la rédaction d'un acte au moins sous signature privée.

Mais l'opinion générale — presque unanime — est que les textes cités n'ont pas cette portée. S'ils exigent que les contrats dont ils s'occupent soient constatés par écrit, ce n'est pas du tout ad solemnitatem, mais seulement ad probationem. En d'autres termes, la conclusion des contrats dont nous avons présenté la liste ne peut être prouvée que par écrit, et l'existence ne saurait en être établie par témoins; mais l'absence d'un écrit n'empêche pas le contrat de se former, et la preuve de l'existence du contrat peut être faite soit par l'aveu, soit par le serment.

Nous n'avons point à rechercher ici les raisons sur lesquelles se fonde cette opinion générale; il suffit de constater qu'elle prévaut sans discussion ¹. Nous n'avons pas davan-

^{1.} En ce qui concerne les articles cités du Code civil, voy. Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, n° 4159, p. 347. — Pour le gage et l'antichrèse, voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, n° 144, 146 et 212, p. 421, 122 et 185. — Pour la fixation du taux de l'intérêt conventionnel, voy. Pont. Petits contrats, I, n° 274, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du prêt, n° 907.

tage à rechercher les motifs pour lesquels le législateur a cru devoir exclure la preuve testimoniale en ce qui concerne les contrats dont il s'agit; cette recherche doit être faite à propos de chacun des contrats considérés isolément, et si la valeur de quelques-uns de ces motifs est contestable, ils n'ont pas moins été jugés suffisants par le législateur.

- 261. En résumé, quand la loi subordonne la formation d'un contrat à la rédaction d'un écrit, l'acte qu'elle exige ad solemnitatem est presque toujours un acte authentique. Elle ne se contente d'un acte sous seing privé que dans les deux hypothèses qui ont été signalées : celle de la lettre de change et du billet à ordre, celle que prévoit la loi du 12 mars 1900.
- 262. Aux contrats solennels, dont la formation est subordonnée par la loi à l'existence d'un acte, d'un instrumentum, il faut joindre les contrats que les parties auraient, de leur propre volonté, subordonnés à la même condition. Rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent que le contrat ne sera conclu et ne deviendra obligatoire que par la rédaction d'un acte soit notarié, soit même sous seing privé; c'est une convention comme une autre, qui fait, comme toute autre, la loi des parties (article 1134). Dans ce cas, rien n'est fait tant qu'il n'y a rien d'écrit, la formation du contrat est subordonnée à la rédaction de l'acte 1; les parties qui ont signé peuvent se dédire tant que les autres n'ont pas signé 2;

— Guillouard, Du prêt, nº 125; — cpr. Cass. 13 août 1845, Sir. 1845.I.714, — 8 juillet 1851, Sir. 1851.I.501, — 22 juin 1853, Journal du Palais, 1854.I.88, - et la note de M. Appert sous Cass. 30 juillet 1895, Sir. 1896.I.353. - Voy. enfin pour la transaction: Planiol, Traité élémentaire, II, nºs 2291 et 2292, - et les autorités citées dans Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 2044, nº 64.

En ce qui concerne le compromis, voy, Boitard, Colmet-Daage et Glasson, Leçons de procédure civile, 14º édition, II, p. 664.

En ce qui concerne les sociétés, voy. Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, I, nº 296, p. 146 et 147, - nº 347, p. 168, - nº 463, p. 247, nº 525, p. 282; - Traité de droit commercial, 2e édition, II, nº 172, p. 123 et

suiv., — n° 523, p. 334, — n° 681, p. 487, — n° 977, p. 707, — n° 1055, p. 751. Enfin, relativement aux contrats maritimes, voy.: pour les ventes de navires, Lyon-Caen et Renault, $Pr\acute{e}cis$, II, n° 1614, p. 28 et 29, — $Trait\acute{e}$, 2° édition, V, nos 107 et suiv., p. 69 et suiv.; - pour le prêt à la grosse, Lyon-Caen et Renault, Précis, II, nº 2337, p. 477 et 478; - pour l'assurance maritime, ibid., nº 2098, p. 335; - pour l'affrètement, ibid., nº 1854, p. 167, et Traité, V, nº 642, p. 431.

1. Rennes 7 juillet 1845, D. P. 1851.II.182.

^{2.} Toulouse 3 décembre 1806, Dalloz, Répertoire, vo Obligation, nº 74, -Cass. 12 novembre 1821, Sir. 1822.I.148.

en un mot, il n'y a que des pourparlers 1. La rédaction d'un acte écrit est exigée dans quelques cas par la loi ; les parties peuvent, dans tous autres cas, se placer conventionnellement

sous le même régime.

Seulement il faut que la convention soit explicite à cet égard, ce qui est une question de fait, et que les parties aient réellement entendu subordonner la formation de la convention à la rédaction de l'acte. Alors la convention n'existera

pas tant que l'écrit n'aura pas été rédigé et achevé.

263. Mais il arrive parfois que les parties conviennent de consigner par écrit l'accord intervenu, sans que, dans leur esprit, cela empêche l'accord d'avoir été dès le début ferme et définitif. L'écrit n'est alors envisagé que comme moyen de preuve. La situation n'est pas du tout la même dans cette hypothèse que dans la précédente; elle en diffère spéciale-

ment à deux points de vue.

1º Si les parties ont fait de l'acte à intervenir une condition essentielle à la formation du contrat, la passation de l'acte reste facultative, puisqu'il n'y a pas de lien jusque-là. Si, au contraire, les parties ont simplement entendu qu'un acte serait dressé pour servir comme moyen de preuve, la passation de l'acte devient obligatoire; chacune des parties peut assigner l'autre en réalisation d'acte; il y a là une obligation de faire, se résolvant en dommages-intérêts au cas d'inexécution.

2º La différence est encore plus apparente si l'on suppose que, postérieurement à l'accord intervenu et avant la rédaction de l'acte, une des deux parties meure ou subisse une modification dans sa capacité. La formation du contrat a-t-elle été subordonnée à la rédaction de l'acte, le projet ne pourra s'achever. L'écrit, bien que spécifié, n'a-t-il été prévu que comme moyen de preuve, il pourra encore être rédigé, et les intéressés pourront y suppléer par les moyens de preuve du droit commun.

En fait, la distinction entre les deux hypothèses, s'il y a contestation, sera parfois délicate. Il appartient au juge de l'établir, en tenant compte des circonstances.

264. Réserve faite des difficultés d'espèces, il reste certain

^{1.} Demolombe, Contrats, I, p. 37 et suiv., - Laurent, Principes, XV p. 505, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 22 in fine.

qu'il existe, à côté des contrats légalement solennels, des contrats qui sont solennels conventionnellement.

SECTION II. — La loi exige, pour la validité de certaines conventions, la tradition de la chose qui en fait l'objet.

265. La remise, la tradition de la chose qui fait l'objet du contrat, est une condition qui est nécessaire pour la validité de certaines conventions, en dehors et en sus des conditions énumérées par l'article 1108.

Cette condition est de rigueur dans les contrats qui, depuis le droit romain, sont appelés réels, c'est-à-dire qui ne se réalisent que par la livraison de la chose formant la matière de la convention. Ce sont ceux qui font naître, à la charge d'une des parties, l'obligation de rendre, de restituer; une telle obligation implique rationnellement, comme élément nécessaire, la remise préalable de la chose. Tels sont: le prêt (articles 1875 et 1892), — le dépôt (article 1915), — le nantissement (article 2071). Sans remise, livraison ou tradition, le contrat ne se forme pas.

Cette règle n'est pas arbitraire; elle résulte de la nature même des contrats dont il s'agit. A vrai dire, il n'y a là qu'un aspect de la théorie de la cause. Ces contrats sont tous unilatéraux; ils n'engendrent d'obligation qu'à la charge de l'emprunteur, du dépositaire, du créancier gagiste, et c'est la remise effective qui devient la cause de l'obligation de restituer. A défaut de remise, quelles que soient les apparences, l'engagement est dépourvu de valeur. Avant la livraison, il peut bien y avoir convention de prêter, de recevoir en dépôt, de remettre en gage; cette convention est obligatoire (article 1134), mais il n'en résulte qu'une obligation de faire. Quant au contrat de prêt, de dépôt et de gage, il ne se forme que par la remise. En d'autres termes, la livraison de l'objet s'ajoute ici aux autres conditions de l'article 1108

SECTION III. — La loi exige, pour la validité de certaines conventions, l'égalité au moins approximative des objets qui y interviennent comme équivalents.

266. Cette condition est particulière aux contrats commu-

tatifs, ou plutôt à quelques-uns d'entre eux. Elle consiste dans l'égalité, au moins dans une certaine égalité des objets qui y interviennent comme équivalents, ce qui nous amène à l'étude de la lésion dans les contrats et des effets qu'elle y

produit.

267. D'une manière générale, la lésion est le préjudice résultant, pour l'une des parties, de l'inégalité de valeur des choses qui se servent d'équivalents dans les contrats commutatifs. Les contrats commutatifs sont toujours à titre onéreux, en d'autres termes intéressés de part et d'autre; chacune des parties donne, s'oblige ou fait quelque chose en vue d'un équivalent. Or, qui dit équivalent dit égalité, au moins approximative. Par conséquent, l'égalité doit régner dans les contrats commutatifs.

Il est clair qu'il ne peut en être question dans les contrats à titre gratuit, où l'une des parties procure à l'autre un bénéfice sans rien recevoir en échange. Il n'en peut pas être question davantage dans les contrats à titre onéreux ayant un caractère aléatoire, où l'intérêt que les parties ont en vue, la cause de l'engagement pris ou de l'aliénation consentie, consiste dans une chance de gain ou de perte; chacun s'étant soumis à cette chance, l'égalité cesse d'être une condition de validité.

C'est donc seulement dans les contrats à titre onéreux et commutatifs que l'égalité est de la nature de la convention. Dans quelle mesure l'est-elle? Dans quels cas l'inégalité, autrement dit la lésion, les vicie-t-elle? Telle est la ques-

tion qu'il nous faut résoudre.

268. Dans l'ancien droit, on regardait communément la lésion, ainsi entendue, comme étant un vice du consentement ; la partie lésée, disait-on, n'aurait probablement pas contracté d'engagement si elle n'avait pas eu la persuasion erronée qu'il y avait égalité des équivalents. De ce point de vue, communément admis, on aurait dû conclure que la lésion ne vicie les conventions que s'il y a erreur spontanée ou résultant du dol, de la part soit des deux parties soit de l'une d'elles; mais on ne tirait pas cette conclusion: la lésion était regardée comme viciant la convention aussi bien

^{1.} Pothier, Trailé des obligations, nos 33 et 37. — Voy. Laurent, Principes, XV, p. 495.

quand la disproportion des équivalents avait été connue que quand elle avait été ignorée. Il y avait donc une inexactitude d'analyse.

Cela a été compris de nos jours. Dans les cas où la lésion vicie les conventions, on la regarde comme un vice à part, correspondant à une condition spéciale aux contrats commutatifs, du moins à quelques-uns d'entre eux; aussi l'article 1109, qui énumère les vices du consentement, ne la mentionne-t-il pas. La distinction se retrouve jusque dans le nom de l'action accordée à la partie lésée; elle n'agit pas par l'action en nullité, comme au cas où l'une des conditions de l'article 1108 fait défaut, mais par l'action qu'on appelle plus spécialement l'action en rescision pour cause de lésion. L'action en nullité et l'action en rescision sont soumises à des règles communes que nous étudierons sous les articles 1304 et suivants; mais on les considère comme dérivant de causes différentes.

269. Pour le moment, nous n'avons qu'une seule question à résoudre. Dans quelle mesure la lésion, autrement dit le préjudice résultant de l'inégalité des prestations réciproques, est-elle susceptible de vicier un contrat commutatif '?

En principe, la lésion ne vicie pas le contrat, quelque considérable qu'elle soit. Donc l'action en rescision n'est accordée qu'à titre exceptionnel. Et cela pour deux raisons.

D'abord, rien n'est incertain comme la détermination exacte de ce qui constitue la valeur des choses au point de vue des échanges, la valeur en échange. Elle n'est pas absolue, mais relative; elle dépend des circonstances, du point de vue auquel se placent les parties, de considérations relatives aux convenances et aux goûts ². La Fontaine fait parler le coq trouvant une perle en économiste très avisé quand il lui fait dire:

Mais le moindre grain de mil Ferait bien mieux mon affaire.

Dès lors, il est conjectural, le plus souvent au moins, de soutenir qu'il existe une disproportion de valeur entre deux

^{1.} Voy. à cet égard Bufnoir, Propriété et contrat, p. 623 et suiv.; — cpr. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 2º édition, p. 269.

^{2.} Voy. Cauwès, Cours d'économie politique, 3° édition, 1, p. 261 et suiv., p. 301 et suiv., — Gide, Principes d'économie politique, 7° édition, p. 74 et suiv.

choses qui se servent d'équivalents dans un contrat commutatif. La prétendue lésion résultant de l'inégalité des presta-

tions réciproques est presque toujours hypothétique.

En second lieu, une des conditions essentielles du crédit est la sécurité des intérêts; rien ne l'entrave plus que l'instabilité des transactions. Dès lors, il ne faut pas exposer l'un des contractants à voir son attente de la prestation qui lui a été promise trop facilement déçue par suite d'une prétendue lésion que l'autre partie alléguerait. A chacun la responsabilité de ses actes librement consentis. Hors de là, pas de calculs assurés, pas de sécurité, partant point de crédit.

En résumé, s'il reste vrai, au point de vue juridique, que l'égalité au moins approximative des équivalents est de la nature des contrats commutatifs, en fait le contrôle de cette égalité serait difficile et inévitablement conjectural; puis l'admission de la rescision pour cause de lésion exposerait les intérêts à une instabilité dangereuse pour le crédit.

De là le principe admis : la lésion n'est pas une cause de rescision des conventions, si ce n'est à titre très excep-

tionnel.

270. Cette règle est énoncée deux fois au titre Des obligations : dans les articles 1118 et 1313. En combinant ces deux textes, on est conduit à la formule suivante.

Il y a lieu à rescision pour cause de lésion : 1º dans certains contrats, à raison du caractère même de ces contrats, et quelle que soit la qualité des personnes qui y sont parties, — 2° au profit de certaines personnes, à raison de la faveur dont le législateur les juge dignes, et quel que soit le caractère du contrat.

§ 1. – La rescision pour cause de lésion est admise dans certains contrats.

- 271. Ces contrats sont au nombre de trois. Nous allons nous contenter de les indiquer, en renvoyant pour les détails à l'étude de chacun d'eux.
 - I. La vente, quand elle a pour objet un immeuble.
- 272. Aux termes de l'article 1674, il y a lieu à rescision au profit du vendeur d'un immeuble s'il est lésé de plus des sept douzièmes, en d'autres termes s'il y a une différence de

plus des sept douzièmes entre le prix convenu et la valeur estimative de la chose.

Le motif qui a fait admettre ici la rescision pour cause de lésion est le suivant. S'il est généralement vrai que la valeur en échange est variable et relative, cela n'empêche pas que certaines choses puissent avoir une valeur déterminée à un moment donné, sous l'influence de tels ou tels faits économiques; elles ont un cours, comme on dit. De ce qu'il y a des choses — et c'est le plus grand nombre — dont la valeur n'est pas susceptible d'être cotée, c'est-à-dire déterminée d'une manière absolue, et à propos desquelles il ne saurait dès lors être question de lésion, il ne s'ensuit pas que toutes soient dans le même cas. Par exemple, il peut en être autrement pour les immeubles. Il y a lésion si l'immeuble vendu, étant donné le moment et les circonstances dans lesquels la vente intervient, a été estimé à vil prix, non pas en lui-même, mais eu égard à la valeur que le cours lui donne à ce moment. Tel est bien le point de vue de l'article 1675.

Dans ce cas, il y a un trouble à l'état normal des choses, et la loi accorde l'action en rescision.

Or ce trouble ne peut s'expliquer que d'une manière. Quand un propriétaire vend pour moins de cinq mille francs un immeuble qui, étant donné le cours actuel, en vaut plus de douze mille, la loi suppose qu'il n'a consenti que sous la pression d'une contrainte morale, sous l'empire d'un besoin d'argent qui ne lui laissait pas sa liberté; elle suppose qu'il a cédé à la nécessité, et que l'acquéreur a abusé de la situation.

Ces considérations expliquent pourquoi l'action en rescision n'est pas accordée à l'acheteur. On n'achète que quand on le veut bien. Si l'acheteur paie plus de douze mille francs un immeuble qui n'en vaut pas cinq mille étant donné le cours

actuel, c'est qu'il paie sa convenance.

Elles expliquent également que l'action en rescision ne soit pas admise en matière de ventes mobilières. Le cours des meubles est très incertain. Sans doute il existe des meubles dont le cours est certain, plus certain même que celui des immeubles, par exemple les valeurs qui sont cotées à la Bourse; mais alors le propriétaire a la ressource de la vente en Bourse, et il a toujours le moyen de profiter du cours

normal, de sorte que l'action en rescision pour lésion lui est inutile.

II. Le partage.

273. La rescision pour lésion est admise en matière de partage quand la lésion est de plus du quart, quelle qu'ait été d'ailleurs la cause de l'indivision à laquelle le partage met fin: succession, communauté, société (articles 887, 1476, 1832). L'égalité est la loi des partages, plus spécialement encore que de tous les autres contrats commutatifs.

III. La société.

- 274. La rescision pour lésion est admise, au profit réciproque des parties, dans le cas prévu par l'article 1854 alinéa 1 : « 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. » L'idée est toujours la même. Seulement, dans ce cas, la loi ne détermine pas l'importance que doit avoir la lésion pour être prise en considération et autoriser la demande en rescision; elle laisse aux juges le soin d'apprécier.
- 275. Tels sont les trois contrats que vise l'article 1118 quand il dit: « La lésion ne vicie les conventions que dans « certains contrats. » Il serait hors de propos d'examiner ici avec plus de détails la portée de cette triple exception au droit commun, la valeur des motifs qui l'expliquent, et la question de savoir s'il ne vaudrait pas mieux s'en tenir au principe. Nous renvoyons à cet égard aux titres De la vente, Des successions et Des sociétés.

Certains auteurs — d'accord en cela avec les principes de l'orthodoxie économique — demandent la suppression des actions en rescision pour cause de lésion. Ils les considèrent comme contraires aux exigences du crédit et comme constituant presque une hérésie de doctrine. Les choses, disentils, n'ont pas de valeur absolue; tant pis pour qui se laisse tromper ou s'abuse 1.

Si l'on entrait dans cette voie, il n'y aurait pas de raison

^{1.} Voy. Acollas, Manuel de droit civil, II, p. 760 et suiv., — III, p. 319 et suiv.; — Batbie, Cours d'économie politique, II, p. 187 et suiv.

pour ne pas abolir aussi les actions en nullité. Tant pis pour qui se laisse violenter ou duper. La liberté ainsi comprise met le faible à la discrétion du fort, la bonne foi à la merci de la ruse. C'est la liberté du sauvage ; elle est le règne de la force et de la violence. Ce n'est plus la vraie liberté, la liberté garantie.

§ 2. — La rescision pour cause de lésion est admise au profit de certaines personnes.

276. Il aurait été plus court et en même temps, plus exact de dire: au profit des mineurs. Seuls, en effet, ils représentent ces « certaines personnes » en faveur desquelles la loi admet exceptionnellement que la lésion vicie la convention, et autorise la rescision.

Par bénéfice traditionnel, les mineurs sont restituables contre les actes par eux faits s'ils sont lésés; c'est l'ancienne restitutio in integrum propter ætatem 1. L'article 1305, qui n'est qu'un complément de l'article 1118, porte: « La simple « lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non « émancipé contre toutes sortes de conventions, et en faveur « du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excè- « dent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déter- « minée au titre De la minorité, de la tutelle et de l'émanci- « pation. »

277. Ce n'est pas à dire — remarque essentielle — que les mineurs soient plus protégés que les autres incapables, notamment que les interdits et les femmes mariées non autorisées. Bien au contraire, ils le sont moins.

Pour les interdits et les femmes mariées, la règle est extrêmement simple. Soit, par exemple, un interdit; pour faire tomber un acte par lui passé, il lui suffit de prouver que l'acte est postérieur au jugement d'interdiction (article 502). Et de même pour la femme mariée. Les actes irrégulièrement passés sont annulables au profit de tout incapable par cela seul qu'ils ont été passés en état d'incapacité, ce qui est une question de date (articles 225 et 502).

La situation des mineurs est beaucoup moins favorable. Ils sont restituables pour cause de lésion en ce sens qu'il

^{1.} Voy. Girard; Manuel élémentaire, 1re édition, p. 220 et suiv.

ne leur suffit pas d'alléguer leur état d'incapacité pour faire tomber les actes par eux passés ; ils doivent, en outre, établir que l'acte leur cause une lésion, ce qui n'est plus une question de date, mais une question d'appréciation. C'est ce qu'exprime la formule consacrée : Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus. Le succès de l'action en nullité fondée sur l'interdiction n'est subordonné qu'à une seule condition: il faut que l'acte attaqué soit postérieur à la date du jugement d'interdiction (article 502). Le succès d'une action en rescision est subordonné à deux conditions : la date d'abord, puis la lésion. L'action en nullité est donc préférable à l'action en rescision. Or l'interdit et la femme mariée sont autorisés à se servir de l'action en nullité, tandis que le mineur, sauf distinctions, n'a que l'action en rescision; dès lors, la condition des mineurs, comparée à celle des autres incapables, apparaît, dans certains cas au moins, comme manifestement moins favorable 1.

278. Voici en abrégé - car pour aller plus loin il faudrait entrer dans des détails dont la place naturelle est ailleurs -

1. Ce résultat ne laisse pas d'être choquant. Pour l'écarter, certains auteurs ont proposé d'interpréter autrement l'article 1305. D'après eux, la distinction suivante doit être faite.

Quand le mineur non émancipé passe lui-même les actes de la vie civile alors que son tuteur devrait les passer pour lui (article 450), ou quand le mineur émancipé passe seul les actes pour lesquels il faudrait l'assistance de son curateur (articles 483 et suivants), les actes faits peuvent être attaqués par l'action en nullité pour incapacité (article 1124), sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une lésion.

Quant aux actes régulièrement passés par le tuteur au nom du mineur non émancipé, ou par le mineur émancipé assisté de son curateur, ils ne peuvent pas être attaqués pour incapacité par l'action en nullité; mais la voie de la rescision pour cause de lésion est ouverte. C'est en cela, dit-on, que consiste le bénéfice des mineurs ; là où la nullité pour incapacité est impossible, la rescision pour lésion reste ouverte ; l'article 1305 complète l'article 1124. En ce sens: Troplong, De la vente, I, nº 166, et Des hypothèques, II, nºs 488 et suiv.; - cpr. Bastia 12 juin 1855, Sir. 1855.II.670.

Ce système est simple et assez conforme aux principes généraux du Code quant à la protection spécialement due aux mineurs. Cependant il est condamné d'une manière générale par la doctrine, et complètement abandonné dans la pratique. - Voy. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 335, p. 421, texte et note 9, - Demolombe, Minorité, tutelle, émancipation, nos 812 et suiv., - Contrats, VI, nos 86 et suiv., - Laurent, Principes, XVI, nos 45 et suiv., -Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 270 bis XX, -Villequez, Revue historique, 1861, p. 26 à 28. - Cpr. Cass. 24 avril 1861, D. P. 1861.I.256, Sir. 1861.I.625, — Paris 18 juillet 1864, Sir. 1864.II.290, - Lyon 8 juin 1865, D. P. 1866.II.53, - Nancy 12 janvier 1875, Dalloz, Supplément au Répertoire, vo Commerçant, no 73, Sir. 1875. II.52, - Paris 8 juillet 4882, D. P. 4883.II.93, Sir. 4885.II.106,

quelles sont les règles dégagées et consacrées, à cet égard, par la jurisprudence. Elles peuvent être résumées dans les deux propositions suivantes ¹.

Première proposition.

Les actes régulièrement passés, soit par le père administrateur légal ou par le tuteur au nom du mineur, conformément à l'article 450, — soit par le mineur émancipé assisté de son curateur, conformément à l'article 483, — en un mot les actes régulièrement passés, ont la même valeur et la même stabilité que s'ils étaient passés par un majeur; ils ne sont ni annulables pour cause d'incapacité, ni rescindables pour cause de lésion ². A moins, bien entendu, qu'ils ne soient du nombre de ces « certains contrats » que la loi considère comme rescindables à raison de leur nature et dont nous avons parlé précédemment ³.

Cela résulte de l'article 1314 : « Lorsque les formalités « requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour « aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, « ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, consi- « dérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant « l'interdiction. » Le texte ne vise que les aliénations d'immeubles et les partages ; mais ce qui est vrai pour ces actes l'est à plus forte raison pour les autres, car ceux-là sont les

plus graves.

Dans l'intérêt des mineurs, il fallait que les tiers pussent compter sur la stabilité des actes régulièrement passés. Sans quoi nul n'aurait voulu s'exposer à traiter avec eux; la protection exagérée aurait tourné à leurs dépens.

Seconde proposition.

Le mineur n'est restituable que pour les actes qu'il aurait passés lui-même.

Ils sont irréguliers par cela seul. Car le mineur, en principe, doit être représenté dans les actes de la vie civile :

3. Suprà, nºs 271 et suiv.

^{1.} Cpr. L'état et la capacité des personnes, tome II, n° 883, p. 516 et suiv. 2. Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 421, — Laurent, Principes, V, n° 101, — Demolombe, Minorité, I, n° 822, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 270 bis XI.

représenté par son père s'il y a administration légale, par son tuteur s'il y a tutelle.

Mais ces actes ne sont pas tous nuls au même degré.

Les uns sont annulables. Ce sont tous ceux que la loi soumet à des formes spéciales : la vente d'immeubles (articles 457, 458 et 459), la constitution d'hypothèque (article 457), la transaction (articles 467 et 2045), etc. ². Les formes exigées le sont dans un but de protection pour le mineur : dès lors, la violation des formes a pour conséquence l'entière incapacité du mineur. De là la nullité ; il suffit pour l'obtenir de prouver l'irrégularité commise : c'est la nullité pour incapacité, ou pour vice de forme.

Les autres sont seulement rescindables. Ce sont ceux que la loi ne soumet à aucune forme particulière: par exemple le louage et, d'une façon générale, les actes d'administration. Il y a irrégularité à ce que le mineur les ait passés luimème; mais il ne peut les faire tomber qu'à la condition de justifier qu'ils l'ont lésé. Ces actes sont moins graves, moins dangereux par là même; la loi ne les soumet à aucune forme spéciale; on laisse, en quelque sorte, le mineur s'y essayer, afin qu'il fasse l'apprentissage de la vie civile, et on ne vient à son secours qu'autant qu'il se fourvoie, en d'autres termes qu'autant qu'il subit une lésion. La loi n'exige pas que cette lésion soit d'un chiffre déterminé; il suffit qu'elle soit appréciable, et d'importance suffisante pour justifier l'intervention de justice 3.

^{1.} En parlant d'actes que la loi soumet à des formes spéciales, nous ne voulons pas parler, bien entendu, des actes solennels ; quand il s'agit d'actes de cette nature, l'absence des formes exigées rend la convention nulle, l'empêche de se former, la fait considérer comme non avenue, sans qu'il y ait rien là de spécial aux mineurs $(suprà, n^{os} 255$ et suiv., p. 138). Nous voulons parler des actes qui ne sont pas solennels en eux-mêmes, mais qui sont assujettis à certaines formes dans l'intérêt des mineurs.

^{2.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 505 et suiv.

^{3.} Encore convient-il d'observer qu'il existe des cas dans lesquels les mineurs, quoique lésés, ne peuvent pas obtenir la rescision de leurs actes.

Tel est le cas de l'article 4306: « Le mineur n'est pas restituable pour « cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et im- « prévu. » La lésion ne peut être une cause de rescision qu'autant qu'elle résulte de l'acte même; or, dans le cas visé par le texte, elle est la conséquence d'un cas fortuit.

Tels sont aussi les cas prévus: 1º par les articles 487 et 1308 du Code civil et par l'article 2 du Code de commerce, en ce qui concerne le mineur commerçant, — 2º par l'article 1309, à propos du contrat de mariage, — 3º par l'article 1310, aux termes duquel le mineur n'est point restituable contre

Cette distinction des actes annulables et de ceux qui sont seulement rescindables est faite très clairement par l'article 1344. Il faut se contenter ici d'indiquer la distinction en elle-même, afin de fixer le sens de la formule employée par l'article 1418: la lésion ne vicie les conventions qu' « à l'é-« gard de certaines personnes ». Les détails du sujet trouveront leur place sous les articles 1305 et suivants, qui seront expliqués ultérieurement.

les obligations « résultant de son délit ou quasi-délit ». Ce dernier article doit même être étendu à toutes les obligations qui se forment légalement (articles 4370 et suivants). En effet, la protection dont le mineur est l'objet ne peut pas

lui conférer le droit de nuire impunément à autrui.

Notons enfin que le mineur ne perd pas le bénéfice de sa situation par le fait qu'il s'est déclaré majeur en contractant : « La simple déclaration de « majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution », dit l'article 1307. C'est aux tiers à contrôler cette déclaration. Cependant il n'en serait plus de même si le mineur avait eu recours à des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité, par exemple s'il avait produit un faux acte de naissance. Mais où finit la manœuvre déloyale qui ne fait pas perdre au mineur le droit d'exercer l'action en rescision, et où commence le quasi-délit qui le prive de ce droit ? L'examen de cette question trouvera sa place naturelle sous les articles 1382 et suivants. Voy. sur le principe : Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 425, texte et note 18, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 272 bis, — Demolombe, Contrats, VI, n° 109, — Laurent, Principes, XVIII, n° 547.

CHAPITRE III

DE LA SANCTION SOUS LAQUELLE SONT EXIGÉES LES CONDITIONS DE VALIDITÉ SOIT GÉNÉRALES, SOIT PARTICULIÈRES.

279. Ce troisième chapitre est la conclusion de tout ce qui précède. Nous allons sortir du défilé long et encombré par lequel s'ouvre le titre Des obligations. C'en est la partie

la plus importante, en tout cas la plus difficile.

Il renferme la théorie des nullités en matière de conventions. Cette théorie, le Code, dont c'est une lacune regrettable, l'a en quelque sorte passée sous silence; on ne peut l'édifier qu'en utilisant certaines applications faites à des cas particuliers, pour remonter, par induction, à quelques règles générales 1.

Nous avons préparé toutes les bases de ce travail dans l'étude que nous venons de faire des conditions nécessaires à

la validité des conventions.

280. Trois situations sont possibles.

a) Si les conditions exigées sont toutes réunies et intégralement remplies — consentement, capacité, objet, conditions spéciales au besoin — la convention se conclut. Elle est valable et produit tous les effets qu'elle comporte.

b) Si l'une des conditions exigées par la loi fait défaut, à plus forte raison si plusieurs ou toutes font défaut, dans le sens complet du mot, la convention ne se forme pas. Elle n'a pas d'existence légale; elle est nulle, non avenue.

Entraînent cette conséquence : 1° le défaut de consentement, — 2° l'incapacité de jouissance, — 3° le défaut d'objet, — 4° l'absence, la fausseté, ou le caractère illégal de la cause, — 5° l'absence d'acte dans les contrats solennels, ou

^{1.} L'imperfection du Code civil sur ce point a été signalée, dès 1814, par Savigny, qui s'opposait à l'admission du Code en Allemagne. Voy. Lerminier, Introduction à l'étude du Droit, p. 280.

l'inobservation des règles d'ordre public 1. Dans tous ces cas, il n'y a rien de fait, ou, en d'autres termes, ce qui a été fait n'existe pas aux yeux de la loi; la convention est mort-née, entachée d'une nullité irrémédiable.

c) Si une ou plusieurs conditions, sans faire défaut, ne sont que partiellement remplies, la convention se forme, mais elle peut être attaquée, et la nullité peut en être prononcée. En d'autres termes, la convention est annulable.

Entraînent cette conséquence: 1° les vices du consentement (erreur, dol, violence), qui ne doivent pas être confondus avec le défaut de consentement, — 2° l'incapacité de simple exercice, — 3° la lésion, dans les cas où la loi admet qu'elle vicie la convention, et l'action prend alors plus spécialement le nom d'action en rescision. Dans ces diverses

hypothèses la convention est annulable.

En résumé, autre chose est une condition non remplie, autre chose une condition remplie d'une manière insuffisante. Pour que la convention se forme, il faut la réunion de toutes les conditions essentielles; pour qu'elle soit valable, il faut que ces conditions soient toutes intégralement remplies. L'absence de l'une d'elles rend la convention nulle, non avenue; l'insuffisance de l'une ou de plusieurs d'entre elles ne fait que vicier la convention et la rend annulable.

Ces formules sont essentielles. La distinction des conven-

tions valables, annulables et nulles est fondamentale.

281. Nous avons à rechercher: 1° si cette distinction est bien conforme à la loi, — 2° quelles conséquences pratiques elle entraîne.

SECTION I. — La distinction des conventions valables, annulables et nulles est-elle conforme à la loi?

282. La réponse affirmative est à peu près incontestable. L'article 1108 qualifie les conditions qu'il énumère d'essentielles. Donc elles sont indispensables; si l'une d'elles vient à faire défaut, à plus forte raison si plusieurs font défaut, la convention ne se forme pas: elle est sans existence légale, destituée de tout effet juridique, non avenue, nulle. L'article 1108,

^{1.} Baudry-Lacantinerie, Précis, 6º édition, II, nº 87.

il est vrai, les déclare essentielles « pour la validité des « conventions » ; d'où l'on pourrait conclure que l'absence d'une ou de plusieurs d'entre elles ne compromet que la validité de la convention, sans l'empêcher de se former. Mais tel n'est pas le sens du texte. Les conditions qu'il indique sont essentielles pour la validité « en ce sens que leur réunion est « indispensable pour que la convention soit exempte de toute « cause de nullité ¹ ».

Toutefois, ce n'est pas à dire que ces conditions soient toujours requises avec le même caractère de nécessité, qu'elles soient toutes essentielles de la même manière et au même degré. Il y a place pour une distinction. L'existence de toutes les conditions est nécessaire pour la formation de la convention; leur existence complète et intégrale est indis-

pensable pour la validité de la convention.

C'est, en effet, ce qui résulte du rapprochement de plusieurs textes du Code. Il n'y a pas de termes techniques distincts pour désigner les conventions qui n'ont pas d'existence légale et celles qui sont simplement annulables; on les appelle indistinctement nulles les unes et les autres. Rapprochons, par exemple, les deux articles 502 et 1601; dans les deux cas il y a également lieu à nullité. Mais, si la terminologie manque de précision, la pensée n'en est pas moins nette².

283. Plusieurs articles prévoient l'absence d'une des conditions. Tous, bien qu'en termes différents, font parfaitement entendre qu'alors la convention ne se forme pas, est dépourvue d'existence, mort-née.

En ce qui concerne le consentement, l'article 146 dit : « Il « n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consente-

« ment. »

En ce qui concerne la cause, l'article 1131 s'exprime ainsi: « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur « une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » L'article 1131, il est vrai, met sur la même ligne la cause qui manque et celle qui est imparfaite, c'est-à-dire illicite; c'est que,

1. Demolombe, Contrats, I, p. 44.

^{2.} Sur la question de savoir si le Code civil a entendu consacrer la distinction des actes nuls de plein droit et des actes annulables, voy. Laurent, Principes, XV, p. 517, — Demolombe, Contrats, I, n° 76 et suiv., — et Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 2° édition, p. 289 et suiv.

dans ce dernier cas, l'ordre public est engagé et que la loi considère alors ce qui a été fait comme non avenu.

En ce qui concerne l'objet, l'article 1601 est ainsi conçu: « Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en « totalité, la vente serait nulle. »

En ce qui concerne les formes, l'article 931, relatif à la forme des donations, porte: « Tous actes portant donation « entre-vifs seront passés devant notaires.... et il en restera « minute sous peine de nullité. »

Enfin, en ce qui concerne la capacité, la loi du 31 mai 1854 contient un article 3 dont voici le texte : « Le condamné..... « ne peut disposer de ses biens..... » Ce qui implique qu'il ne

fait rien de valable s'il en dispose.

Donc il résulte bien de ces textes qu'en l'absence d'une condition exigée la convention est destituée de tout effet juridique.

284. D'autres articles prévoient que telle ou telle condition est incomplètement remplie. Ils s'expriment alors d'une

manière toute différente.

Tel, par exemple, l'article 1109 : « Il n'y a point de con-« sentement valable si le consentement n'a été donné que par « erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par « dol. » Cela implique qu'il peut y avoir consentement sans que ce consentement soit valable, donc que la convention peut exister bien que dépourvue de valeur.

Tel encore et surtout l'article 1117, qui est décisif: « La « convention contractée par erreur, violence ou dol n'est « point nulle de plein droit. » Cependant cette convention

n'est pas valable; elle est annulable.

Tels sont enfin les articles 1304 et 1305.

Par conséquent, la convention peut exister sans être valable. C'est bien la seconde situation dont nous avons parlé: celle où la convention est annulable.

285. Sans doute, ce ne sont là que des textes relatifs à des cas spéciaux. Mais, faute d'une théorie présentée d'ensemble, il est légitime de remonter des applications au principe et d'en tirer une règle générale.

La distinction, d'ailleurs, est traditionnelle, conforme aux données rationnelles du sujet et satisfaisante au point de vue

pratique.

286. D'abord, elle est traditionnelle. En effet, on retrouve

cette distinction dans tous les anciens auteurs, faite avec plus ou moins de netteté, mais partout reproduite, notamment dans Domat1 et dans Pothier2, que les rédacteurs du Code civil avaient sous les yeux quand ils ont composé le titre Des obligations. Elle a été reproduite expressément dans les travaux préparatoires du Code, notamment dans le rapport de Jaubert sur le titre Des obligations : « Il est impossible, dit-il, « de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes « faussement qualifiés de contrats, qui ne produisent jamais « d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et « conséquemment le principe d'une action, laquelle action « peut seulement être repoussée par une exception; lorsqu'il « s'agit d'un engagement contracté sans objet, ou sans cause. « ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui « a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la « justice pour se faire dégager, ou que, du moins, à quelque « époque qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à répon-« dre qu'il n'y a pas d'obligation 3. »

Rien n'est plus explicite.

287. La distinction n'est pas seulement traditionnelle. Nous avons ajouté qu'elle est rationnelle. En effet, comment concevoir qu'une convention se forme sans consentement, sans objet, sans cause ou sans capacité? Admettre qu'une convention existe quand une de ces conditions fait défaut, ce serait méconnaître une nécessité de raison.

288. Enfin, la distinction des contrats valables, nuls et annulables est très satisfaisante au point de vue pratique. Quand toutes les conditions sont réunies intégralement, ou quand l'une d'elles fait vraiment défaut, il n'y a place pour aucune appréciation; au premier cas, la convention est valable parce que la loi a été obéie, au second cas elle est nulle parce que la loi a été méconnue; et il en est de même lorsqu'il y a violation d'une règle d'ordre public. Au contraire, quand une condition, bien que remplie, ne l'a été que partiellement, comme par exemple quand il y a vice du consentement, une appréciation de fait est inévitable pour savoir si le vice révélé est ou non de nature à faire considérer cette

^{1.} Domat, Lois civiles, livre 1, p. 30-32.

^{2.} Pothier, Traité des obligations, nos 42 et 43.

^{3.} Voy. Locré, VI, p. 231. - Cpr. le discours de Mouricault, dans Locré, VI, p. 256.

convention comme inexistante; on ne peut pas savoir a priori si l'insuffisance est ou non de nature à motiver la nullité; donc la convention est simplement annulable, et cela sous réserve d'une appréciation de fait par le juge.

D'ailleurs, l'intérêt compromis par l'insuffisance d'une des conditions, par le vice du consentement, par l'incapacité ou par la lésion, est suffisamment protégé par l'annulabilité. Aux parties de voir si elles veulent user de cette protection; au juge d'apprécier s'il y a lieu de faire droit aux réclamations. Il suffit que l'acte soit annulable; il y aurait excès à le dé-

clarer nul a priori.

La distinction dont il s'agit n'est donc pas seulement légale, mais conforme à la tradition, à la raison, et aux nécessités pratiques. Si les conditions exigées ont été toutes intégralement remplies, la convention est valable; si une ou plusieurs d'entre elles font absolument défaut, la convention est nulle; si l'une ou plusieurs d'entre elles, sans faire précisément défaut, ne sont remplies que partiellement, la convention est annulable.

SECTION II. — Quelles conséquences pratiques entraîne la distinction des conventions valables, annulables et nulles?

289. Il importe d'être précis à cet égard. Car en aucune matière peut-être on ne risque autant d'être dupe des équi-

voques.

Lorsque la convention est valable, dans toute l'acception du mot, elle lie les parties ; elle les lie d'une manière définitive. C'est le cas que vise l'article 1134 : « Les conventions « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont « faites. » Légalement formées, c'est-à-dire toutes les conditions étant remplies et l'étant intégralement. Tous les effets des conventions légalement formées se produisent et se produisent définitivement.

La difficulté commence quand il s'agit de distinguer, au point de vue des conséquences pratiques, d'une part les conventions nulles, en d'autres termes celles qui ne sont pas formées et que la loi tient pour non avenues, — de l'autre les conventions qui sont simplement annulables, en d'autres termes celles qui se forment, mais qui peuvent être attaquées et dont la nullité peut être prononcée.

L'article 1117, qui a précisément pour but de consacrer la distinction, fournit une expression dont on peut se servir, mais qu'il ne faut employer qu'à bon escient: « La convention, « contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de « plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nul- « lité ou en rescision. » Par conséquent, a contrario, au cas de nullité proprement dite, la convention est « nulle de « droit ». C'est le sens et la portée pratique de ces mots qu'il s'agit de préciser.

290. Un premier point est hors de doute. S'il plait aux parties, de quelque nature que soit la nullité qui affecte la convention, de l'exécuter, il résulte de cette exécution un état de fait qui s'impose, et il n'appartient pas à l'autorité judiciaire d'intervenir d'office. Puisqu'il s'agit de conventions, il s'agit d'intérêts privés; le ministère public n'a pas d'action à exercer. Les nullités, quand même elles sont établies dans un intérêt général, concernent l'intérêt privé; il faut laisser aux particuliers le soin de s'en prévaloir.

Donc la nullité et l'annulabilité ne doivent être comparées qu'au point de vue de la situation qui en résulte pour les parties.

Comparons-les à ce point de vue. Les conséquences vont se produire diverses à plusieurs égards; ce sont autant de différences qui constituent l'intérêt de la distinction.

Première différence.

291. La convention nulle, autrement dit celle qui ne se forme pas faute d'une condition nécessaire, ne donne lieu à aucune action. L'article 1117 le donne à entendre, nous venons de le voir 1. L'article 1131 l'indique en disant d'une convention de cette espèce qu'elle ne produit « aucun « effet ».

Si la convention nulle n'ouvre aucune action, cela tient à ce qu'elle n'existe pas légalement parlant. Quelles que soient les apparences, c'est le néant. Le prétendu créancier ne peut pas s'en prévaloir utilement en justice, car on ne se prévaut pas de ce qui est dépourvu d'existence. Le prétendu obligé, de son côté, n'a pas besoin d'agir en nullité pour se faire dégager; on n'a pas besoin de faire annuler ce qui n'existe

^{1.} Suprà, nº 289.

pas ¹. A quelque époque, dans quelques circonstances que le prétendu créancier veuille l'invoquer, le prétendu débiteur sera toujours recevable à opposer l'exception résultant de l'inexistence de la prétendue dette, à opposer « la nullité de « non esse ² ».

Donc de la convention nulle il ne naît aucune action. Ni le créancier ne peut agir en exécution, ni le débiteur n'a besoin d'agir en nullité. La nullité va de droit.

292. Cette remarque prend une signification plus précise si l'on observe qu'il en va tout autrement de la convention simplement annulable.

Elle donne lieu à deux actions.

D'abord, au profit du créancier, la convention annulable donne lieu à l'action que la convention comporte; le créancier peut agir en exécution. En effet, tant que la nullité n'a pas été demandée et prononcée, la convention, quoique annulable, existe. C'est précisément en ce sens que l'article 4117, dans le cas spécial de vice du consentement, dit que la convention n'est pas nulle de plein droit; le créancier peut donc s'en prévaloir. Cette nécessité de l'intervention de justice a pour correctif la règle en vertu de laquelle l'acte déclaré nul est annulé rétroactivement et ne peut avoir aucun effet.

En outre et au profit du débiteur, la convention annulable donne lieu, précisément parce qu'elle est annulable, à une action spéciale, l'action en nullité, que le débiteur peut exercer à l'effet de se faire dégager. Il faut bien que le débiteur soit armé de cette action, puisque la convention est valable

tant qu'elle n'est pas annulée.

L'action en nullité ne trouve même à proprement parler son application qu'à propos des conventions annulables; quant aux conventions nulles, il n'y a pas à les faire tomber puisqu'elles n'existent pas. Aussi l'article 1234 fait-il figurer la nullité parmi les causes d'extinction des obligations conventionnelles. Cependant, peut-on dire, une obligation qui est nulle ne peut pas s'éteindre. Elle ne peut pas s'éteindre si elle est nulle; mais il en est autrement si elle est simplement annulable, et précisément la nullité n'atteint que les

2. Ibid., p. 22.

^{1.} Demolombe, Contrats, VI, p. 21.

conventions annulables : elle y met fin en les annulant, toujours par suite de cette idée que la convention existe tant qu'on ne l'a pas fait tomber.

293. A ce point de vue, la différence est très nette entre

les conventions nulles et annulables.

Deuxième différence.

294. La convention nulle n'est pas susceptible d'être confirmée ou ratifiée. En effet, confirmer ou ratifier c'est valider en effaçant la cause possible d'infirmation. Or la nature des choses s'oppose à ce que le néant puisse être validé; on guérit un malade, on ne guérit pas un mort. Ainsi que le disait Jaubert, rapporteur de l'article 1338, « On ne peut « confirmer que ce qui a réellement existé, quoique man- « quant de force par quelque vice ». Mouricault, l'orateur du Tribunat, tenait un langage analogue: « La confirmation ne « peut jamais valider les conventions dont la loi ne recon- « naît pas l'existence et qui, en conséquence, ne lient per- « sonne ; telles sont les conventions qui ont pour objet une « chose mise hors du commerce, celles qui n'ont point de « cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont « qu'une illicite 1. »

C'est par application de ces idées que l'article 1339 dispose : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif « les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, il « faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » La règle est logique. Ce que l'article 1339 dit de la donation doit être étendu à tous les autres contrats solennels ² ; la forme est une condition essentielle à l'existence de ces contrats, et si cette

condition fait défaut la convention ne se forme pas.

Il en faut dire autant des obligations qui auraient été contractées sans cause, sur fausse cause, ou sur cause illicite. Elles ne peuvent avoir aucun effet, dit l'article 1131; dès lors, elles ne sauraient être validées après coup ou confirmées.

Enfin, ce qui est vrai des obligations qui manquent de cause l'est aussi des obligations qui manquent d'objet.

295. Au contraire, les conventions simplement annulables

^{1.} Locré, VI, p. 231 et 256. — Voy. Laurent, *Principes*, XV, p. 529. 2, Cass. 7 novembre 1853, D. P. 1854.I.27. — *Contra*; Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 435, note 13.

peuvent être confirmées ou ratifiées, c'est-à-dire validées après coup. En effet, elles se forment et existent, sauf qu'elles peuvent être annulées; rien ne s'oppose à ce que la partie qui pourrait les attaquer renonce à cette faculté; cette renonciation au droit d'agir en nullité est précisément ce qu'on appelle confirmation (article 1338 alinéa 3). Elles peuvent être confirmées ou ratifiées par une renonciation formelle; c'est la ratification expresse; on rédigera au besoin un acte ad hoc, dit acte confirmatif, dont l'article 1338 alinéa 1 règle la forme. Le débiteur peut les valider en les exécutant volontairement; c'est la ratification tacite, prévue par l'article 1338 alinéa 21.

296. A ce second point de vue encore, la différence entre les conventions nulles et annulables présente une portée pratique des plus caractérisées.

Troisième différence.

297. Aucun laps de temps ne peut valider une convention nulle. En effet, du moment que la convention ne se forme pas, il n'y a pas besoin de l'attaquer; et, s'il n'y a pas lieu à l'action en nullité, il n'y a pas place pour la prescription. Le silence, l'inaction, quelque longs qu'ils aient été, ne sauraient valider ce qui est dépourvu d'existence. Par suite, la personne poursuivie en vertu d'une convention nulle pourra opposer la non-existence du contrat à quelque époque que ce soit, au moins en principe 2.

Au contraire, le vice qui rend une convention annulable est couvert au bout de dix ans, purgé; la convention, d'abord chancelante et exposée à être annulée, devient désormais stable et valable. En d'autres termes, le temps suffit par lui-

^{1.} D'après la jurisprudence actuelle, il appartient à la Cour de cassation d'apprécier le caractère légal des faits constitutifs de l'exécution volontaire emportant ratification des conventions : Cass. 7 novembre 1877, D. P. 1878.I. 169, Sir. 1878.I.62, — 16 janvier 1882, D. P. 1882.I.412, Sir. 1882.I.199, — 29 février 1888, D. P. 1888.I.224, Sir. 1888.I.453, - 7 mars 1894, D. P. 1894.I. 398, Sir. 1894.I.240. — Il avait été jugé antérieurement que l'appréciation des juges du fond, à cet égard, était souveraine et échappait à la censure de la Cour de cassation: Cass. 17 février 1875, Sir. 1875, 1.152, — 4 avril 1876. D. P. 1876.I.380, Sir. 1876.I.214.

L'exécution volontaire d'un acte entaché de nullité n'emporte renonciation à demander ultérieurement la nullité de cet acte qu'autant qu'elle est accompagnée de la connaissance du vice et de l'intention de couvrir ce vice : Cass. 5 mars 1889, Le Droit du 8 mars.

^{2.} Voyez infrà, nº 298.

même à confirmer une convention annulable. La loi, qui ouvre au débiteur l'action en nullité, limite la période pendant laquelle il peut l'exercer utilement; de là l'article 1304. La prescription de dix ans est un mode de confirmation tacite.

L'article 1115 fait l'application de ce principe au cas de violence. L'article 1117 en fait l'application au cas de vice du consentement: « La convention contractée par erreur.... « donne..... lieu à une action en nullité.... dans les cas et de « la manière expliqués à la section VII du chapitre V du « présent titre. » Cette section est précisément celle qui commence par l'article 1304. L'article 1117 n'est qu'une application isolée d'un principe commun à tous les cas d'annulabilité; à l'action en nullité ou en rescision deux fins de non-recevoir peuvent être opposées : la confirmation, l'expiration des dix années.

Il résulte de là que l'article 1304 n'est pas applicable au cas de nullité proprement dite. Il ne l'est qu'au cas d'annulabilité; ce cas est le seul où il y ait lieu à la véritable action en nullité ¹.

298. Cette différence est réelle, et très importante. Toutefois, il ne faut pas l'exagérer.

La situation est claire quand il s'agit d'annulabilité. Au bout de dix ans la nullité est couverte ; la convention, purgée par le temps du vice qui l'infectait, devient inattaqua-

ble; il n'y a plus d'action.

La situation est moins nette quand il s'agit d'une nullité proprement dite. Théoriquement, il n'est pas nécessaire qu'elle soit invoquée en justice; à quelque époque que la convention soit invoquée, la nullité peut être opposée. Cependant, cet effet absolu et perpétuel des nullités comporte une restriction et une limite. Elles résultent de l'article 2262, aux termes duquel « toutes les actions, tant réelles que per-« sonnelles, se prescrivent par trente ans ». Cette disposition peut se traduire ainsi. On n'est pas autorisé à remettre en question, pour modifier une situation de fait acquise, des faits qui remontent à plus de trente ans; au nom de la sécu-

^{1.} En ce sens: Cass. 6 novembre 1895, D. P. 1897.I.25 (note de M. Sarrut), Sir. 1896.I.5 (note de M. Lyon-Caen), — Nîmes 13 janvier 1897, D. P. 1897. II.128, Sir. 1897.II.141, — Cass. 2 août 1898, D. P. 1898.I.553 (note de M. Glasson), Sir. 1899.I.176.

rité des intérêts et à raison de l'incertitude des témoignages humains, la loi couvre par l'oubli ce qui date de si loin.

Supposons qu'un créancier se prenne à invoquer, à l'appui de sa prétention, un acte juridique ayant plus de trente ans de date. Le défendeur à l'action née du contrat n'a pas à discuter la valeur de cet acte, à rechercher s'il est valable, nul ou annulable; il opposera purement et simplement l'article 2262.

Modifions un peu l'hypothèse. Supposons qu'une convention nulle a été exécutée, et que, trente ans après, le débiteur ou ses héritiers invoquent la nullité. La solution est la même ; le défendeur à l'action en nullité se retranchera derrière l'article 2262. On ne remet pas en question, pour changer une situation acquise, des faits qui remontent si loin. L'action en nullité n'est plus recevable; du moins elle peut être écartée par l'article 2262.

Ce n'est pas là une conséquence de la théorie des nullités. C'est l'application d'une règle toute différente, d'un principe d'ordre public, introduit au nom de la sécurité des intérêts et qui se justifie par la fragilité, par l'incertitude des

La Cour de cassation a fait une application notable de ces idées en 1879 1. Il s'agissait d'une donation faite à une congrégation non autorisée. La donation, dès lors, était nulle, puisque le sujet du droit faisait défaut. Elle fut exécutée; trente ans s'écoulèrent; puis les héritiers du donateur vinrent revendiquer les biens donnés. Le pouvaient-ils? Au point de vue de la théorie des conventions, oui ; car le donateur, la donation étant nulle, était resté propriétaire. Mais l'article 2262 rendait irrecevable la revendication. La prescription n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale; mais, comme dit la Cour de cassation, « elle anéantit toutes les actions tendant à en « faire prononcer l'annulation ». L'ancien propriétaire ne peut plus agir; le possesseur actuel n'a pas pu acquérir; les biens ayant fait l'objet de la donation ne peuvent plus être considérés que comme biens sans maître (articles 539 et 713). En définitive et au point de vue pratique, la différence,

^{1.} Voy. Cass. 5 mai 1879, D. P. 1880.I.145 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1879 I 313

signalée comme absolue d'après la théorie des nullités en matière de conventions, se ramène à la proposition suivante si l'on fait intervenir l'article 2262. Quand une convention est annulable, l'action ne peut être exercée utilement que pendant dix ans (article 1304). Quand une convention est nulle, l'action en nullité est perpétuelle; seulement, si la convention a été exécutée et qu'il en soit résulté une situation de fait acquise, aucune action n'est recevable après trente ans pour modifier cette situation; de sorte qu'au bout de trente ans il ne peut plus être question de la convention soit pour la faire exécuter, soit pour la faire annuler: l'état de fait qui existe depuis plus de trente ans s'impose et ne peut plus être contesté.

Quatrième différence.

299. S'il y a eu, en fait, exécution d'une convention nulle, la partie qui a exécuté peut, sauf prescription acquise contre elle, agir en répétition de l'indû, exercer la condictio indebiti. En effet, la convention nulle ne produit aucun effet, ne donne naissance à aucune obligation ; or, aux termes de l'article 1235, « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répé-« tition ». Si l'exécution a été volontaire, il se peut qu'elle constitue une donation manuelle, auquel cas la répétition ne sera pas admise; mais s'il n'y a pas eu animus donandi, ou si le paiement a eu lieu par erreur, c'est-à-dire dans l'ignorance de la nullité, il y a lieu à répétition (articles 1235 et 1377).

L'action en répétition appartient au solvens pendant trente ans, délai habituel pour l'exercice des actions. Au bout de ce temps elle est prescrite. L'accipiens conserve alors la chose, non pas par l'effet de la convention, qui, étant nulle, ne peut produire aucun effet, mais par application de cette idée que « toutes les actions tant réelles que personnelles « sont prescrites par trente ans » (article 2262); et si l'accipiens n'est pas apte à être sujet de droit, le bien se trouve être vacant et sans maître.

300. L'exécution volontaire d'une convention simplement annulable produit un effet tout différent. Aux termes de l'article 1338 alinéa 2, l'exécution volontaire vaut confirmation tacite.

De là une double conséquence. D'abord, l'article 1338 ali-

néa 2 n'est pas applicable aux conventions sans existence légale, puisqu'elles ne comportent pas de confirmation. En second lieu, l'article 1235 n'est pas applicable aux conventions simplement annulables 1.

La différence entre les conventions nulles et les conventions annulables se présente ici sous une forme essentielle-

ment pratique.

301. Il est un cas cependant dans lequel on peut douter qu'il y ait lieu à répétition de ce qui a été payé en exécution d'une convention nulle : c'est celui où la nullité résulte de ce que l'obligation repose sur une cause illicite (article 1131). Pas d'hésitations s'il s'agit d'une obligation sans cause ou sur fausse cause; ce qui a été payé peut être répété. Mais faut-il accorder le droit de répétition à celui qui, s'étant engagé sur une cause illicite, s'est ensuite exécuté? Il y a, sur cette question, controverse dans la doctrine 2 et divergences dans la jurisprudence.

Le droit romain faisait à ce propos une distinction que

beaucoup d'auteurs modernes reproduisent3.

Il accordait la répétition lorsque la cause de l'obligation n'était illicite que de la part du créancier et n'était pas reprochable au débiteur. Reprenons un des exemples cités à propos des articles 1131 et 11334. Un engagement a été pris par une personne envers une autre à l'effet de faire accomplir à celle-ci son devoir, ou pour obtenir d'elle qu'elle s'abstienne de ce qu'elle ne doit pas faire; il y a turpis causa de la part de celui qui se fait payer l'accomplissement de son devoir, non de la part de l'autre partie. Dans ce cas, le droit romain accordait la condictio indebiti au solvens.

Mais il la refusait quand les deux parties étaient en faute. à plus forte raison lorsque le promettant était seul coupable.

La Cour de cassation s'est finalement prononcée en ce sens.

4. Suprà, p. 133.

Laurent, Principes, XV, p. 537, — XVI, p. 219.
 En faveur de l'opinion qui repousse l'action en répétition, voy. Pont, Petits contrats, I, nº 663, — Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 442 bis, p. 741, note 8, — Bozérian, Revue pratique, 1858, p. 15 et suiv., — et la note dans Sir. 1874.I.241, sous cass. 15 décembre 1873.

En sens contraire, voy. Demolombe, Contrats, I, p. 362, - Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 49 bis IV, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 316, p. 298.

^{3.} Voy. fragm. 2, 3,4 § 2, Dig., De condictione ob turpem causam, XII, 5.

Dans un arrêt de rejet du 15 décembre 1873⁴, la Chambre civile pose en principe qu'une convention immorale de part et d'autre ne donne lieu ni à action, ni, si elle a été exécutée, à répétition. Cette solution a été souvent admise à propos des règlements de comptes entre agents de change et clients à la suite de jeux de bourse; la raison, a-t-on dit, est que nemo auditur propriam turpitudinem allegans, d'où il résulte que quand la cause est illicite de part et d'autre le statu quo doit être maintenu et toute intervention de la justice écartée.

Mais cette solution est fort contestable.

Elle est contestable en droit. En effet, les articles 1131 et 1235 sont concus en termes absolus, incompatibles avec le maintien de la distinction romaine. L'article 1131 dit que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur « une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». L'article 1235 n'est pas moins formel: « Ce qui a été payé sans « être dû est sujet à répétition. »

Elle est contestable au point de vue moral. La vraie morale exige surtout que les conventions illicites ne profitent à personne. La vraie turpitude ne serait-elle pas que celui qui a reçu ex turpi causa conservât ce qu'il a reçu??

302. Quoi qu'il en soit de ces distinctions, la règle posée subsiste. En cas de nullité, l'exécution volontaire donne lieu à la condictio indebiti; en cas d'annulabilité, elle vaut confirmation tacite.

1. D. P. 1874.I.222, Sir. 1874.I.241, - Voy. dans le même sens: Caen 29 juillet 1874, D. P. 1875, II. 127, Sir. 1875, II. 298, - Riom 30 novembre 1893, Sir. 1894.II.75, Pandectes françaises, 1894.II.261, - Alger 15 novembre 1893, D. P. 1894.II.528, Sir. 1894.II.211, — 9 mai 1894, D. P. 1895.II.21, Sir. 1894. II.302, - Cass. 1er avril 1895, D. P. 1895.I.263, Sir. 1896.I.290 (note de M. Appert). - Secus: Cass. 11 février 1884, Sir. 1884.I.165, - 25 janvier 1887, D. P. 4887.I.465, Sir. 4887.1.224, — Caen 18 janvier 1888, Sir. 4890.11.97 (note de M. Mevnial).

2. Les sommes payées en exécution d'une contre-lettre relative à la cession d'un office peuvent-elles être répétées? La jurisprudence l'admet: Cass. 28 mai 4856, D. P. 4858, I. 377, Sir. 4856, I. 587, - Bourges 48 novembre 1890, D. P. 1892.II.221, Sir. 1892.II.241; et la plupart des auteurs sont du même avis: Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 10, texte et note 26, — p. 741, texte et note 7, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 174 bis IX. En effet, dit-on, la cause ici n'est pas illicite de part et d'autre. Sans doute le cessionnaire n'est pas à l'abri de tout reproche; mais il y a dans sa conduite plus de faiblesse que de mulhonnêteté, car il subit la pression exercée par le cédant; le cédant seul se rend vraiment coupable d'une action malhonnête en essayant d'obtenir, au moyen d'une contre-lettre, un prix supérieur au prix ostensible de l'office.

Cinquième différence.

303. Quand une convention est dépourvue d'existence légale, la nullité peut être invoquée par toute personne y avant intérêt. Elle est absolue.

Quand une convention est simplement annulable, la nullité ne peut être opposée que par celle des parties contrac-tantes dans l'intérêt de laquelle la loi prononce la nullité. Elle est relative.

Cette différence résulte de la définition même des deux nullités. Si la convention est nulle, elle ne peut produire aucun effet; donc personne ne peut l'invoquer et elle n'est opposable à personne. Si la convention n'est qu'annulable, elle existe; seulement certaines personnes sont autorisées à l'attaquer. La nullité est absolue dans le premier cas, relative dans le second.

La règle apparaît très nette dans l'article 1125 alinéa 2, aux termes duquel « les personnes capables de s'engager ne peu-« vent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la « femme mariée avec qui elles ont contracté ». Elle n'est pas plus discutable dans les autres cas.

304. Telles sont les cinq différences qui séparent les conventions nulles des conventions annulables. Si l'on rapproche ces différences, il apparaît clairement que la distinction entre ces deux espèces de conventions est fondée en droit et féconde en conséquences pratiques.

Il importe, en ces matières, de surveiller avec soin son langage. Pour être exact il faudrait employer distinctement les mots nullité et annulabilité, les expressions action en nullité et action en annulabilité; mais cette terminologie n'est ni dans la tradition ni dans l'usage; on se sert indifféremment, et la loi elle-même se sert indifféremment des deux mots et des deux expressions.

Dans chaque cas, il faut dégager des expressions ambiguës l'idée que la situation comporte et à laquelle dès lors se réfère la pensée. Aussi la matière des nullités - ou, ce qui revient au même, des conditions de validité des conventions - est-elle singulièrement épineuse.

TROISIÈME PARTIE

DE L'EFFET DES CONVENTIONS

305. Les chapitres III, IV et V du titre Des obligations sont relatifs à l'effet des conventions. Les développements qui précèdent ont été d'ordre exclusivement doctrinal, presque spéculatif; nous entrons dans la partie pratique du sujet.

306. Ces trois chapitres, si l'on ne tient compte que de leur intitulé, semblent traiter uniquement des obligations, c'està-dire du lien de droit entre créancier et débiteur, lien qui peut résulter d'une convention: De l'effet des obligations, — Des diverses espèces d'obligations. — De l'extinction des obligations. Nous n'avons plus à dire d'où viennent et com-

ment s'expliquent ces inexactitudes de langage 1.

En réalité, il s'agit bien de l'effet des conventions dans les chapitres III, IV et V, de même que dans les chapitres I et II. Seulement nos trois chapitres n'envisagent les conventions que comme sources des obligations; et alors, s'ils traitent des obligations, c'est en les considérant comme effets des conventions; d'où finalement c'est toujours des conventions qu'ils traitent, en elles-mêmes ou dans leurs effets habituels. La preuve qu'il en est bien ainsi résulte des premiers articles du chapitre III; en dépit de la rubrique, qui annonce qu'il va être question des obligations, ils parlent tout de suite des conventions; la déduction logique des idées est plus forte que la lettre du texte.

Aucune incertitude n'est possible à cet égard.

^{1.} Voy. suprà, p. 1 à 17.

Toutefois la méthode, telle qu'elle ressort du langage em-

ployé, est fâcheuse. Elle l'est à deux points de vue.

D'abord les rédacteurs du Code, quoique visant principalement les obligations, ont été conduits, pensant aux conventions, à n'envisager les conventions que comme sources des obligations. Or les conventions peuvent avoir d'autres effets, qui sont un peu noyés dans le texte; notamment elles peuvent créer ou transférer les droits réels.

Ensuite ils ont été conduits, en visant principalement les obligations quoique le vrai sujet soit les conventions, à grouper dans nos trois chapitres les règles applicables non plus seulement aux obligations conventionnelles, mais à celles qui se forment sans convention. Les chapitres III, IV et V parlent des obligations sans distinguer si elles naissent des contrats ou d'autres causes ; dès lors, à propos des conventions vont apparaître des règles qui sont applicables sans qu'il y ait convention.

L'ordre ainsi établi est défectueux. Il en résulte bien des équivoques, qu'une méthode plus exacte aurait évitées.

Rectifions autant que possible ces défectuosités. Et, restant toujours dans le même ordre d'idées, essayons de dégager une théorie générale de l'effet des conventions.

307. Les effets possibles des conventions sont nombreux et variés. Ils dépendent de l'objet de chaque convention; par suite, il faut les chercher dans la partie spéciale, c'està-dire dans les titres particuliers aux diverses conventions. Nous ne pouvons donner ici que des indications d'ordre

très général.

Au point de vue économique, il est aisé de distinguer plusieurs catégories de contrats. Les uns sont relatifs à la circulation des biens: la vente, l'échange, la donation, la société, etc. Il y en a d'autres qui n'ont trait qu'à l'exploitation des biens: par exemple le contrat de louage sous ses diverses formes. Il y en a d'autres qui sont relatifs au crédit, à des combinaisons de crédit: tantôt la combinaison consiste dans la création d'une sûreté personnelle, comme dans l'hypothèse du cautionnement; tantôt elle consiste dans la constitution d'une sûreté réelle: nantissement, constitution d'hypothèque. Enfin il y a des contrats qui sont relatifs au travail envisagé comme moyen de production: le louage de services, l'association, etc.

Il est clair que chacun de ces contrats, ayant son rôle dans le jeu des intérêts, dans l'accomplissement des phénomènes économiques, produit des effets différents, et que ces effets des conventions ne rentrent pas dans la théorie générale des conventions obligatoires. Ce dont il est question, à propos de l'effet des conventions, dans le titre Des contrats et obligations conventionnelles en général, c'est moins des effets proprement dits des divers contrats que de la façon dont ils

produisent ces effets.

Or, à cet égard, les contrats, si variés qu'ils soient quant à leur objet, à leur but et, par conséquent, à leurs effets, peuvent être ramenés à deux types que nous avons déjà fait connaître. En premier lieu, les conventions peuvent créer des rapports d'obligation, et transférer, éteindre ou modifier des droits personnels préexistants. En second lieu, les conventions peuvent créer, transférer ou même éteindre des droits réels. Et nous aurons l'occasion d'indiquer que certaines conventions produisent concurremment deux des effets qui viennent d'être indiqués: elles déplacent des droits réels et donnent naissance à des rapports d'obligation.

308. Voici comment nous diviserons le sujet. Il est très vaste, puisqu'il comprend toute la fin du titre, sauf le chapitre VI, qui est consacré aux preuves (articles 1315 et sui-

vants).

Nous placerons en tête quelques notions relatives aux effets généraux des conventions (section I, articles 1134 et 1135).

Puis nous envisagerons les conventions comme modes d'acquisition et de transmission des droits. C'est ce dont il est question dans la section II du chapitre III, sous la rubrique

Des obligations de donner (articles 1136 à 1141).

En troisièmelieu, nous envisagerons les conventions comme sources d'obligations, comme engendrant des obligations conventionnelles. C'est à ce propos qu'interviennent, dans notre titre, les règles qui forment la théorie des obligations. A ce point de vue se rapportent la plupart des dispositions du chapitre IV: Des diverses espèces d'obligations. Quant au chapitre V, il est applicable à toutes les obligations, conventionnelles ou autres.

^{1.} Cpr. suprà, p. 10.

En quatrième lieu nous parlerons de l'effet des conventions à l'égard des tiers. A ce sujet se rapportent directement la section VI du chapitre III (articles 1165 à 1167), puis quelques articles épars, notamment les articles 1119 à 1122.

C'est là tout ce qui constitue la théorie générale des effets des contrats. Le reste est relatif aux effets particuliers qui sont produits par chaque contrat, et rentre dans l'étude spé-

ciale de chacun d'eux.

CHAPITRE I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

309. Elles font l'objet de la section I du chapitre III. Les articles 1134 et 1135, qui forment à eux seuls cette section, en énoncent trois.

Première notion.

310. L'article 1134 alinéa 1, auquel nous nous sommes déjà référé maintes fois, porte : « Les conventions légalement « formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

« Légalement formées », dit le texte. Cela signifie : les conventions qui réunissent les conditions nécessaires à leur validité, en d'autres termes les conventions valables.

Ces conventions « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont « faites ». De là résultent deux conséquences.

Première conséquence.

311. D'abord elles sont obligatoires pour les parties et les lient. Chacun doit tenir la parole donnée; l'ordre social exige que chacun y soit au besoin contraint par l'autorité publique, représentée à cet égard par le pouvoir judiciaire constitué gardien des conventions.

L'article 1135 ajoute: « Les conventions obligent non seu-« lement 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. » En termes plus exacts, le débiteur est obligé à faire ce que l'usage, l'équité ou la loi regardent comme étant la suite de la convention.

De telle sorte que c'est au débiteur, s'il ne s'exécute pas, à prouver le fait qui le libère (article 1302). Point important ; car celui qui a la charge de la preuve a la tâche du procès et doit supporter les suites du doute s'il en subsiste un. Quand le créancier justifie de l'existence d'un contrat va-

12

lable, il a droit au bénéfice de ce contrat, à moins que le débiteur ne prouve sa propre libération; et c'est ce qu'on exprime en disant que le débiteur est tenu de la responsabilité contractuelle. Toute autre responsabilité n'est encourue que si celui qui la prétend engagée prouve que le fait d'où elle résulte est imputable à la personne qu'il présente comme étant sa débitrice; et c'est ce qu'on appelle la responsabilité délictuelle.

Prise en ce sens général, la règle de l'article 1134 alinéa 1 est tellement simple et va si bien de soi que l'insertion de cette règle dans la loi ne s'explique qu'historiquement. L'article 1134 alinéa 1 a été rédigé afin d'abolir définitivement l'ancienne distinction des pactes et des contrats. Toutes les conventions, dès qu'elles réunissent les conditions nécessaires à leur validité, sont désormais mises sur la même ligne; tou-

tes sont obligatoires 1.

Seconde conséquence.

312. La disposition de l'article 1134 alinéa 1 porte plus loin. Si les conventions tiennent lieu de loi, elles ne sont pas seulement obligatoires pour les parties; elles le sont aussi pour le juge, qui est enchaîné par elles comme il le serait par une disposition législative.

Ainsi entendue, la formule de l'article 1134 n'est-elle

qu'une métaphore, ou doit-elle être prise à la lettre?

313. C'est une question. Et en voici l'intérêt.

En plaçant les conventions sur la même ligne que les lois, en les déclarant obligatoires pour les parties et pour le juge, l'article 1134 entend-il que la violation ou la fausse interprétation des conventions entraîne, au point de vue judiciaire, les mêmes conséquences que la violation ou la fausse

interprétation des textes législatifs?

Pour les lois, l'effet d'une fausse interprétation ou de leur violation par le juge est très simple. Il existe une juridiction placée au-dessus de toutes les autres, qui est chargée de maintenir l'exacte application des lois, d'assurer l'unité et la fixité de la jurisprudence: c'est la Cour de cassation, qu'on appelle, pour ce motif, la Cour régulatrice. Elle casse sur pourvoi les jugements ou arrêts qui ont violé ou mal interprété la loi.

^{1.} Voy. suprà, p. 8. de seres I als albant reference of bean O

En est-il de même des conventions? La fausse interprétation ou la violation d'une convention par le juge donne-t-elle ouverture à cassation? En d'autres termes, si l'autorité judiciaire est constituée gardienne des conventions comme des lois, les pouvoirs sont-ils répartis de la même façon en ce qui concerne les unes et les autres?

314. A ne consulter que l'article 1134, on est tenté de répondre affirmativement; car le texte est catégorique. Mais cela n'est pas tout à fait exact; l'article 1134 ne doit pas être

pris à la lettre, sans certaines réserves.

En effet, il est de principe que l'interprétation des conventions appartient aux juges du fait; ils recherchent l'intention des parties quand elle a été mal exprimée, et l'établissent en cas de doute; c'est une question de fait. Les Cours d'appel sont, elles aussi, des cours souveraines; elles le sont quant au jugement des points de fait. D'où l'interprétation des conventions n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation; les erreurs commises constituent un mal-jugé, non une violation de la loi, et la Cour de cassation n'est pas chargée de rectifier les mal-jugé, mais seulement les fausses interprétations de la loi. Sous ce rapport, l'article 1134 alinéa 1 va trop loin en assimilant les conventions aux lois quant à la force obligatoire.

Toutefois, ce principe n'est pas absolu. Il ne reçoit pas précisément des restrictions; mais il appelle quelques compléments, en particulier les quatre compléments que nous

allons indiquer.

1º Aux termes de l'article 1135, « 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'o- « bligation d'après sa nature ² ». Or, la question de savoir quelles sont les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à une convention n'est plus une question de fait, mais une question de droit. Ici, l'interprétation donnée par le juge du fait est soumise au contrôle de la Cour régulatrice.

^{1.} En ce sens: Cass. 8 février 1890, D. P. 1891.V.50, Sir. 1891.I.107, — 22 octobre 1890, D. P. 1891.I.101, Sir. 1890.I.529, — 20 janvier 1891, Sir. 1891.I.440, Pandectes françaises, 1891.I.272, — 24 janvier 1893, D. P. 1893. I. 281, Sir. 1895.I.13, — 6 mars 1895, D. P. 1895.I.311, Sir. 1895.I.123, — 2 août 1897, D. P. 1897.I.615, Sir. 1898.I.80, — 16 mai 1898, Pandectes françaises, 1899.I.423.

2. Suprá, nº 311.

2° Les articles 4156 à 4164 établissent diverses règles d'interprétation, qui sont des aphorismes de bon sens, destinés à guider le juge dans son rôle d'interprète. La violation de ces règles entraînerait cassation, car ce sont des règles de droit, bien qu'elles se rapportent à l'interprétation des conventions.

3° Pour déterminer, en cas de doute, le sens et la portée d'une convention, il faut avant tout en fixer le caractère légal 1, afin de déduire de là les effets de la convention. Les applications de cette règle sont fréquentes, surtout en matière de conventions matrimoniales. Or, ce travail préalable de détermination du caractère légal d'une convention soulève des questions de droit; et comme l'interprétation des conventions en dépend, cette interprétation tombe indirectement sous le contrôle de la Cour régulatrice.

4º Si les juges du fait ont le pouvoir d'interpréter souverainement les conventions, sans être soumis à cet égard au contrôle de la Cour de cassation, ils n'ont pas le pouvoir de les méconnaître, de les dénaturer, d'en faire abstraction ². Dénaturer une convention, en éluder les clauses, ce n'est plus mal juger en fait, mais violer l'article 1134, aux termes duquel les conventions font loi entre ceux qui les ont conclues.

Dès lors, il y a violation de l'article 1134 par violation de la convention lorsque les juges, sous prétexte d'interpréter les clauses du contrat, les dénaturent dans ce qu'elles ont de clair et de précis. Cette nuance a une importance capitale en pratique. Le moindre doute et la moindre ambiguïté, en donnant aux juges du fait le droit d'interpréter, font de leur appréciation une constatation souveraine qui échappe à la censure de la Cour de cassation 3. Mais, dès que la convention est claire et précise, dès que, par suite, elle ne donne pas lieu à interprétation, les juges du fait sont liés; la décision qui dénaturerait la convention pourrait être déférée

^{1.} Il appartient à la Cour de cassation de déterminer le caractère légal des conventions, quels qu'en soient les termes : Cass. 4 juin 1894, D. P. 1894.I. 555, Sir. 1894.I.393.

^{2.} Cass. 23 janvier 1892, D. P. 1892.I.150, Sir. 1892.I.313, — 28 novembre 1892, D. P. 1893.I.62, Sir. 1893.I.191, — 29 novembre 1892, D. P. 1893.I.85, Sir. 1893.I.70, — 1er février 1898, D. P. 1898.I.88.

^{3.} Cass. 2 avril 1889, La Loi du 6 avril.

à la Cour de cassation, parce que la violation de la convention serait une violation de l'article 1134.

Cela est vrai non seulement des conventions, mais de tous les actes de l'homme, notamment des testaments.

315. Dès lors, la différence entre la loi et les conventions, au point de vue du contrôle de la Cour de cassation, se réduit à ceci. L'interprétation des conventions, en cas de doute sur le sens des dispositions qu'elles contiennent, appartient souverainement aux juges du fait; leur décision à cet égard peut constituer un mal jugé, non une violation de la loi. L'interprétation souveraine de la loi, au contraire, appartient à la Cour de cassation.

Mais cette distinction suppose qu'il y a lieu à interprétation. Si donc la convention est claire, précise, la méconnaître équivaut à violer l'article 1134, et la violation d'une pareille convention, de même que celle de la loi, donne ouverture à cassation. Le pourvoi n'est pas fondé, si l'on veut, sur la violation de la convention, mais sur la violation de la loi, qui se trouve violée parce que la convention n'est pas respectée.

La distinction entre le fait de mal interpréter une convention et le fait de la méconnaître, de la dénaturer, soulève des questions nombreuses, souvent délicates. Le principe de la

distinction n'en est pas moins très net.

316. Donc il est vrai de dire que les conventions font loi, même au point de vue de leurs conséquences judiciaires. Les termes de l'article 1134 ne sont pas métaphoriques; ils sont l'expression d'une idée très exacte, dont il faut déduire toutes les conséquences. Chaque jour la Cour de cassation casse des arrêts pour violation de l'article 1134, c'est-à-dire en réalité pour violation des conventions; elle respecte l'interprétation s'il y a doute, elle assure l'exécution si la convention est claire.

Deuxième notion.

317. L'alinéa 2 de l'article 1134 ajoute : « Elles ne peuvent « être révoquées que de leur consentement mutuel. »

Cette règle est encore toute simple. Les conventions, nées du concours des volontés, mutuo consensu, ne peuvent disparaître ou être modifiées que par un nouveau concours de volontés, mutuo dissensu. Jusque-là, elles lient les parties.

318. Cette règle, toutefois, comporte trois restrictions.

1º Quelquefois, contrairement à l'article 1134 alinéa 2, une des volontés suffit pour révoquer la convention. La révocation est alors facultative. Il en est ainsi dans les cas prévus : par l'article 1865-5°, en matière de sociétés, — par l'article 1794, en matière de contrats d'entreprise, — par l'article 2003, en matière de mandat. Mais ce sont là des exceptions dues au caractère particulier de certains contrats.

2° D'autres fois, les deux volontés, fussent-elles d'accord, sont impuissantes à révoquer ou à modifier la convention. Par exemple le mariage est indissoluble; la loi moderne, qui admet le divorce, n'admet pas le divorce par consentement mutuel. Il en est de même pour le contrat de mariage

(article 1395).

3º Dans tous les cas, même quand les deux volontés concourent et qu'il s'agit de conventions susceptibles d'être révoquées mutuo dissensu, le pouvoir des contractants est limité par la disposition de l'article 1165: les conventions « ne nuisent point aux tiers ». La révocation mutuo dissensu ne produit les effets qu'elle comporte que sous la réserve des droits des tiers.

Cette restriction est surtout applicable aux contrats translatifs de propriété, comme la vente. Le droit romain admettait la dissolution contraria voluntate, pour les contrats consensuels, lorsque les choses étaient entières, dans la vente lorsque le prix n'était pas payé ni la chose livrée 1; cela se comprenait, puisque la propriété se transmettait par le paiement et la livraison. Dans notre droit, la translation de propriété s'opère par l'effet même de la convention; en conséquence, le mutuel dissentiment constituerait à l'encontre des tiers non pas une révocation de la première vente, mais une véritable revente; il n'aurait pas pour effet d'annuler la première convention, mais d'en créer une nouvelle. Aussi l'article 1134 se trouve-t-il limité par l'article 1165. Si, par exemple, à la suite d'une vente, une hypothèque est inscrite, du chef de l'acheteur, sur les immeubles ayant fait l'objet de la vente, la révocation de la vente ne remettra les choses en l'état que sous réserve des droits acquis au créancier hypothécaire.

^{1.} Instit., § 4, Quibus modis obligatio tollitur, III, 29.

319. Sous le bénéfice de ces trois restrictions, la disposition de l'article 1134 alinéa 2 reste exacte et impérative : les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties. Ni les tribunaux ni le législateur n'y peuvent toucher; garantie essentielle de la liberté civile, laquelle implique la sécurité et la stabilité des droits.

Ni les tribunaux. Ils n'interviennent, quand il s'agit des conventions, que pour en interpréter les clauses au cas de contestation, pour en assurer l'exécution au cas de résistance, pour les annuler ou les rescinder dans les cas où la loi l'autorise (article 1134 alinéa 2) à propos des diverses conventions (articles 953 et suivants, 1184, 1674, 1736, 1845, etc.). Quelquefois, mais très exceptionnellement et en vertu de textes spéciaux, les tribunaux sont autorisés à modifier les conventions, pour des raisons majeures à déduire dans chaque hypothèse (articles 484, 1244, 2161).

Ni le législateur. Il abuserait de ses pouvoirs en intervenant dans les conventions privées. Mais il n'est pas sans exemple qu'il ait oublié la réserve à laquelle il est tenu; et il est rare que ces oublis n'aient pas été l'occasion de dommages et de périls. Par exemple, la loi du 21 avril 1871 a modifié le prix des baux faits dans la ville de Paris¹; c'était peut-être une nécessité résultant de la situation dans laquelle on se trouvait, mais ce fut une brèche au principe, un abus. Dans le même ordre d'idées, la loi du 4^{er} juillet 1893 a suspendu le droit de poursuite des créanciers de la Compagnie de Panama², et la loi du 29 juin 1899 ³ a autorisé la résiliation des polices d'assurances souscrites par les chefs d'entreprises soumis à l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

Troisième notion.

320. L'alinéa 3 de l'article 1134 ajoute : « Les conventions « doivent être exécutées de bonne foi. » Cette expression est tirée de l'ancienne distinction romaine entre les contrats bonæ fidei et les contrats stricti juris. Désormais, toutes les conventions doivent être interprétées de bonne foi. Les conséquences

^{1.} D. P. 1871.IV.47.

^{2.} D. P. 1894, IV. 30.

^{3.} D. P. 1899, IV, 90.

de cette idée abstraite sont énoncées dans les articles 1156 et suivants, auxquels nous nous contentons de renvoyer. Ces textes sont une paraphrase prolixe et médiocrement heureuse de l'article 1134 alinéa 3.

321. Laissons ces généralités pour arriver aux effets précis et pratiques des conventions. Nous allons les découvrir en envisageant les conventions aux deux points de vue que nous avons indiqués précédemment : 1° comme modes d'acquisition et de transmission des droits, — 2° comme sources d'obligations.

CHAPITRE II

DE LA TRANSMISSION DES DROITS PAR L'EFFET DES CONVENTIONS

322. Dans le langage du Code civil, les conventions qui opèrent transmission de droits sont les conventions de donner, ou mieux celles d'où naît une obligation de donner. Aussi les articles 1136 et suivants, qui ont trait à ces conventions considérées comme transférant les droits, sont-ils placés sous la rubrique: De l'obligation de donner. Donner — nous l'avons déjà dit , mais il n'est pas inutile de le rappeler — est pris alors au sens du mot latin dare et signifie transférer; transférer soit la propriété ou un autre droit réel quelconque, soit un droit de créance préexistant.

Présentent ce caractère: la vente, l'échange, la donation. Plus exactement, les conventions de donner sont les conventions translatives de droits quelconques. On vend ou on donne une chose, meuble ou immeuble, en d'autres termes la propriété de cette chose (article 1583); on vend ou l'on donne les démembrements de la propriété, un usufruit, une servitude, sans vendre ni donner la chose elle-même (article 1607). Enfin on vend ou donne un droit de créance

(article 1689).

323. L'expression « convention translative » ne se ren-

contre pas dans le Code civil.

Elle n'en est pas moins légale. Nous la trouvons appliquée aux droits réels immobiliers dans la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, qui se rattache directement aux articles 1136 et suivants: « Sont transcrits, dit l'article 1....: 1° tout « acte entre-vifs translatif de propriété immobilière ou de « droits réels susceptibles d'hypothèque. »

324. Donc les conventions de donner sont les conventions translatives.

^{1.} Suprà, p. 95.

Cependant les deux expressions ne doivent pas être prises comme tout à fait synonymes. Il y a des conventions qui engendrent des obligations de donner sans être des conventions translatives. « Donner », en effet, peut être pris dans un sens plus large, dans le sens non plus de dare, mais de tradere, et signifier simplement livrer, remettre 1. Alors l'obligation est de donner toutes les fois qu'elle a pour objet une chose qui doit être livrée par le débiteur, même quand la remise ou tradition n'implique pas transfert de propriété. En ce sens, le louage, le prêt à usage, le dépôt, etc., engendrent, comme la vente, des obligations de donner. Le bailleur est tenu de livrer la chose louée au preneur, et le preneur de la rendre à la fin du bail ; l'un et l'autre sont tenus d'une obligation de donner. L'emprunteur à usage est tenu de rendre la chose prêtée; de même du dépositaire; ce sont autant d'obligations de donner.

Le langage consacré, bien que légal, est donc équivoque; les mêmes mots expriment, selon les cas, des choses différentes. Des dispositions de la section II, les unes concernent toutes les obligations de donner lato sensu, les autres ne visent que les obligations de donner au sens plus restreint des mots, autrement dit les obligations translatives. Il n'est pas très difficile, nous le verrons, de faire la distinction.

325. Les conventions de donner — sous réserve de la distinction qui vient d'être établie — produisent quatre effets.

1º Elles opèrent et réalisent directement et par elles-mèmes, dès qu'elles sont conclues, le transfert du droit qui en fait l'objet, du droit aliéné. Cet effet ne s'attache manifestement qu'aux seules conventions translatives de droits réels, à celles dans lesquelles donner signifie dare, non aux simples conventions de donner.

2º Elles obligent le débiteur à effectuer la délivrance, à livrer la chose. Cet effet est commun à toutes les conventions de donner, translatives ou non; tout débiteur d'une obligation de donner est obligé à délivrer. Par conséquent, celles des conventions de donner qui sont translatives, en même temps qu'elles réalisent le transfert du droit aliéné, engendrent l'obligation d'effectuer la délivrance de la chose qui en fait l'objet; l'acquéreur, acheteur ou donataire, a donc un

^{1.} Suprà, p. 95.

double droit: un droit réel sur la chose, un droit de créance contre l'aliénateur, une créance en délivrance. Quant aux conventions qui ne sont pas translatives, l'obligation de livrer apparaît comme en étant le seul effet; le bénéficiaire n'acquiert qu'un droit de créance.

3º Elles obligent le débiteur à veiller à la conservation de la chose jusqu'à la livraison. Cet effet est encore commun à toutes les conventions de donner, translatives ou non; toutes entraı̂nent l'obligation de veiller à la conservation de la chose.

La théorie des fautes se rattache à cet ordre d'idées.

4º Elles imposent les risques au créancier. Cet effet est encore commun à toutes les conventions de donner; les risques de la chose sont pour l'acquéreur dans les conventions translatives, pour le créancier dans les conventions non translatives, d'une manière générale pour le créancier.

En résumé, ces quatre effets se produisent tous dans les conventions translatives ; les trois derniers seulement se produisent dans les conventions de donner qui ne sont pas trans-

latives.

Reprenons-les séparément.

SECTION, I. — Les conventions translatives opèrent et réalisent par elles-mêmes, indépendamment de toute condition ou formalité ultérieure, le transfert qu'elles ont pour objet.

326. Ce premier effet ne se produit manifestement que dans les conventions qui, par leur nature et l'intention des parties, impliquent un transfert, une mutation : la vente, l'échange, la donation, etc., toutes conventions qui engendrent des obligations de donner, donner voulant dire dare. Il ne se produit pas dans les conventions qui créent seulement des rapports d'obligation : le louage, le prêt à usage, le dépôt, d'où résultent bien encore des obligations de donner, mais donner étant pris au sens de præstare.

Pour les premières, qu'elles soient à titre onéreux comme la vente ou l'échange, ou bien à titre gratuit comme la donation, qu'elles aient pour objet la propriété ou un droit réel quelconque autre que la propriété, ou bien un droit de créance, elles opèrent et réalisent par elles-mêmes le déplacement, le transfert, la mutation du droit transmis. Les

conventions sont, d'après la loi moderne, des modes de transmission des droits.

Insistons un peu sur cet effet translatif des conventions, d'abord dans les rapports des parties entre elles, ensuite à l'égard des tiers. Nous allons retrouver ici et compléter des notions essentielles dont nous avons déjà rencontré des applications.

§ 1. — Effet translatif des conventions entre les parties contractantes.

327. Entre les parties contractantes, l'effet translatif est absolu et complet. Dès que la convention est conclue — et nous avons vu précédemment à quelles conditions la conclusion de la convention est subordonnée selon les cas — le droit qu'elle a pour objet cesse d'appartenir à l'aliénateur et passe à l'acquéreur; la mutation s'opère. Y a-t-il eu vente, échange, donation de la propriété d'une chose, l'acquéreur devient hic et nunc propriétaire, avec toutes les conséquences attachées à ce titre. Y a-t-il eu vente, échange, donation d'un droit réel autre que la propriété, l'acquéreur devient hic et nunc usufruitier, titulaire soit d'un droit de servitude, soit d'un autre droit réel. Enfin, y a-t-il eu vente ou donation d'un droit de créance, le cessionnaire devient hic et nunc, à la place du cédant, créancier du débiteur cédé.

328. Cela résulte d'un texte fondamental, l'article 1138 alinéa 2: la convention de livrer la chose, dit-il, « rend le « créancier propriétaire..... dès l'instant où elle a dû être li- « vrée, encore que la tradition n'en ait point été faite..... »

« Propriétaire », dit le texte. La formule est équivoque, et nous allons voir quelle en est l'origine. Mais la portée n'en est pas moins claire; elle signifie que la convention translative réalise directement et par elle-même le déplacement, la mutation des droits.

Le texte ne prévoit formellement que le cas d'une convention translative de propriété. Il doit être généralisé et regardé comme applicable à toutes les conventions translatives d'un droit quelconque. D'autres textes, qui ne sont que des applications de l'article 1138, ne visent, comme lui, que les mutations de propriété: par exemple l'article 938 en matière de donation, l'article 1583 en matière de vente; or on peut

vendre ou donner non seulement la propriété, mais un droit quelconque; la propriété n'est prise ici qu'à titre d'exemple et la règle s'applique à tous les droits. Le mot « propriété » est souvent employé de la sorte pour désigner les droits en général, par exemple dans la rubrique du livre III du Code: Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

329. Donc les droits se déplacent, se transsèrent, par

l'effet direct et immédiat des conventions.

Rien là que de très simple; l'effet produit, semble-t-il, n'est que strictement conforme à l'intention des parties. Cependant, l'article 1438 alinéa 2 et tous les autres textes qui en sont des applications, notamment les articles 938 et 1583, énoncent une notion qui est propre au droit moderne, et que le droit antérieur a constamment écartée.

330. Le droit romain ² et l'ancien droit français jusqu'au Code civil ³ regardèrent comme un principe que les conventions créent des rapports d'obligation, mais ne suffisent pas à transférer les droits, spécialement les droits réels; elles peuvent bien amener indirectement cette transmission, mais ne suffisent pas, par elles-mêmes, à l'effectuer, à la réaliser. C'est ce qu'exprimait la règle si connue du droit romain, que l'ancien droit français a conservée: traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur ⁴. Les mots dominia rerum signifient: les droits réels.

Les conventions engendrent des obligations; c'est seulement ensuite et par l'effet de l'exécution de l'obligation, par l'effet de l'emploi d'un mode de transfert, notamment de la tradition, que le droit passe à l'acquéreur. L'acheteur n'est, de par la vente, que créancier de la chose; la vente impose au vendeur l'obligation de dare; l'action empti est une action personnelle, et l'acheteur agit en vertu d'un simple droit de créance. Ultérieurement, et seulement quand la vente aura été exécutée par la tradition, l'acheteur deviendra propriétaire et pourra exercer la rei vindicatio, action réelle qui

^{1.} Voy. sur l'ensemble de cette théorie, Busnoir, Propriété et contrat, p. 39 et suiv. — Cpr. suprà, p. 11.

Voy. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 285 et 527.
 Voy. Viollet, Histoire du droit civil français, p. 604 et suiv.

^{4.} Constit. 20, Code de Justinien, De pactis, II, 3. — Cpr. Instit. § 41, De divisione rerum, II, 1.

suppose l'acquisition du droit réel. En d'autres termes, la convention est une cause d'acquisition; elle n'est pas un mode d'acquisition, et le droit qu'elle a pour objet ne passe

à l'acquéreur que par l'exécution du contrat.

Cette façon de concevoir le rôle de la convention dans la transmission des droits se retrouve dans toutes les législations primitives; elle se rattache — il en fut ainsi dans le droit romain — à l'insuffisance des moyens de preuve usités. Toutes les législations primitives sont formalistes; les modes d'acquisition y consistent dans des formalités extérieures, quelquefois dans une cérémonie officielle comme la mancipatio et l'in jure cessio; c'est un moyen de rendre la transmission extérieure, publique, notoire, de l'annoncer aux tiers et d'en

perpétuer le souvenir 1.

331. Tout autre est le point de vue moderne. Dès que la convention est conclue, elle réalise directement, elle opère par elle-même l'effet que jadis elle contenait seulement en germe, et qui ne se réalisait que par l'exécution. Est-ce une vente ou une donation de la chose, elle rend hic et nunc l'acheteur ou le donataire propriétaire. Est-ce une constitution de servitude, d'usufruit, d'hypothèque, elle rend tout de suite et par elle-même celui au profit de qui elle intervient titulaire de la servitude, usufruitier, créancier hypothécaire. Est-ce une cession de créance, elle rend tout de suite et par elle-même le cessionnaire créancier du débiteur. En d'autres termes, le contrat déplace directement la propriété, les autres droits réels ou les droits de créance, et opère la mutation par lui-même.

Voilà ce qu'entend dire l'article 1138 alinéa 2.

Le législateur de 1804 a réalisé sur ce point une innovation capitale, la plus importante peut-être qui ait été réalisée

dans la matière des obligations.

332. Cependant, au point de vue théorique, cette innovation n'a pas été aussi considérable qu'il paraît au premier abord; le Code, en définitive, n'a fait qu'un pas de plus en avant dans une voie où l'on était entré depuis longtemps sous l'influence des besoins et des nécessités de la pratique. Il y a là

^{1.} En droit romain, il n'y avait d'autre exception à ces règles, que celle qui concernait l'hypothèque et la société universelle de biens: Girard, op. cit., p. 751 et 563.

un système curieux, bizarre, bien caractéristique des pro-

cédés que la pratique emploie pour réformer la loi.

L'origine de cette transformation est lointaine; il faut la chercher dans le droit romain lui-même, dans la théorie de la quasi-tradition ¹. En principe, la vente romaine ne transférait pas la propriété; l'acheteur, simple créancier comme tel, ne devenait propriétaire qu'en vertu de la tradition ². Seulement, à côté de la tradition véritable, on admit plus tard la quasi-tradition, qui consistait dans le fait par le vendeur de laisser l'acheteur user de la chose; l'acheteur était alors censé la lui avoir livrée. Et comme cette quasi-tradition pouvait accompagner la convention, on arriva à la confondre avec elle, et à dire, en se plaçant au point de vue des résultats pratiques, que la convention suffisait à transférer les droits réels. L'idée fut admise promptement en matière de servitudes ³.

L'ancien droit, dans son dernier état, fit un pas de plus⁴. A l'idée de la quasi-tradition, qu'on appela la tradition de droit par opposition à la tradition de fait, il substitua l'idée d'une tradition fictive, feinte. Les parties convenaient de considérer la tradition comme effectuée quoiqu'elle ne le fût pas; c'était l'objet de la clause de constitut possessoire, appelée souvent clause de dessaisine-saisine. Si une telle clause était intervenue, la vente - et ce que nous disons de la vente est exact de toute convention translative - se trouvait exécutée dès et par cela seul qu'elle avait été conclue ; par conséquent, le vendeur était immédiatement dessaisi et l'acheteur investi. En fait, si l'on envisage le résultat pratique obtenu sans tenir compte du procédé employé, la transmission du droit, bien que théoriquement distincte de la convention, se confond avec elle; la clause de tradition feinte ou de dessaisine-saisine a pour effet de transférer la propriété, plus généralement le droit qui fait l'objet de la convention, à partir du contrat lui-même.

Tel fut l'ancien droit, dans son dernier état.

1. Voy. Girard, op. cit., p. 286.

4. Viollet, loc. cit., p. 610.

^{2.} Quelquefois même le paiement du prix était nécessaire pour que l'a-cheteur devint propriétaire. Voy. le § 41 aux Instit., De divisione rerum, II.1: Venditæ vero res ac traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit.

^{3.} Voy. Instit. § 1 in fine, De usufructu, II, 4, - et § 4, De servitutibus, II, 2.

En quoi maintenant le Code civil a-t-il innové? En un point seulement. La clause de constitut possessoire ou de dessaisine-saisine était d'usage et de style, mais il fallait qu'elle fût expresse; le Code la considère comme légalement sous-entendue. Le résultat pratique est celui-ci. Les conventions translatives réalisent désormais par elles-mêmes, grâce à la clause sous-entendue, l'effet qui n'était produit primitivement que par leur exécution, plus tard par la stipulation d'une clause de constitut possessoire.

A cela s'est bornée la réforme opérée par le Code civil. La convention translative n'engendre toujours que l'obligation de livrer la chose; la propriété, plus généralement le droit qui fait l'objet de la convention, n'est toujours transféré que par la livraison; seulement cette livraison est réputée faite, et en conséquence l'obligation est regardée comme exécutée par cela seul que la convention est intervenue. Théoriquement, le transfert n'est toujours qu'un résultat médiat; en fait et moyennant un détour, le résultat se produit directement. Par conséquent il reste vrai de dire, au point de vue théorique, que le seul effet des contrats est de créer des obligations; mais cela n'est pas exact en fait.

333. Cette manière de comprendre les obligations translatives et d'en envisager les effets permet de se rendre compte des textes. L'idée moderne, quoique très nette quant aux conséquences qui en découlent, y est exprimée en termes

ambigus.

Ainsi l'article 711 dispose: « La propriété des biens s'ac-« quiert et se transmet... par l'effet des obligations. » Il aurait fallu dire: par l'effet des conventions. On l'observe souvent, et on a raison en fait. Cependant, la formule est exacte au point de vue théorique. La convention engendre l'obligation; l'exécution seule de l'obligation transfère le droit réel; mais l'exécution est réputée faite dès le début; donc il reste exact de dire: « par l'effet des obligations. »

De même l'article 938 : « La donation dûment acceptée « sera 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. » Ces derniers mots supposent qu'il y a déjà eu une tradition. Quelle est-elle? C'est la tradition feinte, qui résulte de la clause de dessai-

sine-saisine sous-entendue dans le contrat.

Enfin l'article 1138, qui est le texte fondamental en la matière, est ainsi conçu : « L'obligation de livrer la chose « est parfaite par le seul consentement des parties contrac- « tantes. Elle rend le créancier propriétaire.... dès l'instant « où la chose a dû être livrée, encore que la tradition n'en « ait point été faite.... »

L'obligation est parfaite. En d'autres termes, elle est tenue pour exécutée, perfecta, accomplie ; la tradition est réputée

faite, elle est fictive.

L'obligation rend le créancier propriétaire. Voilà une expression singulière, car être créancier et être propriétaire, sont deux situations qui semblent contradictoires. La formule signifie: l'obligation rend par elle-même et tout de suite propriétaire, par l'effet de la tradition de droit, celui qui n'est théoriquement que créancier et qui n'était jadis considéré que comme tel. L'idée est compliquée comme à plaisir; mais le système est tel, l'évolution s'est faite par ce procédé.

334. Peut-être eût-il mieux valu que les rédacteurs du Code civil, plus hardis, eussent consacré d'une façon complète l'idée que les conventions sont, par elles-mêmes, translatives des droits et surtout des droits réels. Mais ils étaient avant tout hommes de pratique; ils ont pris la situation telle que l'usage l'avait faite, et l'ont consacrée dans ses résultats pratiques acquis. De là les formules ambiguës que nous avons rencontrées; elles révèlent une réforme qui s'est opérée par l'usage, un peu en dépit de la loi et au moyen d'un détour.

Beaucoup s'égaient au spectacle de ces genèses embarrassées, de ces transformations détournées. Peut-être ont-ils tort. Les fictions au moyen desquelles l'usage modifie les institutions pour les accommoder aux besoins nouveaux, pour changer la législation sans brusquer les théories, valent souvent mieux que l'introduction brusque de formules absolues, qui détruisent l'harmonie des systèmes juridiques; elles

sont le mode de développement naturel du droit.

335. Quoi qu'il en soit, le résultat final n'est pas douteux. Les subtilités des formules sont oubliées; la pratique va plus loin. Désormais, les conventions transfèrent par elles-mêmes et directement les droits qui en sont l'objet; elles en in-

vestissent ipso facto l'acquéreur. Voilà le principe, et il est essentiel.

Cet effet est inhérent à la nature des contrats translatifs. En conséquence, il se produit toujours; dès que l'accord des volontés existe, le droit se déplace : l'aliénateur est dessaisi et l'acquéreur investi.

336. Divers articles du Code civil font application de ces idées. Par exemple, l'article 579 : « L'usufruit est établi... par « la volonté de l'homme » ; — l'article 690 : « Les servitudes... « s'acquièrent par titre.... » ; — l'article 2117 alinéa 3 : « L'hy- « pothèque conventionnelle est celle qui dépend des conven- « tions.... » ; — enfin l'article 1583 ne fait qu'appliquer en matière de vente l'idée générale énoncée par l'article 1138 et appliquée par l'article 928 en matière de donations.

337. Pour compléter l'étude de ce sujet, il ne nous reste plus qu'à faire une réserve et à signaler une question controversée.

338. La réserve présente surtout de l'intérêt à propos de la vente. Mais elle est générale.

Il peut arriver que la vente - et c'est alors une restriction au principe posé - fasse naître seulement des obligations, de sorte que l'acheteur n'a momentanément qu'un droit de créance, comme en droit romain et dans l'ancien droit. Il en est ainsi quand la convention a pour objet non plus un corps certain, mais un objet certain, c'est-à-dire une chose indéterminée, ou déterminée seulement quant à son espèce 1. L'article 1138 n'est vraiment applicable que si la vente a pour objet un corps certain, parce que le droit de propriété ne se comprend que s'il porte sur une chose individuellement déterminée; dans cette hypothèse, tous les textes sont parfaitement exacts. Mais il en est autrement s'il s'agit d'une chose de genre; la transmission du droit suppose alors, comme condition préalable, l'individualisation de la chose, et ne résulte le plus souvent que de la tradition 2. L'article 1138 s'explique par l'intention des parties; or ici l'intention des parties est précisément de renvoyer la translation à une époque ultérieure ; il est naturel que l'a-

^{1.} Suprà, p. 99 et suiv.

^{2.} C'est ce que l'usage commercial veut que l'on suppose dans les ventes à livrer. Voy. Thaller, *Droit commercial*, 2º édition, nos 1008 à 1010.

cheteur ne soit investi du droit qu'à cette époque, et demeure

jusque-là simple créancier.

La même observation s'applique aux contrats réels, par exemple au prêt de consommation. Le prêt à usage n'est pas un contrat translatif; il crée seulement des obligations, qui sont bien, sans doute, des obligations de donner, mais en prenant le mot « donner » dans le sens de præstare (article 1875). Autre chose est le prêt de consommation. C'est un contrat translatif et il se forme par la remise de la chose prêtée. Or quand l'emprunteur devient-il propriétaire? Au moment de la convention? Non; il le devient au moment de l'individualisation de l'objet certain (article 1893); jusque-là il est simple créancier, et le prêt n'existe pas encore 1.

339. La question controversée est celle de savoir si la règle du transfert direct des droits par l'effet des conventions, règle posée par l'article 4138, est absolue, ou s'il n'y a pas une distinction à faire suivant qu'il s'agit de meubles ou d'im-

meubles.

S'il s'agit d'immeubles, pas de doute. L'effet indiqué se produit, et se produit tel que nous l'avons indiqué.

En est-il de même quand il s'agit de meubles?

Pour les meubles incorporels, aucune incertitude n'est

possible (article 1689).

Mais que décider quand il s'agit de meubles corporels? L'opinion communément admise est qu'il ne faut faire aucune distinction à cet égard. Cependant, cette opinion n'est pas

universellement acceptée.

D'après certains auteurs, si les conventions sont translatives par elles-mêmes quand il s'agit d'immeubles ou de meubles incorporels, il en est autrement en matière de meubles corporels. Le droit moderne aurait maintenu le système ancien, d'après lequel, en matière de meubles, la propriété ne se déplace, ne passe du vendeur à l'acheteur que par la tradition.

Le doute vient de l'article 1141. La disposition qu'il renferme, et qui a trait aux meubles, paraît, à première vue, en

désaccord avec le principe général.

Voici l'hypothèse prévue par le texte. Le propriétaire d'une chose mobilière l'aliène successivement au profit de

^{1.} Laurent, Principes, XXVI, p. 498.

deux personnes. Laquelle des deux doit être finalement préférée? Il semble que ce doive être la première en date; car l'autre se trouve, par le fait, avoir traité avec quelqu'un qui avait cessé d'être propriétaire au moment de la seconde aliénation; la seconde aliénation devrait donc être considérée comme non avenue, par application de l'article 1599, qui frappe de nullité la vente de la chose d'autrui. Cependant l'article 1141, sans tenir compte de la date des actes, dit qu'il faut préférer celui des deux acquéreurs qui a été mis en possession le premier, pourvu qu'il soit de bonne foi.

Cette règle peut paraître singulière. En effet, ni l'article 1138 ni l'article 1599 ne font une distinction semblable. La règle posée ne tiendrait-elle pas à ce que la propriété ne se transfère pas, quand il s'agit de meubles, par la convention, par la vente, mais seulement par la tradition? Si on se place à ce point de vue, tout s'explique; mais rien, à vrai dire, n'autorise à admettre une pareille solution, qui serait absolument contraire à l'article 1138. L'article 1141 peut être expliqué autrement, et doit par conséquent être expliqué autrement. Les conditions qu'il met à l'application de la règle qu'il pose révèlent suffisamment l'idée à laquelle il se rattache.

Ces conditions sont au nombre de trois. Il faut : 1° qu'il y ait eu deux ventes successives, — 2° que le second acheteur ait été mis en possession le premier, — 3° qu'il ait été de bonne foi. Dans ce cas sculement il est préféré et demeure propriétaire. Or, l'exigence de la bonne foi prouve que la disposition de l'article 1141 ne se rattache pas aux règles relatives au transfert, mais aux règles relatives à la prescription. Si le second acquéreur, dans les conditions requises par la loi, est préféré au premier, cette préférence ne tient pas à ce que le premier acquéreur n'est pas devenu propriétaire par l'effet de la convention, mais à ce que le second l'emporte sur lui, bien qu'ayant acquis a non domino, par application de la règle « en fait de meubles possession vaut titre ».

Seulement, peut-on dire alors, à quoi bon maintenir que l'article 1138 s'applique aux meubles, si la tradition survenant au profit d'un tiers anéantit les effets de la transmission opérée? N'est-ce pas admettre que la tradition seule

consomme utilement la transmission?

La réponse est simple. Il y a intérêt à maintenir le principe

que l'article 1138 est applicable en matière de meubles, malgré l'article 2279, dont l'article 1141 n'est qu'un corollaire. Cet intérêt apparaît toutes les fois que l'article 2279 ne fait pas échec à l'article 1138, notamment dans les quatre cas suivants.

1° D'après ce que nous avons dit de l'hypothèse prévue par l'article 1141, il faut, pour que cet article soit applicable, qu'il y ait eu deux aliénations successives, amenant un conflit entre deux acquéreurs; le second l'emporte s'il peut invoquer l'article 2279. Supposons qu'il n'y ait eu qu'une seule aliénation. L'acheteur, devenu propriétaire par application de l'article 1138 et sans tradition, prendra la chose comme propriétaire; il la prélèvera, au cas de concours avec les créanciers du vendeur, en vertu du droit de distraction (article 608 C. proc. civ.). Par exemple, les créanciers du vendeur font pratiquer une saisie, ou bien le vendeur tombe en faillite; l'acquéreur pourra revendiquer la chose. Il y a là, en dépit de l'article 1141, une application importante de l'article 1138.

2° Pour que l'article 1141 reçoive son application, il ne suffit pas qu'il y ait deux aliénations; il faut, en outre, que le second acquéreur ait été mis en possession. Supposons qu'il ne l'ait pas été. Les droits résultant de la première aliénation, tels qu'ils résultent de l'article 1138, subsistent; l'article 1141 n'est pas applicable.

3° Pour que l'article 1141 reçoive son application, il ne suffit pas que le second acquéreur ait été mis en possession ; il faut, en outre, qu'il soit de bonne foi, c'est-à dire qu'il ait ignoré l'aliénation précédemment consentie. Si cette condition ne se trouve pas remplie, le premier acquéreur l'empor-

tera ; il aura été et sera resté propriétaire.

4º Même toutes ces conditions remplies, l'article 1141 cessera de recevoir son application toutes les fois qu'il s'agira de meubles incorporels, car l'article 2279 n'est pas applicable

aux meubles de cette espèce.

En un mot, l'article 1138 reste pleinement applicable toutes les fois que l'article 2279 ne l'est pas. Dès lors, il demeure non seulement exact en droit, mais utile en fait de dire que les conventions réalisent le transfert des meubles comme des immeubles.

340. Résumons tout ce qui précède. Dans les rapports des parties entre elles et sous la réserve de quelques distinctions, les conventions translatives opèrent et réalisent par elles-mêmes, indépendamment de toute condition, le transfert qui en est l'objet.

Voyons maintenant si cet effet se produit à l'égard des

tiers, et dans quelle mesure.

§ 2. — Effet translatif des conventions à l'égard des tiers.

341. Le Code civil, sauf dans quelques cas, ne fait aucune distinction entre les parties et les tiers en ce qui concerne la manière dont les conventions translatives opèrent leurs effets. Non pas que les rédacteurs du Code aient ignoré la distinction; mais ils en ont ajourné l'application, sauf, encore une fois, dans quelques cas isolés.

De là l'article 1140, qui n'a que la valeur d'un renvoi, d'un ajournement: « Les effets de l'obligation de donner ou de « livrer un immeuble sont réglés au titre De la vente et au « titre Des privilèges et hypothèques. » Le texte dit: un immeuble. Il faut lire: un droit immobilier quelconque; car les droits immobiliers sont des immeubles.

Pendant longtemps, cet article n'a été qu'une pierre d'attente, sur laquelle est venue finalement s'édifier la loi du 23 mars 1855, relative à la transcription en matière hypothécaire. Pour le moment, nous n'avons à prendre de cette loi qu'une partie, celle qui se rapporte au transfert des droits. Les autres dispositions qu'elle renferme ont leur place dans l'étude des privilèges et hypothèques; elles sont relatives au régime hypothécaire 1.

342. Voici comment on a été conduit à admettre, puis à généraliser la distinction entre les parties et les tiers quant

aux effets produits par les conventions translatives.

Le système de la transmission des droits, notamment des droits réels, par l'effet des contrats, tel qu'il est consacré par l'article 1138, est d'une pratique commode; il écarte tout l'appareil ancien des formalités de transfert. Mais il aurait présenté de sérieux inconvénients s'il n'avait pas été accompagné de quelques correctifs.

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome II, p. 42.

En effet, le résultat pratique auquel il conduit est le suivant: les mutations ou transmissions, du moment qu'elles s'opèrent par le seul effet des contrats, c'est-à-dire par le seul accord des volontés, se réalisent sans que rien les annonce extérieurement; elles s'effectuent d'une manière occulte. Dans le système antérieur, spécialement dans le système romain, il en était autrement; la solennité des modes de transfert, les formalités extérieures que ces modes comportaient, révélaient la transmission, quoique d'une manière imparfaite et insuffisante, et la portaient à la connaissance des tiers pouvant avoir intérêt à la connaître. Dans le système du Code civil, rien de semblable; la propriété se déplace, les droits se transmettent par le seul effet de l'accord des volontés, sans que rien révèle la mutation, sans que les tiers soient informés ou même aient le moyen de s'informer.

De là un double péril pratique, qui se manifeste dans tous les contrats translatifs, mais surtout dans les contrats translatifs de droits réels, à raison du droit de suite qui est inhérent à ces droits, et en particulier dans les contrats trans-

latifs de droits réels immobiliers.

Premier péril.

343. Il menace les tiers. Ils se trouvent exposés à contracter avec une personne qui ne possède plus ou ne possède plus que d'une manière incomplète le droit faisant l'objet du contrat, et qui a perdu ce droit, en totalité ou en partie,

sans que les tiers le sachent.

Par exemple, *Primus* est propriétaire d'un immeuble. Il le vend à *Secundus*. Mais il l'avait antérieurement grevé d'usufruit, de servitude, d'hypothèque. Ces droits sont-ils opposables à l'acheteur? Oui. En effet, d'un côté ils sont antérieurs au droit de l'acheteur; d'autre part ce sont des droits réels, et il est de la nature des droits réels d'être opposables à tout le monde, puisqu'ils confèrent le droit de suite.

Autre hypothèse. Primus est propriétaire d'un immeuble. Il consent une hypothèque sur cet immeuble au profit de Secundus. Mais il avait déjà consenti antérieurement d'autres hypothèques sur le même immeuble. Les hypothèques antérieures sont-elles opposables au nouveau créancier hypothécaire? Oui, car l'hypothèque est un droit réel.

Troisième exemple. Primus, propriétaire d'un immeuble, le vend à Secundus; puis, une heure après, il le vend à Tertius, ou le grève d'une hypothèque au profit de celui-ci. Que vaut la seconde vente? Rien, puisque l'article 1599 frappe de nullité la vente de la chose d'autrui. Que vaut la constitution d'hypothèque? Rien; car, aux termes de l'article 2124, « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être « consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les « immeubles qu'ils y soumettent »¹. Il en serait de même si Primus avait grevé l'immeuble déjà vendu à Secundus d'un usufruit ou d'une servitude au profit de Tertius; les acquéreurs auraient traité avec quelqu'un qui avait bien été propriétaire, mais qui avait cessé de l'être.

Dernier exemple. Primus est usufruitier d'un immeuble. Il renonce à son droit; puis, malgré cette renonciation occulte, il cède son droit (article 595), ou bien le grève d'hypothèque (article 2118). Que vaut la cession? Que vaut l'hypothèque? Rien, toujours pour la même raison; l'acte est intervenu à un moment où Primus ne possédait plus le droit

faisant l'objet de la convention.

Ainsi, le caractère occulte des transmissions de droits par l'effet des conventions fait courir un péril aux tiers. Ils sont exposés à traiter avec quelqu'un qui n'est plus propriétaire, ou qui n'a plus qu'une propriété amoindrie par des aliénations partielles antérieurement consenties, ce qui diminue ou détruit l'efficacité du droit transmis

Second péril.

344. Il menace le crédit, et n'est qu'une conséquence du précédent. L'existence du crédit est subordonnée à la confiance qu'ont les tiers dans l'efficacité des droits acquis ou à acquérir d'une personne déterminée, et dans la sécurité qui résulte de cette confiance même; il n'y a pas de crédit possible si un droit, acquis par une personne, est exposé à ne pas être efficace par suite de faits antérieurs restés occultes et qui peuvent, par conséquent, être inconnus de l'acquéreur.

345. Comment conjurer ce double péril?

1. Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome II, p. 125.

Le moyen élémentaire est la publicité des actes entraînant transmission de droits. Cette publicité est la base du crédit; elle met les intéressés à même d'apprécier les éventualités qui attendent le droit acquis, de calculer le degré de confiance qu'il mérite. J'acquiers un droit réel sur un immeuble: propriété, usufruit, servitude, hypothèque, peu importe. De quoi dépend l'efficacité de ce droit? De deux choses: d'abord du point de savoir si la personne avec laquelle je traite a qualité pour me le transmettre, - ensuite du point de savoir s'il existe déjà sur cet immeuble des droits qui me soient opposables, donnant à ceux auxquels ils appartiennent la faculté de m'évincer. Dès lors, toute mesure tendant à m'éviter les surprises, les évictions inopinées, sera constitutive du crédit; rien ne le favorisera plus que la publicité de l'état de la propriété. Cette publicité consolide le crédit, parce qu'elle fait apparaître le crédit mérité et démasque le crédit simulé.

On songea à organiser cette publicité dans l'ancien droit dès que le procédé de la tradition fictive eût été substitué à celui de la tradition réelle, substitution qui rendit occultes les mutations et transmissions de droits réels. Après divers essais, qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique 1, on est arrivé à distinguer dans la transmission des droits deux aspects: les conditions sous lesquelles la transmission se réalise entre les parties contractantes, puis les conditions sous lesquelles la transmission se réalise au regard des tiers, de telle sorte qu'elle leur devienne opposable. Si on parvient à subordonner les effets de la transmission, en tant qu'ils peuvent être opposés aux tiers, à des conditions suffisantes de publicité, le péril des mutations ou transmissions

occultes sera conjuré.

346. En fait, à l'heure présente, les procédés employés à cette fin varient selon qu'il s'agit des meubles ou des immeubles, c'est-à-dire selon que les transmissions ont pour objet des droits mobiliers ou immobiliers.

347. En matière mobilière, c'est-à-dire en ce qui concerne les transmissions de droits mobiliers, il n'existe pas de sys-

^{1.} Voy. Magnin, Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers, p. 10 et suiv. ; - cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 34, texte et note.

tème d'ensemble, mais seulement quelques dispositions applicables à des cas isolés. D'où cette conséquence que les transmissions de meubles, en général et sauf exceptions, s'opèrent au regard des tiers de la même manière et en même temps qu'entre les parties elles-mêmes.

348. Voici les cas isolés et exceptionnels dans lesquels il

en est autrement.

Premier cas.

C'est celui où il s'agit d'une cession de créance, par vente,

donation ou échange.

Les effets de cette convention ne sont pas les mêmes dans les rapports des parties entre elles et à l'égard des tiers. La distinction est très nettement établie par les articles 1689 et 1690. Entre les parties, le droit passe du cédant (vendeur, donateur, échangiste) au cessionnaire (acheteur, donataire, échangiste) par le seul effet de la convention; en conséquence, l'acquéreur peut exiger la délivrance du titre, le cédant le paiement du prix si la cession a été faite à titre onéreux (article 1138). Au regard des tiers, le cessionnaire, bien qu'il ait acquis la créance, n'en est saisi que quand le débiteur, contre lequel existe le droit cédé, a été officiellement informé de la cession par une signification à lui faite, ou quand il a accepté la cession dans un acte authentique (articles 1689 et 1690). Ces deux articles font partie du titre De la vente; mais la règle qu'ils énoncent n'en est pas moins applicable à toutes les cessions.

Par tiers il faut entendre les personnes suivantes.

1° Le débiteur cédé. — Si, dans l'ignorance de la cession intervenue, il paie sa dette au créancier primitif, il sera libéré; il aura payé à une personne qui n'était plus en réalité le créancier, mais qui n'avait cessé de l'être que par suite d'un fait non opposable au débiteur cédé. Réalisée entre les parties, la cession ne l'est pas encore au regard des tiers.

2° Les cessionnaires antérieurs de la créance. — Si le créancier a cédé, aliéné deux fois la même créance et que le second cessionnaire ait accompli le premier la formalité de la signification, celui-ci sera seul cessionnaire; sans doute il a acheté d'une personne qui n'était plus créancière, mais qui n'avait cessé de l'être que par un acte non susceptible d'être opposé au second cessionnaire.

3º Les créanciers du cédant. — Si ces créanciers saisissent la créance, on leur objectera vainement la cession non rendue

publique par la signification.

Nous nous bornons à ces indications sommaires, renvoyant à l'article 1690 pour les détails du sujet. Ce qui vient d'être dit suffit à montrer que la distinction entre les effets que la convention de donner produit *inter partes* et ceux qu'elle produit à l'égard des tiers est manifeste en ce qui concerne la cession de créance.

Autres cas semblables.

Il y a des valeurs dont la transmission ne s'opère que par des déclarations qui doivent être faites d'une certaine manière, et être inscrites sur certains registres : actions et obligations nominatives, titres de rente nominatifs. La convention translative intervenue entre les parties suffit pour réaliser la transmission en ce qui les concerne, mais elle ne suffit pas pour la réaliser au regard des tiers.

349. Ces cas isolés mis à part, la transmission des meubles s'opère à l'égard des tiers de la même manière et en même temps qu'entre les parties. Les acquéreurs deviennent propriétaires au regard des tiers et peuvent leur opposer le droit acquis aussitôt et de la même façon qu'ils deviennent propriétaires à l'égard de l'aliénateur et qu'ils peuvent, vis-à-vis de lui, se prévaloir du droit qu'ils ont acquis.

Il ne peut être question d'un système général de transcription des mutations mobilières. D'une part les meubles n'ont pas de situation fixe, et l'on ne saurait dès lors où remplir les formalités; on ne pourrait le faire ni au lieu de la situation des meubles, car cette situation est nécessairement changeante et la publicité ne serait pas effective, — ni au domicile des personnes, car lui aussi est changeant. D'autre part, l'infinie variété des meubles, leur nombre illimité, l'impossibilité où l'on se trouve le plus souvent de les désigner avec assez d'exactitude pour les distinguer les uns des autres, sont autant d'obstacles à l'organisation d'un système général de transcription des mutations mobilières. Enfin, la rapidité avec laquelle ils circulent, circulation d'ailleurs nécessaire aux transactions, ne s'accommoderait ni de la gêne, ni des lenteurs de la transcription.

Seulement les acquéreurs sont protégés s'ils sont de bonne foi — et ils ne méritent protection que dans ce cas — par la disposition générale de l'article 2279. Aussi l'article 1141 prévoit-il, au titre Des obligations et à propos des transmissions de droits, l'application de l'article 2279. La protection qu'il établit au profit des acquéreurs de bonne foi est nécessaire, à raison de l'instabilité de la propriété mobilière, et en l'absence d'un système de publicité; l'article 1141 limite le droit de suite et diminue, par voie de conséquence, les dangers qui en résultent; il remédie au caractère occulte des transmissions de meubles.

350. En résumé et en principe, quand il s'agit des meubles, il n'y a pas de distinction à faire entre la manière dont la transmission s'opère inter partes et celle dont elle s'opère au regard des tiers; sauf dans quelques cas exceptionnels, les acquéreurs deviennent titulaires des droits acquis au regard des tiers de la même manière et en même temps qu'au regard de l'aliénateur lui-même. L'article 2279, dans la mesure où il est applicable, suffit à protéger les acquéreurs de bonne foi; il remédie aux risques que le système de l'article 1138 ferait courir aux tiers et, par suite, au crédit public.

351. En ce qui concerne les transmissions de droits immobiliers, un système plus général et plus complet a fini par être organisé dans l'intérêt des tiers : celui de la transcription.

352. La nécessité de rendre publiques, dans l'intérêt des tiers, les transmissions de droits réels immobiliers fut admise en théorie dès le début de la Révolution.

353. Un premier pas dans cette voie fut fait par la loi du 9 messidor an III, qui posa le principe, consacré depuis par toutes les lois postérieures, de la publicité des hypothèques. L'hypothèque, droit réel immobilier, n'est acquise que par l'inscription sur les registres de la conservation des hypothèques '.

De la sorte, ceux qui acquièrent un immeuble n'ont plus à redouter de se voir opposer une hypothèque antérieurement constituée à leur insu; aucune hypothèque ne leur est opposable si elle n'a été inscrite. En outre, ceux qui acquièrent une hypothèque n'ont plus à redouter de se voir

^{1.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 174 à 176.

opposer des hypothèques antérieures dont ils auraient ignoré l'existence ¹.

Il y a bien encore quelques hypothèques occultes (article 2135), c'est-à-dire qui valent sans inscription ²; mais la loi vise, par divers moyens, à en atténuer le danger ³. On s'est demandé depuis longtemps s'il ne vaudrait pas mieux, au nom des exigences du crédit, ramener les hypothèques occultes au droit commun, afin de supprimer d'une façon complète le danger qu'elles présentent.

354. Un nouveau pas dans la même voie fut fait par la loi du 11 brumaire an VII. C'est la première loi sur la transcription. Elle a disparu, mais elle est capitale dans l'histoire du droit à cause des idées qu'elle a introduites 4.

Les rédacteurs de cette loi se sont proposé d'assurer aux prêteurs sur hypothèque le moyen de savoir : 1° s'ils traitent bien avec le véritable propriétaire, car de là dépend l'efficacité de l'hypothèque, — 2° si la propriété est libre aux mains du propriétaire de l'immeuble, ou déjà grevée de droits réels opposables aux tiers.

A cet effet, l'article 26 soumet à la transcription sur des registres publics, dont tout le monde peut demander un extrait et qui s'appellent les registres de la conservation des hypothèques, « les actes translatifs des biens ou des droits « susceptibles d'hypothèque ». Puis le même article ajoute : « Jusqu'à la transcription, ils ne peuvent être opposés aux « tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se se- « raient conformés aux dispositions de la présente. » En disant « avec le vendeur », le texte ne fait que donner un exemple ; la règle est applicable aux aliénations en général ; il faut lire : « avec l'aliénateur ».

La distinction entre les parties et les tiers quant à l'effet des transmissions est donc désormais établie. Une vente est conclue, une constitution conventionnelle d'usufruit intervient, etc. L'acquéreur devient tout de suite, par l'effet même de la convention, propriétaire, usufruitier, etc. Seulement, il ne devient tel par l'effet de la convention qu'au

^{1.} En ce qui concerne le mécanisme des registres de la conservation des hypothèques, voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 298 et suiv.

^{2.} Voy. Les suretés personnelles et réelles, tome II, p. 180 et 212.

^{3.} Ibid., p. 193 et 214.

^{4.} Ibid., p. 175.

regard de son auteur; il peut exiger de lui la délivrance, et il lui doit son prix si l'acquisition est à titre onéreux. Pour avoir un droit opposable aux tiers, aux ayants cause ultérieurs de l'auteur, il faut qu'il ait transcrit son titre.

La loi de brumaire se résume, dès lors, dans les deux

règles suivantes.

1° Lorsqu'un acquéreur a transcrit son titre et à partir de la transcription, aucun droit opposable à cet acquéreur ne

peut plus naître du chef de l'aliénateur.

2º Jusqu'à la transcription, bien que l'acquéreur soit investi du droit transmis au regard de l'aliénateur, les droits acquis du chef de celui-ci continuent d'être opposables à l'acquéreur. Pour les tiers, l'acquisition non encore transcrite ne compte pas. Les tiers, dans le sens de l'article 26 de la loi de brumaire an VII, sont les ayants cause de l'aliénateur, ceux qui ont acquis de lui des droits réels sur l'immeuble.

Le crédit des droits réels immobiliers se trouve de la sorte

établi par la publicité.

355. Toutefois, il n'est établi que d'une manière encore imparfaite. Et le système de la loi de brumaire aurait eu besoin d'être complété à divers égards pour devenir pleinement efficace.

D'une part, la loi de brumaire ne soumet à la publicité que les mutations opérées par actes entre vifs; elle laisse en dehors de ses prévisions les mutations à cause de mort.

D'autre part, elle soumet à la transcription les actes translatifs de biens ou de droits susceptibles d'hypothèque, et non tous les actes translatifs de droits réels immobiliers quel-

conques.

Il aurait fallu généraliser le système de la loi à ces deux points de vue pour donner à tous les acquéreurs de droits réels immobiliers quelconques le moyen de se renseigner sur les deux points qui les intéressent, savoir : s'ils traitent bien avec le véritable propriétaire, s'il existe déjà sur l'immeuble des droits pouvant leur être opposés. La loi de brumaire ainsi complétée aurait établi sur des bases solides et larges le crédit des droits immobiliers, en rendant public l'état de la propriété foncière.

356. Tel qu'il est, qu'est devenu le système de la loi de

brumaire dans le Code civil de 1804?

357. Au titre Des donations, à propos des transmissions par donation, le élgislateur a maintenu, au moins dans ses grandes lignes, le système de la loi de brumaire. De là l'article 939: « Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles « d'hypothèque, la transcription des actes contenant la dona- « tion et l'acceptation, ainsi que la notification de l'accep- « tation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite « aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement des- « quels les biens sont situés. » Ce texte reproduit, à propos des donations, le principe posé par l'article 26 de la loi de brumaire.

Une particularité doit cependant être signalée. Sous le régime de la loi de brumaire, la publicité n'était prescrite que dans l'intérêt des acquéreurs de droits réels, spécialement des créanciers hypothécaires; eux seuls pouvaient se prévaloir du défaut de transcription; la priorité de publicité ne valait priorité de droit que quand le conflit s'établissait entre deux personnes prétendant également un droit réel immobilier. Dans le Code civil, à propos des donations et sous l'influence des traditions relatives à l'insinuation 1, la publicité fut exigée au profit de tous les intéressés, comme l'indique l'article 941 : « Le défaut de transcription pourra être opposé « par toutes personnes y ayant intérêt, excepté toutefois « celles qui sont chargées de faire faire la transcription, « ou leurs ayants cause, et le donateur. » Tous ceux qui y ont intérêt peuvent se prévaloir du défaut de transcription, aussi bien les créanciers simplement chirographaires que les créanciers hypothécaires ou autres acquéreurs de droits réels.

Sauf cette particularité, le principe de la loi de brumaire a été conservé par le législateur de 1804 en matière de donations.

358. Au titre Des contrats, à propos des contrats translatifs, la question se posa sous une forme plus générale. Le principe du transfert de la propriété, plus généralement du transfert des droits réels par le seul effet des conventions, fut posé sans conteste dans l'article 1138; mais cet article ne dit pas si le transfert s'opère à l'égard des tiers en même

^{1.} Nous ne pouvons donner ici que des indications sommaires à cet égard renvoyant pour plus de détails à la partie du Cours de aroit civil qui contiendra le commentaire du titre Des donations.

temps qu'entre les parties. Des objections furent faites au système de la publicité; aucune décision ne fut prise et la question fut réservée. De là l'article 1140; il constate que des doutes s'étaient élevés et que le législateur a voulu se

donner du temps pour les résoudre.

Lors de la rédaction du titre *De la vente*, qui est le contrat translatif par excellence, les mêmes hésitations se reproduisirent et aucune décision ne fut encore prise. L'article 1583 consacra la règle sur laquelle tout le monde était d'accord: la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est « 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 ». C'est l'application de l'article 1138. Quant à la question du transfert à l'égard des tiers, elle fut encore réservée et ajournée.

Puis la question ne fut pas tranchée davantage au titre Des privilèges et hypothèques. De sorte que le principe de la loi de brumaire, conservé en matière de donations, s'est trouvé écarté quant aux contrats à titre onéreux, non pas sans doute

expressément, mais par prétérition.

359. Il existe bien, au titre Des hypothèques, un assez grand nombre d'articles qui ne se comprennent qu'à la condition de supposer le système de la transcription établi : ce sont les articles 2108, 2181 2196, 2199, 2200 et 2203. Le maintien de ces articles est dû à la façon subreptice dont a disparu le principe de la transcription. Quelques auteurs, après 1804, ont tiré argument de ces articles pour soutenir que la théorie de la transcription a été maintenue dans notre droit '; mais cette opinion ne pouvait pas prévaloir. Les articles cités sont redevenus exacts et d'accord avec les principes généraux depuis la loi de 1855, c'est-à-dire depuis que le principe auquel ils se rattachent a été rétabli dans notre droit.

360. Au lendemain de la promulgation du Code, l'incertitude régna donc de nouveau en ce qui concerne l'assiette de la propriété et des droits réels immobiliers, incertitude entraînant comme conséquence le défaut de sécurité et de crédit. Nul n'a le moyen de savoir légalement s'il traite avec le vrai propriétaire; tel l'était hier qui a pu cesser de l'être aujour-

^{1.} Voy. sur ce point, Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 42, texte et notes 3 et 4.

d'hui. Nul, traitant avec le propriétaire, ne connaît avec certitude l'état de l'immeuble acquis ou sur lequel un droit a été consenti; tel immeuble, libre hier, peut être grevé aujourd'hui d'usufruit ou de servitude.

Les victimes sont les prêteurs sur hypothèque, les acquéreurs d'immeubles ou de droits réels immobiliers.

361. Il a fallu cinquante ans pour réparer l'oubli des rédacteurs du Code civil. A plusieurs reprises on essaya d'y remédier, notamment en 1840 et 1849, mais sans succès ; on n'aboutit qu'en 1855. Tel est l'objet de la loi capitale du 23 mars 1855, la seconde, dans le droit moderne, qui soit

relative à la transcription.

Il n'est pas sans intérêt de savoir sous l'influence de quelles circonstances a été réalisée, en 1855, la réforme vainement tentée jusque-là. Quelques années auparavant avait été créée une grande société de crédit, le Crédit foncier de France (décrets des 28 février et 18 octobre 1852, loi du 10 juin 1853); elle était destinée à aider au développement de la propriété foncière au moyen de prêts sur hypothèques aux propriétaires d'immeubles, et apparaissait comme un rouage nécessaire à diverses grandes combinaisons financières alors entreprises. Pour que la société nouvelle pût poursuivre ses opérations avec sécurité et suffire au rôle qu'on lui destinait, il fallait qu'elle ne fût pas exposée aux périls qu'aurait entraînés l'incertitude dans l'assiette de la propriété foncière. C'est pour elle qu'on hâta et qu'on fit aboutir la réforme réalisée par la loi de 1855.

362. Voici quelles sont les grandes lignes de cette réforme. La loi de 1855 a remis en vigueur, en le généralisant, le système de la loi du 11 brumaire an VII. L'article 1138 continue de régler les effets des conventions translatives entre les parties; mais, si l'acquéreur devient propriétaire au regard de l'aliénateur par l'effet même du contrat, il ne peut opposer son droit aux tiers qu'à la condition d'avoir fait transcrire son titre et à partir de la transcription. C'est bien le système de la loi de brumaire. Seulement la loi de 1855, au lieu de n'être, comme la loi de brumaire, qu'une loi de crédit hypothécaire, est une loi de crédit foncier; au lieu de n'être faite que dans l'intérêt des prêteurs sur hypothèque, elle est faite dans l'intérêt des acquéreurs de droits réels immobiliers quelconques. Par suite, au lieu de ne soumettre à la publicité que les actes translatifs de biens et de droits susceptibles d'hypothèques, seuls actes qui intéressent les prêteurs sur hypothèque, elle y soumet les actes translatifs de droits réels immobiliers quelconques. La différence est considérable.

Tout le système de la loi de 1855 se résume dans les deux idées suivantes.

1° Elle soumet à la publicité les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers (articles 1 et 2), de manière que les personnes qui font une convention relative à un immeuble puissent savoir exactement à qui il appartient, de quels droits il est déjà grevé.

2° Elle sanctionne cette publicité en déclarant non opposables aux tiers les droits qui résultent d'actes soumis à la formalité et non transcrits. L'article 3, qui établit cette sanction, est l'article capital et comme la pierre angulaire

de la loi.

D'où cette conséquence, qui marque nettement sous quels rapports et dans quelle mesure la loi de 1855 a modifié les principes du Code civil. Entre les parties, les contrats translatifs de droits réels immobiliers opèrent hic et nunc le transfert; c'est l'application de l'article 1138. Mais l'acquéreur, bien qu'investi du droit acquis au regard de l'aliénateur, ne l'est au regard des tiers que par la transcription et à partir de cette formalité. Jusqu'à la transcription, l'aliénateur, bien que dessaisi dans ses rapports avec l'acquéreur, est regardé, en ce qui concerne les tiers qui traitent avec lui, comme étant encore investi du droit qu'il a cédé.

363. Reprenons ces idées pour en suivre l'application. Et

étudions successivement les trois questions suivantes.

1° Comment la publicité est-elle obtenue?

2° Sous quelles sanctions la publicité est-elle exigée?

3º Dans quelle mesure la loi de 1855 a-t-elle atteint le but que le législateur se proposait en la rédigeant?

Première question. — Comment la publicité est-elle obtenue?

364. La publicité est obtenue, comme sous la loi de l'an VII, au moyen des registres de la conservation des hypothèques.

Il existe un bureau par arrondissement. C'est là que sont centralisés les renseignements qui intéressent la propriété foncière pour tous les immeubles de la circonscription; on est assuré de les y trouver.

Le système ne s'applique pas, ne saurait s'appliquer aux meubles. Ils n'ont pas de situation fixe, passent rapidement de main en main, le plus souvent sans acte, de sorte qu'on ne saurait où les saisir, ce qui fait qu'aucune publicité utile ne peut être organisée en ce qui les concerne.

365. Nous avons exposé, au titre Des privilèges et hypothèques, tout ce qui a trait à la tenue et au maniement de ces registres ¹. Il suffit de rappeler que les registres tenus à la conservation sont de deux sortes. Il y a d'abord un registre, dont la tenue est légalement obligatoire, sur lequel les actes soumis à la formalité de la transcription sont transcrits au fur et à mesure qu'ils sont présentés; c'est le registre des formalités (articles 2200 et 2203). Puis il existe un autre registre, appelé Répertoire, dans lequel les actes qui figurent au registre des formalités sont méthodiquement classés aux noms des personnes qui sont parties aux actes; la tenue de ce registre n'est pas exigée par la loi, mais elle est imposée par les règlements administratifs.

Au moyen de ces registres, le conservateur des hypothèques peut, quand il en est requis, délivrer des états indiquant, à propos de chaque immeuble de la circonscription: 1° quelle a été la filière des transmissions, — 2° quel en est le propriétaire actuel, — 3° de quels droits l'immeuble est grevé. Le conservateur est tenu de délivrer les certificats qui lui sont demandés (article 2496). Il est responsable des erreurs qu'il y commet (article 2497); à cet effet, il doit déposer un cautionnement comme garantie des faits de charge (loi du 24 ventôse an VII); les conservateurs peuvent être poursuivis comme de simples particuliers (décision ministérielle du 2 décembre 1807) devant le tribunal de la situation du Bureau, et leur responsabilité dure dix ans après la cessation de leurs fonctions (loi du 24 ventôse an VII, articles 7, 8 et 9).

366. Sur ces registres, la publicité est obtenue au moyen de trois procédés: l'inscription, la transcription et la mention.

Nous n'avons point à insister ici sur l'inscription, qui est

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 298 et suiv.

spéciale aux privilèges et hypothèques, et dont l'étude a sa place naturelle dans le commentaire du titre Des privilèges et hypothèques. Bornons-nous à dire que l'inscription consiste dans la reproduction sur les registres d'un bordereau que le créancier requérant doit présenter au conservateur (articles 2148 et 2149); l'insertion du bordereau vaut inscription. Les articles 2106, 2134 et 2166 sont le siège de la matière et il suffit d'y renvoyer ¹. La loi de 1855 ne s'occupe de l'inscription que pour modifier en quelques points les dispositions du Code civil ².

La transcription est spéciale aux actes translatifs des droits réels autres que les privilèges et hypothèques ³. Elle consiste dans la reproduction de l'acte, dans sa copie littérale et *in extenso* sur les registres.

Enfin la mention consiste dans une indication mise en marge d'une inscription prise ou d'un acte transcrit. Et nous avertissons une fois pour toutes que nous allons nous occuper exclusivement des mentions à faire en marge d'actes déjà transcrits; nous laisserons de côté les mentions qui doivent être faites en marge d'inscriptions déjà prises, dans certaines hypothèses particulières dont nous avons parlé ailleurs *.

Il y a grand intérêt à distinguer ces deux derniers modes de publicité; car, ainsi que nous le verrons, ils ne sont pas exigés sous la même sanction.

I. Quels actes doivent être transcrits?

367. Les articles 1 et 2 de la loi en contiennent l'énumération. L'article 1 y soumet les actes translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ; c'est l'ancien article 26 de la loi de brumaire. L'article 2 y soumet, en outre, les actes translatifs des autres droits réels même non susceptibles d'hypothèque ; voilà l'innovation, et c'est par là que la loi de 1855 n'est pas seulement une loi de crédit

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 302 et suiv., — tome II, p. 228 et suiv.

^{2.} Ibid., tome II, p. 34.

^{3.} Il faut noter cependant que la transcription joue un rôle en ce qui concerne la conservation de certains privilèges, soit mobiliers, soit immobiliers. Voy. Les sûretés personnelles et réelies, tome II, p. 34.

^{4.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 292 et suiv.

hypothécaire, mais, plus généralement, une loi de crédit foncier.

On aurait pu réunir les deux dispositions. Si on ne l'a pas fait, c'est qu'on a voulu : 1° reproduire la loi de brumaire, — 2° en élargir la portée. Réunissant les deux articles, on peut dire : sont soumis à la formalité de la transcription tous les actes entre vifs translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers.

368. « Tous les actes entre vifs. » Donc il n'y a pas lieu de transcrire les mutations qui s'opèrent par voie de succession ab intestat; on a considéré qu'elles ne sont pas occultes, la mort étant un fait ostensible et public qui les annonce suffisamment. Il n'y a pas lieu non plus de transcrire les dis-

positions testamentaires.

La publicité n'aurait pas présenté cependant moins d'utilité pour ces transmissions que pour les transmissions entre vifs. En effet, une personne meurt ; elle a légué un immeuble à un étranger. Il importe aux tiers de connaître le legs ; ne vont-ils pas être exposés, si le testament n'est pas porté à leur connaissance, à traiter avec l'héritier, le croyant propriétaire alors qu'il ne l'est pas, à lui acheter l'immeuble, à lui prêter sur hypothèque, en un mot à acquérir un droit qui tombera devant celui du légataire ?

Cependant le législateur de 1855 n'a pas osé ordonner la transcription des mutations par décès. Il a craint de trop exposer les testaments en les assujettissant à la transcription. En effet, qui aurait-on chargé de requérir la transcription? L'héritier? Mais ce n'est pas de son titre qu'il s'agit. Le légataire? Mais il arrive souvent qu'il ne connaît pas tout de suite l'existence du testament, lequel est parfois retenu pendant un certain temps par l'héritier; subordonner le droit du légataire, au regard des tiers, à la transcription, c'eût été faire dépendre ce droit d'une formalité que souvent le légataire ne peut pas remplir.

Donc la transcription n'est exigée que pour les actes entre vifs. Des autres mutations les tiers ont connaissance comme

ils peuvent.

369. « Tous les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers. » Tous les actes, dès qu'ils ont l'un de ces caractères, sont soumis à la formalité.

« Tous actes », dit la loi de 1855 ; et cette expression com-

prend non seulement les contrats, mais aussi les jugements. Les jugements soumis à la transcription sont de deux sortes: 1° les jugements translatifs, au sens propre du mot, en d'autres termes les jugements d'adjudication dans les ventes d'immeubles faites aux enchères devant les tribunaux (article 1-4°), — 2° les jugements qui déclarent l'existence de conventions verbales ayant constitué ou transmis des droits réels immobiliers (article 1-4°).

Mais ces actes divers ne sont soumis à la formalité de la transcription que dans le cas où ils sont attributifs ou translatifs de droits. Par conséquent, les partages ne sont pas soumis à la formalité, ni les jugements d'adjudication qui y sont assimilés (article 883 du Code civil, et article 1-4° de la loi de 1855).

370. Sur les articles de la loi de 1855 qui énumèrent les actes soumis à la transcription, trois observations doivent être présentées.

Première observation.

L'article 2-4° et 5° de la loi de 1855 soumet à la transcription les baux de plus de dix-huit ans, quoiqu'il n'en résulte pas un droit réel au profit du preneur, locataire ou fermier, mais seulement un droit de créance, une créance de jouissance. On a considéré que l'acquéreur d'un immeuble peut être tenu de respecter les baux consentis relativement à cet immeuble (article 1743); dès lors, ces baux constituent pour l'acquéreur une charge lourde, dont il importe qu'il soit prévenu. Les baux transcrits sont opposables pour toute leur durée aux personnes qui traitent avec le propriétaire; les baux non transcrits ne sont opposables que pour dix-huit ans.

Deuxième observation.

Les articles 1 et 2 de la loi de 1855 ne sont applicables aux transmissions à titre gratuit que sous réserve de l'application des articles 939 et 941 du Code civil (article 11 alinéa 6 de la loi de 1855). Cependant, comme ces articles 1 et 2 sont conçus en termes plus généraux que l'article 939, ils sont applicables à celles des donations d'immeubles que cet article n'atteint pas. Or il n'assujettit à la transcription que les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèque ; la loi de 1855 y

assujettit les autres. Il s'ensuit que les donations sont soumises à un double régime : les unes sont régies par l'article 939,—les autres, par exemple les constitutions de servitudes à titre gratuit, sont régies par la loi de 1855. On en a douté d'abord; mais la solution est admise sans conteste à l'heure actuelle.

Troisième observation.

La loi de 1855 ne soumet pas seulement à la transcription les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers. Les articles 1-2° et 2-2° y soumettent, en outre, les actes portant renonciation à ces mêmes droits.

Cette règle semble, au premier abord, se justifier aisément. Car la renonciation à un droit entraîne déplacement de ce

droit, par conséquent transmission.

Cependant, la règle posée par les articles 1-2° et 2-2° ne s'explique rationnellement qu'en partie, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre.

L'article 1-2° soumet à la transcription tout acte portant renonciation à un droit réel susceptible d'hypothèque. Cette exigence se conçoit sans peine. Soit, par exemple, une renonciation à usufruit. L'usufruitier perd son droit; le nu propriétaire devient plein propriétaire. L'acte doit être transcrit pour être opposable aux tiers; jusque-là il ne produit effet que dans les rapports des parties entre elles. Et par tiers il faut entendre ici les ayants cause de l'usufruitier. Supposons que cet usufruitier, après avoir renoncé à son droit, vienne à le céder ou à le grever d'hypothèque; la renonciation n'est pas opposable soit au cessionnaire, soit au créancier hypothécaire, si celui-ci n'a pas été averti, avant la publication de son propre droit, par la transcription de la renonciation, que l'usufruitier a perdu cette qualité.

L'article 2-2° soumet à la transcription tout acte portant renonciation à un droit de servitude. Cette exigence se conçoit encore. En effet, le fonds dominant peut être vendu; et il importe que l'acquéreur de ce fonds soit averti d'une renonciation qui en diminue la valeur. La renonciation qui n'aurait point été transcrite avant la transcription de la vente du fonds dominant ne serait point opposable à l'acquéreur

de ce fonds.

L'article 2-2° soumet à la transcription tout acte portant

renonciation à un droit d'antichrèse. C'est encore une exigence que l'on peut concevoir à la rigueur. Supposons que le titulaire d'une créance garantie par un droit d'antichrèse cède ce droit en même temps que la créance garantie. Certains auteurs admettent que cette cession est soumise à la transcription ⁴. Il ne faut pas que le cessionnaire soit exposé à se voir opposer une renonciation qui ne serait pas soumise à la nécessité de la transcription.

Mais l'article 2-2° va plus loin. Il soumet à la transcription tout acte portant renonciation à un droit d'usage et d'habitation. Et cette exigence ne se comprend plus du tout. En effet, les droits d'usage et d'habitation ne sont ni cessibles (articles 631 et 634), ni susceptibles d'hypothèque (article 2118). Quels sont donc les tiers qui pourraient se prévaloir du défaut de transcription? Il n'y en a pas. Dès lors, à quoi

bon exiger la transcription? Elle est sans utilité.

La disposition qui nous occupe est une inadvertance du législateur de 1855. Les rédacteurs de la loi ont cédé à un attrait de symétrie. L'article 1 soumet à la transcription: 1° les actes entre vifs constitutifs de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèque, — 2° les actes portant renonciation à ces mêmes droits; l'article 2-1° soumetant à la transcription les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, le législateur a cru devoir ajouter: 2° les actes portant renonciation à ces mêmes droits.

Et cette inadvertance n'est pas sans importance pratique. Le fisc, au moment de l'enregistrement des actes de renonciation dont il s'agit, perçoit les droits de transcription, puisqu'il s'agit d'actes de nature à être transcrits, bien que la

transcription soit dépourvue d'utilité 2.

371. Tels sont les actes qui doivent être transcrits. Une seule formule les comprend tous : sont soumis à la formalité les actes entre vifs constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers. Dans quelques cas, il peut y avoir et il y a doute

^{1.} En ce sens: Flandin, Transcription, I, nº 404 et suiv. — En sens contraire: Mourlon, Transcription, II, nºs 103 et 104, — Guillouard, Nantissement, nº 234.

^{2.} En principe, les renonciations à des droits réels susceptibles d'hypothèque doivent, pour donner lieu à la transcription, opérer un effet translatif, c'est-à-dire n'être pas purement extinctives. Tous les auteurs s'accordent sur ce point. Voy. Flandin, *Transcription*, nº 436.

sur le point de savoir si tel ou tel acte est ou non assujetti à la formalité. La question ne rentre pas alors dans le système général de la transcription, mais doit être examinée relativement à l'acte à propos duquel elle se pose; la solution dépend du point de savoir si l'acte dont il s'agit est ou n'est pas constitutif ou translatif d'un droit réel immobilier.

II. Quels actes sont soumis à la simple mention ?

372. La réponse est fournie par l'article 4 de la loi de 1855. Ce sont les décisions judiciaires « prononçant la réso- « lution, nullité ou rescision d'un acte transcrit » ¹.

Ce qui est publié, ce n'est pas l'éventualité de la nullité, de la rescision ou de la résolution; ce n'est pas non plus la demande quand elle est formée; c'est le jugement. Il y a donc, en dépit de la publicité, un trouble et des surprises possibles. Une personne traite avec le vrai propriétaire; le droit acquis par elle peut ultérieurement s'évanouir si le droit de l'auteur est annulé, résolu ou rescindé (article 2125). Dans le cas spécial de révocation d'une donation pour ingratitude, l'article 958 prescrit de rendre publique la demande elle-même. Mais cette prescription est toute spéciale. Ordinairement, les jugements seuls sont rendus publics, ce qui évite les surprises pour l'avenir, sans faire disparaître celles qui ont leur cause dans le passé. On ne rend pas publiques des éventualités, mais des faits précis; quant aux éventualités, elles sont inhérentes aux actions; qui connaît les actes doit les prévoir.

Deuxième question. — Sous quelles sanctions la publicité est-elle exigée ?

373. Les sanctions varient suivant qu'il s'agit de la transcription ou de la mention.

I. Sanction du défaut de mention.

374. La sanction du défaut de mention consiste en une simple amende (article 4-2° de la loi de 1855); le défaut d'accomplissement de la formalité n'exerce aucune influence

^{1.} Nous avons déjà dit que nous ne nous occupons pas des mentions à faire en marge d'inscriptions déjà prises, mais seulement des mentions à faire en marge d'actes déjà transcrits. Voy. suprà, nº 366 in fine, p. 212.

sur les effets du jugement, qui n'en est pas moins opposable aux tiers 1. On a estimé qu'il n'était ni nécessaire, ni possible, ni vraiment utile d'aller plus loin.

Cela n'était pas nécessaire. En effet, la loi charge certains officiers ministériels du soin de procéder à cette formalité (article 4-2°); c'est pour eux l'accomplissement d'un devoir professionnel, et cette garantie est suffisante.

Cela n'était pas possible. Il s'agit de décisions judiciaires, dont l'autorité et l'efficacité ne sauraient être subordonnées à l'accomplissement d'une formalité par un particulier; les

décisions judiciaires ont force par elles-mêmes.

Enfin, cela n'était pas vraiment utile. En effet,répétons-le², la mention ne révèle pas l'éventualité de la résolution, de la nullité, de la rescision, mais le jugement qui les prononce. Or, ce qui est dangereux pour le crédit, c'est surtout cette éventualité. Quand la résolution survient, elle anéantit rétroactivement les droits établis, dans quelques circonstances qu'elle se produise; comment le défaut de mention empêcherait-il le jugement d'être opposable aux tiers, puisque la résolution peut être opposée aux tiers qui ont traité avant ce jugement? Si l'on maintient la résolution, la nullité, la rescision, il faut bien bien qu'elles rétroagissent.

En résumé, la sanction consiste en une simple amende.

375. L'avoué qui n'aurait pas rempli la prescription de l'article 4 serait-il passible de dommages-intérêts au profit de ceux qui auraient souffert de sa négligence? Question délicate. D'après l'opinion dominante, l'amende est la seule sanction que l'avoué puisse encourir ³.

1. Il importe de noter avec soin que cette théorie de la sanction du défaut de mention n'est pas applicable dans tous les cas où une mention est exigée.

D'abord nous avons dit deux fois déjà que nous nous occupons exclusivement des mentions à faire en marge d'actes transcrits, et non des mentions à faire en marge d'inscriptions prises (suprà, nº 366 in fine, — et p. 217, note 1).

En second lieu, nous avons indiqué que la loi de 4855 n'a pas écarté le régime établi pour la transcription des donations immobilières par les articles 939 et 941 du Code civil (suprà, p. 214). Par conséquent l'article 958, qui est un corollaire des deux articles précités, reste en vigueur; or cet article attache une sanction spéciale et particulièrement efficace au défaut de mention dans l'hypothèse dont il s'occupe. C'est un point sur lequel nous nous expliquerons dans la partie du Cours de droit civil consacrée aux donations entre-vifs.

2. Voy. suprà, nº 372, p. 217.

3. La question doit être envisagée à un double point de vue. Vis-à-vis des

II. Sanction du défaut de transcription.

376. S'il s'agit non plus de la mention, mais de la transcription, la sanction est toute différente. Elle est édictée par l'article 3 de la loi de 1855: « Jusqu'à la transcription, les « droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles « précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des « droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se con- « formant aux lois. » Ce texte est fondamental.

Les tiers, ici, sont toutes les personnes qui ont acquis, à titre particulier, un droit réel sur l'immeuble et qui ont

rendu leur droit public.

377. Prenons, à titre d'exemples, quelques hypothèses. Et nous allons suivre dans les faits l'application du principe.

Première hypothèse.

Primus, propriétaire d'un immeuble, le vend successivement à deux personnes. Des deux acheteurs successifs lequel sera préféré? Sous l'empire du Code civil, cela dépendait de la date des actes; celui-là l'emportait qui avait donné le premier date certaine à son titre. Sous le régime de la loi de 1855, cela dépend de la date non des actes, mais de la transcription; celui-là l'emporte qui a transcrit le premier; lui seul, en effet, possède dès lors un droit opposable aux tiers.

Deuxième hypothèse.

Primus, propriétaire d'un immeuble, le vend ; puis il constitue des droits sur cet immeuble, ou en laisse acquérir de son chef. Entre l'acheteur et les personnes au profit desquelles le vendeur aurait établi un usufruit, des servitudes, à qui doit aller la préférence? Sous l'empire du Code civil, tout dépendait de la date des actes ; l'acquéreur eût été obligé de respecter les droits constatés par actes ayant acquis date

tiers, l'avoué n'est point passible de dommages-intérêts, parce qu'il n'existe, entre lui et les tiers, aucun lien de droit qui puisse servir de base à une action en responsabilité: Rivière et Huguet, Questions sur la transcription, n° 310, — Rivière et Français, Explication de la loi sur la transcription, n° 70, — Flandin, Transcription, n° 611, — Mourlon, Transcription, II, n° 556. — Vis-à-vis de son client, l'avoué qui a causé un préjudice par sa négligence peut être regardé comme tenu de le réparer suivant les règles du droit commun en matière du mandat: Rivière et Huguet, op. cit., n° 310. Toutefois, la solution contraire paraît l'emporter: Verdier, Transcription, II, n° 421, — Dalloz, Répertoire, v° Transcription, n° 385.

certaine avant son acquisition, non les autres. Sous l'empire de la loi de 1855, il respectera les droits de ceux qui auront transcrit leur titre avant qu'il ait lui-même transcrit le sien.

Troisième hypothèse.

Un usufruitier renonce à son droit; puis il hypothèque ce droit ou le cède. Le nu propriétaire peut-il alléguer que l'usufruit n'existait plus au moment de la constitution d'hypothèque ou de la cession? Si le créancier hypothécaire s'est fait inscrire, ou si le cessionnaire a fait transcrire son titre avant que le nu propriétaire ait transcrit la renonciation, le droit du créancier ou du cessionnaire est opposable au nu propriétaire.

Quatrième hypothèse.

Le conflit s'élève entre un créancier hypothécaire et les acquéreurs soit de la propriété, soit d'un droit d'usufruit ou de servitude. Le créancier hypothécaire ne connaîtra que ceux qui auraient transcrit avant qu'il s'inscrive.

378. En un mot, un droit, même légitimement acquis, n'est opposable aux tiers par l'acquéreur que si celui-ci a transcrit l'acte qui l'investit du droit avant que les tiers

n'aient rendu publics les actes qu'ils invoquent.

La conséquence est que quiconque se propose d'acquérir un immeuble, ou un droit réel sur un immeuble, doit demander au conservateur des hypothèques un état des transcriptions et des inscriptions qui se rapportent à cet immeuble (article 2196) ¹. Sur le vu de ce document, l'acquéreur pourra estimer ce que vaut le droit à acquérir et savoir les deux choses qui l'intéressent. Il saura s'il traite avec le vrai propriétaire, ou du moins avec quelqu'un qui ait la qualité de propriétaire par rapport à lui acquéreur. Il saura de quels droits l'immeuble est grevé; lui seront seuls opposables les droits rendus publics à l'époque où il transcrira lui-même son titre.

Aussi ces états ont-ils, dans la pratique, une utilité journalière, une importance considérable.

379. Cela posé, reste une dernière hypothèse. Si telle est

^{1.} Cette formule doit être entendue sous réserve de ce qui sera dit infrà, no 390.

l'idée fondamentale de la loi de 1855, que faut-il décider dans le cas suivant? Primus vend un immeuble à Secundus, qui ne prend pas soin de faire transcrire son titre; Secundus vend à Tertius, qui, lui, fait transcrire; après quoi, Primus vend à Quartus, qui transcrit. Les deux acquéreurs ont transcrit leurs titres. Lequel des deux sera préféré?

La question est embarrassante.

Au premier abord, faisant application rigoureuse de l'idée d'après laquelle la priorité de publicité vaut priorité de droit, on est tenté de dire que la transcription effectuée par Tertius rend le droit de Tertius préférable à tout autre droit qui serait transcrit postérieurement du chef d'un propriétaire antérieur quelconque. La transcription opérée par Tertius, ayant cause de Secundus qui n'a pas transcrit, équivaudrait à la transcription que Secundus aurait effectuée luimême; elle dessaisirait définitivement Primus, et empêcherait que la transcription effectuée par Quartus pût avoir aucun effet à l'encontre de Tertius 1.

Mais cette solution n'est pas juridique.

D'une part, elle repose sur une analyse inexacte de la situation de *Tertius*. Celui-ci est l'ayant cause de *Secundus*, et ne saurait, comme tel, avoir plus de droits que *Secundus* lui-même n'en avait. Or *Secundus*, n'ayant pas transcrit, n'était propriétaire qu'au regard de *Primus*. Donc le droit de *Tertius* n'est opposable qu'à *Primus* seul; *Quartus*, qui aurait pu opposer à *Secundus* le défaut de transcription, peut également l'opposer à *Tertius*, quoique celui-ci ait transcrit. D'autre part — et cette considération est décisive — la so-

D'autre part — et cette considération est décisive — la solution proposée est en opposition flagrante avec les principes qui dominent notre régime de publicité des mutations immobilières. Nous verrons plus tard ² que la transcription d'une mutation immobilière doit être effectuée non pas au nom de l'immeuble, mais au nom de l'aliénateur de cet immeuble; de sorte que l'acquéreur d'un immeuble peut connaître les mutations de propriété consenties par son auteur, non les mutations consenties par les ayants cause de cet auteur,

2. Voy. infrå, nº 390.

^{1.} Voy. en ce sens Gustave Bressolles, Commentaire de la loi du 23 mars 1855, dans le Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, année 1854-1855, p. 362.

lorsque ceux-ci n'ont pas fait transcrire; dans notre hypothèse, Quartus peut se renseigner sur les mutations consenties par Primus, non sur celles qui émanent de Secundus. Dès lors, l'aliénation consentie par Secundus, même transcrite antérieurement à la transcription de l'aliénation consentie à Quartus, ne peut être opposable à celui-ci; car la loi ne saurait regarder comme opposable à Quartus un droit dont elle ne le met pas à même de connaître l'existence. La transcription opérée par Tertius n'équivaut pas à la transcription qu'aurait effectuée Secundus et n'a pas pour effet de dessaisir définitivement Primus. Pour que le droit de Tertius fût opposable à Quartus, il faudrait que Tertius eût pris soin de faire transcrire, en même temps que son propre titre, le titre de son auteur, c'est-à-dire le titre de Secundus; ce titre une fois transcrit au nom de Primus, Quartus serait à même d'en connaître l'existence, et le titre lui deviendrait opposable. Mais la solution contraire s'impose lorsque Tertius a fait transcrire son propre titre en négligeant de faire transcrire le titre de Secundus 1.

380. Voilà toute l'économie de la loi de 1855, au moins quant à celles des dispositions de cette loi qui sont relatives à la transcription.

Troisième question. — Dans quelle mesure la loi de 1855 a-t-elle atteint le but que le législateur se proposait en la rédigeant?

381. Le législateur de 1855 s'est proposé d'organiser le crédit des droits réels immobiliers, en d'autres termes le crédit de la propriété foncière. Il a voulu offrir aux intéressés le moyen de connaître exactement l'état des droits existant sur les immeubles, afin que tout acquéreur d'un droit réel immobilier puisse savoir quelle est la valeur de ce droit.

Y a-t-il réussi d'une façon complète?

La réponse est douteuse. La question est actuellement posée devant les pouvoirs publics. Divers projets et propositions de lois ont été présentés aux Chambres ². Une grande com-

^{1.} Voy. en ce sens Aubry et Rau, 5° édition, II, p. 467 et suiv., texte et notes 99 et suiv., — et la pénétrante argumentation de M. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 84 et suiv., spécialement p. 99 et suiv.

^{2.} Voy. l'analyse de ces projets et propositions dans P. Magnin, Étude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers, p. 223 et suiv.

mission extra-parlementaire étudie la réforme; elle a déjà publié plusieurs volumes de rapports et de documents 1.

382. Le système de la loi de 1855, si vanté au début, est

aujourd'hui très attaqué.

Pour trois raisons, il ne pouvait avoir qu'une efficacité partielle et, par suite, insuffisante. Le crédit suppose la sécurité; par conséquent, là où les mesures prises ne donnent que des garanties incomplètes, on ne peut pas dire que le crédit soit vraiment organisé. Ce qui importe aux acquéreurs de droits immobiliers, ce n'est pas de connaître une partie des éléments qui constituent l'état de la propriété foncière, mais de les connaître tous, surtout d'être assurés qu'il n'y en a pas d'autres, qu'il ne peut pas y en avoir d'autres; sans cela, le doute subsiste quant à l'efficacité des droits acquis, ce qui suffit pour détruire la sécurité, par conséquent pour exclure le crédit.

Voici les trois raisons d'où résulte l'insuffisance du système

de 1855 2.

Première raison.

383. En fait, les registres de la conservation des hypothèques, tels qu'ils sont actuellement tenus, ne mentionnent pas, à beaucoup près, toutes les mutations qu'il faudrait connaître pour avoir exactement l'état de la propriété foncière, et encore moins tous les droits qui affectent cette propriété. Il y a exagération certaine à dire, comme on le fait souvent, qu'ils mettent à jour l'état de la propriété foncière.

D'une part, toutes les mutations par décès — et elles sont

nombreuses — échappent à la transcription 3.

De plus, parmi les actes entre vifs, il en est qui n'y sont

2. Voy. sur les critiques qui peuvent être adressées au régime de 1855: les divers rapports cités à la note précédente, — Besson, Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, p. 125 et suiv., — Magnin, op. laud., p. 24 et suiv. — Cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 292 et suiv., spé-

cialement p. 295 et suiv.

3. Suprà, p. 213.

^{1.} Les Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre ont été publiés par les soins du Ministère des finances. Il importe de consulter en particulier les rapports de M. Massigli sur La publicité des droits réels autres que les privilèges et hypothèques, sur L'immatriculation, et sur le Projet de décret concernant la Nouvelle-Calédonie, — puis les rapports de M. Fravaton sur La circonscription des conservations de livres fonciers, et sur La responsabilité des personnes chargées de la tenue des livres fonciers.

pas non plus assujettis: le partage et les actes assimilés qui ne sont pas translatifs, mais déclaratifs ¹.

En outre, malgré la généralité des articles 1 et 2 de la loi de 1855, tous les droits réels n'ont pas besoin d'avoir été rendus publics pour être opposables aux tiers. Il y a des hypothèques occultes, qui sont opposables aux tiers indépendamment de toute inscription: celles des femmes, des mineurs, des interdits? Il y a des servitudes qui sont acquises et grèvent les immeubles sans publicité: les servitudes légales, celles qui sont établies par la prescription et la destination du père de famille; sont seules soumises à la loi de 1855 celles qui sont établies par des actes.

Enfin, les acquéreurs restent toujours exposés aux nullités, rescisions, révocations ou résolutions pouvant atteindre le droit de leur auteur. Rien ne les leur révèle ; rien ne leur permet d'en éviter les suites. L'article 4, nous l'avons vu ³, veut qu'on mentionne les jugements rendus ; mais rien n'en annonce l'éventualité.

Par conséquent, en dehors des renseignements que fournissent les états et certificats délivrés par les conservateurs, il en est d'autres que les intéressés ont besoin de connaître et qu'ils sont réduits à chercher, en fait, comme ils peuvent. Imprudent serait l'acquéreur qui se contenterait de ce que les états et certificats lui apprennent.

384. Ce n'est pas encore tout. Même à l'égard des actes soumis à la formalité, la loi du 23 mars 1855 n'a prescrit la publicité que pour l'avenir; elle n'a pas atteint les actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856, date d'entrée en vigueur de cette loi (articles 10 et 11 alinéa 1). De sorte que tous les droits acquis avant cette date sont et restent opposables aux tiers, à perpétuité, indépendamment de toute publicité, conformément à la loi en vigueur au moment où ils ont été passés. Il résulte de là que l'effet de la loi se produira seulement peu à peu et à la longue; pendant longtemps, l'efficacité en restera incomplète.

On n'a pas osé exiger la transcription des actes antérieurs au 1^{er} janvier 1856 pour deux raisons.

D'abord, on a redouté l'encombrement des bureaux de

^{1.} Suprà, nº 369, p. 213 et 214.

^{2.} Voy. Les sûrelés personnelles et réelles, tome II, p. 179.

^{3.} Suprà, nº 372, p. 217.

conservation des hypothèques, à raison du nombre énorme d'actes qu'il aurait fallu transcrire si la loi avait eu un effet rétroactif, s'il avait fallu mettre à jour l'état de la propriété foncière d'après les titres antérieurs à 1856.

D'autre part, on a craint les méprises, les négligences, et les atteintes qui en auraient été la conséquence pour des droits légitimement acquis, enfin les frais qui auraient été

imposés à l'occasion de ces mêmes droits.

385. De sorte que les registres, même depuis 1855, sont loin de révéler complètement l'état de la propriété foncière. L'acquéreur n'a pas la certitude d'être garanti contre tout droit non révélé par les registres.

Pour cette première raison, le système de la loi de 1855 ne

possède qu'une efficacité limitée.

Deuxième raison.

386. Elle a une importance plus grande encore que la précédente, car elle tient au caractère même du système

et le temps n'aura aucune action sur elle.

Un élément fait défaut au système pour qu'il donne des garanties vraiment sérieuses : une assiette préalable et fixe de la propriété foncière. Cette assiette n'existe pas. Les formalités prescrites établissent bien que tels ou tels actes sont intervenus ; elles ne prouvent ni l'existence ni, à plus forte raison, la légitimité des droits que les actes ont pour objet.

En effet, dans notre droit, la publicité donnée à un acte, soit par transcription, soit par mention, soit par inscription s'il s'agit de privilèges ou d'hypothèques, ne fait nullement preuve de la validité ou de la légitimité de cet acte. La loi de 1855 dit bien, dans son article 3, que tout acte régulièrement publié est opposable aux tiers; mais cela suppose résolue la question de validité de l'acte, la question d'existence et d'efficacité du droit. L'acte transcrit est opposable aux tiers s'il est d'ailleurs valable, le droit acquis est opposable aux tiers s'il existe. En d'autres termes, la formalité ne prouve pas le droit; elle avertit qu'il est opposable s'il existe réellement.

De sorte qu'on peut contester la validité d'un acte de vente d'immeuble bien que cet acte ait été transcrit, d'une hypothèque bien qu'elle ait été inscrite. Ainsi s'explique l'article 2199: « Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent « refuser ni retarder la transcription des actes de mutation, « l'inscription des droits hypothécaires, ni la délivrance des « certificats requis, sous peine des dommages-intérêts des par-« ties. » En effet, les conservateurs ne sont pas juges de la validité des actes ¹. Les actes deviendront ce qu'ils pourront; s'ils sont valables, la publicité aura été utile; s'ils ne le sont pas, elle aura été superflue, et personne, au reste, n'aura pu en souffrir.

387. C'est là un des caractères essentiels du système français.

Ce système diffère notablement de celui qui a cours dans d'autres pays, spécialement en Allemagne. Les registres fonciers, en Allemagne, ont pour but d'établir la preuve de ce qu'ils contiennent; dès qu'une personne a inscrit un droit réel, on doit la regarder comme en étant vraiment titulaire. Ce régime implique, de la part de l'agent qui tient les registres, une véritable magistrature. Il doit discuter la validité des titres et ne procéder à l'inscription qu'après une sorte de procès, du moins après un contrôle. S'il inscrit, le droit est jugé bon et valable; l'inscription fait preuve de l'existence du droit. Le droit allemand ne contient aucune disposition qui rappelle notre article 2199 ².

Combien le système français n'est-il pas différent! Le conservateur doit porter sur ses registres, sans examen, tous les actes qu'on lui présente; les inscriptions, transcriptions et mentions ne prouvent rien: elles ont seulement pour but de mettre les acquéreurs en garde, de les engager à examiner la situation. Les registres allemands prouvent, les nôtres avertissent; les premiers épargnent toute recherche, les seconds facilitent les recherches mais n'en dispensent pas.

388. Lequel des deux systèmes est le meilleur?

En faveur du système français on a fait valoir divers arguments, notamment les deux suivants.

D'une part, l'autorité judiciaire seule a vraiment compétence pour apprécier la validité des titres.

D'autre part, n'est-il pas suffisant pour le crédit que les intéressés soient mis en garde, avertis, soustraits au danger de contracter sans connaissance de cause? Une fois avertis, s'ils

^{1.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 303 in fine.

^{2.} Voy. P. Magnin, Étude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers, p. 94 et suiv.

éprouvent un dommage, ils ne peuvent plus se plaindre que de leur imprudence.

Il n'en est pas moins vrai que les acquéreurs de droits réels immobiliers, malgré le système de la loi de 1855, res-tent exposés à une foule de risques.

Il s'en faut donc de beaucoup que le crédit soit vraiment constitué. Sous l'empire de la loi de 1855, on n'arrive jamais, quelques soins qu'on apporte dans les recherches, qu'à une sécurité approximative.

389. Voilà déjà deux défauts graves du système. A la rigueur, ces deux défauts pourraient être corrigés. On pourrait généraliser la publicité, qui n'est aujourd'hui qu'incomplète; on pourrait soumettre les actes à un contrôle avant de les porter sur les registres. Aux deux points de vue auxquels nous venons de nous placer, c'est donc l'organisation du système et non le système lui-même qui est défectueux.

Il n'en est pas de même d'un troisième défaut qu'on reproche au système de 1855. Celui-là est inhérent au système et ne saurait être corrigé qu'au prix d'une transformation complète.

Troisième raison.

390. Cette troisième raison d'inefficacité du système consacré par la loi de 1855 tient à la forme qui a été adoptée depuis la loi de brumaire an VII pour la tenue des registres.

Les écritures — en ce qui concerne les inscriptions, trans-criptions ou mentions — se réfèrent non pas aux immeubles, mais aux personnes qui sont parties aux actes concernant ces immeubles 1. On y insère les actes présentés : bordereaux à fin d'inscription, actes translatifs à fin de transcription, jugements à mentionner. Les registres sont tenus au nom des personnes; en d'autres termes, la publicité est personnelle (loi de brumaire an VII, article 18). Le résultat est celui-ci. Vous voulez connaître l'état exact de

tel immeuble, soit pour l'acquérir, soit pour acquérir sur cet immeuble un droit réel autre que la propriété, par exemple une hypothèque, un usufruit. Vous demandez au conserva-

^{1.} Voy. suprà, p. 221 et 222.

teur des hypothèques les états d'inscriptions ou de transcriptions relatifs à cet immeuble. Le conservateur répond : « Je ne « connais pas les immeubles, je ne connais que les personnes « intervenues aux actes qui sont relatifs aux immeubles. » Pour être renseigné sur la situation de l'immeuble, il faut donner le nom du propriétaire actuel et ceux des propriétaires précédents, en remontant aussi loin que possible ; c'est par les actes émanés des propriétaires successifs, lorsque ces actes ont été rendus publics, qu'on arrive à connaître l'état de l'immeuble. Dès lors, s'il y a des erreurs de noms et si l'on commet une omission dans la série des propriétaires, la conséquence est manifeste : mal renseigné quant aux actes intervenus, on est mal protégé.

391. Le défaut, ici, tient au système lui-même. Vainement on généraliserait la publicité en y soumettant les actes qui y échappent à l'heure actuelle; vainement on organiserait un contrôle sur les actes, afin de pouvoir, quand ils sont portés aux registres, compter sur leur validité; il resterait toujours le vice inhérent au système de la publicité person-

nelle.

Aussi a-t-on songé à y substituer un système de publicité réelle; les inscriptions, transcriptions et mentions relatives à chaque immeuble seraient prises sur l'immeuble lui-même, individualisé et immatriculé dans des registres spéciaux, d'après les indications cadastrales, le plan de l'immeuble et son nom. Ces registres seraient de vrais registres fonciers. Chaque immeuble, au fur et à mesure des modifications que subit la propriété foncière, soit quant à son état soit quant à sa contenance, aurait un compte ouvert au registre foncier; et les renseignements relatifs à cet immeuble, - transmissions dont il est l'objet, droits constitués sur lui -, au lieu d'être disséminés sous les noms des propriétaires successifs, seraient centralisés sur l'immeuble et au nom de l'immeuble. En d'autres termes, les registres seraient tenus sous la désignation des immeubles, au lieu de l'être sous le nom des personnes parties aux actes qui concernent les immeubles. Tout danger d'erreur disparaîtrait de la sorte; les intéressés seraient assurés d'avoir promptement et sans lacune possible, si les registres étaient bien organisés et bien tenus, l'état exact et vrai de la propriété foncière pour chaque immemble

392. Ce système des registres fonciers n'est pas une con-

ception théorique.

Îl est depuis longtemps pratiqué en Allemagne 1. Et nous avons dit en outre 2 que les actes ne sont inscrits, en Allemagne, qu'après contrôle de leur validité; de sorte que l'assiette de la propriété foncière est établie avec fixité.

Le système est pratiqué d'autre part en Tunisie. Quand on a voulu réorganiser dans ce pays la propriété foncière, on a appliqué le procédé imaginé en Australie, au milieu du xix siècle, par Sir Robert Torrens, procédé connu sous le nom de système *Torrens* 3, et qui repose, lui aussi, sur l'idée des registres fonciers 4.

C'est le système qui a aujourd'hui toutes les faveurs. Sa supériorité, comme instrument simple et sûr de crédit foncier, n'est pas contestable. Comparé au système Torrens, le régime de publicité personnelle consacré par la loi de

1855 n'est vraiment que l'enfance de l'art.

Seulement, si le système Torrens a pu aisément être mis en pratique dans des pays nouveaux, où tout était à organiser, tels que l'Australie dès 1861 et plus récemment la Tunisie, il ne faut pas se dissimuler que ce sera une entreprise considérable que de le substituer au système pratiqué depuis longtemps en France, surtout étant donné que la propriété foncière est morcelée en France presque à l'infini, de sorte que les registres risqueraient de devenir énormes.

393. La réforme ne pourrait se faire qu'à plusieurs conditions 3.

2. Suprà, nº 387.

3. Voy. Dain, Le système Torrens et son application en Algérie et en Tunisie, 1885.

5. Voy. sur les projets de réforme : les rapports rédigés au nom de la commission du cadastre (suprà, p. 223, note 1), — puis Besson, op. laud., p. 397

et suiv., - et Magnin, op. laud., p. 223 et suiv.

^{1.} Sur le régime allemand des livres fonciers, voy. Besson, Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, p. 248 et suiv., — Magnin, Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers, p. 94 et suiv., — la dissertation de M. Gérardin, dans le Bulletin de la Société de législation comparée, 1870, p. 30 et suiv., — enfin la notice de Paul Gide sur les lois hypothécaires prussiennes de 1872, dans l'Annuuire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée, 2° année (1873), p. 208 et suiv.

^{4.} Sur le système Torrens, indépendamment du mémoire déjà cité de M. Dain, voy. Besson, op. laud., p. 338 et suiv., — Magnin, op. laud., p. 141 et suiv., — enfin l'étude de M. Charles Gide sur l'Act Torrens, dans le Bulletin de la Société de législation comparée, 1886, p. 288 et suiv.

Elle nécessiterait, d'abord, la réorganisation du cadastre, afin que chaque propriété soit nettement établie et surtout bien délimitée, puis afin que les modifications ultérieures relatives à l'étendue et à la contenance des immeubles, par l'effet des ventes, partages, etc., soient faciles à suivre.

La réforme nécessiterait, en second lieu, la transformation complète du service des conservations d'hypothèques, puisqu'aux registres personnels seraient substitués des re-

gistres fonciers.

Elle exigerait, en outre, le remaniement d'une foule de dispositions du Code civil, notamment au titre Des privilèges et hypothèques, qui devraient être mises en harmonie avec le régime nouveau. Il faudrait supprimer les charges occultes, ou bien, si l'on croyait utile de les conserver, organiser tout un système de précautions pour qu'elles ne soient pas un piège.

Enfin, la réforme exigerait toute une série de mesures transitoires destinées à pourvoir au régime des biens pendant la période de transformation, car un pareil travail ne se ferait

pas en un jour.

394. L'œuvre, à n'en pas douter, est considérable. On l'a

cependant entreprise.

Parmi les congrès nombreux auxquels a donné lieu l'Exposition de 1889, il en est un qui s'était proposé comme programme d'étude les transmissions de la propriété foncière et les conditions dans lesquelles la publicité de ces transmissions est organisée dans les différents pays. Ce congrès a eu le mérite d'appeler plus que jamais l'attention sur le

problème 1.

Peu après, en 1891, une commission extra-parlementaire a été constituée pour poursuivre les mêmes études. On l'a nommée: la « commission extra-parlementaire du cadastre »; dénomination trop étroite, car elle a mission d'étudier tout ce qui concerne la réorganisation du régime de la propriété foncière et des droits immobiliers. Cette commission a fonctionné régulièrement et publié plusieurs volumes qui contiennent des rapports et beaucoup de documents recueillis tant en France qu'à l'étranger ². Elle sera bientôt en mesure

2. Voy. suprà, p. 223, note 1.

^{1.} Voy. P. Magnin, Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers, p. 233 et suiv.

d'aboutir à un projet d'ensemble. Quand les études préparatoires seront terminées, la question se posera de savoir s'il ne vaudrait pas mieux améliorer le système actuel, qui est certainement susceptible de perfectionnement, mais qui a le grand avantage d'être depuis longtemps familier à la pratique, ou s'il convient d'y substituer un système absolument nouveau, qui fera table rase du passé: le système des registres fonciers. L'avenir décidera.

SECTION II. — Les conventions de donner imposent à l'aliénateur l'obligation d'effectuer la délivrance de la chose.

395. Il en est ainsi lorsque la convention comporte, au profit de l'acquéreur, prise de possession totale ou partielle de la chose qui en est l'objet, comme cela se produit dans la vente et l'échange, dans la convention constitutive d'un usufruit, d'une servitude, d'un droit quelconque comportant des actes de jouissance. Dans ces divers cas, l'obligation d'effectuer la délivrance de la chose est évidemment conforme à l'intention des parties, d'après le but qu'elles se sont proposé; or « les conventions obligent, dit l'article 1135, « 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'obli-« gation d'après sa nature ». Et c'est assez dire que l'obligation de délivrer n'existe pas quand il s'agit de la convention constitutive d'une hypothèque, car une pareille convention n'a pour but et pour effet que d'affecter un bien à l'acquittement d'une dette.

L'obligation d'effectuer la délivrance résulte également des conventions qui ne sont pas translatives, qui ne créent que de simples rapports d'obligations, et donnent naissance à des obligations sinon de *dare*, du moins de *præstare*. Ainsi, dans le louage, le bailleur est tenu de délivrer au preneur la chose louée, le preneur est tenu de la restituer à la fin du bail ; dans le prêt, l'emprunteur doit rendre la chose prêtée (article 1902).

Par conséquent, l'obligation de livrer n'est pas spéciale aux conventions translatives. Dans les conventions qui n'ont pas ce caractère, livrer c'est mettre la chose à la disposition du créancier conformément aux intentions du contrat; c'est ou bien exécuter ce contrat, ou bien restituer la chose.

396. L'article 1136, qui consacre cette obligation de livrer, la signale spécialement comme résultant des conventions translatives : « L'obligation de donner emporte celle de « livrer la chose.... »

Même alors, l'obligation de livrer n'est évidemment plus, comme à Rome, l'obligation de faire tradition à l'effet de rendre l'acquéreur titulaire du droit aliéné, notamment propriétaire en cas de vente; c'est simplement l'obligation de délivrer, afin de mettre l'acquéreur à même d'user du droit transmis, afin, par exemple, s'il s'agit d'une vente, de mettre en possession l'acheteur devenu antérieurement propriétaire (article 1604). Bien que propriétaire, ayant à ce titre le droit d'exercer l'action en revendication, l'acheteur, plus généralement tout acquéreur quelconque, est créancier de la délivrance (article 1603).

Et c'est pour ce motif — nous l'avons indiqué déjà! — qu'on dit en procédure, au point de vue de la compétence, que la matière est mixte. L'acheteur demandeur peut agir comme propriétaire ou comme créancier; donc il peut assigner, s'il s'agit d'un immeuble, soit devant le tribunal de la situation de cet immeuble, soit devant celui du domicile du vendeur (article 59 C. proc. civ.).

397. La délivrance due par le débiteur s'effectue d'une manière qui varie suivant l'objet de la convention, autrement dit selon la nature du droit transmis.

Prenons comme exemple la vente. S'agit-il d'une vente portant sur la propriété d'une chose, la délivrance s'opère d'après l'un des modes indiqués aux articles 1605 et suivants; s'agit-il, au contraire, d'une vente portant sur un démembrement du droit de propriété, la délivrance s'opère, conformément à l'article 1607, « par l'usage que l'acquéreur « en fait du consentement du vendeur ».

SECTION III. — Les conventions de donner imposent au débiteur l'obligation de veiller à la conservation de la chose.

398. « L'obligation de donner, dit l'article 1136, emporte 1. Suprà, p. 12.

« celle de... conserver. » Il faut lire : la convention d'où résulte une obligation de donner.

Ainsi entendue, l'obligation de conserver est une suite et comme la condition de l'obligation de livrer. Aussi, à l'inverse des deux obligations précédentes, qui sont spéciales aux conventions translatives, l'obligation de veiller à la conservation de la chose est commune à toutes les obligations de donner, qu'elles résultent de contrats translatifs ou de contrats non translatifs dans lesquels donner signifie præstare; elle incombe à quiconque détient une chose dont il est débiteur. Le vendeur, obligé de livrer la chose vendue, — obligation de donner —, doit la conserver; le locataire, l'emprunteur, le dépositaire, obligés de restituer la chose louée, prêtée ou déposée, — autre obligation de donner —, doivent la conserver. En un mot, toutes les conventions de donner, lato sensu, emportent l'obligation de conserver la chose.

399. L'obligation de conserver la chose comprend les deux obligations suivantes: 1° s'abstenir de tout ce qui pourrait en entraîner la perte ou la détérioration, — 2° faire ce qui est nécessaire pour qu'elle ne périsse ni ne se détériore. Tout manquement à l'une de ces deux obligations constitue une

faute et peut donner lieu à des dommages-intérêts.

C'est le principe de la faute contractuelle dans les obligations de donner, dans tous les contrats qui imposent à l'une ou à l'autre des parties la remise ou la restitution d'une chose.

400. A la faute dite contractuelle on oppose la faute délictuelle. Et la différence pratique qui sépare ces deux espèces de fautes est la suivante.

Dans la mesure où la convention emporte obligation de livrer, c'est-à-dire de remettre ou de restituer, le débiteur est et demeure responsable du défaut de livraison, à moins qu'il n'établisse un cas fortuit ou une force majeure qui l'aurait libéré (article 1302). Dès lors, c'est à lui qu'incombe la preuve de sa libération. Quand le créancier a justifié de l'existence du contrat, il a droit aux suites de ce contrat; donc la chose doit lui être remise, à moins que le débiteur n'établisse qu'il est libéré. En cas de faute contractuelle alléguée, il appartient au débiteur de prouver sa libération.

La responsabilité, au contraire, découle-t-elle d'un délit, a-t-elle son origine dans un fait dommageable et illicite, c'est à celui qui l'invoque, au créancier, de prouver le délit prétendu, car ce délit est la cause de l'obligation qu'il invoque. Cela découle de l'article 1382 : « Tout fait quelconque de « l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui « par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Mais encore

faut-il que le prétendu créancier fasse la preuve.

Entre la faute contractuelle, quand il s'agit d'une obligation de donner découlant d'une convention, et la faute délictuelle, quand il s'agit d'une obligation de donner résultant d'une responsabilité encourue par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, la différence pratique est donc la suivante. En cas de faute contractuelle, c'est au débiteur de la chose, l'existence du contrat étant établie, à faire la preuve de sa libération; il est tenu par suite du contrat jusqu'à ce qu'il ait démontré qu'il ne l'est plus. En cas de faute délictuelle, au contraire, c'est au créancier à établir son droit; il n'a de droit que s'il prouve la faute invoquée comme étant la cause de son droit ¹. En d'autres termes, la faute contractuelle résulte du seul défaut d'exécution de l'obligation de donner; il n'y a faute délictuelle qu'à charge de preuve spéciale.

Or cette différence est très importante. Car avoir à faire la preuve c'est avoir le fardeau du procès et porter les suites

du doute.

401. L'application de ces idées soulève bien des questions délicates. Contentons-nous de relever les applications directes et formelles.

Dans la vente, le vendeur doit livrer la chose vendue (articles 1604 et suivants). Par conséquent, dès que l'acheteur a établi sa qualité, le vendeur est tenu de la délivrance, à

moins qu'il ne prouve sa libération.

Dans le louage, le locataire doit restituer la chose louée à fin de bail; il est donc tenu de livrer, et de conserver jusqu'à la livraison. Ainsi, en cas d'incendie, il est responsable à moins qu'il n'établisse que l'accident n'est pas son fait (article 1733). Ce n'est pas au propriétaire à prouver que l'incendie provient du fait du locataire; c'est au locataire à prouver qu'il n'en est point l'auteur.

^{1.} Cass. 22 octobre 1889, D.P. 1890.I.122, Sir. 1889.I.478, — Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation, nº 333, p. 394, — Baudry-Lacantinerie et Barde, III, nº 356.

Dans le dépôt, enfin, l'article 1952 édicte une règle ana-

logue.

Ce sont là autant d'applications du principe posé par l'ar-

Au contraire, toutes les fois que le créancier prétendu invoque, non pas une obligation conventionnelle, mais une obligation avant sa source dans l'article 1382, c'est à lui de faire la preuve. En un mot, la charge de la preuve est inverse dans les deux cas 1.

402. Revenons à la faute contractuelle dans les obligations de donner.

Le débiteur, tenu de livrer et, par suite, de conserver, est responsable du défaut de livraison, à moins qu'il ne prouve

que ce défaut ne lui est pas imputable.

Dans quel cas en est-il ainsi? Lorsque le défaut de livraison résulte d'un fait qui excède l'obligation imposée au débiteur par le contrat ; au delà de cette mesure, le débiteur n'est plus responsable que par application de l'article 1382, autrement dit à condition que la preuve d'une faute soit fournie contre lui.

Et la mesure dans laquelle le fait mettant obstacle à la

1. A ces notions se rattache une question qui a été longtemps agitée relativement au contrat de louage de services. Cette question n'a plus qu'un intérêt rétrospectif depuis la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail; mais elle a fait trop de bruit et se rattache trop directement au sujet qui nous occupe pour ne pas mériter au moins une mention.

Un accident survient à un ouvrier dans son travail. Est-ce à l'ouvrier, demandeur en dommages-intérêts, à prouver que l'accident est imputable au patron? Ou bien est-ce au patron défendeur à prouver que l'accident ne lui

est pas imputable?

La question était grave au point de vue législatif. Au point de vue du droit positif, elle se posait de la facon suivante : le louage de services, tel qu'il est réglé par le Code civil, emporte-t-il à la charge du patron la garantie des risques professionnels? Si oui, le fondement du droit de l'ouvrier demandeur en dommages-intérêts va être une faute contractuelle ; et alors le patron sera tenu à moins qu'il ne prouve que le fait ne lui est pas imputable, comme dans le louage de choses. Si non, le fondement du droit du demandeur est une faute délictuelle; et la victime de l'accident, invoquant l'article 1382, devra fournir la preuve. La jurisprudence se prononçait dans ce dernier sens. Voy. en dernier lieu: Cass. 15 juillet 1896, D. P. 1898.I.141, Sir. 1897.I.229, Pandectes françaises périodiques, 1897-1.513. - La jurisprudence belge se prononçait généralement en sens contraire : Cass. 8 janvier 1886, D. P. 1886. II.153, Sir. 1886.IV.25, - Gand 18 juin 1887, Sir. 1889.IV.1. - En faveur de cette opinion, voy. Sainctelette, Responsabilité et garantie, p. 110 et suiv., - Marc Sauzet, Revue critique, 1883, p. 616 et suiv., - Glasson, Le Code civil et la question ouvrière, p. 30 et suiv., - Esmein, note dans Sir. 1897.I.171, - Hubert Valleroux, Contrat de travail, p. 269.

livraison peut être considéré comme imputable au débiteur est indiquée par l'article 1137 dans les termes suivants: « L'obligation de veiller à la conservation de la chose..... « soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins « d'un bon père de famille. — Cette obligation est plus ou « moins étendue relativement à certains contrats, dont les « effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les « concernent. »

Cet article est le siège de la célèbre théorie des fautes en matière de contrats. Il s'agit de déterminer le degré de responsabilité qui incombe au débiteur, dans chacun des contrats, par suite de l'obligation de livrer, soit qu'il s'agisse d'une convention translative, soit qu'il s'agisse d'une convention impliquant seulement des rapports d'obligations. Dans la mesure où le débiteur est responsable d'après le contrat, c'est à lui de prouver sa libération; hors de là, il n'est plus tenu que par application de l'article 1382, en d'autres termes si la preuve d'une faute est fournie contre lui.

403. Théorie célèbre, moins à raison de son importance pratique que par suite des divergences auxquelles donne lieu l'interprétation des textes de droit romain qui y sont relatifs. Dans l'article 1137, qui contient le principe de la théorie des fautes, tout est romain: les mots, les idées, la préoccupation même des rédacteurs, laquelle se traduit par des distinctions qui seraient dépourvues de sens si elles n'avaient pas pour but d'exclure les idées romaines, ou du moins l'interprétation qu'en avaient donnée les romanistes du xvue siècle.

Au fond et au point de vue pratique, la théorie des fautes est assez vaine. La détermination exacte du degré de responsabilité incombant à celui qui est tenu d'une obligation de donner n'est pas possible en droit. L'article 1137 n'est qu'une application de l'article 1134 alinéa 3, d'après lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; or c'est là une règle dont la portée, assurément considérable, ne peut être déterminée par des prescriptions précises.

404. Un point est hors de doute: c'est le sens des mots. La faute dont le débiteur est responsable consiste dans un fait imputable; elle suppose une perte ou une détérioration, plus généralement un défaut d'exécution résultant d'un fait imputable.

Mais quelles fautes engagent la responsabilité du débiteur?

Quelle est la limite audelà de laquelle le débiteur cesse d'être responsable, ou ne l'est plus qu'en vertu de l'article 1382? La faute qui engage la responsabilité du débiteur est celle qui consiste dans l'omission des soins d'un bon père de famille (article 1137 alinéa 1); le débiteur est responsable du préjudice résultant de cette omission. Dans le langage juridique traditionnel, le bon père de famille est l'homme qui fait preuve d'une diligence ordinaire quant à l'administration de son patrimoine, celui qui a pour la chose dont la charge lui incombe une sollicitude courante et moyenne. Tout débiteur d'une chose est tenu de cette sollicitude.

405. Cette règle n'est, par elle-même, ni très claire, ni très explicite. Elle le devient davantage quand on remarque qu'il y a des cas exceptionnels dans lesquels celui qui a la garde d'une chose parce qu'il en est débiteur est tenu d'une sollicitude autre, tantôt moindre et tantôt plus grande

(article 1137 alinéa 2).

Par exemple, la sollicitude exigée du débiteur est inférieure à celle d'un bon père de famille au cas de dépôt : « Le « dépositaire, dit l'article 1927, doit apporter dans la garde « de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la « garde des choses qui lui appartiennent. » Il rend un service, et tant pis pour qui s'adresse imprudemment à lui ; on ne peut pas exiger qu'il fasse plus pour les autres que pour lui-même. Si donc il a eu pour la chose déposée, qu'il doit conserver et rendre, les soins qu'il a pour sa propre chose, aucun reproche ne peut lui être fait ; sa responsabilité n'est pas engagée.

Au contraire, la sollicitude exigée du débiteur dépasse celle d'un bon père de famille au cas de prêt: « Si la chose « prêtée, dit l'article 1882, périt par cas fortuit dont l'em- « prunteur aurait pu la garantir en employant la sienne pro « pre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a « préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre. » La sollicitude de l'emprunteur doit aller jusqu'au sacrifice, car

le prêteur lui rend un pur service.

Cela étant, si on envisage l'ensemble des hypothèses qui peuvent se présenter, on constate qu'il existe trois mesures pour apprécier la limite de la responsabilité contractuelle du débiteur d'une chose.

Dans certains cas exceptionnels, le débiteur d'une chose,

chargé de la garder, ne doit que les soins qu'il apporte à ses propres affaires. C'est ce que la tradition exprime en disant qu'il est responsable de la culpa levis in concreto, appréciée in concreto, autrement dit de la faute pour l'appréciation de laquelle on compare le débiteur à lui-même; il a fait assez pour les autres quand il a fait ce qu'il a l'habitude de faire pour lui-même.

Dans d'autres cas, également exceptionnels, le débiteur d'une chose doit plus que les soins dont il a l'habitude, plus que les soins dont le commun des hommes est coutumier. On détermine les soins qu'il doit d'après un type abstrait et idéal: l'homme très diligent. C'est ce que la tradition exprime

en disant qu'il est responsable de la culpa levissima.

Mais ces hypothèses sont exceptionnelles. Le plus souvent et en principe, le débiteur d'une chose doit, ni plus ni moins, les soins dont le commun des hommes a l'habitude, d'après un type moyen, type ordinaire et de médiocrité courante. C'est ce que la tradition exprime en disant qu'il est responsable de la culpa levis in abstracto, appréciée non pas eu égard au débiteur, mais eu égard à un type abstrait.

L'article 1137 est la résultante de ces idées. Etant donné ces divers points de vue, il se comprend aisément. Tout le

reste rentre dans les appréciations de fait.

406. Mais le texte contient certains mots sur lesquels il importe de présenter une explication complémentaire. Il exige du débiteur la diligence d'un bon père de famille, « soit que « la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des par- « ties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune ». Ces mots font allusion à des distinctions romaines, du moins à des distinctions que les anciens auteurs avaient cru trouver dans le droit romain, et que le Code civil proscrit.

Au lieu d'admettre deux sortes de fautes, la culpa levis s'appréciant tantôt in concreto, tantôt in abstracto, puis la culpa levissima, les anciens auteurs, Pothier notamment 1, admettaient trois genres de fautes: la culpa lata, ou faute lourde, — la culpa levis, ou faute légère, — la culpa levissima, ou faute très légère. La culpa lata était celle que ne commet pas l'homme le moins diligent, la culpa levis celle que ne commet pas l'homme ayant une diligence courante,

^{1.} Voy. Pothier, Traité des obligations, nº 142.

la culpa levissima celle que ne commet pas l'homme le plus diligent.

Et alors, celui qui était chargé comme débiteur de veiller à la conservation d'une chose, était responsable de l'une ou de l'autre de ces fautes d'après les distinctions suivantes. Le débiteur était considéré comme tenu de la faute lourde lorsque le contrat n'intervenait que pour l'utilité de la partie à laquelle la chose devait être donnée ou restituée; tel était, par exemple, le cas du dépositaire. Le débiteur était tenu de la faute légère si le contrat intervenait dans l'intérêt commun des deux parties, comme en matière de vente ou de nantissement. Enfin, si le contrat intervenait dans l'intérêt du seul débiteur, celui-ci était obligé d'apporter à la conservation de la chose non seulement des soins ordinaires, mais tout le soin possible, et il était tenu de la faute la plus légère; c'est ce qui arrivait dans le prêt à usage.

Il est inutile de reprendre ici les controverses historiques auxquelles ces distinctions donnaient lieu 1. De toutes ces théories ne résulte qu'un point de vue général, à la lumière duquel le juge règle la responsabilité qui dérive de l'obligation de veiller à la conservation de la chose. Les faits l'emporteront toujours sur les subtilités de la doctrine. Aussi la théorie est-elle dénuée d'intérêt pratique. Quand même un type de comparaison serait nettement déterminé, on n'empêcherait pas le point de vue individuel de triompher; chacun apprécie d'après ses habitudes propres la diligence du bon père de famille, c'est-à-dire celle qu'apporte aux choses le

SECTION IV. — Les conventions de donner imposent au créancier la charge des risques.

407. Le mot « risque », en droit, a un sens très précis. Le risque est la perte ou la détérioration qui procède d'un cas fortuit ou d'une force majeure; c'est tout accident fortuit qui atteint la chose. Dès lors, il faut se garder de confondre le risque avec la faute, qui procède d'un fait imputable à une personne; la théorie des fautes et des responsabilités qu'elles entraînent est tout à fait distincte de la théorie des risques

commun des hommes.

^{1.} Vov. Dalloz, Répertoire, vo Obligations, nos 680 et suiv.

et des conséquences qui en découlent. Nous ne parlons ici

que des risques.

408. Soit une convention de donner. La chose promise vient à périr par cas fortuit. Des deux personnes en présence, le créancier et le débiteur, quelle est celle qui supporte les conséquences de la perte? En d'autres termes, les risques sont-ils à la charge du créancier ou du débiteur?

L'article 1138 alinéa 2 pose à cet égard la règle suivante : la convention de donner « 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; à « moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, au- « quel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

409. Cette règle — la lecture du texte le fait assez apercevoir — est édictée spécialement en vue du contrat de vente. Commençons par l'expliquer dans son application à la vente. Nous nous demanderons ensuite dans quelle mesure elle est applicable aux conventions de donner autres que la vente.

 Explication de la règle posée par l'article 1138 alinéa 2 dans son application à la vente.

410. Le premier soin qu'il faille prendre est de bien dégager l'hypothèse dans laquelle la règle reçoit son application en matière de vente.

Si la chose vendue périt avant la vente, aucun conflit de droits ne peut se produire. L'article 1601 alinéa 1 est ainsi conçu: « Si au moment de la vente la chose vendue était « périe en totalité, la vente serait nulle. » Et l'alinéa 2 ajoute: « Si une partie seulement de la chose est périe, il est « au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de de- « mander la partie conservée, en faisant déterminer le prix « par la ventilation. »

Si la perte se produit après la délivrance, alors que l'acheteur est devenu possesseur, aucun conflit de droits n'est

davantage possible.

Mais la chose peut périr entre la vente et la délivrance. C'est alors que se pose la question de savoir si les risques sont à la charge de l'acheteur ou du vendeur.

S'ils sont à la charge de l'acheteur, celui-ci, bien qu'il ne reçoive pas la chose ou ne la reçoive que détériorée, n'en doit pas moins payer le prix stipulé au contrat; la chose aura péri pour lui. Si les risques sont à la charge du vendeur, celui-ci, se trouvant dans l'impossibilité de livrer la chose, ne pourra pas en exiger le prix; il supportera la perte de la chose.

Or l'article 1138 alinéa 2 décide que les risques passent à l'acheteur dès le contrat et par l'effet du contrat. Donc l'acheteur reste tenu du prix bien qu'il ne reçoive pas la chose. Et l'article 100 du Code de commerce consacre une application particulière de ce principe général : « La marchandise sortie « du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage aux « risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf recours « contre le commissionnaire et le voiturier chargé du trans-« port. »

411. La règle est simple. Mais il faut ajouter qu'elle cesse

de s'appliquer dans trois cas.

En premier lieu, l'article 1138 alinéa 2 — et nous insisterons un peu plus loin sur ce point 1 — rattache intimement l'une à l'autre deux choses : le transfert de la propriété du vendeur à l'acheteur par l'effet du contrat de vente, et la mise de la chose aux risques de l'acheteur. D'où il faut conclure que ces deux effets du contrat sont indivisibles, et que le second ne se produit pas lorsque le premier fait défaut; en d'autres termes, les risques demeurent à la charge du vendeur dans tous les cas où la propriété de la chose vendue ne passe pas à l'acheteur par l'effet du contrat, notamment dans le cas où la vente a pour objet une chose de genre.

En second lieu, la règle de l'article 1138 alinéa 2 n'est pas une règle d'ordre public; elle est seulement interprétative de la volonté probable des parties, et l'application peut en être écartée par la volonté contraire des intéressés. L'article 100 du Code de commerce — qui ne fait pas autre chose, nous l'avons dit, que consacrer une application du principe général posé par l'article 1138 alinéa 2 — réserve expressément l'éventualité d'une stipulation spéciale: « La marchandise « sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, « s'il n'y a convention contraire..... ».

En troisième lieu, les risques ne sont pas à la charge de l'acheteur, mais à celle du vendeur, lorsque celui-ci est en demeure de la livrer. L'article 1138 alinéa 2 le dit en termes

exprès.

^{1.} Infrà, nº 421.

^{2.} Suprà, nº 338, p. 194.

II. Dans quelle mesure la règle posée par l'article 1138 alinéa 2 est-elle applicable aux conventions de donner autres que la vente ?

412. La règle consacrée par l'article 1138 alinéa 2 consiste en ceci que la convention de donner met la chose aux risques du créancier. L'article 1138 pose cette règle dans son application spéciale à la vente. Mais l'idée doit être généralisée. Les risques sont à la charge du créancier toutes les fois qu'il tient ses droits d'une convention de donner, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir ni si la convention est unilatérale ou synallagmatique, ni s'il s'agit d'une convention translative ou d'une simple convention de livrer.

413. En premier lieu, la règle est commune aux conven-

tions unilatérales et synallagmatiques.

On enseigne souvent le contraire, disant que la question des risques suppose une réciprocité d'obligations qui existe seulement dans les contrats synallagmatiques . Mais nous ne voyons pas la raison pour laquelle le principe énoncé ne serait pas appliqué aux conventions unilatérales. La question des risques est celle de savoir quelles conséquences entraîne la perte fortuite d'une chose due par une personne à une autre, et cette question se pose aussi bien dans les conventions unilatérales que dans les conventions synallagmatiques.

S'agit-il d'une convention synallagmatique, la perte de la chose est à la charge du créancier de cette chose, en ce sens qu'il perd son droit de créance tout en restant tenu de l'obligation corrélative qui pèse sur sa tête. Dans la vente, par exemple, l'acheteur reste tenu du prix bien qu'il ne reçoive

pas la chose.

S'agit-il d'une convention unilatérale, la perte de la chose est à la charge du créancier de cette chose, en ce sens que l'obligation du débiteur est éteinte sans compensation aucune pour le créancier. Dans la promesse de donation, par exemple, la perte de la chose promise est à la charge du donataire, qui ne peut rien réclamer au donateur.

On allègue qu'il ne s'agit pas, dans cette dernière hypothèse, d'une question de risques, mais seulement d'une

^{1.} Ces expressions sont empruntées à M. Planiol, Traité élémentaire, 4^{re} édition, II, p. 423.

extinction de l'obligation du donateur par suite de la perte de la chose due, conformément au principe posé par l'article 1302 : « Lorsque le corps certain..... qui était l'objet de « l'obligation vient à périr....., l'obligation est éteinte si la « chose a péri..... sans la faute du débiteur, et avant qu'il « fût en demeure..... » Mais nous avouons ne pas saisir la différence. Du moment que la perte de la chose due libère le débiteur (article 1302), les conséquences de cette perte sont supportées par le créancier, et les risques, dès lors, sont à sa charge (article 1138 alinéa 3); les deux textes, loin de se rapporter à des ordres d'idées distincts, sont au contraire les deux supports d'une seule et même théorie.

414. En second lieu, la règle est commune aux conventions translatives et aux simples conventions soit de livrer, soit de restituer. La convention de donner, en notre matière, est indistinctement celle de dare ou celle de præstare; dans tous les cas, les risques de la chose sont à la charge de celui qui en est créancier: res perit creditori. Si la convention est translative, les risques sont à la charge de l'acquéreur, qui est, nous l'avons vu¹, créancier de la délivrance. Si la convention n'est pas translative, les risques sont à la charge du créancier de la chose, du prêteur dans le prêt, du déposant dans le dépôt, etc.

415. Il n'existe que deux conventions de donner dans lesquelles la règle posée par l'article 1138 alinéa 2 ne reçoive

pas son application : ce sont la société et le louage.

En ce qui concerne la société, un texte spécial, l'article 1867, introduit une règle particulière, à laquelle nous nous contentons de renvoyer. Pour en rechercher la raison d'être, il faudrait entrer dans des explications qui se rapportent au contrat de société et qui ne seraient point ici à leur place ².

Quant au contrat de louage, il présente un caractère spécial, que l'on a coutume d'indiquer en disant que c'est un contrat successif; et ce caractère est précisément tel que la théorie des risques se trouve inapplicable en matière de louage. Voici en quoi consiste ce caractère successif 3. L'obli-

^{1.} Suprà, p. 231 et 232.

^{2.} Voy. sur ce point : Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2º édition, tome II, § 309, p. 208 et suiv.

gation du bailleur se renouvelle tous les jours et l'obligation du preneur de payer le prix convenu n'en est que la contrepartie; dès lors, lorsque le bailleur cesse de procurer au preneur la jouissance de la chose louée, le contrat est résilié de plein droit (articles 1722 et 1741), car il ne peut plus recevoir effet faute d'objet ¹. Le contrat étant résilié, il ne peut plus être question d'appliquer la règle des risques dans les contrats et de dire que les risques sont à la charge du créancier; il y a un propriétaire qui a perdu sa chose, et rien de plus ².

416. En résumé, la règle posée par l'article 1138 alinéa 2 est applicable non seulement à la vente, spécialement visée par le texte, mais à toutes les conventions de donner, sans autre exception que celle qui concerne la société et le

louage.

417. Telle est la portée du principe d'après lequel les conventions de donner mettent les risques à la charge du créancier.

418. Maintenant, pourquoi en est-il ainsi? Pourquoi le conflit, en cas de perte ou de détérioration par cas fortuit, se résout-il contre le créancier?

419. On a coutume de rattacher cette règle à un brocard, qu'on formule habituellement en latin bien qu'il ne soit pas d'origine romaine. Les risques, dit-on, sont pour le propriétaire; ils sont une charge naturelle de la propriété: res perit domino.

420. De fait, l'idée qu'énonce cet adage est habituellement exacte, si l'on se place au point de vue des règles du

droit actuel.

Soit une obligation de donner résultant d'un contrat non translatif, le dépôt par exemple. La chose périt aux mains du dépositaire. Pour qui périt-elle? Pour le déposant, en ce sens qu'il n'a plus rien à réclamer: res perit domino. Il en est de même dans le prêt, la promesse de donation, etc.

1. Planiol, loc. cit., p. 546.

^{2.} Ce que nous venons de dire du louage doit être étendu à tous les contrats ayant, comme le louage, le caractère de contrats successifs. Il convient d'ajouter que nous n'en connaissons aucun qui présente ce caractère soit parmi les contrats nommés, soit parmi les contrats usuels; mais la pratique n'a jamais, en pareille matière, dit son dernier mot, et le principe de la liberté des conventions (article 4134) autorise toutes les combinaisons auxquelles il peut convenir aux intéressés de recourir.

Soit maintenant une obligation résultant d'un contrat translatif, la vente par exemple. La chose périt entre les mains du vendeur, après la vente, mais avant la livraison. Pour qui périt-elle? Pour l'acheteur, qui, aux termes de l'article 1138 alinéa 2, est devenu propriétaire par l'effet direct du contrat. Dès le moment où il est devenu propriétaire, il a assumé la responsabilité des risques. Ici encore il est vrai de dire: res perit domino.

Mettre les risques à la charge du créancier de la chose, c'est donc les mettre à la charge du propriétaire. Dès lors, on peut traduire l'article 1138 par la formule: res perit

domino.

421. Ce point de vue paraît être celui de la loi, dont certaines dispositions rapprochent les deux idées : le transfert

de la propriété et la charge des risques 1.

Cela est tellement vrai que les risques ne sont plus pour l'acheteur, contrairement à l'article 1138, si la vente n'est pas translative de propriété, par exemple parce qu'elle a pour objet non un corps certain, mais un objet certain. Il en est ainsi dans le cas de l'article 1585.

Par conséquent, mettre les risques à la charge du créancier, c'est bien les mettre à la charge du propriétaire. Et il

est exact de dire : res perit domino.

422. Cependant, la règle des risques ne s'explique pas ainsi. S'il y a souvent, presque toujours même, concordance entre le transfert de la propriété et le passage des risques à la charge du nouveau propriétaire, ce n'est là qu'une concordance et non le résultat d'une donnée juri-

dique que l'on puisse ériger en principe.

La preuve en est que le Droit romain déjà mettait les risques de la vente à la charge de l'acheteur : periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit 2. Or, en droit romain, l'acheteur devenait propriétaire non par la vente, mais par l'emploi d'un mode de transfert en exécution de la vente, quelquefois même seulement par le paiement du prix; jusque-là il n'était que créancier. Cependant on disait : periculum statim ad illum pertinet. Donc la règle resperit domino n'a rien de

1. Supra, no 411.

^{2.} Instit., § 3, De emptione venditione, III, 23.

romain; sous l'empire de la législation romaine, il aurait

fallu dire: res perit creditori.

Telle est bien la règle que reproduit l'article 1138 : « L'o-« bligation de livrer la chose.... rend le créancier proprié-« taire et met la chose à ses risques.... » Aux risques de qui?

Du créancier. Res perit creditori.

423. La règle formulée par l'article 1138 se rattache à un autre ordre d'idées. Elle est une application de l'article 1302: « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de « l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se « perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, « l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans « la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure. Lors « même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas « chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas « où la chose fût également périe chez le créancier si elle « lui eût été livrée. — Le débiteur est tenu de prouver le cas « fortuit qu'il allègue. — De quelque manière que la chose « volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas « celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. »

Ce texte reproduit la règle traditionnelle: debitor rei

certæ rei interitu liberatur.

Appliquée aux contrats unilatéraux, prêt à usage, dépôt, d'où naissent des obligations de donner, de rendre, autrement dit des obligations de livrer, cette règle conduit à la conséquence suivante. Le débiteur de la chose prêtée, déposée, est libéré si elle périt; il ne peut être contraint de livrer la chose même, car à l'impossible nul n'est tenu; il ne saurait être passible de dommages-intérêts, car la perte ne lui est pas imputable. Donc les conséquences de la perte retombent sur le créancier : res perit creditori.

Appliquée aux contrats synallagmatiques, qui engendrent deux obligations réciproques, la règle conduit à la conséquence suivante. Un des débiteurs étant libéré par la perte de l'objet de son obligation, l'obligation corrélative de l'autre

débiteur n'en subsiste pas moins.

Prenons l'exemple de la vente, et de la vente d'un corps certain. Le vendeur doit la chose, l'acheteur doit le prix. Si la chose périt, le vendeur est libéré de son obligation; mais rien ne s'oppose à ce que l'acheteur reste tenu de la sienne. Il y a là deux situations qui, une fois nées, sont indépen-



dantes. Les risques de la chose sont à la charge de celui qui en est créancier, c'est-à-dire de l'acheteur, en ce sens qu'il reste tenu de l'obligation qui lui est propre et ne peut plus exiger la contreprestation incombant à l'autre partie. Si le créancier de la chose était libéré de l'obligation d'en acquitter le prix, ce ne serait pas lui qui subirait les risques, mais le débiteur. Dans ce cas encore il est vrai de dire: res perit creditori.

C'est l'article 1302 qui conduit à cette conséquence. Et telle est si bien la cause de la règle des risques, qu'il faut compléter l'article 1138 par l'article 1302, le résultat par le

principe qui l'entraîne.

Ainsi, supposons que la vente a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce, non quant à son individualité, ce qu'on appelle un objet certain. L'article 1302 n'est pas applicable; l'article 1138 cesse également de l'être. L'article 1585 en fait foi.

Supposons que la perte fortuite ait été précédée d'une faute. L'article 1302 n'est plus applicable ; l'article 1138 cesse également de l'être.

Supposons que le débiteur de la chose soit en demeure de la livrer au moment où elle périt. L'article 1302 n'est plus applicable, car la demeure est une faute. L'article 1138 n'est pas applicable non plus, et lui-même le dit. Mais il y a lieu, dans ce cas, d'appliquer le deuxième alinéa de l'article 1302.

Notons, d'ailleurs, qu'on n'est pas en demeure, au point de vue légal, par cela seul qu'on est en retard. La demeure est le retard constaté régulièrement dans la forme légale : « Le débiteur, dit l'article 1139, est constitué en demeure « soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, « soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans « qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, « le débiteur sera en demeure. »

Donc le débiteur est constitué en demeure par une sommation. La sommation est un acte d'huissier, dont le but est précisément de mettre en demeure la personne que cet acte vise.

Le texte ajoute : « Ou par un autre acte équivalent ». Cela comprend tous les actes établissant ou impliquant que le créancier a l'intention sérieuse d'exercer son droit et qu'il a fait des diligences restées infructueuses. Il faut regarder comme équivalant à la sommation : la demande en justice, et la citation en conciliation pourvu qu'elle soit suivie d'une demande en justice dans le mois (article 57 C. proc. civ.). La reconnaissance écrite du débiteur suffirait aussi, même si elle n'était pas constatée en la forme authentique. Mais il faut un acte, ce qui exclut l'interpellation simplement orale.

Par exception, le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme lorsque le contrat contient à cet égard une clause formelle. On applique alors, mais alors seulement, la règle dies interpellat pro homine.

424. Le principe est donc bien celui-ci: dans toutes les conventions qui engendrent une obligation de donner, les

risques sont pour le créancier.

Rappelons, d'ailleurs, que c'est là seulement le droit commun. Si le débiteur de la chose se charge des risques par clause spéciale, la règle de l'article 1138 n'est plus applicable ¹.

^{1.} Suprà, nº 411.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

425. Nous arrivons au second aspect sous lequel nous devons, d'après le plan tracé 1, envisager les conventions au

point de vue de leurs effets.

Nous les avons étudiées comme modes de transmission des droits; nous allons les considérer comme sources des obligations. Plus exactement, nous allons, à propos de l'effet des conventions, parler des obligations. Les développements qui précèdent ont trait aux conventions; ceux qui vont suivre concernent plus spécialement les obligations. Les deux notions se tiennent de si près qu'elles se mêlent incessamment l'une à l'autre.

426. Au point où nous sommes parvenus, nous n'avons plus à insister sur la définition de l'obligation. Elle consiste, avons-nous dit, dans un rapport juridique entre deux personnes, par suite duquel l'une est astreinte envers une autre à exécuter une prestation déterminée. Pour le créancier, l'obligation est un droit : une créance, un droit personnel; pour le débiteur, elle est une charge : c'est une obligation proprement dite.

A propos des obligations, nous allons avoir deux questions

à résoudre.

En premier lieu, nous rechercherons quelles sont les diverses sortes ou espèces d'obligations et quels sont les effets de chacune d'elles. C'est l'objet de textes épars et spécialement du chapitre IV au titre Des obligations.

En second lieu, nous nous demanderons comment les obligations, une fois formées, s'éteignent. C'est l'objet du chapitre V tout entier ; il est précisément intitulé: De l'ex-

tinction des obligations.

^{1.} Suprà, p. 175.

SECTION I. — Des diverses espèces d'obligations.

427. Nous désignons à la fois, sous le nom d'obligation, et l'obligation proprement dite et la créance. En d'autres termes, nous désignons le rapport même d'obligation.

Les obligations peuvent être classées à des points de vue assez divers, notamment aux quatre suivants: 1° d'après leur origine, — 2° d'après leur objet, — 3° d'après leurs effets juridiques, — 4° d'après les modalités qui les affectent dans certains cas.

Sur les deux premières classifications nous n'avons à faire qu'un simple rappel; nous les avons déjà rencontrées. Les deux dernières seules vont apporter des notions nouvelles complémentaires des précédentes.

- I. Classification des obligations d'après leur origine.
- 428. Au point de vue de leur origine ou de leur cause, si l'on préfère, car pendant longtemps les deux idées ont été confondues les obligations, nous l'avons déjà dit ¹, sont de deux sortes.

Les unes naissent des contrats. Elles sont dites contractuelles ou conventionnelles.

Les autres se forment en dehors de toute convention. Ce sont celles que la rubrique précédant l'article 1870 appelle « les engagements qui se forment sans convention »; elles naissent des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et quelquefois de la loi.

Dans le titre III du livre III, qui a pour objet principal les conventions, le Code a surtout en vue les obligations conventionnelles. Cependant, la plupart des règles que nous allons rencontrer sont communes aux obligations en général, quelle qu'en soit l'origine; mais il y a quelques distinctions à faire entre les obligations conventionnelles et les engagements qui se forment sans convention, et nous les signalerons chemin faisant.

- II. Classification des obligations d'après leur objet.
- 429. Au point de vue de leur objet, les obligations, nous
- 1. Suprà. nos 7 et suiv., p. 4 et suiv.

l'avons vu également¹, sont de trois sortes: obligations de donner, de faire, de ne pas faire. La distinction est énoncée, dès le début du titre, par l'article 1101; l'article 1126 la reproduit, et nous allons en rencontrer des applications nombreuses.

430. Les obligations de donner sont celles qui ont pour objet une chose, un corps certain ou un objet certain que le

débiteur doit livrer et que le créancier peut exiger.

On en rencontre dans les conventions translatives: vente, échange, donation, etc. D'une part, elles réalisent par ellesmêmes la mutation; d'autre part, elles imposent à l'aliénateur l'obligation de livrer, et, par suite, rendent l'acquéreur créancier de la délivrance de l'objet.

On en rencontre également dans les conventions non translatives, qui ne créent que des rapports d'obligations : louage, prêt, dépôt, etc. Elles ont pour objet la jouissance, l'usage ou la possession de choses que les parties doivent livrer ou restituer.

Enfin on en rencontre dans les engagements qui se forment sans convention. Toutes les obligations de sommes d'argent dues à titre de réparation d'un préjudice sont des obligations de donner *lato sensu*.

431. Les obligations de faire sont toutes celles qui ont pour objet un acte, un fait actif que le débiteur est tenu d'exécuter, et dont le créancier peut réclamer l'accomplissement.

On en rencontre dans les conventions de donner, translatives ou non, car le même contrat peut produire cumulativement des obligations de livrer et des obligations de faire. Ainsi, dans la vente, le vendeur est tenu principalement d'une obligation de donner: il doit livrer la chose à l'acheteur; en outre, il est tenu éventuellement d'une obligation de faire: il doit garantir la possession paisible, en d'autres termes intervenir et prendre fait et cause pour l'acheteur dans le cas où ce dernier serait menacé d'éviction (article 1603). Ainsi encore, dans le louage, le bailleur est tenu d'une obligation de donner: il doit livrer au preneur la chose louée; il est tenu, en outre, d'une obligation de faire: il doit, après avoir livré la chose au preneur, en procurer et en assu-

^{1.} Suprà, nos 174 et suiv., p. 94 et suiv.

rer la jouissance effective (article 1719). De son côté, le preneur est tenu d'une obligation de donner: il doit payer le prix de location; il est, en outre, tenu de toute une série d'obligations de faire: il doit habiter les lieux loués, exploiter la ferme, garnir les lieux loués de meubles selon leur destination, exécuter les réparations locatives, justifier de l'acquittement des contributions des portes et fenêtres, etc.

On en rencontre dans les engagements qui se forment sans convention. Ainsi, par exemple, la gestion d'affaires est un quasi-contrat ; le negotiorum gestor est tenu, aux termes de l'article 1372, « de continuer la gestion « qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le « propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ». Ainsi encore, on en rencontre fréquemment dans les obligations légales: obligation pour la femme de suivre son mari (article 212), pour le mari de recevoir sa femme et de l'assister (articles 213 et 214), obligation pour l'enfant mineur de ne pas quitter le domicile de ses père et mère ou tuteur (article 374), etc. Il y a des contrats qui engendrent tout particulièrement des obligations de faire, spécialement le contrat de travail ou louage de services; depuis l'artiste qui engage son talent ou l'emploi de ses connaissances spéciales, jusqu'à l'entrepreneur qui engage ses services, jusqu'au plus modeste manœuvre qui engage son travail manuel, tous ceux qui se lient par un louage de services contractent une obligation de faire. Il en est de même du mandat ; le mandataire s'engage à « faire quelque chose pour le mandant et « en son nom », dit l'article 1984.

Mais il y a plus. Parfois, la même obligation peut être, selon les cas, de donner ou de faire. Ainsi, le vendeur doit garantie à l'acheteur. Sous un rapport, c'est une obligation de faire; car le vendeur doit, en cas de menace d'éviction, intervenir, prendre fait et cause pour l'acheteur et le défendre. Sous un autre rapport, c'est une obligation de donner; car si l'éviction se consomme, le vendeur garant devra réparer en argent le préjudice causé au garanti.

Les obligations de faire sont donc fréquentes et variées.

432. Enfin, les obligations de ne pas faire sont toutes celles qui consistent, de la part du débiteur, à s'abstenir de tel ou tel acte qu'il aurait sans cela le droit d'accomplir,

celles qui ont pour objet une abstention que le créancier a le droit d'exiger.

On en rencontre dans les conventions de donner. Le vendeur, garant de l'acheteur, ne doit rien faire qui porte atteinte au droit que l'acheteur possède de jouir de la chose vendue ; c'est un des chefs de garantie. Dans le louage de choses, le bailleur doit s'abstenir de tout ce qui porterait atteinte au droit de jouissance du preneur; par exemple, s'il a loué pour l'exercice d'une industrie ou d'un commerce, il ne peut pas consentir un autre bail pour l'exercice d'une industrie similaire qui ferait concurrence à la première. Dans le louage de services, celui qui loue son art, son industrie ou sa maind'œuvre, peut s'obliger en outre à ne pas les engager à une autre personne, soit pendant un certain temps, soit à tout jamais. Un procès qui a eu son heure de retentissement 1 a appris au public que les artistes de la Comédie française, une fois sociétaires, contractent l'obligation de ne paraître désormais, et de toute leur vie, sur aucune autre scène sans une autorisation spéciale, même quand ils ont cessé d'être sociétaires ; c'est une obligation de ne pas faire.

On en rencontre enfin de nombreuses parmi les engagements qui se forment sans convention, notamment dans les obligations ex lege. Les obligations légales sont toutes les restrictions que la loi impose aux droits des particuliers pour en rendre possible la coexistence; telles, par exemple, les obligations négatives entre propriétaires voisins, entre usagers à titre quelconque, comme l'usufruitier ou le titu-

laire d'un droit de servitude.

433. Cette distinction traditionnelle et banale des obligations de donner, de faire et de ne pas faire correspond donc à une réalité. Elle est essentiellement pratique.

III. Classification des obligations d'après leurs effets juridiques.

434. A ce point de vue, les obligations sont de deux sortes : obligations civiles et obligations naturelles.

L'expression « obligation naturelle » ne se rencontre que deux fois dans le Code civil.

Trib. de la Seine 13 mars 1895 (affaire Coquelin), Gazette des tribunaux du 15 mars. — Voy. infri, p. 266.

D'abord dans l'article 349: « L'obligation naturelle, qui « continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de « se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, « sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, « l'un envers l'autre. » L'expression est ici employée à tort; car nous verrons que l'obligation dont il s'agit est incontestablement une obligation civile.

L'expression est employée en outre — et elle est prise cette fois dans son sens technique — par l'article 1235. « Tout paiement suppose une dette », dit le début du texte ; cela est évident, puisque le paiement est l'acquittement d'une dette par l'accomplissement de la prestation due. Le texte continue: « Ce qui a été payé sans être dû est sujet à « répétition » ; c'est de toute justice : le paiement de l'indû est un quasi-contrat qui oblige l'accipiens à restitution (article 1376). Enfin le texte ajoute : « La répétition n'est pas « admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été « volontairement acquittées » ; voilà la véritable obligation naturelle, au sens exact des mots.

Quant à l'expression « obligation civile », on ne la rencontre pas dans les textes. Si elle est passée en usage, c'est qu'il fallait un terme technique pour faire antithèse à celui d'obligation naturelle.

435. L'obligation civile et l'obligation naturelle ont l'une et l'autre une existence légale, sont reconnues et consacrées en droit. La preuve en est dans l'article 1235.

D'une manière générale, l'obligation civile est celle dont l'effet obligatoire est complet, en ce sens qu'elle est sanctionnée par une action, au moyen de laquelle le créancier peut en poursuivre l'exécution par les voies légales. Elle comporte donc l'exécution volontaire de la part du débiteur; puis, subsidiairement, à défaut d'exécution volontaire, elle est susceptible d'exécution forcée.

L'obligation naturelle, au contraire, quoique légalement consacrée, n'a qu'un effet obligatoire incomplet, en ce sens qu'elle n'est pas sanctionnée par une action, au moyen de laquelle le créancier puisse contraindre le débiteur par les voies légales. De même que l'obligation civile, elle comporte l'exécution volontaire; mais, à l'inverse de l'obligation civile, elle n'est pas susceptible d'exécution forcée. En cela consiste la différence fondamentale; elle en entraîne quelques autres,

qui sont secondaires; celle-ci est le signe vraiment distinctif.

Aussi l'article 349 commet-il une erreur en qualifiant de naturelle l'obligation alimentaire entre l'adopté et ses ascendants. En effet, cette obligation résulte des articles 205 et 207; le créancier peut en réclamer judiciairement le bénéfice, c'est-à-dire poursuivre et contraindre le débiteur; or, là où il peut y avoir coercition, exécution forcée, l'obligation est civile. Si l'article 349 la qualifie d'obligation naturelle, c'est en ce sens qu'elle résulte d'un lien de parenté naturelle, par opposition à celle que le même texte établit entre l'adoptant et l'adopté, et qui résulte des liens purement civils que produit l'adoption 1.

L'article 1235 alinéa 2 est plus exact et en même temps plus caractéristique. Il suppose un paiement, en d'autres termes l'exécution volontaire d'une obligation, et déclare que la répétition n'est plus possible après ce paiement, bien qu'il ait été fait par un débiteur qui ne pouvait pas être contraint de l'effectuer. C'est le caractère distinctif de l'obligation naturelle; elle admet l'exécution volontaire, mais non la

coercition par les voies légales.

Cela surprend au premier abord. En effet, qui dit obligation dit vinculum juris, lien, nécessité; or, si le débiteur ne peut être contraint, ou, ce qui revient au même, si le créancier n'a pas d'action, comment y aurait-il obligation au sens légal du mot? Cependant l'existence d'obligations naturelles à côté des obligations civiles n'est pas contestée. Nous verrons plus loin dans quels cas elles existent.

IV. Classification des obligations d'après les modalités qui peuvent les affecter.

436. Envisagées à ce point de vue, les obligations sont de deux sortes.

1° Les obligations pures et simples. Ce sont celles dont rien ne modifie la manière d'être normale, celles dont les effets sont et restent ceux du droit commun des obligations.

2º Les obligations affectées par des modalités, autrement dit celles dont les effets normaux sont modifiés par certains caractères accidentels. Les modalités sont des manières d'être accidentelles, d'où résultent pour les obligations des

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 313 et 314.

caractères particuliers qui en modifient les effets habituels. Les principales sont: 1° le terme, par l'effet duquel l'obligation, quoique existante, n'est pas exigible, — 2° la condition, par l'effet de laquelle l'obligation, bien que formée, est subordonnée, en ce qui concerne la réalisation, à un événement futur et incertain, — 3° la solidarité, — 4° l'indivisibilité, etc.

Le chapitre V est tout entier consacré à ces modalités diverses et aux conséquences qu'elles entraînent quant au caractère et aux effets ordinaires de l'obligation.

437. En résumé, les obligations peuvent être classées à quatre points de vue. Pour déterminer les effets d'une obli-

gation, il faut combiner ces quatre classifications.

Nous ne reviendrons pas pour le moment sur les deux premières, nous réservant de signaler incidemment les quelques intérêts que présente la distinction entre: 1° les obligations conventionnelles et les engagements qui se forment sans convention, — 2° les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

Dès lors il ne reste, en ce qui concerne les diverses sortes d'obligations, que deux points à examiner : 1° la distinction des obligations civiles et naturelles, qui fait l'objet de quelques textes épars, — 2° les modalités en matière d'obligations, auxquelles est consacré le chapitre IV de notre titre (articles 1168 à 1233).

\S 1. — Des obligations civiles.

438. Les obligations civiles sont toutes celles qui ont une cause légitime — contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, loi — et dont rien n'altère le caractère obligatoire. Dès lors, ce qui caractérise l'obligation civile, ce n'est ni son origine, ni son objet; ce sont ses effets, lesquels se résument dans les droits qu'elle confère au créancier.

Elle lui en confère deux : un droit principal, puis quelques droits auxiliaires qui ne sont que des garanties d'exécution.

Examinons-les. Nous aurons plus tard à rechercher ce qui subsiste de ces droits quand il s'agit d'obligations naturelles.

Le droit principal.

439. Il consiste dans la faculté pour le créancier de re-

courir à l'exécution forcée à défaut d'exécution volontaire. C'est, encore une fois, l'élément essentiel de l'obligation civile.

440. L'exécution volontaire constitue le paiement (article 1235). Au sens général du mot, le paiement est l'accom-

plissement de la prestation due.

S'agit-il d'une obligation de donner, le paiement consiste dans la livraison de la chose due. Et comme il importe peu au créancier, du moment qu'il reçoit la chose, de la recevoir d'une personne ou d'une autre, l'article 1236 dit: « Une « obligation peut être acquittée par toute personne qui y « est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. L'obli- « gation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est « point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en « l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, « il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

S'agit-il d'une obligation de faire, le paiement consiste dans l'accomplissement du fait, de l'acte promis. Et comme un fait peut avoir une valeur différente selon la personne qui l'exécute, l'article 1237 porte que « l'obligation de faire « ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créan-« cier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par

« le débiteur lui-même ».

Enfin s'agit-il d'une obligation de ne pas faire, le paiement consiste dans l'obéissance à l'abstention promise.

441. A défaut d'exécution volontaire, le créancier peut recourir à l'exécution forcée par l'intervention de l'autorité publique. De là l'action, ou exercice judiciaire du droit; l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même en tant qu'il est exercé judiciairement. De là, en outre, les voies d'exécution forcée, ou moyens pour le créancier de réaliser sa créance.

442. Le Code de procédure règle le mode d'exercice des actions. Il règle aussi la forme des voies d'exécution (arti-

cles 517 et suivants).

Nous noterons seulement sur ce point que les voies à suivre pour arriver à l'exécution forcée varient selon la forme extérieure du titre qui constate l'obligation, selon que ce titre est ou n'est pas exécutoire.

Sont exécutoires, en ce qui concerne les conventions: 1º les jugements, — 2º les grosses d'actes notariés. Tous autres actes, notamment les actes sous seing privé, ne sont pas exécutoires. Nous insisterons sur cette distinction, qui a une importance pratique considérable, à propos des articles 1317 et suivants.

Bornons-nous, pour le moment, à cette simple observation. Quand la convention est constatée par un acte exécutoire, le créancier peut requérir de plano l'intervention des agents de la force publique, afin d'obtenir l'exécution forcée de son droit; de là l'article 545 du Code de procédure. Quand une convention est constatée par un acte non exécutoire, à plus forte raison quand elle est verbale, le créancier doit, en général¹, pour pouvoir procéder à l'exécution forcée, obtenir un jugement contre son débiteur, autrement dit un acte exécutoire; c'est pour cela qu'il y a souvent procès sans qu'il y ait, d'ailleurs, contestation sur le fond du droit, le demandeur n'ayant pas d'autre but que de prendre un titre exécutoire, un exécutoire comme on dit quelquefois.

443. Quant au Code civil, il s'occupe de l'exécution forcée

à deux points de vue, qui sont les suivants.

Premier point de vue.

444. Le Code civil indique en quoi consiste, selon les cas, l'exécution forcée, ce qui n'est plus affaire de forme, mais de fond, et rentre dans l'effet des obligations.

Cela dépend de l'objet de l'obligation.

L'exécution forcée peut être directe. En d'autres termes, il se peut qu'elle procure au créancier le même résultat que l'exécution volontaire: la remise de la chose due s'il s'agit d'une obligation de donner, l'accomplissement du fait ou de l'abstention s'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

D'autres fois, l'exécution forcée n'est qu'indirecte. En d'autres termes, sans procurer au créancier la réalisation même de la prestation due, elle lui en assure l'équivalent sous la forme de dommages-intérêts.

L'exécution forcée devrait toujours être directe, car l'article 1243 ne fait que déduire une conséquence du caractère même de l'obligation quand il dit: « Le créancier ne peut

^{1.} Nous disons: en général. Car la règle n'est pas absolue; il y a des voies d'exécution auxquelles les créanciers sont autorisés à recourir sans titre exécutoire, par exemple la saisie-arrêt (article 557 C. proc. civ.).

« être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui « est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou « même plus grande. » Mais un tel résultat n'est pas toujours possible. Il arrive quelquefois que l'objet de l'obligation ne peut être atteint que par l'intervention personnelle et volontaire du débiteur, par sa participation intentionnelle. La loi, alors, ne saurait aboutir à l'exécution forcée directe, et cela pour deux raisons. D'abord, on ne conçoit pas, si l'obligation implique l'intervention personnelle et intentionnelle du débiteur, comment celui-ci pourrait être utilement contraint; puis, la violence à laquelle il faudrait recourir contre la personne du débiteur ne saurait être admise comme mode légitime d'exécution des contrats. Force est donc bien que le créancier se contente d'un équivalent, c'est-à-dire que l'obligation se résolve en dommages-intérèts.

De là les distinctions suivantes, quant aux cas dans lesquels l'exécution forcée sera directe ou indirecte. Tout dé-

pend de l'objet de l'obligation.

445. Dans les obligations de donner, l'exécution directe est presque toujours possible. S'agit-il de l'obligation de donner un immeuble, comme par exemple l'obligation qui résulte d'une vente d'immeuble, d'un louage d'immeuble, le créancier de la livraison ou de la restitution obtiendra sa mise en possession par la force publique, manu militari (article 1610); l'exécution forcée consistera dans la prise de possession par intervention de la force publique, mise, à cet effet, au service du créancier. S'agit-il de l'obligation de donner un meuble, le créancier obtiendra sa mise en possession par la saisie-revendication (articles 826 et suivants C. proc. civ.). Enfin s'agit-il de l'obligation de donner une somme d'argent, le créancier obtiendra paiement au moyen des différentes saisies organisées à cet effet, c'est-à-dire qu'il fera vendre les biens de son débiteur pour être payé sur le prix, ou se fera remettre les sommes qui étaient dues à son débiteur.

Ainsi, dans les obligations de donner soit un corps certain, soit un objet certain, soit une somme d'argent, l'exécution sera habituellement directe.

Pas toujours cependant. Il se peut, même au cas d'une obligation de donner, que le créancier doive se contenter d'un équivalent, que l'exécution forcée ne puisse aboutir qu'à des dommages-intérêts. Il en est ainsi quand l'exécution directe a cessé d'être possible par la faute du débiteur, soit qu'il ait détruit ou détérioré la chose due, soit qu'il l'ait soustraite et dissimulée. C'est en vue de ces cas que l'article 1136, tout en se plaçant dans l'hypothèse d'une obligation de donner, regarde cette obligation comme susceptible de se résoudre en dommages-intérêts: « L'obligation de don- « ner emporte celle de livrer la chose et de la conserver « jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts envers « le créancier. »

446. Si l'exécution directe est presque toujours possible dans les obligations de donner, il en est autrement dans les obligations de faire ou de ne pas faire. L'article 1142 dit, en effet, et c'est de ce texte qu'on tire argument pour décider que la solution est autre dans les obligations de donner: « Toute « obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dom- « mages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débi- « teur. » Donc, ici, l'exécution forcée n'est plus qu'indirecte; elle n'aboutit qu'à un équivalent, à l'allocation de dom-mages-intérêts.

Pourquoi en est-il ainsi? La tradition répond: quia nemo potest præcise cogi ad factum. On ne saurait vraiment et utilement contraindre l'obligé à exécuter une action s'il s'y refuse; tout ce que peut obtenir le créancier c'est une répa-

1. La jurisprudence fait de ce principe des applications nombreuses et très diverses.

Elle décide, par exemple, que le titulaire d'un office ministériel qui, après avoir promis de s'en démettre en faveur du successeur qu'il s'est choisi, refuse d'exécuter la convention, ne peut être contraint par justice à donner sa démission. Le traité ne constitue pas une véritable vente; il donne simplement naissance à une obligation de faire, qui se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution. Agen 6 janvier 1836, Sir. 1836. II.65, — Lyon 5 juillet 1849, D. P. 1850. II.106, Sir. 1850. II.69.

De même, l'inexécution d'une promesse de mariage est considérée comme la violation d'une obligation de faire, et donne lieu à des dommages-intérêts, au moins lorsqu'elle est le résultat d'un pur caprice et qu'elle a causé un préjudice. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 316; — cpr. Cass. 16 janvier 1877, D. P. 1877.I.85, Sir. 1877.I.165, — Paris 26 juin 1894, D. P. 1895.II.86, Sir. 1894.II.64, — Alger 9 avril 1895, D. P. 1895.II.320, Sir. 1894.II.79

Voy. des solutions analogues en matière de séduction suivie de grossesse : Grenoble 18 mars 1867 et Rouen 15 janvier 1865, Sir. 1865, II.169, — Toulouse 28 novembre 1864 et Rouen 24 février 1865, Sir. 1865, II.5, — Orléans 12 janvier 1893, D. P. 1893, II.487, Sir.1893, II.267. — Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 238.

ration du préjudice que l'inexécution de la prestation lui cause, autrement dit des dommages-intérêts.

Mais il y a exagération dans cette manière de voir. La règle posée par l'article 1142 n'est pas la conséquence d'un principe; elle ne fait que consacrer le résultat possible et accidentel des circonstances.

La preuve que l'exécution forcée peut être directe, au moins quelquefois, même dans les obligations de faire ou de ne pas faire, est fournie par les articles 1143 et 1144. Le premier concerne les obligations de ne pas faire: « 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 second est relatif aux obligations de faire: « Le créancier peut « aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter « lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. »

447. Ces règles sont logiques. Quiconque a stipulé une chose peut conclure à ce qu'elle lui soit remise et en obtenir la mise en possession; quiconque a stipulé un fait peut conclure à ce qu'il soit accompli et le faire accomplir aux frais du débiteur; quiconque a stipulé une abstention peut conclure à ce qu'elle soit observée et faire détruire ce qui aurait

été accompli en contravention à l'engagement pris.

Les exemples abondent. Un voisin s'est engagé à ne pas fermer son avenue et à m'y laisser librement passer; c'est une obligation de ne pas faire; s'il manque à sa promesse, il y a lieu d'appliquer l'article 1143. Un entrepreneur de transports s'est engagé à transporter une personne et des marchandises; c'est une obligation de faire; s'il manque à sa

promesse, il y a lieu d'appliquer l'article 1144.

Seulement, comme personne ne doit se faire justice à soimême, le créancier devra recourir à l'intervention des tribunaux pour se faire autoriser soit à exécuter le fait promis aux dépens du débiteur, soit à détruire ce qui aurait été fait contrairement aux engagements pris. Qu'il s'agisse d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, la règle est la même; l'exécution forcée serait une voie de fait sans l'intervention de justice; c'est aux juges, en cas de contestation, à régler le mode d'exécution.

448. Donc le principe de l'exécution forcée directe est

commun à toutes les obligations, soit de donner, soit de faire, soit de ne pas faire. Tout ce que l'on peut dire — et à cela se réduisent en réalité les articles 1142 et suivants — se ramène à ceci. C'est surtout dans les obligations de faire ou de ne pas faire que l'exécution volontaire implique l'intervention personnelle du débiteur, et que, dès lors, le créancier doit se contenter, à titre d'exécution forcée, d'une réparation sous forme de dommages-intérêts. En effet, la considération de la personne, dans ce cas, est souvent prépondérante; donc l'intervention personnelle et intentionnelle est indispensable, intervention que la violence est impuissante à obtenir, à supposer qu'il soit légitime de l'employer.

Ici encore les exemples abondent.

Un artiste s'est engagé à exécuter une œuvre d'art. Il n'y a pas de pouvoir qui puisse la lui faire exécuter, surtout convenablement. Alors l'article 1142 reçoit son application.

Un architecte s'est engagé à faire un plan, une personne à faire un voyage à une fin déterminée, un fermier à cultiver une terre. Ou bien un commerçant, vendant son fonds, s'est engagé à ne pas s'établir dans un rayon déterminé, afin de ne pas faire concurrence à l'acquéreur, contractant ainsi une obligation de ne pas faire.

Un acteur a contracté un engagement pour un temps donné, et il s'interdit de jouer sur un théâtre autre que celui où il est engagé. Il contrevient à l'engagement. On ne peut

pas recourir à la force pour l'en empêcher.

Ou bien enfin c'est un acheteur qui a promis à son vendeur, dans l'acte même de vente, de l'avertir au cas où il revendrait la chose et de le préférer à tout autre acheteur à prix égal. Il revend la chose sans prévenir son vendeur, contrevenant ainsi à une obligation de faire ². Le juge saisi de l'action ordonnera l'exécution; et en outre, pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas, il le condamnera à des dommages-intérèts.

449. De tout ce qui précède il faut conclure que la distinction faite par les articles 1142 et suivants, entre les cas où l'exécution forcée peut être directe et ceux où elle n'est qu'in-

2. Cass. 9 juillet 1834, Sir. 1834.I.741, — Mulhouse 7 juin 1838, Sir. 1839.II.207. — Cpr. Limoges 1er juillet 1840, Sir. 1841.II.8.

^{1.} Paris 4 juillet 1865, D. P. 1865.II.202, Sir. 1865.II.233, — trib. de la Seine 20 mars 1895, Pandectes françaises, 1895.II.182.

directe, est beaucoup trop absolue. La distinction résulte d'une question de fait plutôt que d'une règle de droit. Toutes les fois que cela est possible, l'exécution forcée sera directe; toutes les fois que, pour assurer l'exécution directe, il faudrait recourir à des violences sur les personnes, violences qui seraient impuissantes et d'ailleurs inadmissibles, l'exécution sera indirecte. La règle ainsi posée est commune à toutes les obligations, qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire. En cas de doute, il appartient aux juges du fait de décider d'après les circonstances.

450. C'est par suite de la nécessité qui s'impose parfois d'une exécution forcée indirecte que la notion des dommages-intérêts se lie à l'effet des obligations. Les dommages-intérêts sont souvent la forme, le mode de l'exécution forcée.

Cette idée que l'attribution de dommages-intérêts est un mode indirect d'exécution forcée des obligations reçoit des

applications diverses.

Les dommages-intérêts, en matière d'obligations, sont de deux sortes. Et la question est discutée — la jurisprudence la résout sans hésiter dans le sens de l'affirmative — de

savoir s'il ne faut pas en ajouter une troisième.

451. Lorsque les dommages-intérêts tiennent lieu de l'objet de l'obligation, quand ils le remplacent au cas d'inexécution totale ou partielle, cas auquel l'obligation, comme dit l'article 1142, « se résout en dommages-inté-« rêts », ceux-ci prennent le nom de dommages-intérêts compensatoires. En effet, ils compensent l'obligation; ils sont l'équivalent de son objet, dans la mesure où elle n'est pas exécutée, soit en tout soit en partie.

Sous ce nom, on les oppose aux dommages-intérêts moratoires, qui ne remplacent pas l'objet de l'obligation, mais sont dus à raison du retard apporté à l'exécution, ou mieux à raison du préjudice que ce retard peut avoir causé au créancier. Ils s'ajoutent à l'objet de l'obligation et se cumulent soit avec lui, soit avec les dommages-intérêts compensatoires qui en

tiennent lieu.

L'article 1147 prévoit distinctement ces deux sortes de dommages-intérêts. Il existe entre elles, quant aux règles qui les régissent, des différences assez notables que nous rencontrerons tout à l'heure.

452. Ce sont là les deux seules espèces de dommages-

intérêts prévues par les textes 1. La pratique en admet cependant une troisième espèce, ayant un autre caractère, une autre raison d'être et surtout un autre but. La question

est discutable de savoir si leur usage est légitime.

/ 453. Souvent les tribunaux se servent des dommages-intérêts non plus comme d'un équivalent en cas d'inexécution, ou comme d'un mode de réparation du préjudice résultant du retard apporté à l'exécution, mais comme d'un moyen de contrainte, afin de forcer indirectement le débiteur à s'exécuter, afin de vaincre sa résistance. Cet expédient s'emploie quand il s'agit d'obligations qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée directe. Le tribunal saisi de l'action, au lieu d'allouer des dommages-intérêts à raison du préjudice éprouvé par le créancier, enjoint au débiteur de s'exécuter, ce qui va de soi; puis, pour le cas où le débiteur ne s'exécuterait pas, il le condamne éventuellement à des dommages-intérêts. (V.) 1661

Que vaut cette manière de procéder?

454. Dans un cas elle est certainement régulière. Rien ne s'oppose à ce que le juge, saisi par le créancier, arbitre à l'avance le préjudice que causera soit l'inexécution, soit le retard apporté à l'exécution, par conséquent à ce qu'il attribue tout de suite des dommages-intérêts dans cette prévision 2. Les textes, il est vrai, ne supposent formellement l'allocation de dommages-intérêts qu'à raison d'un préjudice éprouvé; mais pourquoi n'en pourrait-il pas être alloué à raison d'un préjudice non encore réalisé, si ce préjudice peut être des maintenant prévu et estimé³? La situation est

2. Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, nº 477; - Cass. 15 mars 1892,

D. P. 1892.I.303, Sir. 1892.I.309.

^{1.} Dans la pratique, on donne souvent le nom de dommages-intérêts aux réparations dues à raison d'un préjudice résultant d'un délit ou d'un quasidélit par application de l'article 1382. Mais l'expression est impropre. Ce ne sont pas là des dommages-intérêts, au sens véritable du mot; ce sont des réparations civiles, qui diffèrent manifestement des dommages-intérêts, au point de vue théorique et au point de vue pratique. Au point de vue théorique, les réparations civiles forment l'objet principal des obligations résultant des délits et quasi-délits, tandis que les dommages-intérêts ne sont que l'exécution indirecte des obligations non délictuelles. La différence pratique n'est pas moindre; les dispositions des articles 1146 et suivants ne s'appliquent pas aux réparations civiles, mais seulement aux dommages-intérêts compensatoires ou moratoires, c'est-à-dire aux dommages-intérêts proprement dits.

^{3.} Sur la nécessité de cette condition, voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, nº 477, — Aix 12 août 1876, D. P. 1877.II.175, — l'arrêt de la Cour de Cass. du 15 mars 1892, cité à la note précédente, — et Alger 17 février 1894, D. P. 1895. II.46.

exactement la même. Souvent, en pareil cas, le jugement se contente de poser le principe des dommages-intérêts, et surseoit à en arrêter le chiffre ; il condamne à des dommagesintérêts à régler ultérieurement par état.

Jusqu'ici, rien que de très légitime. Les dommages-intérêts sont toujours attribués à titre d'exécution indirecte de

l'obligation.

455. Mais souvent, allant plus loin, le juge alloue des dommages-intérêts indépendamment de toute prévision, à plus forte raison de toute constatation d'un préjudice soit éprouvé, soit à éprouver, uniquement pour amener le débiteur à s'exécuter. Les dommages-intérêts ont alors le caractère non d'un mode d'exécution indirecte, mais d'un moyen de contrainte indirecte.

Soit une obligation de faire, à laquelle le débiteur se soustrait. Si le fait promis est de nature à être exécuté aux dépens du débiteur, l'article 1144 suffit : « Le créancier peut aussi, « en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui- « même l'obligation aux dépens du débiteur. » S'il ne l'est pas, le juge, à la requête du créancier, enjoindra au débiteur de s'exécuter; puis, pour le cas où il continuerait à s'y refuser, le condamnera à tant de dommages-intérêts par jour de retard.

Soit une obligation de ne pas faire, à laquelle le débiteur a contrevenu. Si ce qui a été fait en contravention peut être détruit aux dépens du débiteur, l'article 1143 suffit : « ... 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.... » Sinon, le juge, à la requête du créancier, enjoindra au débiteur de le détruire; puis, pour le cas de résistance de la part du débiteur, le condamnera d'ores et déjà à tant de dommages-intérêts par jour de retard.

Dans les deux cas, les dommages-intérêts sont alloués non pas à titre de réparation du préjudice effectif résultant soit de l'inexécution, soit du retard apporté à l'exécution, mais, ce qui est très différent, à titre purement comminatoire,

comme mode de contrainte indirecte.

Le procédé est-il régulier? Cela ne fait pas doute en pratique.

La question a été maintes fois soulevée. Elle l'a été no-

tamment dans le cas suivant. A la suite d'une instance en séparation de corps, la garde des enfants est confiée au père; la mère, qui les avait eus près d'elle jusque-là, est condamnée à les rendre: c'est une obligation de faire; elle refuse d'y satisfaire, et, pour éviter l'exécution forcée directe qui eût été possible, elle s'enfuit à l'étranger. Un arrêt de la Cour de Paris lui enjoint de restituer les enfants, sous peine de mille francs de dommages-intérêts par jour de retard, soit 365.000 francs par an 1. Assurément, ces dommages-intérêts ne sont pas la représentation d'un préjudice effectif, mais uniquement un moyen de contrainte. Deux ans après, faute d'exécution et pour le paiement des dommages-intérêts accumulés, les immeubles appartenant à la mère étaient saisis, vendus, et le prix placé au nom du mari.

Plus récemment, la question s'est présentée dans un procès intenté par la Comédie française à l'un de ses sociétaires qui avait rompu avec elle ². Celui-ci paraît sur une autre scène malgré l'engagement qu'il avait pris de ne pas le faire. Il est condamné à des dommages-intérêts à raison des faits passés; puis, en ce qui concerne l'avenir, le jugement édicte, pour chaque infraction nouvelle, une clause pénale simplement

présomptive et comminatoire.

Toutes ces pratiques sont-elles régulières? Il est permis d'en douter. Nulle part il n'est question dans la loi de dommages-intérêts alloués à titre de contrainte comminatoire; la loi n'envisage les dommages-intérêts que comme mode de réparation d'un préjudice effectif résultant de l'inexécution

d'une obligation ou du retard dans l'exécution 3.

On a même été, dans la première espèce indiquée, jusqu'à ordonner, toujours comme moyen de contrainte, la mise sous séquestre de tous les biens du débiteur. C'est là encore un procédé détourné, dont la légitimité est douteuse. La mise sous séquestre répond à une situation prévue par les articles 1955 et 1956; elle ne peut donc pas être employée ici.

Tous ces expédients sont donc contestables. Mais, dans les cas prévus et autres semblables, les nécessités pratiques

Paris 43 février 1877, D. P. 1878. II. 125, — Cass. 18 mars 1878, D. P. 1878, I.201.

^{2.} Trib. de la Seine 13 mars 1895. Voy. suprà, p. 253.

^{3.} Voy. en ce sens: Demolombe, Contrats, I, nos 494 et 497, — Laurent, Principes, XVI, no 302, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, no 499, — Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 299, p. 64 et suiv.

l'ont emporté sur les scrupules de doctrine 1. De fait, il y a là une lacune dans la loi; l'usage y a pourvu. Il n'est pas admissible qu'on puisse impunément se jouer de ses obligations et des ordres de justice; il est donc nécessaire qu'à toute obligation corresponde une voie d'exécution forcée qui soit efficace. Or, l'emploi des dommages-intérêts éventuels comme moyen de contrainte est d'une incontestable efficacité. Seulement, dépend-il du juge d'organiser ainsi une voie d'exécution dans le silence de la loi? Là est la question; et on peut dire que les tribunaux font jouer aux dommages-intérêts un rôle que le législateur ne leur attribue nulle part, et même qu'il n'a pas entendu leur donner.

Second point de vue.

456. Le Code civil pose un principe général qui sert de base à toute la théorie des voies d'exécution. Ce principe est énoncé par les articles 2092 et 2093, qui confèrent au créancier un droit de gage général sur les biens du débiteur ².

En d'autres termes, les biens d'une personne répondent de ses dettes. Et comme ce droit de gage général est inhérent au droit même de créance, il appartient au même titre à tous les créanciers. « Les biens du débiteur, dit l'article 2093, « sont le gage commun de ses créanciers...» Aussi les créanciers sont soumis, au moins en principe, à la loi du concours ou du dividende proportionnel en cas d'insolvabilité partielle du débiteur; ils ont tous un droit égal: « Le prix, continue « l'article 2093, s'en distribue entre eux par contribution... »

Tel est le droit commun. Toutefois, si une sûreté réelle est établie au profit d'un ou de quelques-uns d'entre eux, il en résulte pour ceux-ci le droit d'être payés par préférence aux autres. Mais ce n'est plus alors l'effet du gage général; c'est l'effet de la sûreté réelle établie, autrement dit de l'affectation spéciale d'un ou plusieurs des biens au paiement de la dette, affectation d'où résulte un droit de préférence. L'article 2093 se termine ainsi: « A moins qu'il n'y ait entre les « créanciers des causes légitimes de préférence »; et, d'après l'article 2094, « les causes légitimes de préférence sont les « privilèges et hypothèques ».

^{1.} Voy. en ce sens: Cass. 48 mars 1878, D. P. 1878.I.201, — 25 juillet 1882, D. P. 1883,I.243, Sir. 1883.I.345, — 9 juin 1889, D. P. 1894.I.128, Sir. 1889.I.264, — 3 juillet 1893, D. P. 1893.I.594, Sir. 1896.I.67.

457. De ce droit de gage général, commun à tous les créanciers, découlent pour eux trois facultés 1.

458. La première est le droit de saisie, moyen pour les créanciers de réaliser leur gage en vue du paiement. Ils peuvent saisir tous les biens qui appartiennent présentement au débiteur. Dès lors, leur gage général se modifie, augmente ou diminue, d'après la composition et la consistance actuelles du patrimoine.

De là une autre utilité des sûretés réelles, qui peuvent se combiner avec le gage général et le compléter. Au droit de préférence qui résulte de ces sûretés et qui soustrait le créancier privilégié ou hypothécaire à la loi du concours, s'ajoute parfois, sous des distinctions que ce n'est point ici le lieu de faire ², un droit de suite sur la chose affectée au paiement, de sorte que le créancier privilégié ou hypothécaire peut saisir le bien grevé entre les mains du tiers acquéreur ou détenteur (articles 2102-1° alinéa 5, et 2166). Mais il faut répéter ici notre observation de tout à l'heure³. Le droit de suite n'est plus un effet du gage général, il est un effet de la sûreté réelle établie; le droit de saisie résultant du gage général ne s'exerce que sur les biens qui sont aux mains du débiteur, qui lui appartiennent présentement, et il s'évanouit dès que ces biens sont aliénés.

459. Dans cette mesure, tous les biens du débiteur sont en principe saisissables, parce que tous constituent le gage général des créanciers.

Quant aux conditions et aux formes de la saisie, des diverses saisies, nous ne pouvons que renvoyer au Code de procédure civile et aux commentaires de ce Code 4.

460. Mais le principe d'après lequel les biens du débiteur sont saisissables comporte des exceptions.

Il est des biens qui sont insaisissables parce qu'ils sont incessibles. La vente est la fin de la saisie; et si la vente est impossible, la saisie le devient par là même. Ainsi le droit d'usage et le droit d'habitation, étant incessibles (articles 631 et 634), sont insaisissables.

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 31 et suiv.

Ibid., tome I, p. 227 et suiv., — tome II, p. 301 et suiv.
 Suprà, nº 456.

^{4.} Voy. notamment Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, 2° édition, IV, p. 75 et suiv.

Il est d'autres biens qui sont insaisissables par suite de certaines considérations d'humanité, dans l'intérêt du débiteur (articles 581 et 592 C. proc. civ., auxquels s'ajoutent quelques lois spéciales) ¹. Par exemple, les traitements et pensions ne sont saisissables que jusqu'à concurrence d'une certaine somme ².

Enfin, il est des biens qui sont insaisissables par suite de considérations relatives au crédit. Les rentes sur l'Etat ne sont saisissables ni pour le capital ni pour les arrérages (lois du 8 nivôse an VI et du 22 floréal an VII). Bien qu'il y ait quelques doutes sur la portée de cette insaisissabilité, la règle n'est pas douteuse 3.

Mais ce sont là des exceptions. En principe, le droit de gage général permet de saisir tous les biens du débiteur.

461. La seconde faculté dérivant du droit de gage général consiste, pour le créancier, à exercer les droits et actions du débiteur (article 1166). Du moment que le créancier a comme gage l'ensemble du patrimoine de son débiteur, il peut exiger que ce patrimoine soit conservé et qu'il reçoive les accroissements que les circonstances comportent, par conséquent que les droits qu'il renferme soient exercés. De là la faculté qui lui est reconnue de les exercer lui-même, au nom du débiteur, si celui-ci néglige de les exercer, à plus forte raison s'il refuse de le faire. C'est encore, sous une autre forme, un mode de réalisation du gage appliqué aux droits et actions, pour le cas où le débiteur néglige ou refuse de les exercer.

Aux termes de l'article 1166, « les créanciers peuvent « exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'ex-« ception de ceux qui sont exclusivement attachés à la per-« sonne ». En conséquence, le créancier peut : 1° accomplir les actes conservatoires des droits du débiteur, puisque le débiteur pourrait y procéder lui-même, et puisque le créancier peut exercer tous les droits du débiteur, — 2° accomplir les actes de poursuite et d'exécution de ces mêmes droits,

^{1.} Garsonnet, loc. cit., p. 126 à 195.

^{2.} La loi du 12 janvier 1895 ne permet de saisir qu'à concurrence d'un dixième les salaires des ouvriers et gens de service, ainsi que les appointements ou traitements des employés, commis ou fonctionnaires, lorsque ces traitements ne dépassent pas deux mille francs par an. Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 32.

^{3.} Voy. sur ce point, Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 33.

dans les conditions où le débiteur pourrait y procéder lui-même.

- 462. Enfin une troisième faculté résulte pour le créancier, du droit de gage général. Il peut attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits (article 1167). C'est l'action révocatoire ou paulienne, dont nous avons rencontré déjà plusieurs applications. L'idée est toujours la même. Du moment que le créancier a comme gage le patrimoine de son débiteur, il a droit à ce que ce patrimoine ne soit pas frauduleusement dénaturé et diminué ou détourné à son détriment; d'où la faculté d'attaquer, en son nom personnel, c'est-à-dire à raison de sa qualité de créancier, les actes faits en fraude de ses droits.
- 463. Voilà quel est le droit principal des créanciers en matière d'obligations civiles. Ils peuvent recourir à l'exécution forcée sous ses diverses formes, à défaut d'exécution volontaire.

A côté de ce droit principal, avons-nous dit 1, le créancier, quand il s'agit d'une obligation civile, jouit en outre de quelques droits auxiliaires.

Les droits auxiliaires.

- **464**. Ils n'interviennent, nous l'avons indiqué par avance ², que comme des garanties d'exécution. Un caractère commun les rapproche : ils tendent à la conservation, à la sécurité des droits du créancier.
 - 465. Ces droits auxiliaires sont de deux sortes.
- 466. Les uns sont accidentels, en ce sens qu'ils peuvent être adjoints à la créance, soit par la volonté des parties, soit dans quelques cas par la loi, mais n'y sont pas naturellement inhérents: le privilège, l'hypothèque, le nantissement, le cautionnement 3. Ce sont des garanties d'exécution usitées spécialement dans les obligations de sommes d'argent, des sûretés de paiement: sûretés réelles résultant de l'affectation de certains biens au paiement, comme c'est le cas du privilège et de l'hypothèque, sûretés personnelles résultant de l'adjonction d'un débiteur accessoire, comme dans le cas du cautionnement. Ces garanties protègent le créancier, d'une manière plus ou moins efficace selon les cas, contre

^{1-2.} Suprà, p. 256.

^{3.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome 1.

les risques de l'insolvabilité du débiteur. Quand elles interviennent, elles constituent manifestement, au profit du créancier, des droits auxiliaires de l'obligation; sans avoir pour objet l'exécution même, elles sont du moins destinées à l'assurer. Nous ne pouvons, à cet égard, que renvoyer aux titres spéciaux du Code civil qui indiquent dans quels cas ces droits auxiliaires existent et quels en sont les effets.

467. Les autres sont directement inhérents à l'obligation, en ce sens qu'ils appartiennent en principe à tout créancier, au lieu d'être simplement accidentels.

Ils consistent essentiellement dans la faculté qui appartient à tout créancier de prendre les mesures conservatoires de sa

créance.

Ce droit est implicitement reconnu par diverses applications que la loi en fait dans des cas où l'on aurait pu douter qu'il existât. L'article 1180 est ainsi conçu: « Le créancier « peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous « les actes conservatoires de son droit. » Et l'article 125 du Code de procédure civile: « Les actes conservatoires seront « valables, nonobstant le délai accordé. » Ces textes veulent dire que le créancier peut accomplir les actes conservatoires de son droit même si la créance est à terme ou sous condition, donc à plus forte raison si elle est pure et simple, par conséquent, dans tous les cas.

Ces mesures ou actes conservatoires varient selon les circonstances; ils ne sont pas susceptibles d'une énumération

complète. Voici quels sont les principaux.

1° Tout créancier peut former une demande en reconnaissance d'écriture (articles 193 et suivants C. proc. civ.) ou en passation de titre nouvel (article 2263 C. civ.). Cela n'est pas un acte d'exécution, mais une précaution qui n'a qu'une

utilité éventuelle ; c'est une mesure conservatoire.

2° Tout créancier peut : interrompre les prescriptions qui menacent son droit (article 2242),— requérir la transcription ou l'inscription, s'il s'agit de droits de nature à être inscrits ou d'actes de nature à être transcrits, — requérir l'apposition des scellés après le décès ou la faillite du débiteur, dans les conditions indiquées par les articles 820 et 821 du Code civil, — requérir la confection d'un inventaire, — demander la séparation des patrimoines, — former des oppositions à

partage, afin d'éviter que le partage ne soit fait en fraude de ses droits (article 882).

3° Le créancier peut intervenir dans les instances introduites par le débiteur ou contre le débiteur (articles 339 et 466 C. proc. civ.). Des exemples d'intervention sont fournis par les articles 618-2°, 865, 882 et 1447 du Code civil. Mais l'intervention n'est recevable qu'autant qu'elle repose sur un intérêt sérieux et garantit un droit susceptible d'être exercé par les créanciers.

Tous ces actes ont un caractère commun. Ils ne tendent pas à l'exécution actuelle, mais ont pour unique but d'assurer éventuellement la conservation du droit; ce sont des actes conservatoires. Or, tout créancier a, comme tel, qu'il soit créancier pur et simple, conditionnel ou à terme, la faculté d'accomplir les actes conservatoires de son droit. Cela est à la fois légitime et légal.

468. Ici s'arrêtent les effets des obligations civiles.

Nous retrouvons notre formule du début, dont la portée va maintenant apparaître d'une façon claire. Les effets de l'obligation civile, disions-nous¹, se résument dans les droits qui en résultent pour le créancier: d'abord un droit principal, celui de recourir [à l'exécution forcée faute de paiement volontaire, — puis quelques droits accessoires, qui ne sont que des garanties d'exécution.

469. Pour compléter cet exposé de principes, il importe maintenant, l'ensemble étant tracé, d'arrêter plus longuement notre attention sur trois points.

D'abord sur les dommages-intérêts. Nous avons indiqué quel en est le rôle dans l'exécution forcée des obligations civiles. Il reste à dire sous quelles conditions pratiques ils sont dus et comment le montant en est déterminé selon les cas. C'est l'objet des articles 1149 et suivants.

Ils font immédiatement suite aux textes qui sont relatifs aux obligations de faire ou de ne pas faire; et en effet les dommages-intérêts ont une importance spéciale en ce qui concerne ces obligations, puisque le plus souvent elles se résolvent en dommages-intérêts à défaut d'exécution volontaire (article 4142). Mais il faut généraliser la théorie, car les obligations de donner, elles aussi, comme nous l'avons vu,

^{1.} Suprà, p. 256.

peuvent entraîner des dommages-intérêts compensatoires ou moratoires.

En second lieu, il faut revenir sur l'article 1166. Nous avons indiqué le principe auquel il se rattache. Il reste à préciser quels droits le créancier peut ainsi exercer, et à quelles conditions. Le créancier, dit le texte, peut exercer tous les droits de son débiteur « à l'exception de ceux qui sont exclusive- « ment attachés à la personne ». Que faut-il entendre par là?

Enfin il faut revenir sur l'article 1167, afin de déterminer les conditions auxquelles est subordonné, suivant le scas, l'exercice de l'action révocatoire, conditions que le texte ne fait pas connaître.

Les dommages-intérêts.

470. Nous avons insisté déjà sur cette idée que la notion des dommages-intérêts se rattache à celle de l'effet des obligations; ils sont, dans certains cas, la forme de l'exécution forcée indirecte. Et déjà nous avons indiqué dans quels cas il y a lieu de les allouer. Il reste à rechercher: 1° sous quelles conditions les dommages-intérêts sont dus, — 2° comment le montant doit en être déterminé selon les cas.

Première question. – Sous quelles conditions les dommages-intérêts sont-ils dus?

471. Trois conditions sont, en général, requises pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts. Nous avons dit : en général; car quelques distinctions doivent être faites à cet égard entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts moratoires.

Ces trois conditions sont les suivantes. Il faut : 4° que le débiteur soit en demeure, — 2° que l'inexécution de l'obligation ou le retard apporté à l'exécution lui soit imputable, — 3° que le créancier justifie du préjudice que lui cause soit l'inexécution, soit le retard apporté à l'exécution.

Première condition.

472. « Les dommages et intérêts, dit l'article 1146, ne sont « dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir « son obligation.... »

La demeure — rappelons-le¹ — est le retard régulièrement et légalement constaté. L'article 1139 indique comment, de droit commun, le débiteur est mis en demeure; le mode ordinaire est la sommation.

Nous avons déjà rencontré l'un des effets de la mise en demeure: elle déplace les risques dans les obligations de donner². Avant la mise en demeure, les risques sont à la charge du créancier; après la mise en demeure, ils sont à la charge du débiteur (article 1138 alinéa 2).

Nous en trouvons ici un second: elle rend le débiteur passible de dommages-intérêts. C'est une règle générale qu'il n'y a pas de dommages-intérêts sans mise en demeure préalable. La raison est la suivante. Tant que le créancier ne manifeste pas dans les formes légales sa volonté d'exiger l'exécution, on présume de deux choses l'une: ou que le retard ne lui cause pas de préjudice, ou qu'il consent à ce retard, du moins qu'il le tolère. Son droit ne devient vraiment exigible que quand il requiert l'exécution dans certaines formes.

473. Tel est le droit commun, d'après l'article 1146. Mais la règle n'est pas absolue. Elle reçoit deux exceptions, et en recevait une troisième avant que la loi du 7 avril 1900 eût modifié l'article 1153.

PREMIÈRE EXCEPTION.

474. La règle de l'article 1146 ne concerne pas les dommages-intérêts compensatoires, mais seulement les dommages-intérêts moratoires. Les dommages-intérêts compensatoires sont dus en dehors de toute mise en demeure.

A quoi bon, en effet, une mise en demeure lorsqu'il s'agit, non de constater le retard, mais d'obtenir l'exécution sous la forme possible, ou bien la réparation des effets soit de l'inexécution, soit d'une exécution incomplète ou défectueuse? Il n'est pas besoin d'une mise en demeure pour obtenir l'exécution directe; le créancier y conclut. Pourquoi la mise en demeure serait-elle nécessaire pour obtenir l'exécution indirecte? L'article 1146 ne vise que les dommages-intérêts moratoires.

C'est en ce sens que l'article 1145 dispose: « Si l'obliga-

^{1.} Cpr. suprà, p. 247.

^{2.} Supra, p. 241 et 247.

« tion est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les « dommages-intérêts par le seul fait de la contravention. » Cela est décisif; puisque les dommages-intérêts tiennent lieu de l'obligation, le créancier peut conclure directement à des dommages-intérêts, de même qu'il peut conclure directement à l'exécution.

SECONDE EXCEPTION.

475. Même quand il s'agit de dommages-intérêts moratoires, la mise en demeure cesse quelquefois d'être nécessaire. Il en est ainsi dans le cas prévu par l'article 1146 in fine: « Excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur « s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée « ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. » Il est, en effet, bien inutile de mettre le débiteur en demeure quand, à raison des faits, il ne peut plus s'exécuter 1.

476. Telles sont les deux exceptions au droit commun de l'article 1146. Nous avons dit qu'il en existait une troisième antérieurement à la loi du 7 avril 1900.

Antérieurement à cette loi, il y avait un cas dans lequel la mise en demeure du débiteur ne suffisait pas à le rendre passible de dommages-intérêts; la sommation était insuffisante, et une demande en justice, une citation régulière était nécessaire. Il en était ainsi dans les obligations de donner quand elles avaient pour objet une somme d'argent. C'est ce que portait l'article 1153. Le premier alinéa est ainsi conçu: « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une cer- « taine somme, les dommages et intérêts résultant du retard « dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condam- « nation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles parti- « culières au commerce et au cautionnement. » Et l'alinéa 3 ajoutait: « Ils ne sont dus que du jour de la demande, ex- « cepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. »

477. D'où venait cette particularité? Pourquoi la loi, qui se contente ordinairement d'une mise en demeure, autre-

En sens contraire, voy. la dissertation de M. Planiol sous Cass. 11 jan-

vier 1892, D. P. 1892.I.257.

^{1.} Demolombe, Contrats, I, p. 518, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 308, p. 451,— Laurent, Principes, XVI, n° 239, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 469; — cpr. Cass. 42 mars 4877, Sir. 4878.I.293.

ment dit d'une simple sommation, exigeait-elle ici une demande en justice, en d'autres termes davantage?

Il n'en pouvait pas être donné de raison plausible. C'était probablement un vestige de l'ancien droit, qui exigeait toujours l'interpellation judiciaire pour la mise en demeure; la règle avait été conservée pour les obligations de sommes d'argent, tandis qu'elle avait été écartée ailleurs. A moins que l'exigence particulière de la loi ne tînt à la défaveur qui atteignait jadis la perception d'intérêts en matière de sommes d'argent. Dans tous les cas, c'était une anomalie ¹.

478. Outre qu'elle était anormale, la règle posée présentait deux inconvénients graves.

D'abord, elle était énoncée en termes peu exacts. Le texte paraissait dire que la demande en justice est nécessaire pour faire courir les intérêts dans tous les cas, sauf dans ceux où la loi fait courir les intérêts de plein droit : tels les cas prévus par les articles 456, 474 alinéa 1, 856, 2001. Or il y a des cas dans lesquels la demande en justice n'est pas nécessaire et où cependant les intérêts ne courent pas de plein droit; dans les cas prévus par les articles 474 alinéa 2 et 1652, la simple sommation suffit pour constituer le débiteur en demeure, et il n'est pas possible de discerner pourquoi la règle habituelle ne reçoit pas application dans ces hypothèses.

En second lieu, la règle posée faisait naître une question délicate: celle de savoir sur quoi devait porter la demande en justice pour constituer le débiteur en demeure et faire courir les intérêts. Aucun doute ne pouvait bien entendu s'élever si le créancier faisait porter sa demande soit sur les intérêts, soit principalement sur le capital et subsidiairement sur les intérêts. Mais la demande portant exclusivement sur le capital était-elle efficace pour faire courir les intérêts? La doctrine ne l'admettait pas; car, disait-elle, le juge ne peut pas prononcer une condamnation en dehors des con-

^{1.} Cette anomalie était d'autant plus étrange que la loi, qui traitait les obligations de sommes d'argent avec une rigueur particulière au point de vue qui nous occupe, les traite au contraire avec une faveur particulière à un autre point de vue que nous retrouverons bientôt. Nous verrons que les dommages-intérêts ne sont ordinairement dus qu'en cas de préjudice éprouvé ici au contraire, aux termes de l'article 1453 alinéa 2, les « dommages et in« térêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ».

clusions des parties (article 480 C. proc. civ.) 1. La jurisprudence se prononcait en sens contraire 2.

479. Toute cette législation est aujourd'hui tombée dans le domaine de l'histoire, car la loi du 7 avril 1900 a modifié l'alinéa 3 de l'article 1153. Le nouveau texte est conçu en ces termes: les dommages-intérêts « ne sont dus que du jour de « la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les « fait courir de plein droit ³ ».

Le texte ainsi rédigé met fin à l'anomalie qui consistait à exiger une demande en justice au lieu d'une simple sommation, et cela sans raison plausible. Désormais les obligations de sommes d'argent rentrent dans le droit commun à ce point de vue 4; la règle posée par les articles 474 alinéa 2 et 1652, au lieu d'être, comme naguère 5, une dérogation à l'article 1153 alinéa 3, n'est plus qu'une application de ce texte.

Mais le nouveau texte ne dit pas sur quoi la sommation de payer doit porter pour constituer le débiteur en demeure et faire courir les intérêts. Les hésitations qui se sont fait jour à cet égard, avant la loi de 1900, en ce qui concerne la demande en justice, vont se reproduire à propos de la somma-

4. Demolombe, Contrats, I, nºs 626 et 627, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 308, note 43, p. 754, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 70 bis, VIII, — Caillemer, Des intérêts, p. 408, — Boistel, note dans D. P. 1893.I.538.

2. Cass. 27 février 1877, D. P. 1877.I.209, Sir. 1877.I.209,— 24 février 1891, D. P. 1891.V.313, Sir. 1891.I.120, — 28 avril 1891, D. P. 1891.I.357, Sir. 1891.I.216, — 17 janvier 1893, D. P. 1893.I.537, Sir. 1894.I.113. — Sic, Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 515.

3. Cette modification n'est pas la seule que la loi du 7 février 1900 ait fait subir à l'article 1453. Mais c'est la seule dont nous ayons à nous occuper pour le moment. Nous verrons plus tard que la loi a ajouté un quatrième alinéa à

notre article: infrà, nº 483 in fine, - et nº 485, p. 282.

4. L'intention du législateur de 1900 semble bien avoir été de faire rentrer les obligations de sommes d'argent dans le droit commun de l'article 1139. Toutefois, la rédaction du nouvel article 1153 alinéa 3 pourrait, à la rigueur, laisser place à des hésitations. En effet, l'article 1139 dit que le débiteur est constitué en demeure « par une sommation ou par un autre acte équiva- « lent » ; or, aux termes du nouvel article 1153 alinéa 3, les dommages-intérêts « ne sont dus que du jour de la sommation de payer ». La question se posera peut-être de savoir si les actes équivalents à la sommation, qui suffisent, de droit commun, pour constituer le débiteur en demeure, doivent être mis sur le même pied que la sommation quand il s'agit d'obligations de sommes d'argent. On ne saurait guère en douter, semble-t-il. Mais il est regrettable que les rédacteurs du nouveau texte ne se soient pas exprimés d'une manière plus claire ; ils auraient mieux fait de supprimer purement et simplement l'alinéa 3 de l'article 1153, ce qui aurait entraîné, sans hésitation possible, application de l'article 1139 aux obligations de sommes d'argent.

5. Suprà, nº 478.

tion; et il est regrettable que le législateur de 1900, du moment qu'il touchait à l'article 1153 alinéa 3, n'ait pas fixé la règle à suivre sur ce point.

Deuxième condition.

480. Pour que le débiteur soit-passible de dommages-intérêts, il faut que l'inexécution de l'obligation, ou le retard apporté à l'exécution lui soit imputable. C'est ce que l'article 1148 exprime en termes très exacts: « Il n'y a lieu à au-« cuns dommages et 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 étaitobligé, ou a fait ce qui « lui était interdit. »

Le débiteur est exonéré de tous dommages-intérêts, s'il justifie que l'inexécution ou le retard résulte de circonstances qui ne lui sont pas imputables. La preuve, à cet égard. incombe au débiteur. Le créancier, pour obtenir des dommages-intérêts, n'a pas à démontrer qu'il y a eu faute de la part du débiteur ; car il a droit à l'exécution dès qu'il a justifié de sa créance. Mais le débiteur, bien que l'obligation soit prouvée, peut éviter les suites de l'inexécution, s'il justifie qu'elle provient d'une cause qui ne lui est pas imputable. C'est une application de la différence essentielle que nous avons établie précédemment 1 entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Celui qui allègue une obligation doit la prouver; par conséquent, celui qui invoque l'article 1382 doit établir la faute qui est la source de l'obligation; au contraire, celui qui, étant obligé, prétend n'être pas responsable de l'inexécution, doit établir les faits ou circonstances à raison desquelles il prétend être exonéré. Aussi dit-on quelquefois que la faute contractuelle se présume, tandis que la faute délictuelle doit être prouvée. La formule est inexacte; mais il est bien vrai qu'au point de vue de la preuve les rôles sont inverses dans les deux cas.

481. Les faits que le débiteur peut invoquer pour éviter les dommages-intérêts, quoiqu'il n'ait pas exécuté ou n'ait exécuté que tardivement, se réduisent à un seul : l'impossibilité où il s'est trouvé d'exécuter ou d'exécuter à l'échéance.

Cette impossibilité peut résulter d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

^{1.} Suprà, p. 233 et suiv.

D'un cas fortuit. Soit une obligation de donner; la chose périt par suite d'un incendie ou d'un tremblement de terre, ou bien c'est un animal et il meurt de maladie. Soit une obligation de faire; une impossibilité survient: un peintre avait promis de faire un portrait et il est frappé de paralysie du bras.

D'une force majeure. C'est ce qu'on appelait jadis le fait du prince. Un directeur de théâtre monte une pièce ; il prend à cet effet des engagements envers l'auteur et envers les acteurs ; puis survient la défense par l'autorité de représenter la pièce ¹. Ou bien il s'agit d'une vente et l'objet vendu est réquisitionné ².

Troisième condition.

482. Pour que le débiteur soit passible de dommages-intérêts, il faut que le créancier justifie du préjudice que lui cause soit l'inexécution, soit le retard apporté à l'exécution. Là où aucun intérêt appréciable n'a été lésé, aucune réparation n'est due. Aussi l'article 1149 prend-il soin de dire que « les dom- « mages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la « perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé..... ».

483. Il est cependant un cas dans lequel les dommagesintérèts sont dus sans que le créancier ait à justifier d'un préjudice; c'est quand il s'agit de l'obligation de donner et que l'obligation a pour objet une somme d'argent: les dommages-intérêts, dit l'article 1153 alinéa 2, « sont dus sans « que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ». Ce sont alors des dommages-intérêts moratoires, résultant du simple retard.

Cette disposition s'inspire d'un motif d'intérêt général. En principe, on ne laisse jamais improductive une portion quelconque de capital, car il est admis que tout capital doit rapporter toujours quelque chose à la personne qui le possède. Les usages de l'argent sont tellement nombreux, telle-

^{1.} Paris 29 décembre 1835, Sir. 1836.II.82. — Cpr. Rennes 30 décembre 1861, Sir. 1862.II.524, — trib. de Douai 17 janvier 1894, D. P. 1894.II.508, Sir. 1894.II.314. — Voy. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 455.

^{2.} Voy. d'autres exemples dans les décisions suivantes: Cass. 21 février 1876, D. P. 1877.I.367, Sir. 1877.I.157, — 3 décembre 1890, D. P. 1892. I.127, Sir. 1894.I.315, — trib. de Douai 17 janvier 1894, D. P. 1894.II.508, Sir. 1894.II.314, — Bordeaux 26 juillet 1894, D. P. 1896.II.99, Sir. 1896.II. 63, — Rennes 28 juin 1894, D. P. 1895.II.214, Sir. 1895.II.108, — Cass. 19 octobre 1897, D. P. 1897.I.576, Pandectes françaises périodiques, 1898.I.79.

ment variés qu'il y a toujours avantage à l'avoir à sa disposition quand on y a droit, et par conséquent préjudice à ne pas le recevoir quand on devrait le toucher. Aussi le simple retard est-il dommageable et a-t-il pu être présumé tel. De

là la règle posée par l'alinéa 2 de l'article 11531.

Il importe de remarquer, d'ailleurs, que la règle posée par l'article 1153 alinéa 2 concerne seulement les intérêts moratoires, dont il est parlé dans l'alinéa 1 de l'article. « Ces « dommages et intérêts.... », dit l'alinéa 2; autrement dit, ceux dont il vient d'être question. La règle est sans application aux dommages-intérêts que le créancier peut obtenir dans les conditions prévues par l'alinéa 4 de l'article 1153; cet alinéa 4 a été ajouté par la loi du 7 avril 1900, et nous en présenterons l'explication un peu plus tard ².

Seconde question. — Comment le montant des dommages-intérêts doit-il être déterminé selon les cas?

484. La détermination du montant des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier est nécessairement abandonnée au juge du fait. Elle ne saurait être l'objet de règles invariables; c'est affaire d'appréciation eu égard aux circonstances de fait. Quelques principes cependant peuvent être formulés à cet égard.

485 D'abord, il y a deux cas dans lesquels cette détermi-

nation est soustraite à toute appréciation d'espèce.

Premier cas.

486. Il est prévu par l'article 1153 alinéa 1 : « Dans les « obligations qui se bornent au paiement d'une certaine « somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans « l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation

« aux intérêts fixés par la loi.....»

L'intérêt légal a été fixé, postérieurement au Code civil, par la loi du 3 septembre 1807, dont l'article 2 est ainsi conçu: « L'intérêt légal sera, en matière civile de cinq pour « cent, et en matière commerciale de six pour cent, sans re- « tenue. » La loi du 7 avril 1900 a modifié cette règle dans son article 1: « L'intérêt légal sera en matière civile de quatre

2. Voy. suprà, p. 277, note 3, - et infrà, nº 487, p. 282.

^{4.} L'alinéa 2 de l'article 1153 n'a pas été modifié par la loi précédemment citée (suprà, n° 479) du 7 avril 1900.

« pour cent, et en matière de commerce de cinq pour cent. » La loi règle à forfait le montant commun du profit de l'argent, et, par suite, le montant des intérêts moratoires en matière d'obligations de sommes d'argent.

Ces mots de l'article 1153 « ne consistent jamais que dans « la condamnation aux intérêts fixés par la loi » signifient deux choses dans la pensée des rédacteurs du Code civil.

1º Ils veulent dire que le taux légal de l'intérêt de l'argent constitue le taux commun des intérêts moratoires en matière

d'obligations de sommes d'argent.

2° Ils veulent dire que les parties ne peuvent pas stipuler un taux supérieur. L'article 1 de la loi du 3 septembre 1807 est ainsi conçu : « L'intérêt conventionnel ne pourra excéder « en matière civile cinq pour cent, ni en matière de com-

« merce six pour cent, le tout sans retenue. »

Mais la règle établie par le texte qui vient d'être cité a été modifiée par la loi du 12 janvier 1886, laquelle, sans rien innover en matière civile, a supprimé la limitation établie en ce qui concerne le taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale. Et ce nouveau régime n'a pas été touché par la loi du 7 avril 1900; car celle-ci est exclusivement relative à l'intérêt légal et a laissé complètement en dehors de ses prévisions l'intérêt conventionnel. D'où il résulte que les dommages-intérêts en matière commerciale, depuis 1886, ne se bornent plus à l'intérêt légal qu'à défaut de conventions particulières; les conventions sont libres à cet égard, sous la seule réserve des règles relatives à l'anatocisme, et dont nous parlerons un peu plus tard 1.

487. Même en dehors d'une convention particulière intervenant en matière commerciale, il y a des cas exceptionnels dans lesquels le créancier d'une obligation de somme d'argent peut obtenir une indemnité supérieure à

l'intérêt légal.

L'alinéa 1 in fine de l'article 1153 fait allusion à certaines exceptions de ce genre : « sauf les règles particulières au « commerce et au cautionnement ». La règle particulière au commerce est établie par les articles 177 à 187 du Code de commerce, au profit du porteur d'une lettre de change ou d'un autre effet négociable non payé à l'échéance ; il a droit

^{1.} Infrà, n^{98} 496 et suiv., — p. 287 et suiv.

non seulement à l'intérêt du principal de l'effet protesté, mais encore à l'intérêt des frais de protêt, rechange et autres frais légitimes ¹. La règle particulière au cautionnement est établie par l'article 2028 du Code civil, au profit de la caution qui a payé pour le débiteur ².

Une autre exception est établie par l'article 1846 du Code civil, au profit des sociétés, quand un associé n'effectue pas

exactement l'apport promis 3.

Enfin une exception nouvelle a été établie par l'alinéa 4 de l'article 1153, introduit par la loi du 7 avril 1900. Voici dans quelles conditions. Sous l'empire de l'article 1153 primitif (rédaction de 1804), la jurisprudence avait admis que cet article cessait d'être applicable, en ce sens que le créancier pouvait obtenir plus que l'intérêt légal, lorsqu'il justifiait, à côté du retard et du préjudice en résultant, d'une faute positive commise par le débiteur et dont celui-ci devait réparation; le créancier, disait la jurisprudence, n'invoque plus alors la responsabilité contractuelle de l'article 1153, mais la responsabilité délictuelle de l'article 1382 4. Cette jurisprudence était inattaquable et ne faisait en aucune manière échec à l'article 1153, puisque les dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal étaient accordés non en vertu de l'article 1153, mais en vertu de l'article 1382 ; et les rédacteurs de la loi du 7 avril 1900 n'auraient pas dû s'en occuper. Cependant ils ont cru nécessaire de la consacrer législativement, et à cet effet ils ont ajouté un nouvel alinéa, qui est le quatrième, à l'article 1153 : « Le créancier auquel son débiteur en re-« tard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépen-« dant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts « distincts des intérêts moratoires de la créance. »

Si ce nouveau texte était seulement inutile, l'inconvénient de l'avoir inséré dans le Code serait négligeable. Le plus grand malheur est qu'il a été rédigé avec une déplorable maladresse, et risque de faire naître des difficultés. L'intention

Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 95.
 Aubry et Rau, 4º édition, IV, p. 555, § 380.

^{1.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2e édition, IV, p. 267.

^{4.} Voy. en ce sens: Cass. 1er février 1864, D. P. 1864.I.135, Sir. 1864.I. 62, — 29 juin 1896, D. P. 1896.I.123, Gazette du Palais 1896.II.140, — 3 mai 1897, Sir. 1897.I.319. — Cpr. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1re édition, II, p. 91.

du législateur a été de confirmer la jurisprudence établie sous l'empire du texte primitif; les travaux préparatoires ne laissent place à aucun doute sur ce point, et le rapport de M. Labiche au Sénat est particulièrement formel 1. Or la jurisprudence appliquait l'article 1382, c'est-à-dire qu'elle admettait l'allocation de dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal lorsqu'il y avait « faute » du débiteur; et le nouveau texte exige non pas seulement la « faute », mais la « mauvaise « foi » du débiteur, ce qui est tout différent. La question se posera tôt ou tard de savoir si l'intention du législateur, si les déclarations faites par le rapporteur de la loi au Sénat peuvent prévaloir contre la lettre du texte, et si le débiteur en faute, mais de bonne foi, peut être condamné à des dommages-intérêts « distincts des intérêts moratoires de la « créance ». La jurisprudence admettra sans doute cette dernière solution. D'une part, en effet, les travaux préparatoires sont assez formels pour qu'il soit permis de ne lire le texte qu'à leur lumière 2. D'autre part, on peut dire, pour écarter le scrupule que fait naître la lecture du texte, que le quatrième alinéa de l'article 1153 insiste sur l'existence de la responsabilité délictuelle du débiteur au cas de mauvaise foi de celui-ci, mais ne saurait avoir pour effet d'écarter l'application de l'article 1382 au cas de simple faute sans mauvaise foi ; de sorte que l'argument tiré de la lettre du nouveau texte n'est pas décisif: les dommages-intérêts au cas de faute sans mauvaise foi seront alloués non par application de l'article 1153 alinéa 4, mais par application de l'article 1382, de même qu'ils étaient accordés, avant la loi de 1900, par application de l'article 1382 et non par application de l'article 1153 alinéa 1.

Second cas.

488. Le second cas dans lequel la détermination du montant des dommages-intérêts échappe à l'appréciation du juge est celui où la convention renferme une clause spéciale à cet égard. L'hypothèse est prévue par l'article 1152 : « Lorsque « la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter

^{1.} Voy. Planiol, loc. cit., — et la notice de M. Lévy-Alvarès sur la loi du 7 avril 1900, dans l'Annuaire de législation française, publié par la Société de législation comparée, 20° année (1901), p. 69 et 70.
2. Sic. Planiol et Lévy-Alvarès, loc. cit.

« paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, « il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte « ni moindre. »

Une pareille clause s'appelle une clause pénale (articles 1226 et 1229 alinéa 1). Elle est obligatoire, comme toute convention, pour ceux qui l'ont souscrite (article 1134). Et elle est obligatoire dans la mesure où elle a été conclue; si la clause pénale a été conclue en vue du retard, elle est sans valeur au cas d'inexécution, et réciproquement.

489. L'obligation qu'elle engendre est accessoire et subsidiaire.

Elle est accessoire. Aussi l'article 1227 dit-il que « la nul-« lité de l'obligation principale entraîne celle de la clause « pénale ». Il faut ajouter que l'indemnité stipulée est due seulement dans le cas où les dommages-intérêts seraient dus eux-mêmes, autrement dit s'il y a eu mise en demeure du débiteur; c'est ce qu'indique l'article 1228.

Elle est subsidiaire. Aussi l'article 1228 décide-t-il que « le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre « le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécu- « tion de l'obligation principale ». Et l'article 1229 alinéa 2 ajoute: « Il ne peut demander en même temps le principal « et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le sim- « ple retard. »

- 490. La stipulation d'une clause pénale est un moyen d'éviter l'intervention de justice. Toutefois l'article 1231, envisageant l'hypothèse où « l'obligation principale a été « exécutée en partie », décide que dans ce cas « la peine peut « être modifiée par le juge ».
- 491. Observons enfin qu'une clause pénale peut être stipulée même dans les obligations de sommes d'argent. L'indemnité convenue peut excéder le taux légal, en matière commerciale, depuis la loi de 1886.
- 492. Ainsi, il y a deux cas dans lesquels la détermination du montant des dommages-intérêts ne donne lieu à aucune difficulté.
- 493. Dans tous les autres cas, les règles à suivre sont beaucoup moins précises. Alors surtout se justifie l'observation déjà faite: l'évaluation ne peut être soumise à des règles

absolues, mais seulement à des règles indicatives 1. La fixation des dommages-intérêts soulève principalement des questions de fait, qui rentrent dans le domaine de l'appréciation discrétionnaire du juge.

494. La loi cependant fournit au juge trois formules qui sont de nature à lui servir de guide dans cette évaluation.

Il importe de dire un mot sur chacune d'elles.

Première formule.

Les dommages-intérêts à allouer se composent de deux éléments; ils représentent la perte que subit le créancier par suite de l'inexécution ou du retard, et le gain qu'il manque de réaliser (article 1149). C'est ce qu'expriment très bien les mots « dommages-intérêts ».

La raison commande qu'il en soit ainsi. Le patrimoine n'est pas moins atteint par le mécompte éprouvé relative-

ment à une prévision que par la perte effective subie.

La règle, du reste, est bien ancienne. Les Romains disaient déjà que la réparation due doit représenter quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui². Et l'usage, conservant les appellations romaines, désigne les deux éléments des dommages-intérêts, le premier sous le nom de damnum emergens, l'autre sous celui de lucrum cessans.

Il est naturel et équitable que le créancier soit indemnisé à ces deux points de vue.

Deuxième formule.

Pour calculer le montant du damnum emergens et du lucrum cessans, il faut distinguer selon que le débiteur des dommages-intérêts est de bonne ou de mauvaise foi. La

distinction est faite par l'article 1150.

Il y a dol de la part du débiteur quand l'inexécution de la convention est préméditée, quand il a eu connaissance et prévision du préjudice qu'allait causer l'inexécution ou le retard; le dol cesse quand il n'y a pas eu préméditation, quand le débiteur n'a connu ni prévu les suites de l'inexécution. Au premier cas, il s'est mis sciemment et en connaissance de

1. Suprà, nº 484, p. 280.

^{2.} Fragm. 13, Dig., Ratam rem haberi et de ratihabitione, XLVI, 8.

cause dans le cas de devoir des dommages-intérêts; il doit réparation du damnum emergens et du lucrum cessans, tels qu'ils se présentent, c'est-à-dire prévus ou imprévus. Au second cas, il y a eu faute assurément, mais faute dont les suites n'ont pas été entrevues; le débiteur ne doit réparation que dans la limite de ce qui a pu être prévu lors du contrat.

La distinction des suites susceptibles d'être prévues et des suites inattendues de l'inexécution ne soulève guère que des questions de fait.

Donnons un exemple. Primus vend à Secundus un immeuble de cent mille francs. Secundus, devenu propriétaire, fait sur l'immeuble des travaux nécessaires ou utiles; puis l'immeuble prend une grande valeur, par suite de l'ouverture d'une route dans le voisinage, ou parce que Secundus y crée un établissement qui prospère. En cet état, Secundus est évincé; il recourt en garantie contre son vendeur et lui demande des dommages-intérêts, la convention n'étant pas exécutée. Si le vendeur est de bonne foi, il doit, outre le prix, les dépenses utiles ou nécessaires; mais il ne doit pas la plusvalue résultant d'événements qui n'avaient pas été prévus. Il doit, au contraire, une indemnité correspondant à cette plus-value, s'il est de mauvaise foi.

Mille questions de fait naissent dans des cas semblables. La formule à appliquer est toujours la même.

Troisième formule.

Elle est énoncée par l'article 1151: « Dans le cas même « où l'inexécution de la convention résulte du dol du débi- « teur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à « l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain « dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et « directe de l'inexécution de la convention. »

Ce texte distingue les dommages intrinsèques, que le créancier souffre relativement à la chose même qui fait l'objet de la convention, propter rem ipsam non habitam, et les dommages extrinsèques, qu'il peut souffrir dans ses autres biens, par conséquent d'une manière indirecte. Quelle que soit la faute du débiteur, il ne doit « que ce qui est une « suite immédiate et directe de l'inexécution de la conven- « tion » ; en d'autres termes il ne doit réparer que les dom-

mages intrinsèques; il doit réparer tout le dommage, mais

rien que le dommage.

Voici un exemple. Primus vend une paire de bœufs atteints de maladie. La contamination fait périr toute l'étable de l'acheteur; voilà un effet direct et immédiat. La perte de ses bœufs l'empêche de cultiver et le prive de ses revenus; la privation de ses revenus le met dans l'impossibilité de payer ses dettes et son créancier le fait saisir; la ruine est définitive. Il y a un enchaînement entre ces divers faits. Le vendeur doit-il réparer tout cela? Non. La ruine de l'acheteur ne peut être considérée comme une suite directe de l'inexécution de la convention; le même résultat aurait pu se produire par suite d'autres causes.

- 495. Telles sont les trois formules destinées à guider le juge dans cette évaluation. Le reste est affaire d'appréciation selon les circonstances et rentre dans le domaine discrétionnaire des juges du fait.
- 496. Nous avons réservé, dans la partie du Code qui concerne les dommages-intérêts (livre III, titre III, chapitre III, section IV, articles 1146 et suivants), deux articles dont il nous reste à dire quelques mots avant d'abandonner la matière des dommages-intérêts: les articles 1154 et 1155. Ils complètent les règles déjà formulées quant aux dommages-intérêts dans les obligations de sommes d'argent, et sont relatifs à ce qu'on appelle communément l'anatocisme.
- 497. Commençons par rappeler qu'aux termes de l'article 1153 les dommages-intérêts, dans les obligations de sommes d'argent, soit en matière civile soit en matière commerciale, ne sont que de l'intérêt légal: 4 et 5 0/0; c'est ce qu'on appelle les intérêts moratoires. Rappelons en outre 2 que, depuis la loi du 12 janvier 1886, les parties peuvent, en matière commerciale, stipuler à titre de dommages-intérêts moratoires un intérêt supérieur au taux légal, la fixation du taux de l'intérêt étant désormais libre en matière commerciale.

Dans les deux cas, c'est-à-dire même en matière commerciale et à plus forte raison en matière civile, la liberté des

^{1.} Voy. suprà, p. 280.

^{2.} Ibid., p. 281.

conventions est encore restreinte par la règle de l'anatocisme.

498. Ce mot est usité dans trois acceptions.

On nomme ainsi la capitalisation des intérêts, le fait de cette capitalisation, c'est-à-dire la réunion des intérêts au capital au fur et à mesure qu'ils sont dus, dans le but de les rendre eux-mêmes désormais productifs d'intérêts.

On donne, en outre, le nom d'anatocisme au contrat par lequel le créancier et le débiteur conviennent de cette capi-

talisation. C'est la convention d'anatocisme.

Enfin, on appelle anatocisme l'intérêt que supportent les intérêts capitalisés, l'intérêt des intérêts.

499. La capitalisation des intérêts en vue de leur faire euxmêmes produire des intérêts est une combinaison périlleuse, écrasante pour le débiteur. Elle augmente rapidement la somme due, d'autant plus rapidement qu'elle s'opère à des

échéances plus rapprochées.

Elle est tellement dangereuse, que pendant longtemps—alors qu'on attribuait à la loi la mission de tracer à l'homme tous ses devoirs, de lui dicter tous ses actes et, par suite, de lui éviter toutes les sottises— elle a été complètement prohibée. Elle l'a été en droit romain ; elle l'a été également dans l'ancien droit 2: elle l'est restée dans le droit intermédiaire 3, bien que ce droit ait admis la liberté du taux de l'intérêt.

La prohibition n'a été levée que par le Code civil, sous l'influence du grand principe de la liberté des conventions. Encore ne l'a-t-elle été que partiellement, dans la mesure

indiquée par l'article 1154.

500. Même à l'époque où l'anatocisme était complètement prohibé, il y avait pour les parties, si elles étaient d'accord, un moyen d'arriver à la capitalisation des intérêts. Que le débiteur les acquitte à l'échéance, que le créancier qui les a reçus les remette au débiteur par un nouveau prêt; ne vont-ils pas dès lors produire des intérêts, comme et avec le capital qui les avait produits? Du moment que le prêt à intérêt est permis, on ne peut pas interdire les deux prêts successifs entre les mêmes personnes.

2. Ordonnance de 1673, titre VI, article 2.

^{1.} Constit. 128, C. de Justinien, De usuris, IV, 32.

^{3.} Cass. 8 frimaire an XII, Dalloz, Répertoire, vo Prêt à intérêt, nº 129.

Mais alors, si le créancier, recevant les intérêts, peut les rendre immédiatement à titre de prêt, comment ne pourraitil pas convenir que le débiteur, au lieu de les payer, les gardera, ce qui revient absolument au même, et les réunira au capital dû afin qu'ils produisent à leur tour des intérêts? La convention d'anatocisme, quand elle intervient à propos d'intérêts échus, n'est pas autre chose, sauf la forme, que le prêt de la somme représentant ces intérêts; ne serait-il pas puéril, si on autorise ce prêt, de ne pas autoriser la convention d'anatocisme?

C'est ce qu'admet l'article 1154. Les intérêts échus peuvent être réclamés par le créancier; et, puisque la demande fait courir les intérêts de la somme réclamée, les intérêts des intérêts vont désormais courir. Sans les réclamer, bien qu'il y ait droit, le créancier peut convenir que le débiteur les gardera, et qu'ils porteront désormais intérêt. L'article 1154 prévoit les deux cas: « Les intérêts échus des capi- « taux 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 entière. »

Le texte dit: « les intérêts échus ». Peu importe qu'ils aient couru en vertu de la convention, ou qu'il s'agisse du cas où la loi les fait courir de plein droit; ils peuvent être

capitalisés dès qu'ils sont dus 1.

Seulement l'article 1154 n'autorise la capitalisation, soit par l'effet d'une demande, soit par l'effet d'une convention, qu'autant qu'il s'agit des intérêts d'une année; la capitalisation par périodes plus courtes est illicite et serait usuraire. La règle est applicable même si les intérêts sont payables par semestre ou par trimestre; ils ne peuvent, ni par une demande, ni par une convention, être rendus productifs d'intérêts. Il ne resterait aux parties qu'une ressource: les solder et en faire ensuite l'objet d'un nouveau prêt, d'un prêt supplémentaire.

Voilà ce qui résulte de l'article 1154.

501. Il était bien difficile qu'on s'arrêtât dans cette voie. Depuis 1804, la pratique — et il semble qu'elle soit irrésistible — a constamment tendu à éluder les restrictions main-

^{1.} Cass. 45 février 4865, D. P. 4865.I.430, Sir. 4865.I.225, — 8 décembre 4884, D. P. 4886.I.74, Sir. 4885.I.445 (note de M. Labbé).

tenues par le Code. Elle est bien près de n'en plus tenir aucun compte. Et il faut convenir qu'il se produit, en fait, un enchaînement qui conduit presque fatalement à lever les derniers obstacles conservés.

Si l'on autorise la capitalisation conventionnelle des intérêts échus, comment ne serait-il pas permis de convenir dès le début, c'est-à-dire lors du prêt et avant l'échéance, que les intérêts seront capitalisés quand ils seront échus? Les deux hypothèses ne diffèrent vraiment pas d'une manière sensible. La seule différence est la suivante : la convention dont il s'agit, déjà lourde quand elle est conclue à l'échéance, serait plus dangereuse encore conclue à l'avance, à cause des illusions auxquelles on cède ou des influences du moment; on peut donc comprendre que la loi défende avec plus de sévérité ce qui est plus dangereux. Mais cette considération est peu décisive. Si la convention d'anatocisme est licite quand elle a pour objet des intérêts échus au moment où elle intervient, on ne voit pas pourquoi elle serait illicite quand elle a pour objet des intérêts à échoir, s'ils ne doivent être capitalisés que pour le temps où ils seront échus. Est-ce que les choses futures ne peuvent pas, comme les choses actuellement existantes, faire l'objet d'une convention?

Il est vrai que l'article 1154 est formel en sens contraire. Eu égard au droit antérieur, il consacre une innovation extensive, qui ne doit dès lors être admise que dans une mesure étroite. Or il n'admet la capitalisation que pour les intérêts actuellement échus. La règle s'impose pour la capitalisation par l'effet de la demande judiciaire, qui n'est possible qu'après l'échéance; elle est également applicable pour la capitalisation par la convention, car l'article 1154 vise expressément les deux cas.

Cependant, la pratique ne s'est pas arrêtée à ces considérations. Malgré quelques arrêts isolés ¹, la jurisprudence admet la convention d'anatocisme non seulement à propos des intérêts échus, cas auquel la validité de cette convention est certaine, mais aussi en ce qui concerne les intérêts à

^{1.} Voy. La Réunion 27 mai 1870 et Cass. 4 août 1873, D. P. 1874.I.25, Sir. 1874.I.15, — Nancy 16 décembre 1880, D. P. 1882.II.140, Sir. 1881.II. 135. — Cpr. en ce sens: Demolombe, Contrats, I, p. 640, — Laurent, Principes, XVI, p. 405, — Marcadé, sous l'article 1154, n° 1,— Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 537.

échoir; en un mot, la convention d'anatocisme peut être valablement conclue avant l'échéance, pourvu que la capitali-

sation ne s'opère qu'à l'échéance 1.

502. Que reste-t-il alors de l'article 1154? Seulement la règle suivante : qu'il s'agisse d'intérêts échus ou d'intérêts à échoir, la capitalisation ne peut s'opérer que pour les intérêts d'une année, la capitalisation pour des périodes

plus courtes demeurant prohibée 2.

La restriction, réduite à ces limites, n'a vraiment ni importance ni utilité. Sans doute, plus la capitalisation se fait par périodes courtes, plus le capital grossit vite et plus l'opération est périlleuse pour le débiteur. Mais c'est là un risque tout théorique; en fait, quant aux résultats, la différence résultant des délais de capitalisation est insignifiante. Les effets de la capitalisation sur l'augmentation du capital ont été chiffrés, et voici quels ils sont. Si la capitalisation s'effectue annuellement, c'est-à-dire pour les intérèts dus au bout d'une année, le capital se double en quatorze ans, exactement 14,21; si elle se fait par mois, le capital se double en treize ans, exactement 13,93; si elle s'effectue par semaine, il se double encore en treize ans, exactement 13,78. Est-ce pour des différences si peu sensibles qu'il y a utilité à maintenir dans la loi une règle d'exception, contraire au principe de la liberté des conventions?

503. La conclusion s'impose. L'article 1154 est un vestige de théories législatives qui ne sont plus conformes ni à nos mœurs, ni à nos doctrines économiques. Il faut même ajouter que, depuis la loi de 1886 qui a consacré la liberté de l'intérêt conventionnel en matière commerciale, l'application de l'article 1154 en cette matière n'est plus qu'une anomalie tout à fait illogique. Aussi la doctrine et la juris-

prudence en font peu de cas.

^{1.} Cass. 10 août 1859, D. P. 1859.I.441, Sir. 1860.I.456, — 9 janvier 1877, D. P. 1877.I.435, Sir. 1878.I.52, — Nancy 10 avril 1878, D. P. 1879.II.240, Sir. 1879.II.132, — Cons. d'Etat 22 décembre 1882, D. P. 1884.III.63, Sir. 1884.III.74. — Cpr. Larombière, Théorie et pratique des obligations, article 1154, n° 6, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 308, note 58, p. 182.

^{2.} Cette prohibition est considérée comme d'ordre public et peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. En ce sens : Chambéry 3 juillet 1878, D. P. 1879.II.218, — Cass. 9 juillet 1895, D. P. 1896.I.85, Sir. 1897.I.133. — Cpr. Aubry et Rau, 5° édition, § 308, p. 183 et suiv., Larombière, Théorie et pratique des obligations, article 1154, n°s 7 et 8.

504. Notons pour terminer que l'article 1154 reçoit quelques exceptions.

1° D'abord en matière de compte-courant. Les intérêts dus entrent incessamment dans le règlement du compte ; et si le compte est productif d'intérêts, ils portent eux-mêmes intérêts 1. La jurisprudence n'a d'abord appliqué cette solution qu'aux comptes-courants ouverts entre commerçants 2; mais elle l'étend aujourd'hui, sans distinction, à toutes les conventions de comptes-courants, quelle que soit la qualité des personnes entre lesquelles la convention est intervenue 3.

2º Il reçoit exception en matière de mandat et de gestion d'affaires 4.

505. Quant à l'article 1155, il n'a qu'un objet: éviter qu'on ne confonde avec des dommages-intérêts, afin de les soumettre à l'article 1154, certaines prestations qui s'en rapprochent uniquement par la périodicité, et qu'on appelle les fruits civils. Les règles restrictives de l'anatocisme ne leur sont pas applicables; ils portent, dès lors, ou peuvent porter intérêt conformément au droit commun.

II. - L'exercice des droits et actions du débiteur par ses créanciers.

506. Aux termes de l'article 1166, déjà cité bien souvent, « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions « de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusive-« ment attachés à la personne ».

Droits et actions sont exercés par le créancier en sa qualité de créancier, par conséquent en vertu d'un droit propre.

^{1.} En ce sens: Clément, Du compte-courant, nos 215 et suiv., - Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, III, nº 33, in fine, - Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 308, note 67, - Laurent, Principes, XVI, p. 409, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 551. — Cpr : Cass. 12 mars 1851, D. P. 1851.I. 290, Sir. 1851.I.401, — 14 novembre 1864, D. P. 1865.I.54, Sir. 1864.I.491, — 8 août 1871, D. P. 1871.I.214, Sir. 1871.I.50, - 13 février 1883, D. P. 1884. I.31, Sir. 1884.I.153, — 11 janvier 1887, D. P. 1888.I.382, Sir. 1887.I.295.
2. Cass. 18 mars 1850, D. P. 1850.I.101, Sir. 1850.I.381, — Orléans 2 dé-

cembre 1853, Sir. 1855.II.298.

^{3.} Cass. 7 février 1881, D. P. 1881.I.425, Sir. 1882.I.253. - La distinction était d'ailleurs généralement repoussée par la doctrine : Clément, loc. cit., no 218, - Lyon-Caen et Renault, loc. cit., no 33, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 552.

^{4.} Voy. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 308, p. 184.

Seulement il les exerce au nom et comme représentant du débiteur et pour triompher de l'inertie de ce dernier; il les exerce par une action indirecte, dès lors dans les conditions où le débiteur lui-même les exercerait.

En ce qui concerne les actes conservatoires, le créancier peut y procéder sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si la créance est pure et simple ou conditionnelle, munie ou non d'un titre exécutoire. Il conserve les droits de son débiteur comme celui-ci aurait pu le faire; or l'article 1480 du Code civil dit que « le créancier peut, avant que la condition soit « accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son « droit », et l'article 125 du Code de procédure déclare les actes conservatoires valables « nonobstant le délai accordé ». Ainsi, le créancier peut interrompre la prescription des droits du débiteur, faire opérer la transcription d'un acte par lui passé, prendre ou renouveler une inscription hypothécaire, agir en reconnaissance d'écriture, faire opposition à un partage éventuel (article 882), former une demande à fin de confection d'inventaire, etc.

En ce qui concerne les actes de poursuite et d'exécution, visés particulièrement par l'article 1166, le créancier y procédera sous les mêmes conditions et de la même manière que le débiteur lui-même y aurait procédé.

507. L'article 1166 est très général.

Le créancier exerce non seulement les droits résultant d'une convention, mais tous les droits quelconques, quelle qu'en soit la source.

Si le droit est liquide, il agit par voie de saisie-arrêt (articles 575 C. proc. civ. et 1242 C. civ). Si le droit n'est pas

liquide, il exerce l'action qui y correspond.

Ainsi, il peut poursuivre le paiement d'une créance, agir en revendication d'un bien possédé par un tiers, intenter une action en nullité, en rescision ou en résolution d'un acte préjudiciable au débiteur, par exemple d'un testament, ou d'une donation, pour inexécution des charges. Il peut intenter une action en partage, en rapport, en réduction, une action en réparation d'un préjudice causé aux biens (article 1382). Il peut exercer contre une décision judiciaire les voies de recours ordinaires ou extraordinaires, etc. En un mot, il a l'exercice de tous les droits pouvant fournir un moyen d'obtenir l'exécution de la dette.

508. Mais à quelles conditions les créanciers peuvent-ils user de cet article 1166 ?

Trois questions se posent à cet égard.

Première question.

Est-il nécessaire que le créancier se fasse judiciairement autoriser, en d'autres termes qu'il se fasse préalablement

subroger au droit de son débiteur?

La loi ne dit nulle part que cette condition soit nécessaire. Le créancier n'a besoin, pour user de l'article 1166, ni du consentement du débiteur ni de l'autorisation de justice. L'article 1166 lui confère le droit d'agir au nom du débiteur comme un droit propre, indépendant, inhérent à sa qualité. C'est un droit conféré par la loi, qu'il n'est pas nécessaire, dès lors, de demander au juge, sauf à justifier, en cas de contestation, de la qualité qui permet d'invoquer l'article 1166.

On a combattu quelquefois cette manière de voir, en disant qu'il est contraire au droit commun qu'un créancier se fasse justice lui-même, qu'il se mette de son autorité en possession des biens de son débiteur. L'objection ne porte pas. L'exercice des droits et actions du débiteur n'est pas un acte d'exécution, une prise de possession, mais une simple garantie que prend le créancier. Aussi, la jurisprudence estelle définitivement fixée¹; et cette solution présente de grands avantages au point de vue de la simplicité, de la rapidité, de l'économie.

Dans la pratique, le créancier prend la précaution de mettre en cause son débiteur en même temps que le tiers débiteur de celui-ci. Il le met en cause pour un double motif: d'une part, afin de faire constater l'existence de son droit, à lui créancier, contre ce débiteur, et l'existence du droit appartenant à ce débiteur contre le tiers, — d'autre part, afin

Contrà: Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 81 bis V. Aubry et Rau se rallient à l'opinion dominante, mais avec une distinction

(5e édition, IV, § 312, note 4, p. 197).

^{1.} Sic: Cass. 23 janvier 1849, D. P. 1849.I.42, Sir. 1849.I.193, — 2 juillet 1851, D. P. 1852.I.20, Sir. 1851.I.593, — Grenoble 24 mai 1867, Sir. 1868.II. 104, — Dijon 17 février 1897, D. P. 1898.II.31, Sir. 1898.II.157; — cpr. Laurent, Principes, XVI, p. 454, — Labbé, Revue critique, 1856, p. 208, — Garsonnet, Traité de Procédure civile, 1re édition, I, p. 493, note 12, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 634.

d'assurer à l'égard du débiteur l'effet définitif du jugement à intervenir ¹.

Deuxième question.

Faut-il que le créancier ait une créance exigible pour pouvoir exercer les droits et actions de son débiteur?

Le doute vient de ce que l'action prévue par l'article 1166 a un caractère mixte. D'une part, elle n'est pas un acte simplement conservatoire. D'autre part, elle n'est pas un véritable acte d'exécution, car elle ne vaut pas saisie. Cependant le caractère d'acte d'exécution domine, puisque cette action aboutit, en définitive, à procurer un moyen d'obtenir paiement.

Chose singulière: quoique la question soit pratique, elle n'a encore donné lieu à aucune décision judiciaire ². Cela tient à ce qu'elle se pose sous une autre forme dans la pratique. Le créancier intervenant doit justifier de son intérêt; et il est de jurisprudence que le tribunal saisi peut rejeter l'action du créancier s'il reconnaît qu'elle a été intentée sans utilité pour lui ³. Tout revient alors à une question de fait, celle de savoir si le créancier demandeur a un intérêt. Si sa créance est exigible, l'intérêt est certain, puisqu'il tend à réaliser un moyen de paiement. Même si la créance n'est pas exigible, l'intérêt peut exister, par exemple lorsque la somme à recouvrer est nécessaire pour procéder aux actes conservatoires du patrimoine du débiteur. Donc, sans se préoccuper du point de savoir si la dette est exigible, il faut rechercher si le créancier justifie d'un intérêt appréciable.

Troisième question.

Est-il nécessaire que le créancier soit muni d'un titre exécutoire?

^{1.} Voy. ce qui sera dit à propos de l'autorité de la chose jugée, infrà, nº 509, p. 296 et 297.

^{2.} Elle est, en général, résolue par la doctrine dans le sens de l'affirmative : Labbé, Revue critique, 1856, p. 218 et 219, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 312, note 12, p. 200, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 629. — Contrà : Larombière, article 1166, n° 21.

^{3.} Cass. 26 juillet 1854, D. P. 1854.I.303, Sir. 1854.I.563, — 13 janvier 1873. D. P. 1873.I.151, Sir. 1873.I.145.

Certains auteurs le soutiennent 1. Mais ce n'est pas l'opi-

nion qui prévaut 2.

Sur cette question, comme sur la précédente, la jurisprudence est muette ³. Et cela tient encore à des raisons d'ordre pratique, que voici. La faculté d'exercer les droits et actions du débiteur est conférée au créancier en termes absolus; par conséquent, le créancier peut user de cette faculté sous n'importe quelle forme. En pratique, toutefois, le créancier ne la met en œuvre que par voie d'action. En effet, le tiers contre lequel le débiteur possède un droit ne peut se libérer spontanément d'une manière valable aux mains du créancier de son créancier, lequel est un étranger pour lui; pour se couvrir, il ne s'exécute que sur le vu d'un jugement rendu; et alors, la justice intervenant, il n'est pas besoin que le créancier soit muni d'un titre exécutoire.

509. Telles sont les conditions d'exercice du droit que confère l'article 1166.

Maintenant quelles sont les suites de l'exercice de ce droit? Elles doivent être envisagées à un double point de vue.

I. Par rapport au débiteur. — L'exercice par le créancier du droit de son débiteur n'a pas pour effet de dessaisir celui-ci du droit mis en mouvement, ni de lui enlever la faculté soit de l'exercer lui-même, soit d'en disposer. En conséquence, le débiteur peut, pendant l'instance suivie par son créancier, disposer du droit exercé, sauf au créancier à attaquer l'acte de disposition en vertu de l'article 1167 si les circonstances le permettent. Il peut transiger sur le droit, recevoir paiement hors la présence de son créancier; et les actes faits par lui sans fraude sont opposables au créancier poursuivant 4.

La seule question délicate, en ce qui concerne les suites de l'action par rapport au débiteur, est celle de savoir si le ju-

^{1.} Voy. Labbé, loc. cit., nos 18 et 19.

^{2.} Voy. Demolombe, Contrats, II, nº 101, — Laurent, Principes, XVI, p. 453, — Larombière, article 1166, nº 21, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 632.

^{3.} Voy. cependant Dijon 26 janvier 1870, D. P. 1871.II.46, — et Nimes 31 décembre 1879, D. P. 1880.II.246.

^{4.} En ce sens: Larombière, article 1166, nº 32,— Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 312, p. 198, — Laurent, *Principes*, XVI, p. 461, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 639, — Cass. 18 février 1862, D. P. 1862,I.248, Sir. 1862,I.445. — En sens contraire, Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 221, — Bordeaux 26 novembre 1889, Sir. 1891,II.233.

gement obtenu par le créancier a autorité de chose jugée à l'égard du débiteur. La question ne se pose évidemment pas quand le créancier a pris la précaution de mettre en cause son débiteur en même temps que le tiers débiteur de celuici; et c'est pour cela que cette précaution est, comme nous l'avons dit¹, rarement négligée dans la pratique. Si elle n'a point été prise, la question signalée se pose. Les tribunaux ne semblent pas avoir jamais été appelés à la résoudre. Quant aux auteurs, ils se partagent entre trois opinions: les uns enseignent que le jugement qui intervient n'a jamais force de chose jugée à l'égard du débiteur², — les autres tiennent pour l'opinion contraire ³, — d'autres enfin ne regardent le jugement comme opposable au débiteur que quand il est favorable à celui-ci⁴.

II. Par rapport aux autres créanciers du débiteur. — Le créancier poursuivant garde-t-il ce qu'il obtient, ou bien le bénéfice de l'action devient-il le gage commun des autres créanciers qui n'ont point agi? La réponse est imposée par l'article 2093. L'exercice du droit en vertu de l'article 1166 ne confère aucun privilège, pas plus que la saisie 5. Tous les autres créanciers peuvent donc intervenir et réclamer leur part du gage commun.

Cela donne un grand intérêt pratique à la question de savoir si un créancier, lorsqu'il poursuit le débiteur de son débiteur, agit directement en vertu d'un droit qu'il a personnellement contre la personne poursuivie, ou au nom du débiteur et indirectement en vertu de l'article 1166. Dans le premier cas, le créancier poursuivant concourt non avec les créanciers de son débiteur, mais avec ceux du débiteur de son débiteur; dans le second, il entre en concours non seulement avec les autres créanciers du tiers poursuivi, mais avec les autres créanciers de son propre débiteur. Or il y a des cas dans lesquels la loi accorde à un créancier le droit d'agir directement contre le débiteur de son propre

^{1.} Suprà, p. 294 et 295.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 202, note 18, — Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, p. 101.

^{3.} Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 81 bis.

^{4.} Laurent, Principes, XVI, no 408.

^{5.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 312, p. 202, note 18; — Cass. 18 juillet 1838, Sir. 1838, I.603.

débiteur; nous les avons cités ailleurs et n'avons point à y revenir.

510. Telle est la théorie générale de l'article 1166.

Mais ce texte, après avoir posé la règle que « les créan-« ciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur « débiteur », apporte aussitôt une dérogation au principe : « à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à « la personne ».

511. Quelle est au juste la portée de ces mots?

La loi ne l'indique pas.

Il est possible que le législateur ait agi sagement en n'essayant pas de préciser davantage. En effet, la nature du sujet ne s'y prêtait pas; la question de savoir si un droit est exclusivement attaché à la personne doit être tranchée d'après des considérations diverses, souvent très délicates, et il importe que les juges conservent une grande liberté d'appréciation.

Mais le silence de la loi donne naissance à des difficultés souvent embarrassantes pour l'interprète. Et nous allons nous efforcer de dégager un certain nombre d'idées directrises.

trices.

512. Il y a des droits et actions qui sont, sans conteste possible, « exclusivement attachés à la personne ». Ces droits

sont de deux espèces.

Ce sont, d'abord et bien entendu, les droits qui ne présentent aucun intérêt pécuniaire. Du moment que l'article 1166 est un corollaire de l'article 2092, du moment que la faculté pour les créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur est un corollaire du droit de gage général qui leur appartient sur les biens de ce débiteur, les seuls droits que les créanciers puissent prétendre exercer sont les droits de patrimoine, qui sont des biens susceptibles d'être réalisés, autrement dit les droits dont l'exercice se traduit par un émolument pécuniaire. En conséquence, sont « exclusivement attachés « à la personne » du débiteur : le droit de puissance paternelle ², le droit de demander le divorce ou la séparation de corps ³.

2. Pau 13 mars 1888, D. P. 1888, II. 283.

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 198 et suiv.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 41, - Aubry et

Ce sont, en second lieu, certains droits qui présentent un intérêt pécuniaire. Et les droits de cette seconde espèce sont eux-mêmes de trois sortes.

1º Il y a des droits, présentant un intérêt pécuniaire, auxquels la loi attribue expressément le caractère de droits « exclusivement attachés à la personne » du débiteur. Tel est, par exemple, le droit de demander la séparation de biens (article 1446).

2° Les droits et actions ayant pour objet des biens insaisissables doivent être considérés comme attachés, d'une manière exclusive, à la personne du débiteur. L'objet de ces droits et actions ne rentrant pas dans le gage des créanciers, ceux-ci n'ont point intérêt à les exercer. Rentrent dans la catégorie des biens insaisissables: 1° les biens énumérés par l'article 581 du Code de procédure, — 2° les droits d'usage et d'habitation, — 3° les salaires, dans les limites fixées par la loi du 12 janvier 1895.

3° Il faut considérer comme exclusivement attachés à la personne, dans le sens de l'article 1166, les droits dont l'exercice par le créancier équivaudrait à dessaisir le débiteur du gouvernement de sa personne, à le mettre en tutelle. Ces droits constituent, en quelque sorte, la personnalité du débiteur; par suite, ils restent dans le domaine de la volonté libre et sont, en ce sens, exclusivement attachés à la

personne.

Ainsi les créanciers ne pourraient pas, en se fondant sur l'article 1166, prendre en mains l'administration de l'ensemble des biens du débiteur, régler le mode de jouissance de ces biens, décider que tels seront donnés à bail, tels conservés en jouissance propre ¹. L'article 1166 entend parler des droits autorisant des poursuites judiciaires; or, prendre en mains l'administration des biens du débiteur, ce n'est pas exercer une action dans laquelle le créancier puisse se subs-

Rau, 5° édition, IV, p. 207, texte et note 32, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 593, — Demolombe, Mariage et séparation de corps, II, n° 427, — et Obligations, n° 68, — Laurent, Principes, XVI, n° 415, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 81 bis IX.

^{1.} En ce sens: Demolombe, Contrats, II, n° 57,— Larombière, article 1166, n° 17,— Laurent, Principes, XVI, n° 423;— Caen 31 mai 1853, D. P. 1854, V. 473, Sir. 1854.II. 207.— Contrà: Caen 29 avril 1841, D. P. 1841.II. 250, Sir. 1841.II. 492,— Douai 20 juin 1842, D. P. 1843.II.81, Sir. 1843.II.56,— 13 novembre 1852, D. P. 1856.II.21, Sir. 1855.II.203.

tituer au débiteur, c'est gouverner le débiteur. Et il est facile d'apercevoir quelles conséquences intolérables entraînerait une pareille immixtion des créanciers. Ils peuvent bien exercer judiciairement les droits de leur débiteur, mais ils ne peuvent pas prendre sa place dans la société.

513. Aucune hésitation n'est possible pour les droits qui viennent d'être énumérés. Ce sont tous droits attachés, d'une

manière exclusive, à la personne du débiteur.

Inversement, il existe une foule de droits que les créanciers peuvent, sans aucun doute, exercer au nom et pour le compte de leur débiteur, par application de l'article 1166. La généralité des droits de patrimoine est dans ce cas, et il est superflu de multiplier les exemples; citons seulement: le droit de revendiquer un immeuble du débiteur, d'agir en pétition d'une hérédité acquise au débiteur, d'intenter l'action confessoire d'une servitude existant au profit de son fonds, de poursuivre son débiteur, etc.

514. Mais, entre les droits qui sont certainement attachés à la personne du débiteur et ceux que les créanciers peuvent certainement exercer en vertu de l'article 1166, il existe une catégorie intermédiaire : celle des droits dont on ne sait s'il faut les regarder comme étant attachés d'une manière exclusive à la personne du débiteur. Ce sont des droits pécuniaires, qui constituent des biens et qui, par conséquent, intéressent les créanciers ; mais ils sont de telle nature que la question de savoir s'il est légitime et opportun de les exercer suppose une appréciation personnelle de la part du titulaire de ces droits, ce qui paraît exclure l'intervention des créanciers; de sorte qu'il est embarrassant de décider quel est celui de ces deux caractères qui doit être regardé comme l'emportant sur l'autre.

Voici quelles sont les solutions qui sont généralement admises.

1° Les créanciers d'un écrivain ne peuvent ni publier d'office un manuscrit sorti de sa plume 1, ni faire paraître une nouvelle édition d'un ouvrage déjà publié par lui 2; les

^{1.} D'après l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, le manuscrit, tout comme la pensée même de l'auteur, est hors de l'atteinte de ses créanciers: Pouillet, Propriété artistique et littéraire, n° 273, — Pataille, Annales, 1870, p. 109, — et 1880, p. 231, — Dijon 18 février 1870, D. P. 1871.II. 221, Sir. 1870.II.212.

^{2.} Sic: Bertauld, Questions pratiques, I, nº 205. — L'opinion contraire

créanciers d'un auteur dramatique ne peuvent, sans son autorisation, ni mettre à la scène une pièce écrite par lui et non encore représentée, ni faire représenter à nouveau une pièce figurant déjà au répertoire d'un théâtre. Tout auteur est maître de son œuvre tant qu'il ne l'a pas publiée, et seul juge du point de savoir si elle doit l'être; l'auteur qui a livré son œuvre au public est seul juge du point de savoir si la publication doit en être renouvelée. A moins, bien entendu, que des considérations de fait toutes particulières ne démontrent que les intérêts en jeu sont exclusivement pécuniaires, auquel cas les créanciers recouvrent la plénitude des droits qui leur sont conférés par l'article 1166 ¹.

2° Les créanciers ne peuvent pas, au nom et pour le compte de leur débiteur, accepter une donation à lui faite; les mobiles qui déterminent à accepter ou à répudier une donation sont d'ordre moral, souvent d'ordre intime, et nul ne peut être admis à se substituer au débiteur pour une pareille appréciation. On dit parfois 2 qu'il en est de même en ce qui concerne l'acceptation d'un legs; mais c'est une erreur: en effet, le legs est acquis au légataire indépendamment de toute acceptation de sa part et à moins seulement qu'il ne le répudie, de sorte qu'il peut bien s'agir pour les créanciers de faire tomber la renonciation de leur débiteur à un legs, mais non d'accepter celui-ci au nom et pour le compte de leur débiteur par application de l'article 1166 3.

3º Rien ne s'oppose à ce que les créanciers acceptent une succession ab intestat échue à leur débiteur. Un droit de succession ab intestat est un droit qu'on tient de la loi, et il n'y a pas les mêmes risques à accepter une succession qu'à accepter le rôle de donataire.

est admise par Pouillet, loc. cit., nºs 173, 174 et 180, — Gastambide, Traité des contrefaçons, p. 149, — et Renouard, Traité des droits d'auteurs, II, nºs 204 et 205; — cpr. trib. de la Seine 26 juillet 1837, Gazette des tribunaux du 27,— 30 décembre 1859, Annales, 1860, p. 69. — Voy. sur cete question: Pandectes françaises alphabétiques, vº Propriété littéraire et artistique, nºs 158 et suiv.

^{1.} Par exemple, l'auteur a déjà traité avec un éditeur pour la publication de son manuscrit, ou bien il a manifesté, d'une manière incontestable, son intention de le livrer à l'impression. On peut considérer qu'il a, par-là même, donné à son œuvre un caractère commercial, de nature à la faire tomber dans le gage de ses créanciers aux termes de l'article 2093. Voy. les autorités citées à la note précédente.

^{2.} Sic: Aubry et Rau, 4e édition, VII, p. 532.

^{3.} Cpr. infrà, p. 308.

4º Les créanciers ne peuvent pas exercer, au nom et pour le compte de leur débiteur, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude 1. Cette action est si bien personnelle qu'elle ne passe pas aux héritiers du donateur (article 957). D'ailleurs, la question de savoir s'il convient d'exercer une pareille action résulte d'appréciations individuelles, auxquelles les créanciers ne peuvent pas se livrer à la place du débiteur.

5° Par contre, ils peuvent exercer, sans difficulté, l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des

6º Ils ne peuvent exercer ni l'action en révocation d'une donation entre époux pendant le mariage2, ni l'action en déclaration d'indignité 3, ni l'action en nullité pour défaut d'autorisation 4, ni l'action en désaveu 5 ou en réclamation d'état 6.

7° Quant aux demandes en nullité de mariage, il faut dis-

1. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 312, p. 208, texte et note 38, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 613, - Laurent, Principes, XIII, nº 28.

2. Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 312, p. 209, texte et note 39, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nos 600 et 624, - Laurent, Principes, XV, no 334 et XXI, nº 435.

3. La question est controversée et généralement résolue contrairement à l'opinion exprimée au texte. - Voy. en faveur du droit pour les créanciers d'exercer cette action : Aubry et Rau, 4° édition, VI, § 593, p. 288, — Demolombe, Successions, I, n° 234, — Laurent, Principes, IX, n° 19, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, Successions, I, nº 335.

4. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 469. - Cpr. Cubain, Droit des femmes, nº 120, - Chardin, Puissance maritale, nº 130, - Cass.

6 mars 1878, D. P. 1878.I.316, Sir. 1878.I.324. Contrà: Aubry et Rau, 4° édition, V, § 472, p. 162, — Demolombe, Mariage et séparation de corps, II, nº 342, - Obligations, II, nº 86, - Laurent, Principes, III, nº 163; - Cass., 10 mai 1853, D. P. 1853.II.60, Sir. 1853.I.572.

En ce qui concerne les incapables autres que la femme mariée, la doctrine et la jurisprudence autorisent l'exercice de l'action en nullité par les créanciers: Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 312, p. 211, texte et note 48, -Baudry-Lacantinerie et Barde, I, p. 616, - Demolombe, Contrats, II, nº 86, -Laurent, Principes, XVI, nº 420, - Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 81 bis X; - Bastia 26 mai 1834, D. P. 1834, II.214, - Cass. 10 mai 1853, D. P. 1853, I.160, Sir. 1853, I. 572, - Bastia 30 août 1854, Sir. 1854.II.481, - Paris 14 novembre 1887, D. P. 1888.II.225.

5. Voy. sur cette question très controversée : Aubry et Rau, 59 édition, IV, § 312, p. 210 et 211, texte et note 45, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 593, - Demolombe, Filiation, I, nºs 114 et 137, - Contrats, II, nº 116, -Laurent, Principes, III, no 437 in fine, - Cass. 6 juillet 1836, Sir. 1836.1.634.

6. Sic: Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 593, - Demolombe, Paternité et filiation, I, nos 282 et suiv. - Voy. sur les distinctions auxquelles donne lieu cette question : Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 312, p. 206, texte et note 30.

tinguer. Les créanciers ne peuvent pas introduire, au nom et pour le compte de leur débiteur, une demande fondée sur une cause de nullité relative ; mais ils peuvent introduire une demande fondée sur une cause de nullité absolue, à la condition de justifier d'un intérêt pécuniaire actuel ².

8º Une distinction s'impose de même relativement au droit de demander des aliments. S'agit-il d'aliments dus en vertu d'une obligation légale fondée sur des devoirs de famille ou de reconnaissance ³, le droit de réclamer la pension alimentaire est exclusivement attaché à la personne. Il en est autrement si les aliments ont été stipulés comme charge d'une transmission opérée par le débiteur; les créanciers peuvent agir en son lieu et place 4.

9º Il faut encore faire une distinction en ce qui concerne l'action en réparation d'un préjudice causé au débiteur (article 1382). Les créanciers peuvent exercer l'action s'il s'agit d'un préjudice causé aux biens du débiteur, et non

s'il s'agit d'un préjudice causé à la personne 5.

515. Bornons là l'énumération des principales applications du principe. Pour présenter une théorie complète de la matière, il faudrait envisager successivement, à ce point de vue spécial, tous les droits et actions, ce qui serait sans fin. L'idée générale importe seule; le reste est affaire d'appréciation.

L'action révocatoire paulienne.

516. « Les créanciers, dit l'article 1167, peuvent aussi, en « leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débi-« teur en fraude de leurs droits. »

L'action ouverte aux créanciers par ce texte est connue sous le nom d'action paulienne, du nom du préteur Paul, qui, à Rome, en avait inventé la formule ⁶. On l'appelle aussi

2. Ibid., p. 399.

3. Ibid., p. 504 et 505.

4. Voy. sur cette distinction: Pandectes françaises alphabétiques, vo Obli-

gations, nº 2647.

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 397.

^{5.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 312, p. 208, texte et note 38,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 81 bis IX, — Demolombe, Absence, n° 82, — Sourdat, Responsabilité, I, n° 73, — Laurent, Principes, XVI, n° 419, — trib. de la Seine 9 janvier 1879, Sir. 1881.II.21.

^{6.} On n'est pas fixé sur la date de sa création, mais elle est antérieure à Cicéron qui en parle dans les lettres à Atticus, I, 1, V. — Un titre entier lui est consacré au Digeste : le titre 8 du liv. XLII, Quæ in fraudem creditorum.

action révocatoire, parce qu'elle a pour but de faire révoquer

l'acte attaqué.

Le droit reconnu de la sorte au créancier dérive manifestement de l'article 2092, et constitue un corollaire direct du droit de gage général ¹. Ayant un droit de gage général, le créancier a, par suite, le droit de s'opposer à ce que son gage soit compromis.

Dès lors, nous n'avons pas à rechercher la base du droit consacré au profit des créanciers par l'article 1167. Nous avons seulement à déterminer les conditions d'exercice, puis les conséquences de l'action paulienne; nous conclurons en

indiquant quel en est le caractère théorique.

En cette matière, le Code est bref à l'excès. Il ne contient qu'un seul article. On est d'accord pour le compléter, quant aux détails d'application, en faisant appel à la théorie romaine, sous la réserve des modifications qui y ont été apportées par l'ancien droit.

1. Conditions d'exercice de l'action révocatoire.

517. Elles sont au nombre de quatre. Elles résultent sinon de l'article 1167, du moins de la tradition; elles résultent surtout de quelques applications qui les supposent.

Les trois premières sont exigées dans tous les cas. La qua-

trième l'est quelquefois, mais pas toujours.

Première condition.

518. Le créancier qui invoque l'article 1167 doit d'abord établir l'existence de sa créance, puis prouver qu'elle existait à la date de l'acte attaqué, qu'elle est antérieure à cet acte.

519. L'action révocatoire appartient à tous les créanciers; en effet, l'article 1167 ne distingue pas, et d'ailleurs ils peuvent avoir tous intérêt à l'invoquer. Peu importe qu'ils soient simplement chirographaires ou hypothécaires. Ordinairement, les créanciers hypothécaires ont moins intérêt à se servir de notre action, car l'hypothèque leur confère un droit de suite sur l'immeuble affecté au paiement de la dette, de sorte qu'ils peuvent saisir cet immeuble sur le tiers acquéreur comme sur leur débiteur, et l'aliénation, du moins en général, ne leur préjudicie pas. Mais ce n'est là qu'un fait. En

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 35.

droit, la loi ne distingue pas. Tous les créanciers ont la même faculté dans la mesure de leur intérêt.

Ils exercent leur droit non plus nomine debitoris, comme au cas de l'article 1166, mais « en leur nom personnel », dit l'article 1167. En effet, ils agissent comme tiers, puisqu'ils exercent un droit que leur débiteur n'a pas et que, par suite, ils ne tiennent pas de lui.

520. Ainsi, tout créancier peut intenter l'action révocatoire. Encore faut-il cependant que la créance soit antérieure à l'acte attaqué. En effet, sans cette condition, l'acte que le créancier critique et attaque n'aurait pas porté atteinte à son droit. Quant aux actes accomplis auparavant, il doit les respecter et ne saurait les attaquer, car ils n'ont pas compromis son gage ¹.

521. Faut-il, en outre, que le droit du créancier soit exigible? La question est controversée, mais dépourvue d'intérêt

pratique.

Le plus souvent, le droit sera exigible. En effet, aux termes de l'article 1188, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données; or, c'est les diminuer que faire des actes qui y portent atteinte ².

Si le droit est conditionnel, il paraît difficile d'accorder au créancier l'action paulienne, car celle-ci constitue un acte d'exécution. Cependant il y a des arrêts en sens contraire 3.

Deuxième condition.

522. L'action paulienne n'est recevable que si l'acte a causé un préjudice au créancier. Le créancier doit établir ce qu'on

appelle, en cette matière, l'eventus damni.

L'article 1167 n'exprime pas cette condition. Mais elle s'impose; car on ne voit pas de quoi le créancier se plaindrait s'il ne subissait pas de préjudice. D'ailleurs cette condition est traditionnelle. Il faut ajouter qu'elle est exigée par les articles 622 et 788, qui ne sont que des applications de l'arti-

2. Voy. Demolombe, Contrats, 11, p. 230, -- Laurent, loc. cit., XVI,

p. 532.

^{1.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, note 14, p. 220, — Laurent, *Principes*, XVI, p. 534, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 687; — Cass. 2 mai 1855, D. P. 1855.I.193, Sir. 1856.I.178, — Agen 3 février 1885, Sir. 1886.II.31, — trib. de la Seine 14 avril 1896 et Paris 12 mai 1898, D. P. 1899.II.313.

^{3.} Paris 19 décembre 1866, D. P. 1868.II.156, Sir. 1867.II.180.

cle 1167; et cet article même sous-entend le préjudice quand il parle de la fraude : la fraude dont il parle est la fraude pré-

judiciable.

Il y a préjudice pour le créancier dès que l'acte attaqué a produit ou augmenté l'insolvabilité du débiteur. Le créancier doit donc établir: 1° que le débiteur est insolvable, ce qui implique la discussion du patrimoine de ce débiteur, — 2° que l'insolvabilité résulte de l'acte attaqué, ou qu'elle a été aggravée par cet acte.

523. Ce préjudice, qui est une condition de l'action révocatoire, peut résulter de tout acte par lequel le débiteur porte atteinte au droit de gage général de son créancier en dimi-

nuant son patrimoine.

524. Divers articles du Code civil contiennent des applica-

tions de ce principe.

C'est d'abord l'article 622. Il suppose qu'un débiteur est titulaire d'un droit d'usufruit et qu'il y renonce : « Les créan-« ciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation « qu'il aurait faite à leur préjudice 1. »

Ce sont ensuite les articles 788, 1464 et 2225.

L'article 788 suppose qu'un débiteur est appelé à une succession. La dévolution héréditaire opérant par elle-même transfert de propriété, le débiteur qui renonce diminue son patrimoine. S'il renonce en fraude des droits de ses créanciers ², l'article 788 autorise ceux-ci à faire annuler la renonciation, afin d'accepter ensuite la succession aux lieu et place de leur débiteur par application de l'article 1166.

L'article 1464 suppose qu'une femme commune en biens

1. L'article 622 permet aux créanciers de faire annuler la renonciation faite « à leur préjudice », tandis que l'article 1167, pour donner ouverture à l'action paulienne, exige que l'acte critiqué ait été fait « en fraude » des droits des créanciers. En dépit de cette différence de rédaction, l'article 622 est un corollaire de l'article 1167; la condition de fraude, nous le verrons (infrà, n° 530), doit être regardée comme sous-entendue dans l'hypothèse de l'article 622. Aussi présentons-nous l'action révocatoire de l'article 622 comme une application de l'action paulienne.

2. L'article 788 est conçu dans les mêmes termes que l'article 622, dont nous avons parlé tout-à-l'heure (suprà, note 1); il donne ouverture à l'action révocatoire contre la renonciation faite « au préjudice » des créanciers, sans exiger qu'il y ait eu « fraude » à leurs droits. Mais il faut répéter ici ce que nous avons dit à la note précédente à propos de l'article 622 : la condition de fraude doit être sous-entendue dans l'hypothèse de l'article 788 (cpr. infrà, n° 530), et l'action révocatoire de cet article est une application de l'action

paulienne.

répudie la communauté existant entre elle et son mari. Son droit à une part des biens communs lui étant acquis par l'effet même du contrat de mariage sous la condition résolutoire de la renonciation, elle diminue son patrimoine en répudiant. Si elle le fait en fraude des droits de ses créanciers, l'article 1464 autorise ceux-ci à faire annuler la répudiation, afin d'accepter ensuite la communauté aux lieu et place de leur débitrice

par application de l'article 1166.

Enfin, l'article 2225 suppose qu'une prescription, acquisitive ou libératoire, est acquise au profit d'une personne. Aux termes de l'article 2219, l'accomplissement de la prescription a pour effet ou bien de faire acquérir la chose possédée, ou bien de libérer le débiteur; de sorte que la personne qui renonce à une prescription acquise diminue son patrimoine en faisant sortir de ce patrimoine un élément qui y était entré par l'effet de la prescription. Si cette personne renonce à la prescription en fraude des droits de ses créanciers, l'article 2225 autorise ceux-ci à faire annuler la renonciation, afin d'opposer ensuite la prescription aux lieu et place de leur débiteur, par application de l'article 1166 ¹.

525. Les hypothèses prévues par ces divers textes ne sont pas, à beaucoup près, les seules dans lesquelles un débiteur porte atteinte au droit de gage général de ses créanciers en diminuant son patrimoine. Il est facile d'en indiquer d'autres.

Un débiteur est obéré, à la veille d'être poursuivi. Il dispose d'un de ses biens à titre gratuit, afin de le soustraire de la sorte aux poursuites de ses créanciers. Ou bien il se marie et reconnaît à sa femme une dot qu'elle n'a point apportée, afin de faire passer le montant de cette dot sur la tête de sa femme, et de le soustraire ainsi aux poursuites de ses créanciers. Ou bien encore il fait, de son vivant, le partage de ses biens entre ses enfants ; il vend ses immeubles, sachant qu'une somme d'argent est plus difficile à atteindre pour les créanciers que des biens fonds.

niol, Traité élémentaire, 1ºº édition, nº 1566, p. 535.

^{1.} Voy. sur l'article 2225 : Aubry et Rau, 4º édition, VIII, p. 449, - Pla-

Comme les articles 6 et 788 (voy. les deux notes précédentes), l'article 2225 subordonne la recevabilité de l'action révocatoire qu'il prévoit à un préjudice subi par le créancier, non à une fraude commise par le débiteur. Mais la condition de fraude doit être sous-entendue dans l'hypothèse de l'article 2225 (cpr. infrà, n° 530), et l'action révocatoire de cet article est une application de l'action paulienne.

Ce sont là tous actes par lesquels le débiteur porte atteinte au droit de gage général de ses créanciers en diminuant son patrimoine. Les créanciers peuvent recourir à l'action révocatoire.

526. Toutefois, ils ne peuvent y recourir qu'à une condition. Comme le droit reconnu aux créanciers par l'article 1167 est un corollaire du droit de gage général consacré par l'article 2092, en d'autres termes comme le but de l'action paulienne est d'empêcher que le gage général des créanciers soit compromis 1, l'action paulienne n'est recevable que tout autant que l'annulation de l'acte attaqué peut conduire à la reconstitution du gage général au profit du créancier poursuivant. D'où cette conséquence importante : dans l'hypothèse où l'acte accompli par le débiteur est un acte portant renonciation à un droit, l'action paulienne doit être écartée toutes les fois que le droit auquel le débiteur a renoncé n'est pas susceptible d'être exercé par les créanciers au nom et pour le compte du débiteur après l'annulation de la renonciation, autrement dit toutes les fois qu'il s'agit d'un droit attaché, d'une manière exclusive, à la personne du débiteur. Quelle utilité y aurait-il pour les créanciers à faire revivre un droit qu'ils ne pourraient ensuite ni forcer le débiteur à exercer, ni exercer eux-mêmes aux lieu et place du débiteur?

Prenons des exemples.

Le débiteur a renoncé à un legs, ou bien au droit soit d'agir en réméré, soit de faire révoquer une donation pour inexécution des charges, soit de demander la réparation d'un préjudice causé à ses biens. La renonciation par lui faite peut être attaquée par la voie de l'action paulienne; en effet, l'annulation de la renonciation aura pour effet de faire revivre le droit du débiteur, et tous les droits indiqués sont de ceux que les créanciers peuvent exercer au nom et pour le compte de leur débiteur par application de l'article 1166 °.

Supposons, au contraire, que le débiteur a renoncé au droit soit de faire révoquer une donation pour ingratitude, soit de demander la réparation d'un préjudice causé à sa personne. L'action paulienne est irrecevable, parce que l'an-

^{1.} Supra, nº 516.

^{2.} Ibid., nº 514.

nulation de la renonciation n'aurait aucune utilité pour les créanciers; en effet, les droits qui viennent d'être indiqués sont de ceux qui sont attachés, d'une manière exclusive, à la personne du débiteur 1.

Cette corrélation entre l'action révocatoire de l'article 4167 et l'action indirecte de l'article 4166 ne fait pas doute ². Elle est mise en lumière d'une façon frappante par les articles 788, 1464 et 2225, que nous avons analysés précédemment ³.

527. Sous la réserve qui vient d'être faite, les créanciers peuvent recourir à l'action paulienne contre tous actes par lesquels le débiteur porte atteinte au droit de gage général en diminuant son patrimoine.

Seraient-ils admis à le faire si le débiteur, au lieu de porter atteinte au droit de gage général de ses créanciers en diminuant son patrimoine, y portait atteinte en négligeant d'aug-

menter son patrimoine?

Question classique, et que la doctrine a dès longtemps

agitée.

Certains auteurs soutiennent que les actes par lesquels le débiteur diminue vraiment son patrimoine donnent seuls ouverture à l'action révocatoire 4. Le droit romain, disent-ils, statuait en ce sens 5; or l'article 1167 sous-entend la théorie romaine dans la mesure où il ne la modifie pas d'une manière expresse, et il est muet sur la question dont il s'agit.

D'autres soutiennent l'opinion contraire, et font valoir deux arguments. En premier lieu, disent-ils, rien n'autorise à penser que le législateur de 1804 ait entendu conserver la règle romaine; l'article 1167, conçu en termes généraux, autorise les créanciers à attaquer « les actes » qui sont de

1. Suprà, nº 514.

3. Suprà, nº 524.

4. Laurent, Principes, XVI, p. 504,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, X, p. 129,— Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 656,— Planiol,

Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 103 et suiv.

^{2.} Voy. sur cette corrélation: Aubry et Rau, 5° édition, IX, p. 218,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 128 et suiv., — Demolombe, Contrats, II, p. 163 et suiv., n°s 169 et suiv.

^{5.} Fragm. 6, Quæ in fraudem, XLII, 8. — L'action paulienne n'était pas recevable contre l'acte par lequel un héritier externe renonçait à une succession. En effet, la succession n'était acquise à l'héritier externe que par l'effet de l'aditio, contrairement à ce qui a lieu dans le droit français actuel (suprà, n° 524); de sorte que l'héritier renonçant ne diminuait pas vraiment son patrimoine, mais manquait seulement de l'augmenter. Voy. Planiol, loc. cit., n° 325.

nature à leur porter préjudice, en d'autres termes tous les actes ayant cet effet, sans qu'il y ait à distinguer. En second lieu, on n'aperçoit pas quel motif rationnel il pourrait y avoir de distinguer; que le débiteur fasse disparaître un élément de son patrimoine ou s'abstienne volontairement d'y faire entrer un élément nouveau, le résultat est le même, et il est naturel que l'article 1167 n'ait établi aucune différence entre les deux hypothèses 1.

La controverse est toujours pendante.

Et il est curieux que les auteurs continuent à la discuter, sans s'apercevoir qu'elle est dépourvue de toute espèce d'intérêt pratique et n'est qu'une pure question d'école. L'absence même de tout document de jurisprudence à citer le fait pressentir; un peu de réflexion permet de s'en rendre

compte.

Envisageons les actes que certains auteurs déclarent insusceptibles d'être attaqués par la voie de l'action paulienne comme constituant non pas une diminution, mais un défaut d'accroissement du patrimoine de la personne qui les accomplit. Nous constaterons que ces divers actes sont bien insusceptibles d'être attaqués par la voie de l'action paulienne, mais pour des raisons n'ayant rien à voir avec cette circonstance qu'ils constituent seulement un défaut d'accroissement et non une diminution du patrimoine de la personne qui les accomplit.

Les divers actes que les auteurs signalent peuvent être

rangés en deux catégories.

En premier lieu, ils signalent toute une série d'actes portant renonciation à des droits: renonciation à un legs, au droit de faire révoquer une donation pour cause d'ingratitude ou pour cause d'inexécution des charges, etc. Mais il y a méprise certaine à considérer de pareils actes comme constituant de simples défauts d'accroissement du patrimoine du débiteur; du moment qu'un débiteur renonce à un droit qu'il possède, il diminue son patrimoine. La renonciation peut être attaquée par la voie de l'action paulienne, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment², toutes les fois que le droit

^{1.} Sic: Proudhon, Usufruit, IV, no 2368, — Demolombe, Contrats, II, no 164 et suiv., — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, note 16, p. 222.

2. Suprà, no 526.

atteint par la renonciation n'est pas un droit exclusivement

attaché à la personne du débiteur.

En second lieu, les auteurs signalent une série d'hypothèses dans lesquelles le débiteur laisse échapper des occasions qui lui adviennent d'augmenter son patrimoine; par exemple, il s'abstient d'accepter une donation entre-vifs, de faire révoquer une donation pour inexécution des charges ou pour ingratitude, de demander la réparation d'un préjudice causé à ses biens ou à sa personne, ou bien il rejette une proposition avantageuse de vente, d'achat, de louage ou d'échange. Dans ces diverses hypothèses, il y a bien simple défaut d'accroissement et non diminution du patrimoine du débiteur. Et il est vrai que des abstentions de ce genre ne peuvent pas être attaquées par la voie de l'action paulienne. Mais la raison n'est pas qu'elles entraînent un simple défaut d'enrichissement du débiteur et non une diminution proprement dite de son patrimoine.

La raison est autre. L'article 1167 permet aux créanciers d'attaquer les « actes » de leur débiteur, non les simples inactions de celui-ci. Et on ne conçoit pas qu'il puisse en être autrement. Sans doute une décision de justice pourrait annuler une inaction d'un débiteur en décidant qu'elle doit être regardée comme non avenue. Mais à quoi servirait cette annulation? Elle serait sans effet si elle n'était suivie d'une action en sens contraire; or les tribunaux ne peuvent pas contraindre le débiteur à agir lui-même. Lorsque les créanciers souffrent préjudice à raison d'une inaction par laquelle leur débiteur manque d'accroître son patrimoine, ce n'est pas dans l'action paulienne qu'ils doivent chercher un remède, mais dans l'action oblique de l'article 1166; ils peuvent remédier à l'inaction de leur débiteur en se substituant à lui et en agissant à sa place, pourvu, bien entendu, qu'il s'agisse d'exercer un droit non attaché, d'unemanière exclusive, à la personne du débiteur 1.

En résumé, dans toutes les hypothèses signalées par les auteurs, l'action paulienne est irrecevable pour des raisons n'ayant rien à voir avec la question qui nous occupe. Et l'on arrive à se demander s'il y a vraiment des cas dans lesquels l'action paulienne, recevable à tous autres égards,

^{1.} Suprà, nºs 510 et suiv., — et nº 526.

doive être écartée pour le motif qu'il s'agit d'un acte par lequel le débiteur a négligé d'augmenter son patrimoine, sans l'amoindrir véritablement. Il faut qu'il s'agisse d'un acte proprement dit, et d'un acte portant atteinte à un droit dont on ne puisse pas dire qu'il est attaché, d'une manière exclusive, à la personne du débiteur. Peut-on citer des exemples? La jurisprudence, à notre connaissance au moins, n'en fournit pas; et ni les auteurs ni la réflexion ne nous permettent d'en découvrir. De sorte que l'étude critique du sujet conduit à la conclusion que cette controverse classique est dépourvue de toute espèce d'intérêt pratique.

Troisième condition.

528. Pour qu'un acte puisse être attaqué par la voie de l'action paulienne, il faut qu'il ait été fait en fraude des créanciers. Le créancier qui agit par application de l'article 1167 doit établir que l'acte attaqué recèle un consilium fraudis de la part du débiteur.

Il y a certainement fraude s'il y a intention de nuire, par exemple au cas de vente simulée. Mais on admet communément qu'il faut aller plus loin. La fraude, ici, consiste dans la connaissance qu'a le débiteur, quand il fait un acte, du préjudice que cet acte va causer à ses créanciers. Il n'est pas nécessaire que l'acte soit accompli dans ce dessein, dans cette intention, ce qui serait plus qu'une fraude et constituerait une malignité insigne; il suffit de la connaissance, de la conscience du tort que l'on va causer. La fraude consiste à n'avoir pas reculé devant la perspective de ce préjudice. Il y a fraude quand le débiteur trahit ses créanciers, comme on disait autrefois, en méconnaissant leur droit.

La fraude ainsi entendue est toujours nécessaire au succès de l'action paulienne. Cette action est donc sans application possible aux actes faits de complète bonne foi.

529. Cette règle est traditionnelle ¹. Le texte de l'article 1167 la confirme. Aussi cette troisième condition n'estelle pas sérieusement contestée ².

530. Cependant quelques doutes ont été élevés à cet égard en ce qui concerne certains actes prévus par les articles 622, 788 et 2225.

^{1.} Voy. le fragm. 1, le fragm. 6, §§ 8 et 12, et le fragm. 16, Dig., Quæ in fraudem creditorum, XLII, 8; — cpr. le fragm. 79, Dig., De regulis juris, L, 17. 2. Voy. cependant Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 224 et 225.

Nous avons déjà rencontré ces textes 1. L'article 622 autorise les créanciers de l'usufruitier à « faire annuler la renoncia-« tion qu'il aurait faite à leur préjudice ». L'article 788 autorise « les créanciers de celui qui renonce au préjudice de « leurs droits » à faire annuler la renonciation. Dans les deux cas, l'existence d'un préjudice est seule requise comme condition de recevabilité de l'action, sans que les textes parlent d'une fraude commise par le créancier. Quant à l'article 2225, il suppose qu'une prescription est acquise au profit d'une personne et que cette personne y renonce ; il autorise « les créan-« ciers ou toute autre personne avant intérêt à ce que la pres-« cription soit acquise » à faire annuler la renonciation ; et ici encore le texte ne subordonne la recevabilité de l'action qu'à l'existence d'un intérêt pour le débiteur, autrement dit d'un préjudice par lui souffert, sans parler d'une fraude commise par le créancier.

Comment faut-il interpréter ces textes? Se suffisent-ils à eux-mêmes, de telle sorte qu'il faille les appliquer tels quels, comme si l'article 1167 n'existait pas, en admettant l'annulation des renonciations dont ils parlent dès qu'elles portent préjudice au débiteur et alors même qu'il n'y aurait pas fraude de la part du créancier? Doivent-ils, au contraire, être regardés comme des applications de l'article 1167, de telle sorte qu'il faille en compléter les dispositions par celles de cet article et considérer la condition de

fraude comme sous-entendue par eux?

Des arguments d'une réelle valeur peuvent être invoqués en faveur de la première opinion ². D'abord, c'est un principe traditionnel d'interprétation que specialia generalibus derogant. Puis le texte des trois articles est bien net et n'exige pas la condition de fraude; considération d'autant plus forte que le législateur a trouvé le moyen de formuler expressément cette exigence dans une hypothèse toute semblable: « Les « créanciers de la femme, dit l'article 1464, peuvent atta- « quer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses « héritiers en fraude de leurs créances ³... »

3. Voy. suprà, p. 306 et 307.

^{1.} Suprà, nº 524.

^{2.} En ce sens: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 775, p. 449 et 450, — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n°s 117 et 118, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, VIII, n° 332 bis V.

Mais l'opinion contraire semble devoir être préférée ¹. Et cela pour trois raisons.

D'abord il est vraisemblable que les rédacteurs des articles 622, 788, 1464 et 2225, entendant se référer aux principes traditionnels qui régissent l'action paulienne, n'ont pas attaché d'importance décisive aux termes qu'ils employaient. Ils ne se sont pas préoccupés de répéter la règle complète, et se sont proposé seulement de l'indiquer en y renvoyant.

Puis il est possible que les rédacteurs du Code n'aient pas été bien fixés, au moment où ils ont rédigé les articles 622 et 788, sur les conditions qu'ils exigeraient pour la recevabilité de l'action paulienne 2; ils ont arrêté les termes des deux articles d'une façon provisoire, soit qu'ils aient entendu renvoyer purement et simplement à l'article qui réglerait plus tard les conditions de recevabilité de l'action paulienne, soit qu'ils aient eu l'arrière-pensée de réviser le texte des deux articles après avoir légiféré sur l'action paulienne. Fixés après la rédaction de l'article 11673, ils se sont exprimés d'une manière précise dans l'article 1464 4. Et si la même précision ne se retrouve pas dans l'article 2225 5, cela tient sans doute à ce que les rédacteurs de cet article ne sont point parvenus à distinguer suffisamment deux choses dont le texte s'occupe un peu confusément : la révocation, à la demande des créanciers et conformément à l'article 1167, de la renonciation consentie par le débiteur, - l'opposition par les créanciers, conformément à l'article 1166, de la prescription acquise par le débiteur 6.

Enfin les différences qui séparent les articles 622 et 788 de l'article 1167 sont peut-être plus apparentes que réelles. En effet, les deux idées de préjudice et de fraude s'impliquent

^{1.} En ce sens: Mourlon, Répétitions écrites, sur l'article 2225, — Massé et Vergé, V, § 860, p. 339, — Cass. 21 décembre 1859, D. P. 1861.I.265, Sir. 1860.I.945.

^{2.} L'article 622 appartient au titre De l'usufruit, décrété par le Corps législatif à la date du 30 janvier 1804. L'article 788 appartient au titre Des successions, décrété le 18 avril 1803.

^{3.} Le titre Des obligations, auquel appartient l'article 1167, a été décrété le 7 février 1804.

^{4.} L'article 1464 fait partie du titre Du contrat de mariage, décrété le 10 février 1804.

^{5.} Le titre De la prescription, dont l'article 2225 fait partie, a été décrété le 15 mars 1804.

^{6.} Voy. suprà, p. 307. — Cpr. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 449, — Planiol, Traité élementaire, 1° édition, n° 1566, p. 535.

l'une l'autre; de même que la fraude dont parle l'article 1167 est la fraude préjudiciable¹, de même le préjudice dont parlent les articles 622 et 788 est le préjudice conscient et frauduleux; de sorte que l'harmonie se trouve exister même dans les textes.

Quatrième condition.

531. Une quatrième condition est nécessaire si l'acte attaqué est à titre onéreux. Il faut que le créancier établisse que le tiers, partie à l'acte attaqué, a participé au consilium fraudis du débiteur, en d'autres termes qu'il a été complice de l'intention frauduleuse de celui-ci, ou du moins qu'il a eu, comme lui, connaissance du préjudice devant en résulter pour le créancier. Si l'acte attaqué est à titre gratuit, les trois premières conditions suffisent; s'il est à titre onéreux, la quatrième doit s'ajouter aux autres.

532. Aucun texte du Code n'indique cette particularité, qui constitue une différence importante entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit quant à l'application de l'article 1167; aucun même n'y fait allusion ². Mais la tradition certaine est en ce sens ³; et on considère que les rédacteurs de l'article 1167, en gardant le silence, ont entendu

s'y référer ; le droit coutumier complète le droit écrit.

Au surplus, l'équité exige qu'il en soit ainsi. Aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles unanimes en ce sens '. L'équité l'exige.

1 Sunrà nº 529

2. On peut cependant soutenir que le législateur s'y est référé dans les articles 446 et 447 C. com. Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2° édition, nos 307 et suiv., et 384 et suiv.

3. Voy., pour les actes à titre gratuit, le fragm. 6, §§ 11 et 13, Dig., Quæ in fraudem creditorum, XLII, 8, — et, pour les actes à titre onéreux, le fragm. 6, § 8, eod. titul. — Cpr. Pothier, Obligations, nº 153,— et Coutume d'Or-

léans, XV, nº 67. - Domat, liv. 2, tit. X, sect. I, nº 2.

4. Voy.pour l'application de la règle en ce qui concerne les actes à titre gratuit: Cass. 11 novembre 1878, D. P. 1879. I. 1416, Sir. 1880. I. 28, — 7 février 1887, D. P. 1887. I. 1401, — Bordeaux 23 février 1889 et Cass. 21 mai 1889, Sir. 1889. I. 1889. — Pau 17 décembre 1890, D. P. 1892. II. 18, — Douai 30 décembre 1890, D. P. 1892. II. 27, — Besançon 29 mars 1893, Pandectes françaises périodiques, 1893. II. 339.

Voy. pour l'application de la même règle en ce qui concerne les actes à titre onéreux: Paris 13 mars 1890, D. P. 1892.II.198, — trib. de la Seine 17 mars 1891, La Loi du 8 janvier 1892, — Grenoble 19 juin 1891. D. P. 1892.II.198, — trib. de Vienne 11 août 1892, Le Droit du 26 septembre 1892, — de Charleville 4 février 1895, Gazette du Palais, 1895.I. suppl. 24, — Cass. 25 juin 1895, Sir. 1899.I.491, — 7 juillet 1896, D. P. 1896,I.419, Sir. 1896.I.405,

En effet, supposons que l'acte attaqué soit une donation; le débiteur a donné un de ses biens pour le soustraire au droit de gage général de ses créanciers. On trouve en conflit le donataire et les créanciers du donateur : le donataire qui réalise un bénéfice, qui certat de lucro captando, et les créanciers qui subissent une perte, qui certant de damno vitando. A qui doit aller la préférence, toutes choses égales d'ailleurs ? Evidemment aux créanciers.

Au contraire, supposons une vente; le débiteur a vendu l'un de ses biens pour le soustraire au droit de gage général de ses créanciers. Le conflit s'élève entre l'acheteur et les créanciers du vendeur. Les uns et les autres certant de damno vitando; l'acheteur compte sur l'exécution du contrat, aussi bien que les créanciers sur leur paiement, et tous aussi légitimement; cela suffit pour faire pencher la balance en faveur de l'acheteur, à moins qu'il ne soit de mauvaise foi : in

pari causà, possessor potior haberi debet 1.

533. Ainsi, au point de vue de l'application de l'article 1167, la distinction des actes à titre onéreux et à titre gratuit est très importante. Et la règle coutumière dont nous venons de parler donne un grand intérêt pratique à la question de savoir si tel acte fait par le débiteur est à titre gratuit ou à titre onéreux. Cette question s'est posée notamment à propos de la constitution de dot. Elle est une donation en la forme; mais elle participe des contrats à titre onéreux, car l'époux doté s'engage à supporter les charges du mariage. Nous renvoyons sur ce point aux articles 1438 et suivants. La jurisprudence reconnaît à la constitution de dot le caractère d'acte à titre onéreux; elle n'autorise, dès lors, les créanciers du constituant à agir en révocation qu'autant que l'époux donataire a été particeps fraudis. De nombreuses décisions ont été rendues en ce sens ².

Quant à la doctrine, elle considère la constitution de dot faite au profit du mari comme un acte à titre gratuit: Demolombe, Contrats, II, n° 214, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 228, — Laurent, Principes, XVI, p. 524, — Baudry-

^{1.} Fragm. 128, Dig., De regulis juris, L, 17.

^{2.} La jurisprudence reconnaît le caractère d'actes à titre onéreux à toutes les constitutions de dot, dans tous les cas, c'est-à-dire non seulement quand la dot a été constituée au profit de la femme (Cass. 18 novembre 1861, D. P. 1862.I.297, Sir. 1862.I.737, — Paris 9 juillet 1895, Sir. 1898.II.17), mais aussi quand elle l'a été au profit du mari (Cass. 18 janvier 1887, D. P. 1887.I.257, Sir. 1887.I.97, — 18 décembre 1895, D. P. 1898.I.193, Sir. 1896.I.72).

534. Résumons-nous en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'action paulienne. Le demandeur, pour obtenir gain de cause, doit établir : 1° qu'il est créancier de l'auteur de l'acte et qu'il avait cette qualité au moment où l'acte attaqué a été fait, — 2° que cet acte lui est préjudiciable, — 3° qu'il y a eu consilium fraudis ex parte debitoris, — 4° s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers qui a traité avec

le débiteur a été particeps fraudis.

Bien entendu, il faut, en outre, conformément au droit commun, que l'action, pour être recevable, soit intentée en temps utile. L'ancienne jurisprudence laissait d'ordinaire au juge le soin d'apprécier si le temps écoulé depuis l'acte sans que le créancier se fût plaint suffisait à détruire le soupçon de fraude. A l'heure présente, c'est la loi seule qui règle les droits et les conditions d'exercice des droits. Seulement fautil appliquer ici la prescription décennale de l'article 1304, ou la prescription trentenaire de l'article 2262? La dernière solution doit être admise sans hésitation ¹. L'action de l'article 1167 n'est pas une action en nullité, bien qu'elle en ait l'apparence; c'est une action en révocation, et elle se prescrit, en conséquence, par trente ans.

II. Conséquences produites par la réussite de l'action révocatoire.

535. L'article 1167 autorise les créanciers à attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits. Il ne pré-

Lacantinerie et Barde, 1,n° 676, — note de M. Sarrut dans D. P. 1898.1.193. Mais elle distingue deux contrats successifs dans la constitution de dot faite au profit de la femme: le premier intervient entre le donateur et la future épouse, le second entre cette dernière et son futur conjoint. Le second contrat est incontestablement à titre onéreux, mais non le premier. Demolombe, Contrats, II, n° 212, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 229, note 27, — Laurent, Principes, XVI, p. 520 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 675. — La jurisprudence ne voit dans la constitution de dot qu'un seul et unique contrat, ayant le caractère d'acte à titre onéreux même dans les rapports entre le constituant et la donataire: Cass. 23 juin 1847, D. P. 1847.I.41, Sir. 1847.I.817, — Grenoble 3 août 1853, D. P. 1855.II.70, Sir. 1854.II.449, — Cass. 11 novembre 1878, D. P. 1879. I. 446, Sir. 1880.I.28, — Agen 3 février 1885, Sir. 1886.II.31.

1. Demolombe, Contrats, II, no. 40 et suiv., — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, note 44, — Laurent, Principes, XVI, p. 544, — Planiol, Revue critique, 4882, p. 238, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, no. 82 bis XVII, — Baudry-Lacantinerie et Barde, 1, no. 726. — Cpr. Cass. 9 janvier 4865, D. P. 4865.I.20, Sir. 4865.I.65, — Paris 24 mars 4891 et Cass.

7 mai 1894, D. P. 1894.I.505, Sir. 1898.I.510.

cise pas autrement les effets du jugement intervenant sur

Si le créancier est débouté de sa demande, pas de difficulté; l'acte tient à tous égards. Mais quel est l'effet du jugement qui prononce la révocation de l'acte attaqué?

536. Deux questions se présentent, que les précédents n'ont pas résolues explicitement, et sur lesquelles il y a controverse. Encore le débat n'existe-t-il qu' en doctrine, car il ne paraît pas qu'il y ait hésitation en pratique.

Première question.

Comment faut-il entendre la révocation prononcée?

On peut admettre que l'action paulienne a pour résultat, si elle aboutit, de faire tomber l'acte frauduleux, de telle sorte que les choses soient remises dans le statu quo ante. Par exemple, le créancier a attaqué une aliénation consentie par le débiteur : l'aliénation tombe, le bien aliéné rentre dans le patrimoine du débiteur comme s'il n'en était jamais sorti.

Tel était certainement le système romain, au moins dans l'action paulienne réelle 1; et c'est pour cela qu'on donnait à cette action le nom d'action révocatoire : elle entraînait la révocation de l'acte. Deux articles du Code civil portent la trace de ce système : les articles 622 et 788, qui parlent d'annulation. Est-ce le système que l'article 1167 a entendu maintenir?

Quelques auteurs le pensent. Et pour mieux marquer leur idée, ils qualifient l'action révocatoire d'action en nullité, c'est-à-dire qui a pour résultat de faire tomber l'acte 2.

Mais cette manière de voir est très contestable; les principes généraux y font obstacle. L'article 1167 ne dit pas que les créanciers peuvent faire tomber l'acte, mais seulement l'attaquer, en d'autres termes faire constater qu'il ne leur est pas opposable, afin de conserver, malgré l'acte, la situation et les droits qu'ils auraient eus si cet acte n'était pas intervenu 3.

2. Sic: Laurent, Principes, XVI, p. 560 à 564, - Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 706, - Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 82 bis XIII.

^{1.} Instit. § 6, De actionibus, IV, 6: « Si quis in fraudem creditorum rem « suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis pos-« sessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id « est dicere eam rem traditam non esse. »

^{3.} Sic: Demolombe, Contrats, II, nº 245, - Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 313, p. 234, texte et note 38, - Planiol, Revue critique, 1882, p. 494 et suiv.

Ils le font déclarer non avenu à leur égard, et rien de plus. Soit une vente, une donation; les créanciers, ayant obtenu gain de cause sur l'action paulienne, pourront saisir les biens vendus ou donnés sans qu'on puisse leur opposer la vente ou la donation. Soit une hypothèque; ils n'en tiendront pas compte. Dans le cas de l'article 788, qui n'est qu'une application du principe, il en est certainement ainsi. Par conséquent, l'acte subsiste au regard du débiteur, sauf dans la mesure de l'intérêt des créanciers. Le créancier n'a pas besoin d'autre chose, et il n'obtient rien autre.

Seconde question.

Vis-à-vis de quelles personnes la révocation prononcée estelle encourue?

L'action paulienne n'est pas une mesure qui doive être prise collectivement par tous les créanciers du débiteur; elle peut être une mesure individuelle. Si tous les créanciers se concertent pour agir ensemble, tous ont le bénéfice du jugement obtenu. Mais à qui profite le jugement si quelques-uns seulement des créanciers ont intenté l'action?

D'après certains auteurs 1, le bénéfice de l'action profite à tous les créanciers, non seulement à ceux qui l'ont exercée, mais à tous les autres. Ce bénéfice est acquis aux créanciers antérieurs à l'acte frauduleux 2; ils auraient pu agir et ne l'ont pas fait; le créancier qui a agi est leur représentant, leur negotiorum gestor. Il est acquis même aux créanciers postérieurs 3; ils ne pouvaient pas exercer l'action, puisque l'acte dont il s'agit ne leur portait pas préjudice; mais ils profitent de la révocation obtenue. La réussite de l'action paulienne entraîne la reconstitution du gage des créanciers; or, aux termes de l'article 2093, ce gage est commun; et la loi n'établit nulle part une préférence au profit d'un créancier à raison de l'antériorité de son titre ou de sa poursuite.

D'après d'autres auteurs 4, la solution serait tout autre. La

2. Toulouse 30 décembre 1884, Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Obligations, n° 360, Sir. 1886.H.93.

3. Bourges 18 juillet 1892, D. P. 1892.II.609, Sir. 1893.II.210.

^{1.} Laurent, Principes, XVI, p. 566, — Marcadé, IV, nº 501,— Pont, Privilèges et hypothèques, I, nº 18,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 82 bis XIII.

^{4.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 235, texte et note 41, — Demolombe, Contrats, II, nos 263 à 268, — Planiol, Revue critique, 1882, p. 494, —

révocation, disent-ils, résulte d'un jugement. Or l'effet des jugements est relatif (article 1351). Donc deux conséquences

s'imposent.

1° L'acte tombe dans l'intérêt du créancier poursuivant et dans son intérêt seulement. Il subsiste au regard du débiteur et au regard des autres créanciers. Les créanciers qui ont agi ne l'ont fait que pour leur compte; ils n'ont pas représenté les autres; pourquoi ceux-ci profiteraient-ils de l'action?

2° L'effet ne se produit que dans la limite de l'intérêt du

créancier poursuivant, et subsiste à tous autres égards.

Cette seconde manière de voir semble seule conforme aux données générales du droit. Elle résulte sans équivoque de l'article 1351; et, pour qu'il fût possible de ne pas appliquer ici cetarticle, il faudrait une exception qui n'est établie par aucun texte. D'ailleurs l'article 788 confirme la règle dans une de ses applications.

537. Si l'on combine les solutions admises sur les deux questions posées, on arrive aux conséquences suivantes.

1° L'acte attaqué est non avenu au regard du créancier poursuivant ou des créanciers poursuivants. Dès lors, ils recouvrent les droits qu'ils auraient eus si cet acte ne fût pas intervenu.

2º Il est non avenu dans la mesure de l'intérêt du créancier poursuivant ou des créanciers poursuivants et subsiste pour le surplus.

3º Il conserve tous ses effets à l'égard du débiteur comme à

l'égard des créanciers non poursuivants.

III. Nature de l'action révocatoire.

538. La question est de savoir si l'action paulienne est

réelle ou personnelle.

Les commentateurs modernes du droit romain ont longtemps discuté sur le point de savoir si l'action paulienne, à Rome, était personnelle ou réelle. Ils sont aujourd'hui d'accord pour admettre qu'il existait à Rome deux actions pauliennes: l'une réelle, l'autre personnelle.

Baudry-Lacantinerie et Barde, I, nº 715.

La jurisprudence est en ce sens: Cass. 28 août 1871, Sir. 1878.I.316, — Bordeaux 2 juillet 1890, D. P. 1892.II.440, Sir. 1891. II.29, — Rennes 18 janvier 1892, Recueil d'Angers, 1892, 66.

1. Voy. sur ce point: Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 409 et

Dans le droit actuel, on admet presque universellement que l'action paulienne est une simple action personnelle.

Et cela pour deux raisons.

a) Une action n'est réelle que si elle est exercée en vertu d'un droit réel, comme sanction d'un droit réel. Or l'action paulienne dérive, au profit des créanciers, du droit de gage général, qui n'est pas un droit réel. Donc elle est la sanction d'un droit de créance, et constitue, par conséquent, une action personnelle.

b) L'action paulienne exige toujours certaines conditions d'intention de la part du débiteur, quelquefois même de la part du tiers qui a acquis de lui. Elle n'est pas indépendante des rapports de personnes; donc elle est personnelle.

539. D'ailleurs, l'intérêt de la question n'est guère que

doctrinal.

Souvent on a cru découvrir un intérêt pratique au débat dans l'ordre d'idées suivant: si l'action paulienne est réelle, a-t-on dit, elle peut être exercée contre les tiers, au lieu que la solution contraire s'impose si l'action est personnelle. Mais ce point de vue est inexact. En effet, il résulte de l'article 1167 que l'action paulienne peut être intentée contre les tiers avec lesquels le débiteur a traité, parfois même sans qu'il y ait fraude de leur part 2. Dès que l'acte fait par le débiteur est attaquable par le créancier, celui-ci pourra, s'il fait tomber l'acte, rechercher le bien aux mains des tiers. Il en est de même dans le cas des actions en nullité pour erreur, dol ou violence, actions qui sont évidemment personnelles. Donc, bien que l'action paulienne soit personnelle, elle produit à quelques égards les effets de l'action réelle.

suiv., — Ortolan, Instituts, 12º édition, III, nº 2084, — Demangeat, Droit romain, II, 316, — Accarias, Précis de Droit romain, 4º édition, nºs 849 et 949.

1. La thèse de la réalité a été consacrée par un arrêt de la Cour d'Amiens du 16 mars 1839, D. P. 1840 II 40, Sir. 1840 II 10. — La Cour de Grenoble a reconnu à l'action paulienne un caractère mixte dans un arrêt du 2 mars 1875, D. P. 1877.II.208, Sir. 1875.II.146. — D'après la Cour de cassation, l'action paulienne est personnelle: Cass. 30 juillet 1884, D. P. 1885.I.62, Sir. 1885.I.77. — Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 708.

2. L'action paulienne peut même être intentée contre les sous-acquéreurs, mais sous réserve des mêmes distinctions que quand il s'agit de l'acquéreur lui-même. En d'autres termes, le créancier ne pourra obtenir gain de cause, s'il se trouve en présence d'un sous-acquéreur ayant acquis à titre onéreux, qu'à la condition d'établir que le sous-acquéreur a participé au consilium

fraudis du débiteur.

Les deux seuls intérêts engagés sont les suivants.

Le premier se rapporte à la compétence, à la question de savoir quel est le tribunal devant lequel l'action paulienne doit être portée. La Cour de cassation ¹ regarde l'action paulienne comme personnelle; la Cour de Grenoble ² la considère comme mixte.

Le second intérêt se rapporte à la question de savoir si le créancier peut agir contre les tiers sans mettre en cause le débiteur. En pratique, le créancier agit contre le débiteur, puisqu'il faut constater de sa part le consilium fraudis; puis il assigne le tiers en déclaration de jugement commun, autrement dit en intervention forcée, afin que, l'acte une fois révoqué, les conséquences de la décision se répercutent contre le tiers détenteur de la chose qui fait l'objet de l'action 3.

540. Les développements qui précèdent suffisent à faire connaître le système général de la loi française sur l'action révocatoire.

Il ne nous reste plus, pour en finir avec cette action, que trois observations complémentaires à présenter.

1. Cass. 27 décembre 1843, Dalloz, Répertoire, v° Actions, n° 85, Sir. 1844. I.122, — 30 juillet 1884, D. P. 1885.I.62, Sir. 1885.I.77. — En ce sens: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 218, texte et note 4, — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 707, — Garsonnet, Traité de procédure, 2° édition, I, n° 323, texte et note 6, — Demolombe, Contrats, II, n° 146 bis, — Laurent, Principes, XVI, n° 464.

2. Grenoble 2 mars 1875, D. P. 1877, II. 208, Sir. 1875. II. 146. — En ce sens: Proudhon, Usufruit, V, nº 2351, — Larombière, Des obligations, II,

article 1167, nº 45.

3. L'expédient ne présente d'intérêt que si l'aliénation est à titre gratuit, parce que le créancier, dans ce cas, n'a pas besoin de prouver la complicité du tiers avec lequel son débiteur a contracté. Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 313, p. 224, texte et note 18, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 82 bis XI, — Laurent, Principes, XVI, n° 446, — Cass. 41 novembre 1878, D.P. 1879.I.446, — Paris 24 décembre 1880, D. P. 1881.II.203, — Montpellier 9 août 1886, Pandectes françaises, 1886.II.341, — Douai 9 février 1887, ibid., 1887.II.78. — Au contraire, lorsque l'aliénation est à titre onéreux, le créancier est tenu d'établir, outre la fraude de son débiteur, la complicité du tiers qui a contracté avec lui; il est bien obligé, alors, de mettre en cause directement le tiers acquéreur, pour démontrer que celui-ci est conscius fraudis. Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 660, — Aubry et Rau, loc. cit., p. 226, texte et note 19 bis, — Paris 13 mars 1890, D. P. 1892. II.198, — Grenoble 19 juin 1891, ibid., — Paris 9 juillet 1895, Sir. 1898.II.17, — Cass. 7 juillet 1896, Sir. 1896.I.405.

Première observation.

541. Le second alinéa de l'article 1167 porte: les créanciers « doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au « titre Des successions et au titre Du contrat de mariage et « des droits respectifs des époux, se conformer aux règles qui « y sont prescrites ».

Il y a donc des cas particuliers dans lesquels le droit commun de l'action révocatoire ne s'applique pas, dans lesquels

le droit des créanciers est autrement réglé.

542. Le renvoi au titre Des successions vise l'article 882, duquel il résulte que, sauf dans un cas, les créanciers d'un héritier ne peuvent pas attaquer le partage fait par leur débiteur, même en fraude de leurs droits.

La garantie éventuelle de l'action révocatoire est remplacée, relativement au partage, par une mesure préventive, à laquelle les créanciers peuvent recourir afin de prévenir les fraudes dont ils pourraient être victimes de la part de leur débiteur: ils ont le droit de s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence et d'y intervenir à leurs frais. S'ils n'usent pas de ce moyen mis à leur disposition, le partage, même fait en fraude de leurs droits, est inattaquable; s'ils en usent, et que, par suite, ils aient pris part à la liquidation, les fraudes ne sont pas à redouter. Ainsi, de deux choses l'une: ou le bénéfice de l'article 1167 est refusé aux créanciers, ou ils n'en ont pas besoin.

Il n'y a qu'un cas où ils le conservent : celui où il aurait été procédé au partage sans eux malgré leur opposition. L'efficacité de la mesure préventive étant alors paralysée par le fait du débiteur, les créanciers peuvent invoquer l'article 1167 et attaquer le partage. C'est bien ce qui résulte de

l'article 882 in fine.

Nous aurons à rechercher, quand nous étudierons cet article, quelles sont les fraudes qui, dans un partage, peuvent être commises ou tentées au préjudice des créanciers de l'héritier. Nous verrons quels sont les inconvénients particuliers qu'entraînerait ici la révocation, et qui ont fait écarter l'application de l'article 1167.

543. Le second alinéa de l'article 1167 renvoie, en outre, au titre *Du contrat de mariage*. Et il est moins facile de dire à quel propos.

Peut-être l'article 1167 vise-t-il le partage de communauté

et entend-il indiquer que l'action paulienne ne s'y applique que dans la mesure où elle s'applique au partage de succession. Mais il était inutile de le dire, car l'article 1476 rend précisément l'article 882 applicable au partage de communauté; d'où il suit qu'il n'y aurait pas deux dérogations au droit commun, mais une seule.

Peut-être le texte vise-t-il l'article 1447 et le droit que cet article confère aux créanciers du mari d'attaquer un jugement de séparation de biens prononcé à la requête de la femme en fraude de leurs droits. L'article 873 du Code de procédure limite le temps pendant lequel les créanciers du mari peuvent agir.

Il est inutile de chercher davantage. Le renvoi n'a pas

d'obj et bien précis.

Deuxième observation.

544. Le droit des créanciers se présente sous une forme particulière, et prend même un nom différent, quand l'acte qu'ils attaquent, comme fait en fraude de leurs droits, est une décision judiciaire, un jugement. L'action révocatoire consiste alors dans une voie de recours: la tierce-opposition (articles 474 et suivants C. proc. civ.).

Ainsi en est-il dans l'hypothèse de l'article 1447, cité précédemment. Si les créanciers du mari attaquent la séparation de biens qu'ils prétendent avoir été prononcée en fraude de leurs droits, c'est par la tierce-opposition qu'ils procèdent; et de là viennent précisément les particularités que l'article 873 du Code de procédure introduit dans ce cas spécial.

Dans cette hypothèse et autres semblables, l'action révocatoire de l'article 1167 devient une voie de recours, ce qui entraîne l'application de règles différentes ¹.

Troisième observation.

545. Si le débiteur est commerçant et tombe en faillite, le droit des créanciers, quant aux actes qui leur font grief, est réglé d'une façon particulière.

D'abord, ils n'ont pas besoin d'attaquer les actes faits par leur débiteur après le jugement déclaratif de faillite. Ces actes sont nuls de droit, dans l'intérêt de la masse des créan-

^{1.} Voy. Tissier, De la tierce-opposition.— Cpr. Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, 1re édition, V, p. 746 et suiv,

ciers; car le jugement déclaratif entraîne dessaisissement du failli, d'où résulte la nullité des actes accomplis par lui depuis ce jugement (article 443 C. com.). La révocation éventuelle se produit ici sous la forme d'une nullité de droit ¹.

Quant aux actes antérieurs, les uns sont nuls de droit, les autres simplement annulables, suivant des distinctions qui sont faites par les articles 446 à 449 du Code de commerce. Par cela seul qu'ils ont été accomplis depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, ils sont réputés frauduleux, et sont nuls ou annulables dans l'intérêt de la masse. Dans les deux cas, l'action est intentée non par les créanciers, mais par le syndic pour le compte de la masse; de sorte que la question de savoir si la révocation prononcée aux termes de l'article 1167 produit ses effets au regard de tous les créanciers ou seulement au regard des créanciers poursuivants et dans la mesure de leur intérêt ² ne se présente pas en matière de faillite; la nullité de droit ou l'annulation prononcée produit un effet absolu, qui est acquis à la masse, dès lors à tous les créanciers.

§ 2. — Des obligations naturelles.

546. Qu'elles existent dans notre droit, et qu'elles aient des caractères particuliers, cela est certain. L'article 1235, nous l'avons vu³, les mentionne en ces termes : « La répétition « n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui « ont été volontairement acquittées. » Donc le débiteur qui acquitte une obligation naturelle fait un paiement valable et régulier; aussi ne peut-il pas ensuite répéter ce qu'il a remis, comme il le pourrait s'il avait payé sans être lié, sans être obligé.

Voilà, à peu près, le seul renseignement que les textes

fournissent sur les obligations naturelles.

Maintenant, quel est leur caractère distinctif comparativement aux obligations civiles? En quoi diffèrent-elles de celles-ci par les effets? Questions obscures, extrêmement délicates par les distinctions qu'elles exigent; elles ne peu-

^{1.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2° édition, II, p. 153 et suiv., — Thaller, Traité élémentaire, 2° édition., p. 863.

^{2.} Voy. sur cette question, suprà, p. 319.

^{3.} Suprà, p. 254.

vent être résolues, dans le silence de la loi, qu'au moyen de

quelques données fournies par la tradition.

547. Déjà, en constatant l'existence des obligations naturelles, nous les avons caractérisées d'une façon sommaire. Elles n'ont, avons-nous dit 1, qu'un effet obligatoire incomplet, en ce sens que si elles lient le débiteur, comme les obligations civiles, et sont susceptibles d'exécution volontaire, elles ne sont pas, comme elles, sanctionnées par une action, de sorte qu'elles n'autorisent pas le créancier, faute d'exécution volontaire, à procéder par voie d'exécution forcée.

Voilà l'idée première, l'idée essentielle. Ce qui caractérise pratiquement les obligations naturelles, ce n'est pas leur origine; elles naissent, nous allons le voir, des mêmes causes que les obligations civiles: des contrats, des quasicontrats, des délits, des quasi-délits et de la loi. Ce n'est pas non plus leur objet; elles ont le même objet que les obligations civiles: tantôt une chose, tantôt un fait, tantôt une abstention. C'est leur effet; elles sont susceptibles de paiement, mais non d'exécution forcée à la poursuite du créancier.

D'où cette conséquence : sauf quelques réserves que nous allons faire, ceux des effets de l'obligation civile qui se réfèrent à l'exécution forcée sont étrangers à l'obligation natu-

relle.

Toutefois, cette affirmation n'apprend rien en ce qui concerne la nature juridique de l'obligation naturelle, et elle suppose, par suite, une donnée théorique antérieure. Pour apporter quelque précision dans ce sujet, où règnent une foule d'incertitudes et d'équivoques, nous allons rechercher séparément: 1° dans quels cas une obligation n'est que naturelle, — 2° quels sont les effets des obligations naturelles, en d'autres termes dans quelle mesure ce que nous avons dit des effets des obligations civiles est applicable aux obligations naturelles.

I. Dans quels cas y a-t-il obligation naturelle?

548. L'idée qui se présente d'abord à l'esprit, et dont beaucoup se contentent faute de réflexion suffisante, est celle-ci. L'obligation naturelle serait celle qui dérive de l'équité, celle qui est imposée par la probité, l'honneur, la déli-

^{1.} Suprà, nº 435, p. 254 et 255.

catesse, en un mot par ce qu'on appelle souvent la loi naturelle.

Mais cette notion est insuffisante 1. Car elle conduit à confondre l'obligation naturelle, qui est une véritable obligation, dans l'acception légale du mot, avec le devoir moral,

qui est tout autre chose.

Les devoirs divers qui sont imposés par la probité, l'honneur, la délicatesse, et qui, dans leur ensemble, forment les devoirs moraux, sont naturels si l'on veut, en ce sens que la loi naturelle les impose; mais ce ne sont pas des obligations au sens juridique de l'expression; ce ne sont donc pas des obligations même naturelles. Le devoir moral — cela est de son essence — reste du domaine exclusif de la conscience, de la conscience libre; il ne comporte pas l'intervention de justice et la loi s'abstient en ce qui le concerne. L'obligation naturelle, au contraire, celle que mentionne l'article 1235, est une obligation au sens légal du mot; elle est juridiquement obligatoire; la preuve en est qu'elle comporte un paiement, et le paiement est la remise d'une chose regardée comme légalement due.

De là, entre la prestation effectuée en accomplissement d'un devoir moral et la prestation effectuée en exécution d'une obligation naturelle, une différence essentielle. Celui qui effectue une prestation sans y être tenu légalement, fût-ce en raison d'un devoir de conscience qui l'y incite, fait une donation; au contraire, celui qui effectue une prestation en exécution d'une obligation, civile ou naturelle, fait un paiement, attendu qu'il y a lien légal dans les deux cas. Si maintenant la prestation est effectuée par une personne qui d'une part n'est point tenue légalement de l'effectuer, et qui d'autre part n'a pas la volonté de gratifier sans laquelle une donation ne peut pas exister, la prestation est un acte sans cause, et alors il y a lieu à la répétition de l'indû (article 1377).

549. Donc l'obligation naturelle se sépare profondément du devoir moral par les résultats. Celui-ci peut être la cause suffisante d'une donation, celle-là est une cause légitime de paiement.

Dès lors, toutes les différences qui séparent la donation du paiement se présentent ici : différences de fond et de

forme.

^{1.} Voy. Bufnoir, Propriété et contrat, p. 449.

Est-ce une donation? Il faudra la capacité spéciale requise, les formes exigées; il y aura éventuellement lieu à rapport, à réduction.

Est-ce un paiement? Rien de pareil.

En d'autres termes, l'obligation naturelle suppose une cause juridique; elle implique qu'il y a un débiteur et un créancier; son exécution constitue un paiement. Dans les devoirs moraux, il n'y a plus ni cause juridique, ni créancier, ni débiteur; s'ils entraînent une prestation, ce ne peut être qu'une donation.

550. Voici quelques applications pratiques de ces distinctions. Ces applications sont caractéristiques, quoique parfois

un peu subtiles.

1º Les époux se doivent réciproquement des aliments (article 212). Cette obligation qui existe entre eux est une obligation civile, dont ils peuvent, dès lors, poursuivre l'exécution par toutes les voies de droit. Un des époux constitue au profit de l'autre une rente viagère à titre d'aliments. Les formes de la donation sont-elles nécessaires ? Nullement. Le constituant acquitte une obligation civile ; il fait un paiement (article 1235 alinéa 1).

2° Un frère, que la fortune a favorisé et qui est dans l'opulence, constitue une rente viagère à son frère, que la fortune a trahi et qui est dans la misère. Civilement, il n'est pas tenu de constituer cette rente, car la dette alimentaire n'existe point entre collatéraux; il n'y est pas davantage tenu naturellement; cependant, c'est pour lui un devoir moral d'agir comme il le fait. Les formes de la donation sont-elles nécessaires? Incontestablement; sans elles, l'acte serait dépourvu de valeur, car il n'a pas le caractère d'un paiement.

3º Un époux assure des aliments à son conjoint pour le temps qui suivra son décès. Peut-il le faire par simple acte, ou faut-il les formes du testament? Strictement, aucune hésitation n'est possible. Si l'époux doit des aliments à son conjoint de son vivant, il n'en est plus de même après sa mort, car la dette alimentaire est un effet du mariage. Si donc il en assure pour une époque postérieure à la dissolution du mariage, ce n'est plus un paiement, mais une libéralité; or les libéralités pour le temps où on n'existera plus ne peuvent se faire que dans la forme des testaments. Cepen-

dant il y a quelques décisions contraires, mais il faut les

prendre comme des solutions d'espèce 1.

551. Concluons. De tout ce qui précède il résulte que l'obligation naturelle ressemble au devoir moral en ce sens que ni l'une ni l'autre ne confèrent une action. Mais, à tous autres égards, l'obligation naturelle se rapproche de l'obligation civile; l'une et l'autre supposent l'existence d'un lien légal, impliquant un débiteur et un créancier, et l'exécution de toutes deux constitue un paiement (article 1235). Dans le devoir moral, au contraire, il n'y a ni lien légal, ni créancier, ni débiteur; si le devoir moral amène une prestation, ce ne peut être qu'à titre de donation, de sorte que, si l'animus donandi fait défaut, il y a lieu à répétition.

Dès lors, la question à résoudre est celle-ci. Dans quels cas un lien, obligatoire en ce sens qu'il comporte un paiement, mais incomplètement obligatoire en ce sens qu'il ne confère aucune action, se forme-t-il, de manière à constituer une obligation naturelle, distincte et du devoir moral et de

l'obligation civile?

552. A résoudre ce problème la difficulté est grande. Les idées qui ont cours sont très divergentes. L'expression d'« obligation naturelle » est de celles dont on se sert le plus volontiers sans savoir au juste ce qu'elles signifient.

553. La tradition romaine ne fournit rien sur ce sujet, si ce n'est une notion très générale. A Rome, les obligations naturelles furent un moyen d'élargir le cadre étroit du droit civil, de corriger, au nom de l'équité, les excès de la légalité formaliste ². Elles apparaissaient notamment dans deux cas.

1° Le droit civil n'admettait pas qu'on pût contracter utilement en dehors des formes prévues; la forme était la causa civilis obligandi. Dès lors, les pactes, par opposition aux contrats, étaient dépourvus de caractère obligatoire 3. Toutefois, on admit qu'ils donnaient naissance à des obligations naturelles, susceptibles d'être exécutées à titre de paiement, mais n'engendrant aucune action. C'est bien l'idée actuelle de l'obligation naturelle, mais seulement en ce qui concerne l'ap-

^{1.} Cass. 20 novembre 1876, D. P. 1878.I.376, Sir. 1877.I.69, — Toulouse 5 avril 1892, D. P. 1892.II.568,— Montpellier 30 janvier 1893, D. P. 1894.II.15, — Riom 15 février 1894, D. P. 1896.I.284.

^{2.} Voy. Savigny, Droit des obligations, I, §§ 5 à 14, — Machelard, Des obligations naturelles, — Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 620 et suiv. 3. Suprà, nos 212 et suiv., p. 412 et suiv.

plication. Quant à la distinction des contrats et des pactes, notre droit ne la connaît plus ; d'après l'article 1134, les conventions sont toutes obligatoires et engendrent toutes,

en principe, des obligations civiles1.

2° Le droit civil n'admettait pas que les esclaves in dominica potestate, que les fils de famille in patria potestate et les pupilles in tutela pussent s'obliger valablement. On décida que leurs engagements valaient comme obligations naturelles; et alors la prestation accomplie constituait un véritable paiement.

554. Telle est bien l'idée que la tradition a empruntée au droit romain: l'obligation naturelle est celle qui, sans être une obligation civile proprement dite, est susceptible de paiement. Les applications que le droit romain faisait de cette idée ont disparu de notre droit; mais l'idée a été conservée

et adaptée aux règles plus larges du droit français.

On la retrouve dans les anciens auteurs. Pothier — qui est, comme on sait, un des auteurs par anticipation du Code civil — l'a résumée dans la définition suivante: « On appelle « l'obligation naturelle celle qui, dans le for de l'honneur et « de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accom- « plissement de ce qui y est contenu ². »

C'est encore à cette formule qu'il faut s'en tenir, mais à la

condition d'en bien peser tous les termes.

555. Il résulte de cette formule que trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait obligation naturelle.

1º Il faut qu'il y ait une obligation légalement formée.

2° Il faut que cette obligation ne lie pas le débiteur civilement, de telle sorte qu'il reste libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter.

3° Il faut que le débiteur soit cependant, en conscience, tenu d'acquitter l'obligation, quoique la loi ne lui impose

pas de le faire.

Ces trois conditions ressortent de la définition donnée par Pothier. Reprenons-les.

Première condition.

556. Il faut qu'il y ait une obligation légalement formée. En d'autres termes, il n'y a pas d'obligation naturelle en de-

1. Suprà, nº 16, p. 8.

^{2.} Pothier, Traité des obligations, nº 173.

hors des causes d'où naissent les obligations civiles. Les unes et les autres supposent une cause juridique, sans quoi il n'y aurait pas d'obligation légalement formée; et cette cause ne peut être qu'une des sources reconnues des obligations: contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, loi.

De sorte que les obligations naturelles et les obligations civiles, envisagées au point de vue de leur origine, ne se séparent pas. Par contre, l'obligation naturelle se distingue absolument du devoir moral, qui existe indépendamment de toute cause juridique et découle de la morale. L'obligation naturelle a une existence légale; c'est pour cela qu'il en résulte un lien juridique, qu'elle met vraiment en présence un créancier et un débiteur.

557. Donnons quelques exemples.

1° Les pères et mères ont assurément le devoir d'établir leurs enfants par mariage ou autrement. Est-ce pour eux une obligation civile? Non, car l'article 204 refuse à l'enfant toute action de ce chef contre ses auteurs. Est-ce une obligation naturelle? Pas davantage, car ce devoir ne découle d'aucune des sources légales d'obligations. Il n'y a là qu'un simple devoir moral. Aussi, ce que les parents remettent à leurs enfants pour satisfaire à ce devoir est une donation ', une constitution de dot (article 1438) 2.

2º Le devoir des frères et sœurs de se fournir des aliments n'est pas une obligation civile, car l'article 205 ne leur impose pas de s'en fournir. Ce n'est pas même une obligation naturelle, car on ne peut lui assigner aucune cause reconnue. C'est un simple devoir moral; celui qui l'accomplit fait une donation 3. Nous avons fait observer déjà 4 que la constitution

2. La question de savoir si la constitution de dot est un acte à titre grafuit ou à titre onéreux a été discutée à un tout autre point de vue, que nous avons précédemment indiqué : suprà, nº 533.

4. Suprà, nº 550, p. 328.

^{1.} En ce sens: Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V. nº 174 bis, - Cuq, Des obligations naturelles, p. 161 et suiv. - Certains auteurs argumentent en sens contraire de l'article 1439 C. civ., aux termes duquel la dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de celle-ci, de sorte que la femme, dans le cas où elle accepte la communauté, doit supporter la moitié de cette dot; s'il en est ainsi, dit-on, c'est qu'il y a pour la femme obligation naturelle à doter son enfant. Voy. Laurent, Principes, XVII, nº 18, - Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 297, p. 7, texte et note 8.

^{3.} En ce sens : Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 174 bis X, — Cuq, loc. cit., p. 163, — Laurent, Principes, XVII, nº 16; — trib. de la Seine 13 juillet 1882, Gazette du Palais, 1883. II.102.

d'une rente viagère à titre d'aliments, au profit d'une personne qui n'y a pas droit légalement, est nulle si elle n'est pas revêtue des formes exigées par la loi pour les donations.

3° A plus forte raison le devoir général de secourir ses semblables dans le besoin n'est-il ni une obligation civile, ni une obligation naturelle. Il n'y a pas de lien juridique. C'est une donation proprement dite, un don manuel.

Dans ces cas et autres semblables, il n'y a pas obligation naturelle parce qu'il n'y a pas obligation provenant d'une

cause juridique.

Au contraire, les délits et quasi-délits, d'une manière générale les faits dommageables indûment commis, sont des sources légales d'obligations, car nul ne doit s'enrichir indûment aux dépens d'autrui, et chacun doit réparer le dommage qu'il a indûment causé. Par conséquent, la restitution d'un gain que le débiteur regarde comme acquis d'une manière illégitime, la réparation d'un préjudice qu'il considère comme causé par son fait sont l'exécution d'obligations naturelles. Et alors, les engagements pris pour obéir, dans ces cas, à un sentiment d'équité, de délicatesse, rentrent, pour la forme comme pour le fond, dans la catégorie des actes à titre onéreux et non dans celle des libéralités; car il existe une obligation fondée sur une cause juridique.

Deuxième condition.

558. Pour qu'il y ait une obligation naturelle, il faut que cette obligation, bien que née d'une cause légitime, ne lie pas civilement le débiteur, de telle sorte qu'il ne puisse pas être contraint à l'exécution et ait seulement la faculté de s'exécuter.

C'est là qu'apparaît la véritable difficulté. S'il y a cause légitime d'obligation, pourquoi l'obligation n'est-elle pas civile, c'est-à-dire complètement obligatoire? Puisqu'il y a lien, pourquoi ce lien est-il imparfait, de telle sorte que le débiteur puisse s'exécuter, mais sans pouvoir être contraint à le faire?

Le caractère incomplet, imparfait, du lien obligatoire, caractère d'où il résulte que l'obligation n'est pas civile mais seulement naturelle, peut provenir de motifs divers. Il résulte le plus souvent de présomptions sur le fondement desquelles la loi refuse l'action au créancier, tout en lais-

sant au débiteur la faculté de reconnaître que ces présomptions ne sont pas fondées en ce qui le concerne et dans le cas dont il s'agit, par conséquent la liberté de s'exécuter. D'une manière générale, on peut donc dire que l'obligation naturelle est une obligation civile que la loi ne sanctionne pas au moyen d'une action, à raison de certaines présomptions qu'elle autorise le débiteur à ne pas invoquer, le laissant libre d'apprécier si, dans l'espèce, elles sont ou non légitimes.

559. Voici les cas les plus saillants où il en est ainsi. Ils

sont au nombre de quatre 1.

Premier cas. — Ont le caractère d'obligations naturelles les obligations contractées par une personne capable naturellement, mais atteinte d'une incapacité purement civile 2, et qui ont été annulées pour cause d'incapacité (articles 1124 et 1125). Un mineur contracte un engagement, une femme mariée s'oblige sans autorisation, un interdit s'engage dans une intervalle lucide; puis l'incapable, sur la poursuite du créancier, oppose son incapacité et fait prononcer la nullité de l'obligation. Si cet incapable, relevé plus tard de son incapacité, s'exécute, fait-il une donation ou un paiement? Il fait un paiement; et l'article 1235 reçoit son application.

Les obligations dont il s'agit ont une cause juridique. Si la loi permet au juge d'en prononcer l'annulation, c'est à raison d'une présomption d'incapacité; mais, « dans le for de « l'honneur et de la conscience », comme disait Pothier, l'obligé peut se considérer comme tenu de s'exécuter si, en fait, nul n'a abusé de lui, s'il était pourvu, quand il s'est engagé, d'une capacité sinon légale, du moins morale. Donc il n'y a pas d'obligation civile; mais il y a plus qu'un devoir moral: il y a obligation naturelle, et place, en conséquence, pour un

paiement, par application de l'article 12353.

Deuxième cas. — Subsistent comme obligations naturelles les obligations éteintes sans qu'il y ait eu paiement.

2. Sur la distinction entre la capacité naturelle et la capacité civile, voy.

suprà, p. 82 et suiv.

^{1.} Voy. dans Aubry et Rau une énumération des principales obligations naturelles: 5° édition, IV, § 297, p. 6 et suiv.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 5, texte et note 5, — Cuq, Des obligations naturelles, p. 130, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 174 bis IV. — Cpr. Riom 10 janvier 1857, D.P. 1858.II. 6, Sir. 1857.II.494, — Paris 12 mai 1859, Sir. 1859.II.561.

Les obligations s'éteignent sans paiement dans deux hypothèses.

La première est celle de la prescription. La prescription est une protection sociale nécessaire; elle remédie à l'incertitude des droits, qui serait un fléau. Aussi est-elle d'ordre public; l'article 2220 défend d'y renoncer. Mais l'article 2223 interdit aux juges de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. Cela dit, supposons qu'un débiteur soit en situation d'invoquer la prescription; il peut s'exécuter, mais ne saurait y être contraint. L'exécution est-elle une donation? Non; elle est un paiement. La prescription accomplie laisse subsister l'obligation à titre d'obligation naturelle; l'action est éteinte, mais l'exécution reste possible 1.

Il en va de même dans l'hypothèse d'une faillite suivie de concordat (article 604 C. com.). Le failli qui paie la portion de dettes dont ses créanciers lui ont fait remise par le concordat ne fait pas une donation, mais un paiement².

Troisième cas. — Sont encore naturelles les obligations auxquelles le débiteur pourrait se soustraire en opposant une décision judiciaire rendue à son profit et passée en force de chose jugée. Sur le fondement de l'autorité qui s'attache à la chose jugée, la loi dénie l'action en justice; mais le débiteur est libre de ne pas s'en prévaloir, ce qui revient à dire que la chose jugée laisse subsister l'obligation naturelle.

Une condamnation est intervenue. Elle est erronée ou injuste. Le condamné s'exécute; la chose jugée laisse subsister une obligation naturelle. Par exemple, en cas de délit, celui qui a obtenu la condamnation peut, dans le for de l'honneur et de la conscience, croire qu'il ne doit pas en profiter. De même, en matière de quasi-délit, une décision déclare qu'il n'y a pas véritablement faute, et néanmoins l'auteur du fait dommageable entend le réparer. La réparation peut-elle être faite à titre de paiement? Oui, car la chose jugée laisse subsister l'obligation naturelle 3.

^{1.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 8, texte et notes 11 et 12, — Cuq, Des obligations naturelles, p. 141 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 174 bis IV.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 9, — Cuq, op. cit., p. 153, — Demante et Colmet de Santerre, loc. cit., n° 174 bis VII; — Cass. 1° décembre 1863, D.P. 1864.I.132, Sir. 1864.I.158, — Poitiers 2 juillet 1872, D. P. 1872.II. 166, Sir. 1873.II.112.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 9.

Quatrième cas. — Sont encore naturelles les obligations nulles pour défaut de forme dans les contrats où la forme est exigée ad solemnitatem. Pourquoi la loi exige-t-elle les formes? Par crainte des abus d'influence et pour y remédier. L'application la plus nette est fournie par l'article 1340. C'est un devoir pour l'héritier de respecter les dernières volontés de son auteur.

Dans tous ces cas, il y a obligation née d'une cause légale. A raison de divers motifs, la loi dénie l'action. Mais elle admet le paiement volontaire, et, par suite, en cas de paiement, interdit toute répétition. C'est bien le cas des obligations naturelles, et l'article 1235 s'applique directement.

Troisième condition.

560. Pour qu'il y ait obligation naturelle — suivant toujours la définition de Pothier — il faut que le débiteur soit ou du moins se considère comme tenu en conscience de s'acquitter. A lui d'en décider. Ce qui caractérise l'obligation naturelle, quant au résultat, c'est la possibilité d'exécution volontaire en l'absence d'action au profit du créancier.

Dans tous les cas cités, le débiteur, quoique autorisé légalement à ne pas s'exécuter, peut se considérer comme lié en conscience, si la présomption sur le fondement de laquelle la loi refuse l'action n'est pas fondée. Il était incapable, mais nul ne l'a abusé; il se trouve garanti par une présomption, mais celle-ci n'est pas légitime en l'espèce; il y a chose jugée, mais la sentence est injuste ou erronée; il existe une nullité, mais elle n'est pas fondée; etc. Les hypothèses pourraient être multipliées. Celles-ci suffisent — et ce sont d'ailleurs les plus pratiques — pour dégager le caractère juridique des obligations naturelles.

561. En résumé, constituent des obligations naturelles les obligations, nées de causes admises comme sources d'obligations, que la loi refuse de sanctionner par une action, à raison de motifs divers, de présomptions qu'il est loisible au débiteur de ne pas invoquer parce qu'il estime que, dans l'espèce, elles ne sont pas fondées. On est obligé natu-

1. Suprà, p.138 et suiv.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 7, texte et note 6, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 174 bis IV, — Guq, op. cit., p. 156 et suiv.

rellement non pas toutes les fois que l'honneur et la probité imposent un devoir, mais seulement dans les cas où on serait obligé civilement, n'était l'effet d'une présomption sur le fondement de laquelle la loi refuse l'action, mais dont on peut être tenu moralement de ne pas invoquer l'effet.

Voilà l'idée générale et essentielle. Elle ressort de la définition de Pothier. Et alors la distinction de l'obligation natu-

relle et du devoir moral est extrêmement nette.

562. Ces principes admis, il faut décider qu'il n'y a pas obligation naturelle dans certaines hypothèses où l'on est quelquefois tenté d'admettre qu'une obligation naturelle existe.

Soit, par exemple, une cession d'office ministériel. L'acheteur s'engage secrètement à payer une certaine somme en sus du prix approuvé par la Chancellerie, et il effectue le paiement de cette somme. Il ne pourrait être contraint de la payer. L'ayant payée, peut-il agir en répétition? Si l'engagement de payer cette somme était une obligation naturelle, l'article 1235 alinéa 2 mettrait obstacle à la répétition. Mais cet engagement n'a pas ce caractère. Pour qu'il y ait obligation naturelle, il faut qu'il y ait obligation; or nous sommes ici en présence d'une convention nulle pour un motif d'ordre public, ne pouvant engendrer aucune obligation, pas plus naturelle que civile; donc il n'y a pas dette, et ce qui a été payé est sujet à répétition 1.

La solution est la même dans l'hypothèse d'un emprunteur qui s'engage à payer des intérêts usuraires, et qui les acquitte. Il peut les répéter; car l'engagement de les payer est nul pour une raison d'ordre public et ne saurait donner naissance à aucune obligation pas plus naturelle que civile. La loi, d'ailleurs, est formelle à cet égard; l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807 et l'article 1 de la loi du 19 décem-

bre 1850 autorisent la répétition.

Il est vrai que la loi consacre une solution toute différente dans une hypothèse identique : celle des dettes de jeu. Il y a des cas exceptionnels dans lesquels la loi accorde une action comme sanction des dettes de jeu (article 1966). En dehors de ces cas, la dette de jeu constitue-t-elle une obligation naturelle?

^{1.} Aubry et Rau, 5e édition, IV, p. 13, texte et note 26.

L'article 1967 paraît l'indiquer: « Dans aucun cas le per-« dant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins « qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou « escroquerie. » Cette règle rappelle celle de l'article 1235 alinéa 2; dans les deux cas, pas d'action et pas non plus de répétition.

Mais ce n'est pas à dire que la dette de jeu constitue une obligation naturelle. Elle ne saurait avoir ce caractère; en effet, les dettes de jeu sont nulles pour des raisons d'ordre public, et ne sauraient avoir effet, même d'une façon limitée en tant que dettes naturelles. Dès lors, les sommes payées à ce titre seraient sujettes à répétition, conformément au droit commun et sans que l'article 1235 alinéa 2 puisse en aucune manière être invoqué, si la répétition n'était exclue par la

disposition spéciale de l'article 1967.

Les rédacteurs de l'article 1967 ont exclu l'action en répétition pour des motifs spéciaux, n'ayant rien à voir avec la théorie des obligations naturelles et avec l'article 1235 alinéa 2. S'ils avaient regardé la convention qui intervient entre deux joueurs comme nulle au même titre que la convention d'intérêts usuraires ou que la convention portant stipulation d'un supplément de prix dans une cession d'office, ils auraient admis la répétition des sommes payées par le perdant, conformément au droit commun. Mais il leur a paru, semble-t-il¹,qu'il convenait de réprouver le jeu d'une manière plus rigoureuse; ils l'ont considéré comme un fait honteux, ne pouvant, ne devant être invoqué en justice comme cause d'un droit quelconque: ni comme cause de paiement, ni comme cause de répétition; d'où la règle posée par l'article 1967.

Règle étrange, à la vérité. Elle a été écrite pour accentuer, en quelque sorte, la réprobation du législateur à l'égard du jeu. Or elle aboutit à donner aux dettes de jeu beaucoup plus d'efficacité qu'aux dettes issues soit d'une convention d'intérêts usuraires, soit d'une convention relative à un supplément de prix dans une cession d'office; sous prétexte de rendre plus complète la nullité de la dette du jeu, l'article 1967 lui donne la même efficacité qu'aux dettes naturelles, au moins en ce qui concerne la répétition.

^{1.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, p. 640, nº 2110.

563. Quoi qu'il en soit, il n'y a obligation naturelle dans aucune des hypothèses précédentes, et nous allons voir qu'il y a intérêt à le constater en recherchant quels sont les effets de l'obligation naturelle. Ces effets ne se produisent pas dans les hypothèses dont nous venons de parler; au moins ils ne se produisent pas tous.

II. Quels sont les effets des obligations naturelles?

564. La question revient à savoir dans quelle mesure les règles relatives aux effets des obligations civiles sont appli-

cables aux obligations naturelles.

Les effets des obligations naturelles sont tous en germe dans la formule donnée: l'obligation naturelle est susceptible d'exécution volontaire, mais elle n'est pas susceptible d'exécution forcée. Dès lors, avons-nous dit, ceux des effets de l'obligation civile qui se rapportent exclusivement à l'exécution forcée sont étrangers à l'obligation naturelle, tandis qu'elle produit les effets de l'obligation civile qui se rapportent à l'exécution volontaire.

En conséquence, l'obligation naturelle produit les quatre

effets suivants, à l'exclusion de tous autres.

Premier effet. — L'obligation naturelle peut être acquittée par le débiteur. Et l'exécution volontaire constitue un paiement; toutes les règles du paiement recoivent leur application. Cela résulte de l'article 1235 alinéa 1 : « Tout paiement « suppose une dette, » Or l'exécution volontaire d'une obligation naturelle est valable; donc l'obligation naturelle est bien une dette donnant lieu à paiement.

Deuxième effet. — L'obligation naturelle fournit au créancier un moyen de défense contre l'action en répétition au cas de paiement volontaire effectué. C'est l'effet que relève spécialement l'article 1235 alinéa 2 et qui est caractéristique ¹.

Troisième effet. — L'obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile, c'est-à-dire être convertie en

^{1.} Toutefois, il ne suffit pas que le débiteur ait payé librement, sans y être contraint. Il faut qu'il ait payé volontairement, et sachant qu'il ne pouvait pas être contraint. En faveur de cette opinion, qui est en opposition avec la doctrine romaine (fragm. 32, § 2, Dig., De condictione indebiti, XII, 6), voy. Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 442, p. 730 et 731, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 174 bis, — Cuq, op. cit., p. 178, — Laurent, Principes, XVII, n° 26.

obligation civile. Le créancier n'a légalement ni droit principal ni droits auxiliaires; mais, du moment que l'obligation naturelle peut être acquittée, elle peut, à plus forte raison, être reconnue, et l'exécution peut en être assurée par des garanties librement consenties. Le débiteur, de même qu'il a la faculté de payer, a la faculté de reconnaître la dette, de se lier civilement; par suite, l'obligation peut être l'objet d'une convention qui la transforme en obligation civile, et peut être garantie par des droits auxiliaires accidentels.

Ainsi, le débiteur a le droit, sans payer sa dette, de s'obliger à la payer, par exemple de souscrire un billet, l'obligation naturelle servant de cause à l'obligation civile contractée. L'engagement pris de la sorte n'est soumis, ni pour la forme ni pour le fond, aux règles qui régissent les disposi-

tions à titre gratuit.

Ainsi encore, le débiteur peut substituer à l'obligation naturelle une obligation civile par voie de novation (article 1271)². Mais, si l'obligation naturelle est susceptible d'être novée, elle ne peut pas être opposée en compensation ³; en effet, la compensation équivaudrait à un paiement forcé, et les obligations naturelles n'admettent que le paiement volontaire.

Ainsi enfin, le débiteur peut constituer une hypothèque ou donner un gage pour assurer le paiement de l'obligation naturelle.

Quatrième effet. — Du moment qu'il y a dans l'obligation naturelle les éléments d'une obligation civile — et, d'après ce que nous venons de dire, il n'y a pas d'obligation natu-

219 bis V; - cpr. Paris 24 avril 1858, Sir. 1858.II.23.

3. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 326, p. 377, — Demante et Colmet de Santerre, V, n° 174 bis III, et 242 bis X, — Laurent, Principes, XVII, n° 27, — et XVIII, n° 408, — Cuq, op. cit., p. 190, — Desjardins, De la compensation,

nº 120.

^{1.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 297, p. 11, — Cuq, op. cit., p. 190, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n°s 174 bis III, et

^{2.} La volonté de nover n'a pas besoin d'être manifestée d'une manière expresse et peut s'induire de circonstances. De là une question: celle de savoir si l'exécution partielle d'une obligation naturelle vaut novation du surplus en une obligation civile, de telle sorte que le créancier soit autorisé à exiger le surplus. La question doit être résolue dans le sens de la négative, à moins que le paiement partiel ne soit accompagné d'une reconnaissance de la dette entière. Voy. Pandectes françaises alphabétiques, v° Obligations, n° 120.

relle sans cela - rien ne s'oppose à ce qu'un tiers s'oblige

à l'acquitter au nom du débiteur, ou la garantisse.

Par conséquent, une dette naturelle peut être cautionnée¹. La caution qui paie est subrogée au créancier (article 2099); par conséquent, elle n'a contre le débiteur qu'une créance subordonnée à ce que ce dernier consente à payer; elle n'a pas d'action.

L'obligation naturelle peut aussi être garantie au moyen

d'une sûreté réelle constituée par un tiers.

565. Toutes les conséquences qui viennent d'être signalées résultent de la même idée, à laquelle il faut toujours revenir. L'obligation naturelle est dépourvue de la sanction du droit positif, autrement dit de l'action; mais elle existe légalement, et, sauf qu'elle ne comporte pas de coercition judiciaire, elle lie le débiteur.

566. Alors apparaît l'utilité qu'il y a à dire, comme nous l'avons observé déjà , qu'il n'y a pas obligation naturelle dans les cas où le refus d'action tient non pas à une présomption établie dans l'intérêt de l'obligé et à laquelle dès lors il peut renoncer, mais à une prohibition d'ordre public.

1º La prétendue dette, nulle pour des raisons d'ordre public, ne peut pas servir de cause à une obligation civile. L'engagement souscrit de l'acquitter serait nul, par application

des articles 1131 et 1133.

2° Elle ne peut être cautionnée, ni être l'objet d'une constitution d'hypothèque.

3° Elle ne peut être novée en obligation valable.

4º Le paiement volontaire d'une pareille dette peut être

répété.

Comme exemples d'engagements nuls pour des raisons d'ordre public, nous avons cité déjà ³: 1° l'engagement de payer un supplément de prix dans une cession d'office, — 2° l'engagement de payer des intérêts usuraires, — 3° les engagements résultant des jeux et paris.

^{1.} Voy. Les sûrelés personnelles et réelles, tome I, p. 78, nº 95.— Cpr. Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 174 bis III, — Cuq, op. cit., p. 192; — Bordeaux 2 février 1885, Journal de l'arrondissement de Bordeaux, 1885, p. 148. — Contrà: Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 297, p. 12, texte et note 24 — 4º édition, IV, § 425, p. 676, texte et note 5, — Laurent, Principes, XVII, nº 28.

^{2.} Suprà, p. 336.

^{3.} Suprà, nº 562, p. 336-337.

Dans cette dernière hypothèse, l'article 1967, pour des raisons particulières sur lesquelles nous nous sommes précédemment expliqué ¹, interdit la répétition des sommes payées par le perdant au gagnant. Certains auteurs ² se sont crus autorisés par là mème à considérer la dette de jeu comme une dette surnaturelle; et nous avons indiqué ³ pourquoi cette manière de voir est inadmissible. Il est à remarquer, du reste, que ces auteurs limitent l'effet de cette prétendue obligation naturelle à celui qui est relevé par l'article 1235 alinéa 2; ils admettent que la prétendue obligation naturelle résultant de jeux ou paris ne saurait être transformée en une obligation civile ⁴.

§ 3. — Des modalités qui peuvent affecter les obligations.

567. Le chapitre IV du titre *Des obligations* (articles 1168 à 1233) énumère les modalités les plus ordinaires des obliga-

tions, et précise les effets de chacune.

Nous avons indiqué déjà 5, d'une manière incidente, le sens juridique de l'expression « modalité ». On appelle ainsi certaines manières d'être particulières, accidentelles ou non, des obligations, manières d'être qui en modifient le caractère et les effets habituels. L'obligation a une manière d'être normale et de droit commun; elle est alors dite pure et simple. Elle peut avoir une manière d'être exceptionnelle, tantôt par la volonté des parties, tantôt en vertu de la loi; elle est alors affectée d'une modalité et cesse, par conséquent, d'être pure et simple.

568. Avant de nous occuper des diverses modalités auxquelles est consacré le chapitre IV, il n'est pas inutile de signaler ou de rappeler sommairement certaines qualifications qui peuvent être accolées au mot obligation, et qui servent aussi à désigner des manières d'être particulières de l'obligation. Ces manières d'être particulières ne sont pas vraiment des modalités, car elles ne modifient pas l'effet ju-

^{1.} Suprà, nº 562, p. 337.

^{2.} Laurent, Principes, XVI, 447, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 174 bis VIII, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, p. 7.

^{3.} Suprà, nº 562, p. 337.

^{4.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 7, texte et note 7, — Demolombe, Contrals, IV, n° 44 et 49, — Laurent, Principes, XVII, n° 19.

^{5.} Suprà, nº 436, p. 255...

ridique de l'obligation; mais elles modifient, dans une certaine mesure, la situation du créancier et se rapprochent, par conséquent, des modalités proprement dites.

En premier lieu, l'obligation peut être soit chirographaire,

soit privilégiée ou hypothécaire.

Elle est chirographaire, quand le créancier n'a pas d'autre droit que celui qui dérive de la créance même, pas d'autre garantie de paiement que celle qui résulte du gage général conféré par la loi à tous les créanciers indistinctement, de telle sorte qu'il y a concours entre eux au marc le franc en cas d'insuffisance des biens du débiteur pour les

payer tous intégralement.

Elle est hypothécaire ou privilégiée, quand un ou plusieurs des biens dont l'ensemble forme le gage général sont affectés spécialement au paiement, de telle sorte que le créancier vient par préférence sur le prix des biens affectés, et possède, en outre, un droit de suite sur ces biens, c'est-à-dire la faculté de les suivre aux mains de tous les acquéreurs, de tous les ayants cause du débiteur, faculté qui n'appartient pas au créancier chirographaire (article 2093). Le privilège et l'hypothèque ne modifient pas l'effet juridique de l'obligation; ce sont des droits accessoires qui n'affectent pas l'obligation en elle-même, mais qui dotent le créancier de certaines prérogatives complémentaires, et qui, par conséquent, se rapprochent des modalités sans en être.

Les expressions « créancier privilégié » et « créancier hy-« pothécaire » sont fort claires. Celle de « créancier chirogra-« phaire » l'est moins. Cette expression vient de ce que, dans l'ancien droit, la forme authentique, notariée, emportait de plein droit hypothèque ; le créancier ne possédant ni privilège ni hypothèque était celui qui n'avait qu'un acte sous seing privé, un acte chirographaire, et le mot est resté

usité.

En second lieu, l'obligation peut être liquide ou non liquide. Ces expressions consacrées se trouvent quelquefois dans la loi, par exemple dans l'article 1291. Ce sont des locutions de pratique.

Une obligation est liquide, quand son objet est déterminé de telle sorte que l'on peut dire quid, quale, quantum sit, en d'autres termes quand l'objet, certain dans sa nature, est déterminé dans son quantum. Une obligation est non liquide

lorsque, bien qu'existant, elle a un objet qui n'est pas actuellement déterminé dans sa qualité; il y a dette, mais la quotité de la dette n'est pas encore établie. De là l'expression consacrée: liquider une dette; cela signifie: établir exacte-

ment le quantum de cette dette.

Ainsi, un fait dommageable a été commis, et cela est reconnu. Il y a droit acquis à une réparation (article 1382); donc il y a obligation. Mais la dette ne sera liquidée qu'au moment où le quantum des dommages-intérêts aura été réglé, soit à l'amiable, soit, à défaut d'entente, par le juge après condamnation à des dommages-intérêts à régler par état; jusque-là il y a dette, mais non encore dette liquide.

Il en est de même dans le cas prévu par l'article 1246. Ce texte suppose une obligation d'objet certain. La dette ne sera

liquide que quand l'objet aura été individualisé.

En troisième lieu, les obligations peuvent être principales ou accessoires. Nous avons déjà signalé le sens de ces expressions à propos des contrats '. De deux obligations, celle-là est principale qui a une existence propre et peut exister sans l'autre, celle-là est accessoire qui n'existe que comme suite et comme garantie d'une autre. Ainsi, l'obligation de la caution, qui s'est engagée à payer la dette d'autrui si le débiteur n'y satisfait pas, est accessoire par rapport à celle du débiteur principal (article 2012) ².

569. Laissons de côté ces diverses manières d'être des obligations, et revenons à l'étude des modalités proprement dites, auxquelles est consacré le chapitre IV du titre *Des obligations*.

Elles modifient la nature même de l'obligation; elles lui assignent soit un caractère, soit des effets particuliers. Elles affectent la convention et indirectement les droits qui en résultent.

570. Voici dans quelle mesure et de quelle manière.

1° De droit commun, le créancier peut réclamer l'exécution d'une obligation dès qu'elle existe. Elle est exigible, autrement dit le paiement peut en être exigé, par cela seul et aussitôt qu'elle a pris naissance; d'autre part, le débiteur

^{1.} Suprà, nº 52, p. 29. — Cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 76 et 118, — tome II, p. 121.

peut s'exécuter dès qu'il est tenu, autrement dit elle est

payable par cela seul et aussitôt qu'elle a pris naissance.

Mais il se peut que l'obligation soit à terme. Le terme est une modalité en vertu de laquelle l'obligation, quoique née, n'est pas actuellement exigible par le créancier ou payable

par le débiteur (article 1185).

2º De droit commun, l'obligation est acquise d'une facon définitive et ferme dès qu'elle s'est formée. Mais il se peut que l'obligation, quoique née, reste subordonnée à un événement à venir quant à sa réalisation définitive, qu'elle soit conditionnelle. La condition est une modalité en vertu de laquelle l'obligation, quoique née, reste subordonnée, quant à sa réalisation finale, à un événement futur et incertain (article 1168).

3° D'ordinaire, l'obligation a pour objet une chose, un fait ou une abstention. Mais il se peut qu'elle ait pour objet deux ou plusieurs choses, deux ou plusieurs faits, en d'autres termes qu'il y ait pluralité d'objets. L'obligation est alors, selon les cas, tantôt conjonctive, tantôt alternative, tantôt facultative (article 1189). Ce sont autant de qualités différentes, de modalités, de manières d'être particulières à raison de

la pluralité d'objets.

4º D'ordinaire le rapport d'obligation se forme entre deux personnes: le créancier et le débiteur. S'il se forme entre plus de deux personnes, de sorte qu'il y ait pluralité de sujets, soit activement soit passivement, la créance ou la dette se divise de droit soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs, qui ne sont créanciers ou débiteurs que pour leur part et portion. Voilà le droit commun.

Mais il se peut que l'obligation soit solidaire. La solidarité est une modalité des obligations par suite de laquelle chacun des créanciers peut demander le tout, et chacun des débi-teurs être poursuivi pour le tout (articles 1197 et 1200). 5° De droit commun, l'obligation est divisible, en cas de

pluralité de sujets, notamment en cas de mort soit du créancier, soit du débiteur représenté par plusieurs héritiers; en d'autres termes, elle se divise de plein droit entre les créanciers et les débiteurs s'ils sont plusieurs. Mais il se peut que l'obligation soit indivisible (article 1217), auquel cas chacun des créanciers peut demander le tout et chaque débiteur être tenu du tout, bien qu'il n'y ait pas solidarité. Le terme, la condition, l'alternative, la solidarité, l'indivisibilité, sont autant de modalités qui peuvent affecter l'obligation, et l'empêcher d'être pure et simple. Ce sont autant de manières d'être exceptionnelles.

571. L'obligation pure et simple est donc proprement celle qui n'est affectée d'aucune modalité. Toutefois, l'expression est souvent prise dans un sens relatif, pour désigner une obligation qui n'est pas affectée de telle modalité déterminée, sans qu'on veuille dire, en la déclarant pure et simple, qu'elle n'est affectée d'aucune autre modalité.

Par exemple, l'article 1192 est ainsi conçu : « L'obligation « est pure et simple, quoique contractée d'une manière al- « ternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait « être le sujet de l'obligation. » Elle est pure et simple, en ce sens quelle n'est pas alternative; mais cela ne veut pas dire qu'elle ne soit pas à terme ou conditionnelle. L'article 1192 ne l'envisage pas à ce point de vue; il ne s'occupe que du caractère alternatif.

De même, quand, par opposition à une obligation solidaire, on dit d'une obligation qu'elle est pure et simple, cela veut dire qu'elle n'est pas solidaire, mais cela n'exclut pas une autre modalité, par exemple la condition ou le terme.

Tout cela dépend du point de vue auquel on se place et des habitudes du langage. L'obligation est vraiment pure et simple quand elle n'est affectée d'aucune modalité; on lui donne parfois cette qualification pour dire qu'elle n'est pas affectée de telle ou telle modalité, bien qu'elle le soit peutêtre de telle ou telle autre.

572. Ces observations réunies, reprenons chacune des modalités prévues. A chacune d'elles est consacrée une section du chapitre IV.

I. Le terme.

573. Les textes qui s'en occupent sont les articles 1185 à 1188, formant la section II du chapitre.

Les règles relatives au terme sont très pratiques en fait, et extrèmement simples en droit. Le sujet ne comporte guère que des notions de fait, ou, pour mieux dire, des observations grammaticales. Les unes et les autres sont nécessaires à la claire compréhension des règles reçues.

574. Le mot « terme » est employé tour à tour dans trois

acceptions, pour exprimer trois choses distinctes, ce qui n'est pas sans créer des équivoques contre lesquelles il faut se mettre en garde.

Première acception.

575. Au sens le plus général, le mot terme désigne la modalité des obligations qui a pour effet d'en ajourner l'exécution, d'en suspendre l'exigibilité ou de leur assigner une durée préfixe.

De là la distinction entre le terme suspensif et le terme

extinctif.

Le terme extinctif assigne aux obligations contractées une durée fixe. Ainsi, l'article 1739 définit le louage « un contrat « par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre « d'une chose pendant un certain temps ». L'article 580 dit de même : « L'usufruit peut être établi ou purement, ou à « certain jour... ». C'est le terme extinctif, assignant une durée préfixe à l'obligation. Le terme, dies ad quem, est une cause d'extinction des obligations, bien que l'article 1234 ne le mentionne pas.

Le terme suspensif est le terme proprement dit. Il a pour effet de retarder, d'ajourner l'exécution de l'engagement, de suspendre l'exigibilité. C'est le dies a quo, à partir duquel l'obligation est exigible. Jusqu'à l'échéance, le débiteur est bien lié, car l'obligation est née; mais le créancier ne peut exiger, pour le moment, l'exécution. Autrement dit, l'obligation, quoique existante, n'est pas exigible. C'est ce qu'ex-

priment les articles 1185 et 1186.

576. Ces deux articles supposent que le terme est établi dans l'intérêt du débiteur.

Tel est, en effet, le cas ordinaire. Et c'est même ce que la loi présume : « Le terme, dit l'article 1187, est toujours pré-« sumé stipulé en faveur du débiteur... » D'où il résulte que le créancier ne peut pas, en général, refuser le paiement offert, malgré le terme ; le terme n'existe pas dans son intérêt, et le débiteur peut imposer le paiement.

Toutefois il en est autrement dans certaines hypothèses

exceptionnelles.

a) Il se peut que le terme soit établi dans l'intérêt du créancier: « A moins, continue l'article 4187, qu'il ne ré-« sulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été « aussi convenu en faveur du créancier. » Le créancier, en effet, peut avoir intérêt à ne prendre livraison que plus tard;

alors le terme sera établi à son profit.

Tantôt il en est de la sorte par suite de la nature du contrat. Ainsi, en matière de dépôt, il ne saurait exister aucun intérêt pour le dépositaire, qui est débiteur; le terme est donc en faveur du déposant, et l'article 1944 s'explique aisément : « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le ré-« clame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déter-« miné pour la restitution... »

Tantôt il en est de la sorte par suite des circonstances de fait, révélant un intérêt pour le créancier à ce que le terme soit observé. Ainsi le porteur d'une lettre de change ne peut pas être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance

(article 146 C.com.).

Tantôt il en est de la sorte par suite de conventions intervenues. Ainsi, dans un cahier des charges d'adjudication, il est dit que l'acquéreur gardera le prix jusqu'à telle date, qui est celle d'un emploi projeté, et qu'il en paiera jusque-là les intérêts.

b) Il se peut que le terme existe dans l'intérêt des deux parties. Par exemple, dans le prêt à intérêt, l'emprunteur peut se prévaloir du terme afin de n'être pas forcé de rendre avant l'échéance, et le prêteur afin que son capital reste placé jusque-là.

Mais ce sont là des exceptions. En général et de droit commun, le terme existe et est réputé exister dans l'intérêt du débiteur. Il suspend l'exigibilité en faveur du débiteur, qui doit, mais sans que le créancier puisse actuellement et jus-

qu'au terme contraindre le débiteur au paiement.

577. Il résulte de ce qui précède que l'adage « qui a terme

« ne doit rien » ne peut pas être pris à la lettre.

L'idée que cet adage exprime n'est pas exacte juridiquement. En effet, le terme ne suspend pas la formation de l'obligation; il en diffère seulement l'exigibilité, en ajourne l'exécution. Donc, nonobstant le terme, le débiteur est lié; il doit. Si on dit qu'il ne doit rien, c'est en ce sens seulement qu'il ne peut pas être actuellement contraint au paiement; il ne peut l'être qu'à l'échéance.

La preuve que l'adage est juridiquement inexact se trouve dans la disposition finale de l'article 1186: « Ce qui a été « payé d'avance ne peut être répété. » Donc il y avait dette, puisque tout paiement, aux termes de l'article 1235, suppose une dette ¹. Seulement le débiteur, en payant volontairement et sciemment, est censé avoir renoncé au bénéfice du terme,

et c'est pour cela qu'il ne peut pas répéter.

578. Si le débiteur a payé non pas sciemment, mais par erreur, c'est-à-dire ignorant qu'il y avait terme à son profit, la question se pose de savoir s'il peut répéter, s'il faut s'en tenir à l'article 1186, ou bien appliquer l'article 1377, lequel est ainsi conçu: « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se « croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de « répétition contre le créancier. » Par exemple, sur la présentation d'un testament, l'héritier acquitte un legs, ignorant l'existence d'un testament postérieur qui accordait un délai d'exécution. Peut-il répéter?

D'un côté, il n'y a pas paiement de l'indû; car, en dépit de l'adage, qui a terme doit. D'un autre côté, il y a paiement de ce que le débiteur aurait pu ne pas payer. Le débiteur a payé plus qu'il ne devait en payant actuellement ce qu'il ne devait que plus tard; terme vaut argent, puisque le terme implique le droit de garder l'argent; donc il semble que le débi-

teur a payé sans devoir et a le droit de répéter.

La question est généralement tranchée dans le sens de la

négative 2.

Mais les opinions sont partagées sur le point de savoir si le débiteur qui a payé par erreur avant l'échéance ne peut pas au moins répéter l'escompte, c'est-à-dire réclamer une somme correspondant au préjudice qu'il a souffert par suite de la privation de la chose payée depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance. Les interprètes les plus autorisés écartent cette répétition en s'appuyant sur le texte de l'article 1486 3.

^{1.} L'article 1186 in fine ne veut pas dire que jusqu'à l'échéance l'obligation existe à l'état d'obligation naturelle. En effet, l'action n'est que suspendue, le créancier l'aura à l'expiration du terme.

^{2.} C'était déjà la solution romaine: fragm. 16 § 1, Dig., De condictione indebiti, XII, 6.— Cpr. Aubry et Rau, 5° édition, IV, p. 135, texte et note 10, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 108 bis II, — Laurent, Principes, XVII, n° 185, — Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, p. 121. — Contrà: Demolombe, Contrats, II, n° 634.

^{3.} Voy. en ce sens: Aubry et Rau, loc. cit., — Demante et Colmet de Santerre, loc. cit., — Planiol, loc. cit. — Contrà: Bugnet sur Pothier, II,

579. Telle est la première acception du mot terme. Le terme est une modalité qui a pour objet de suspendre l'exigibilité de l'obligation.

L'effet de cette modalité est double.

1° Le créancier ne peut ni poursuivre le débiteur, ni prendre jugement contre lui. Il peut seulement accomplir les actes conservatoires de ses droits (article 125 C. proc. civ.),

ce qui exclut précisément les actes d'exécution.

2º Réciproquement, le créancier, du moment qu'il ne peut pas agir, n'a pas à craindre la prescription. Le terme suspend la prescription (article 2257 in fine), par cela seul qu'il ajourne l'exigibilité de la dette.

Deuxième acception.

580. Le mot « terme » exprime un espace de temps, un délai pendant lequel l'obligation n'est pas exigible par le créancier, ou payable par le débiteur dans les cas exceptionnels où le terme existe en faveur du créancier. On peut le définir « un espace de temps accordé au débiteur pour s'ac-« quitter de son obligation » ¹.

C'est en ce sens que l'article 1188 prend le mot dans l'expression « bénéfice du terme ». Le texte veut dire : le bénéfice du délai; et il indique dans quels cas le débiteur

perd ce bénéfice.

PREMIER CAS.

581. Il le perd en cas de faillite (articles 1188 C. civ. et 444 C. com.). Un des effets les plus notables du jugement déclaratif de faillite est de rendre exigibles toutes les dettes du failli. La liquidation judiciaire, organisée par la loi du 4 mars 1889, produit le même effet (article 8). L'exigibilité est une nécessité de la liquidation collective à laquelle la faillite ou la liquidation judiciaire donne lieu. La déchéance du terme résulte du jugement ².

Il en est de même au cas de déconfiture. On nomme ainsi l'état notoire d'insolvabilité d'un non-commerçant. Il est équitable que le débiteur en état de déconfiture perde le

p. 109, — Marcadé, sur l'article 1186, nº 1, — et sur l'article 1377, nº 3, — Demolombe, loc. cit., — Laurent, Principes, XVII, nº 186.

^{1.} Pothier, Des obligations, nº 228, § 1.

^{2.} Voy. Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 945.

bénéfice du terme. Sans cela, les créanciers à créances exigibles absorberaient l'actif; les créanciers à créances non exigibles, obligés de rester dans l'inaction, ne pourraient agir que quand il serait trop tard. Aussi plusieurs textes placent-ils sur la même ligne l'état de faillite et l'état de déconfiture. Nous nous contenterons d'en citer deux: d'abord l'article 1913, qui n'est qu'une application de l'article 1488, — ensuite l'article 2032-2°, en matière de cautionnement. Il est donc logique d'étendre l'application de l'article 1488 et d'assimiler la déconfiture à la faillite. La jurisprudence est constante à cet égard ¹.

Toutefois, l'assimilation soulève une difficulté de fait. En cas de faillite, c'est le jugement déclaratif qui rend les dettes exigibles. Or, en cas de déconfiture, il n'intervient pas de jugement pour constater l'insolvabilité du débiteur. Alors, quand la déchéance du terme se produit-elle? Elle se produit dès que le débiteur est notoirement insolvable ²; pour pouvoir réclamer son paiement avant le terme convenu, le créancier doit établir l'état de déconfiture du débiteur. Et il résulte de là que les faits jouent un très grand rôle en cette matière.

SECOND CAS.

582. Le débiteur perd le bénéfice du terme, dit l'article 1188 in fine, « lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il « avait données par le contrat à son créancier ». Il faut ajouter: ou lorsqu'il n'a pas fourni les sûretés promises; les deux cas sont identiques, et plusieurs textes les assimilent (articles 1912-2° et 1977).

583. Il est naturel que la déchéance soit encourue dans ces deux cas. Un terme ne s'explique que par la confiance qu'a le créancier dans la solvabilité de son débiteur; accorder un terme, de la part du créancier, c'est faire crédit, avoir confiance, fidem debitoris sequi. Si le créancier, en

^{1.} Trib. de la Seine 18 janvier 1867 et Paris 25 juin 1867, Sir. 1868. II. 222. — Rouen 29 juin 1871, D. P. 1873. II. 206, Sir. 1871. II. 220, — Cass. 12 décembre 1899, D. P. 1900. I. 112. — Cpr. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 303, p. 137, note 12, — Demolombe, Contrats, II, n° 664, — Laurent, Principes, XVII, n° 195, — Labbé, note dans Sir. 1892. I. 1892. I. 1892.

^{2.} La déchéance du terme n'est pas encourue de plein droit en matière de déconfiture; elle doit être demandée en justice. Cass. 30 mars 1892, D. P. 1892.I.281, Sir. 1892.I.481, — et Labbé, note dans Sir. 1892.I.481.— Contrà: Planiol, note dans D. P. 1892.I.281.

accordant un délai, s'est fait donner ou promettre des sûretés, il est réputé avoir placé sa confiance dans ces sûretés. Si donc les sûretés données sont diminuées, ou si les sûretés promises ne sont pas données, le bénéfice du terme

ne doit pas être maintenu.

Il ne s'agit pas ici des garanties de paiement que la loi confère à tous les créanciers, autrement dit du droit de gage général de l'article 2092, mais des garanties spéciales stipulées. Le débiteur a constitué une hypothèque; puis le fonds hypothéqué diminue de valeur, par suite de coupes insolites qui y ont été pratiquées ou par suite de dégradations; il y a diminution des sûretés données. Ou bien le fonds hypothèqué est vendu, et l'acquéreur payé. Ou bien encore l'hypothèque a été constituée par un copropriétaire indivis du fonds grevé; puis le constituant provoque le partage et l'immeuble tombe au lot d'un autre copropriétaire; la sûreté s'évanouit. Ou bien enfin le débiteur a promis l'intervention d'une caution, et il ne la présente pas. Dans tous ces cas, il diminue les sûretés données ou ne fournit pas les sûretés promises; l'article 1488 reçoit son application.

Au contraire, le fait par le débiteur d'aliéner les biens qui forment le gage des créanciers, d'hypothéquer ses immeubles à un créancier, fait-il perdre le bénéfice du terme?

Non; le gage général n'est pas une sûreté.

La jurisprudence applique la loi d'une façon tellement littérale à cet égard qu'elle écarte l'application de l'article 1188 dans l'hypothèse suivante. Un créancier a le bénéfice d'un privilège ou d'une hypothèque soit légale soit judiciaire, et le débiteur diminue la valeur de cette sûreté; ou bien le débiteur est dans un des cas où la loi impose l'obligation de fournir une caution, et il ne la fournit pas; la déchéance n'est point encourue, car il ne s'agit pas d'une sûreté donnée 1.

584. La déchéance a lieu de plein droit. La dette devient pure et simple; dès lors, le créancier peut agir tout de suite, sans qu'il soit besoin d'un jugement; sauf au débiteur à contester la prétention du créancier, auquel cas le tribunal apprécie.

585. Donc le mot « terme » signifie « délai ». C'est encore en prenant le mot dans cette acception que

^{1.} Voy. Cass. 10 mai 1881, D. P. 1882.I.201 (note), Sir. 1882.I.17.

l'on se demande si le jour auquel l'obligation s'est formée et celui auquel l'échéance est fixée sont compris dans le terme.

Question jadis célèbre et longtemps discutée. On a fini

par admettre les deux règles suivantes.

1º Le jour de l'échéance, ou dies ad quem, est compris tout entier dans le délai, dans le terme; la dette ne devient exigible qu'à la fin du jour où le terme échoit, plus exactement le lendemain de ce jour. Je dois une chose qui est payable aujourd'hui; le créancier ne pourra l'exiger que demain. Le jour de l'échéance appartient tout entier au debiteur; en effet, jusqu'à la dernière seconde il est dans le délai accordé. C'est ce qu'impliquent divers textes, par exemple l'article 162 du Code de commerce, d'après lequel le protèt ne peut être dressé que le lendemain de l'échéance, et l'article 2261 en matière de prescription.

2° Le jour qui sert de point de départ au délai, ou dies a quo, reste en dehors du délai. Je souscris le 1er mai un billet payable dans dix jours; si le 1er mai est compté, l'échéance aura lieu le 10 mai, sinon elle aura lieu le 11. Cette der-

nière solution est celle qui prévaut.

Réunissant les deux règles, on arrive à cette conclusion: ni le dies a quo, jour où l'obligation est contractée, ni le dies ad quem, jour de l'échéance, ne sont comptés; les délais se comptent par jours pleins calculés de minuit à minuit, ce qu'on exprime en disant: dies termini non computuntur in termino. L'article 2260 ne fait qu'appliquer ce principe quand il dispose: « La prescription se compte par jours et non par « heures »; et la même règle est admise en matière de procédure (article 1033 C. proc. civ.).

Troisième acception.

586. On désigne par le mot « terme » non plus la modalité ni le délai, mais l'événement ou la date pris comme échéance, l'événement ou la date auquel l'exigibilité est reportée ou qui éteindra l'obligation.

C'est en ce sens que les Romains exprimaient par le mot dies la notion exprimée chez nous par le mot « terme ». Le dies était le jour pris comme échéance, le fait auquel était re-

portée l'exigibilité.

Et c'est en prenant le mot dans cette acception qu'on distingue quelquefois le terme certain du terme incertain.

587. Tout terme — si on entend par terme l'événement ou la date pris comme échéance — consiste essentiellement dans un événement futur et certain.

Un événement futur, qui ne doit s'accomplir que plus tard. C'est pour cela que le terme sépare le droit de son exigibilité; qui a terme doit, mais l'exigibilité est rejetée

plus tard.

Un événement certain, qui se réalisera nécessairement ; sans quoi il ne s'agirait pas d'un terme, mais d'une condition, car la dette, au lieu d'être différée, serait subordonnée. C'est pour cela que le terme n'empêche pas le rapport de droit de se former, la créance d'exister, mais seulement d'être exigible ; la créance existe, puisque l'événement auquel elle est renvoyée est certain : il n'y a pas de doute sur l'issue de la situation.

588. Néanmoins, quoique le terme consiste dans un événement certain, on distingue le terme certain et le terme incertain.

Le terme est dit certain quand il consiste dans un événement certain en lui-même et aussi quant à la date à laquelle il se produira. « Je paierai telle somme le 15 janvier pro-« chain »; — « je paierai telle somme au créancier le jour de « ma majorité ».

Le terme est dit incertain quand il consiste dans un événement d'une réalisation assurée, par conséquent certain en luimême, ce qui est essentiel à tout terme, mais incertain quant à l'époque où il se réalisera, quant à sa date. Soit par exemple la mort d'une personne; il n'est pas douteux qu'elle arrivera, mais personne ne sait à quelle époque.

589. A quoi mène cette distinction?

590. Elle est sans aucune portée dans les contrats.

Tout au plus fait-elle surgir une question en matière de prescription. D'après l'article 2257, « la prescription ne « court point.... à l'égard d'une créance à jour fixe jusqu'à ce « que ce jour soit arrivé ». On peut se demander si la créance à terme incertain doit être considérée comme une créance « à jour fixe ». Encore la difficulté n'est-elle pas bien sérieuse. Le terme, que l'événement soit certain ou incertain, ajourne et suspend l'exigibilité ; il empêche, par conséquent, le créancier d'agir et suspend la prescription au profit de ce créancier, auquel on ne peut reprocher une inaction qui lui

est imposée. Telle est précisément la raison pour laquelle la distinction est sans portée en matière de contrats; et il en est de même au point de vue de l'application de l'article 2257¹.

591. On a prétendu quelquefois que cette distinction a, au contraire, une grande importance en matière de legs. Voici

comment.

L'article 1039 porte : « Toute disposition testamentaire sera « caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas sur- « vécu au testateur. » Un legs ne peut s'ouvrir qu'au profit du légataire et ne devient transmissible aux héritiers de celui-ci qu'autant qu'il l'a acquis lui-même; cette transmission ne se produit qu'à la condition que le légataire survive au jour de l'acquisition. Or quand peut-on dire qu'il y a acquisition du legs par le légataire?

Le legs pur et simple est acquis à la mort du testateur

(article 1039).

Le legs conditionnel n'est acquis qu'au jour où la condition se réalise (article 1040). Il ne saurait l'être plus tôt, puisque l'existence même du droit est suspendue jusqu'à cette époque.

Le legs à terme certain est acquis dès le décès du testateur (article 1041). Cela est naturel, car le terme n'empêche pas le droit d'être acquis, mais seulement d'ètre exi-

gible.

Quant au legs à terme incertain, on a soutenu parfois qu'il est acquis seulement au jour du terme. Je lègue à *Primus* telle somme qui lui sera payée à sa majorité; il s'agit vraiment d'un terme (article 1041). Je lui lègue telle somme qui lui sera payée à la mort de *Secundus*; c'est une condition (article 1040). Cela résulte, dit-on, d'une règle formulée par Papinien de la manière suivante: *Dies incertus in testamento conditionem facit*².

Cette doctrine est difficile à admettre; car elle ne s'appuie que sur la tradition romaine, et l'origine aussi bien que la portée de la règle romaine ne sont rien moins que claires ³. En dehors de la tradition, on n'invoque que la raison sui-

^{1.} Secus, Aubry et Rau, 5º édition, II, p. 284, note 12. Ces auteurs soutiennent que les créances à terme incertain doivent être assimilées à des créances conditionnelles pour l'application de l'article 2257.

Fragm. 75, Dig., De conditionibus, XXXV, 1.
 Boistel, Du dies incertus, p. 13 et suiv.

vante: « Dans les legs, le terme incertain vaut condition, « car on ne sait pas si le légataire vivra quand l'événement « s'accomplira 1. » Mais on ne le sait pas davantage quand il s'agit d'un terme certain, à jour fixe; cependant le droit est acquis et devient transmissible dès la mort du testateur. Il faudrait un texte formel pour déroger aux règles ordinaires du droit commun; or ce texte n'existe pas, et une tradition obscure ne saurait être regardée comme l'emportant sur les principes les plus certains.

Cette conclusion s'impose 2. Mais elle est contredite par

la grande majorité des auteurs 3.

592 Telles sont les trois acceptions du mot « terme ». Les articles du Code le prennent tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre.

593. Prenant le mot dans son sens le plus général et sous-entendant la triple distinction qui vient d'être faite, nous ajouterons qu'il y a deux espèces de termes : le terme

de droit et le terme de grâce.

Le terme de droit, ou terme conventionnel, est celui qui a été convenu entre les parties, par application de l'article 1134, en vertu duquel « les conventions légalement formées tien- « nent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le terme convenu est dit terme « de droit » parce qu'il constitue un droit pour le débiteur ; il en résulte un droit convenu.

Le terme de grâce ou de faveur est celui qui est accordé par le juge. « Les juges peuvent...., dit l'article 1244 ali-« néa 2, en considération de la position du débiteur et en « usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des « délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution « des poursuites, toutes choses demeurant en état. »

594. Dans quels cas et à quelles conditions le juge peut-il accorder de la sorte un délai de grâce au débiteur qui est ou

lui paraît être digne d'intérêt?

La faculté reconnue au juge par l'article 1244 est une dé-

2. Boistel, loc. cit., p. 32.

^{1.} Laurent, Principes, XVII, nº 174, p. 190.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 303, p. 433 et 434, texte et note 4 bis, — Demolombe, Contrats, II, n° 574, — Laurent, Principes, XVII, n° 474, — Larombière, Obligations, article 4186. — Cpr. Chambéry 43 décembre 4897, D. P. 1900.II.213 (et la note).

rogation grave au droit commun. En effet, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134); elles sont donc obligatoires non seulement pour les parties, mais encore pour le juge¹, et c'est chose grave que d'autoriser celui-ci à modifier une convention privée; la faveur faite à l'un se traduit, en définitive, par un préjudice imposé à l'autre: le délai porte atteinte aux droits du créancier.

Cependant, on ne critique guère la disposition de l'article 1244, bien qu'elle soit exorbitante du droit commun. Elle est conforme à un usage ancien, et constitue une dérogation d'humanité pour le cas où il existerait des créanciers trop impitoyables.

Du reste, le délai de grâce ne comporte aucune durée préfixe. L'article 1244 recommande seulement au juge d'user de son pouvoir « avec une grande réserve ». C'est une affaire de tact et de mesure.

La seule question que soulève l'article 1244 est celle de savoir s'il est toujours applicable. Quelques distinctions doivent être faites à cet égard.

595. Il y a des cas dans lesquels le juge n'a certainement pas le droit d'accorder un délai de grâce, parce que des textes formels, en dehors de l'article 1244 et malgré la généralité de cet article, lui retirent ce droit.

1º Il en est ainsi en matière d'effets de commerce, d'obligations constatées par lettres de change, billets à ordre (articles 157 et 187 C. com.). La possibilité, l'éventualité d'un sursis d'échéance en dehors de la convention a paru de nature à porter atteinte au crédit des effets de commerce, à la sécurité du commerce, et on a écarté l'application de l'article 1244. Un négociant échelonne ses paiements et ses recettes ; l'exactitude de ses rentrées est la condition de l'exécution de ses paiements et, par conséquent, de son crédit ; il ne faut pas de délai de grâce en cette matière.

2º II en est ainsi quand un jugement a été rendu contre le débiteur (article 122 C. proc. civ.). Octroyer un délai après coup serait porter atteinte à la chose jugée ².

^{1.} Supra, p. 178 et suiv.

^{2.} Sic: Demolombe, Contrats, II, no 596, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 319, p. 270, note 30, — Laurent, Principes, XVII, no 578, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, no 183 bis VI; — Nancy 3 juin

Cette règle n'est peut-être qu'un sacrifice à une abstraction; car, en définitive, les conventions ne sont pas moins respectables que les décisions judiciaires. Aussi, dans la pratique, on en a atténué la portée au moyen d'un détour, de sorte que la règle n'est pas aussi absolue que l'article 122 du Code de procédure semble l'indiquer. On ne demande pas un délai au tribunal qui a rendu le jugement : ce serait directement contraire à l'article 122; mais on en obtient un du président du tribunal statuant en référé.

Il existe à cet égard, entre les juges des référés du Tribunal de la Seine et la Cour de Paris, une divergence qui remonte assez loin et ne paraît pas destinée à prendre fin. Les juges des référés persistent à accorder des sursis pour l'exécution de décisions judiciaires définitives; tous les jours des ordonnances interviennent en ce sens : « attendu qu'il y a juge- « ment passé en force de chose jugée, mais qu'il y a lieu de « prendre en considération les circonstances de la cause , un délai est accordé au débiteur pour s'exécuter. En appel, quand le créancier va devant la Cour, pareilles ordonnances sont toujours infirmées ; et la Cour a évidemment raison en droit, puisque l'article 122 du Code de procédure est formel . Mais, en fait, les délais accordés ne valent pas la peine d'interjeter appel, de sorte que, le plus souvent, presque toujours, les ordonnances sont exécutées .

3° Le délai de grâce est encore écarté dans les cas prévus par l'article 124 du Code de procédure: « Le débiteur « ne pourra obtenir un délai... si ses biens sont vendus à « la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, « de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin « lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il « avait données par le contrat à son créancier. »

^{1871,} D. P. 1872. V. 347, Sir. 1871. II.250, — Paris 2 décembre 1871, D. P. 1872.II.71, Sir. 1872.II.131.

^{1.} Trib. de la Seine 29 mars 1881, Le Droit du 19 juin.

^{2.} Paris 29 novembre 1871, D.P. 1872, V. 380, — 27 janvier 1872, D. P. 1872, II.111, — 2 janvier 1883, D. P. 1883.II.141, — 8 janvier 1884, D. P. 1884.II.146, — 24 février 1887, D. P. 1888.II.99, — trib. des conflits 13 décembre 1890, D. P. 1892.III.58, — Besançon 13 juin 1892, D. P. 1894.II.169 (note de M. Glasson).

^{3.} Voy. cependant Garsonnet, Traité, 1re édition, VII, p. 279.

^{4.} Cette pratique se fonde sur l'article 806 C. proc. civ., qui soumet à la compétence du juge des référés « les difficultés relatives à l'exécution d'un « titre exécutoire ».

Voilà trois hypothèses dans lesquelles l'application de l'article 1244 est écartée par des textes formels.

596. Hors de là, le délai de grâce peut être accordé, à

condition, bien entendu, d'en user modérément.

Toutefois, en dehors de ces cas formellement prévus, il en reste un dans lequel le droit du juge est contesté: celui où le créancier est porteur d'un titre exécutoire autre qu'un

jugement, par exemple une grosse d'acte notarié.

On peut dire qu'il n'y a plus place, dans ce cas, pour l'intervention de justice. L'acte portant la formule exécutoire, le pouvoir judiciaire empiéterait sur le pouvoir exécutif en arrêtant ou, ce qui revient au même, en ajournant l'exécution. Les notaires ont reçu pouvoir de la loi pour apposer la formule exécutoire; ils sont en cela les délégués du pouvoir exécutif; le principe de la séparation des pouvoirs exclut, dans l'hypothèse dont il s'agit, l'application de l'article 1244.

Ce raisonnement n'est pas concluant, parce qu'il exagère la portée de la situation. Aussi n'est-ce pas en ce sens

que la jurisprudence s'est formée.

D'abord, l'article 1244 est général. Il semble même prévoir formellement notre hypothèse, puisqu'il parle d'accorder des délais, de surseoir à l'exécution des poursuites, expressions

qui supposent un acte exécutoire.

Puis on peut invoquer dans le même sens l'article 2212. Il se place dans l'hypothèse d'une saisie immobilière, ce qui suppose l'existence d'un titre exécutoire, et autorise le juge à accorder un sursis. Le droit du juge est subordonné à quelques conditions spéciales, mais enfin il existe; et on peut conclure de là que l'article 1244 est applicable de droit commun quand le créancier est porteur d'un titre exécutoire autre qu'un jugement.

D'ailleurs, à quoi eût servi l'article 122 du Code de procédure si l'existence d'un acte exécutoire suffisait en principe

à faire écarter l'octroi du délai de grâce 1?

^{4.} En ce sens: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 319, p. 270, note 29, — Demolombe, Contrats, II, n° 594, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 183 bis VI, — Laurent, Principes, XVII, n° 579; — Colmar 29 juillet 1850, D. P. 1852.II.239, Sir. 1851.II.272, — Alger 17 février 1864, Sir. 1864.II.184.

597. Ainsi, il y a deux sortes de termes : le terme de droit et le terme de grâce.

Les mêmes règles sont-elles applicables à l'un et à l'autre?

Pas tout à fait. Entre eux il existe trois différences.

1º La première est toute de fait. Nous venons de voir que le terme de grâce, malgré la généralité des expressions employées par l'article 1244, ne peut pas toujours être accordé. Le terme de droit, au contraire, puisqu'il résulte de

la convention, est toujours possible (article 1134).

2° A la différence du terme de droit (article 1291), le terme de grâce ne met pas obstacle à la compensation (article 1292). Le terme de droit y fait obstacle; si la compensation pouvait se produire entre deux dettes dont l'une est exigible et non l'autre, elle aboutirait à faire payer le débiteur qui n'est point encore tenu de le faire par suite du terme convenu. Au contraire, le terme de grâce n'a été accordé qu'à raison de l'impossibilité de payer; or la compensation offre au débiteur un moyen simple de se libérer; le terme de grâce ne peut donc faire obstacle à la compensation.

3° Certaines causes spéciales entraînent la déchéance du terme de grâce, qui ne font pas perdre le terme de droit. Le terme de grâce est octroyé à titre de faveur ; il est naturel qu'il puisse être retiré plus facilement que le terme de droit, qui est un droit. L'article 1188 énumère les causes de déchéance du terme de droit. Quant au terme de grâce, il faut ajouter quelques autres causes de déchéance qui sont indiquées par l'article 124 du Code de procédure 1. Le débiteur est déchu du terme de grâce: 1° quand ses biens sont vendus à la requête de ses créanciers, — 2° quand il est en état de faillite ou de contumace, — 3° lorsqu'il est en prison pour dettes, hypothèse peu fréquente depuis la loi du 22 juillet 1867 abolitive de la contrainte par corps 2.

2. Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 45 et suiv.

^{1.} Cpr. suprà, nº 595, in fine, p. 357.

On peut encore signaler, entre le terme de droit et le terme de grâce, deux différences secondaires.

¹º Le terme de droit peut être prorogé par le créancier, soit expressément, soit implicitement. Au contraire, le juge, dessaisi par la décision rendue, ne peut la modifier en prorogeant les délais de grâce primitivement octroyés.

²º Le terme de droit empêche le cours des intérêts moratoires, car ils ne sont dus qu'en vertu d'une demande en justice ou d'une sommation de payer (article 1153 nouveau), lesquelles ne peuvent être signifiées qu'à l'échéance. A l'inverse, le débiteur qui a obtenu un délai de grâce doit les intérêts mora-

II. La condition.

598. Les textes qui s'en occupent sont les articles 1168 à 1184, formant la section I du chapitre IV.

599. Plus encore que le mot « terme », le mot « condi-« tion » se prend dans des acceptions multiples; il n'exprime pas seulement, comme le premier, des aspects variés d'une même idée, mais des idées tout à fait différentes. La langue du droit offre malheureusement plus d'un exemple de ces locutions à sens divers, qui sont, par suite, équivoques.

Ainsi, l'article 1108 dit: « Quatre conditions sont essen-« tielles pour la validité d'une convention...» Les conditions, ici, sont les éléments requis par rapport à un but donné; elles sont ce qui contribue à établir, id quod condit.

Ainsi encore, les articles 953 et 1046 disent que les dons et legs sont révocables pour inexécution des conditions. Les conditions, ici, sont les clauses particulières sous lesquelles la disposition est faite, spécialement les charges imposées au donataire ou au légataire. Si le bénéficiaire n'exécute pas ces clauses ou charges, la disposition faite à son profit peut être révoquée à la requête soit du disposant, soit de ses représentants.

Dans les articles 1168 et suivants, le mot « condition » exprime tout autre chose; il sert à désigner une modalité des droits. Le droit que la condition affecte, quoique formé, reste subordonné, quant à sa réalisation finale, à un événement ultérieur; il est éventuel. Pur et simple, il aurait été acquis tout de suite d'une façon définitive et ferme; il aurait produit, dès maintenant et irrévocablement, les effets qu'il comporte. Conditionnel, il reste, bien que s'étant formé, subordonné à un événement ultérieur; par suite, les effets de ce droit ne se produiront que si l'événement prévu se réalise. « L'obligation est conditionnelle, dit l'article 1168, « lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incer- « tain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrivera

toires sans même que le jugement sit besoin de l'exprimer (Garsonnet, Traité, 4re édition, III, p. 575).— Cpr. suprà, p. 275 et suiv.

1. Sur la distinction des conditions et des charges, voy. la partie du Cours

Sur la distinction des conditions et des charges, voy. la partie du Cours de droit civil, qui sera consacrée aux dons et legs, — et Laurent, Principes, XII, p. 568.

« ou n'arrivera pas. » Le texte dit : « un événement futur » ; de sorte que l'obligation est éventuelle.

600. La condition est donc une modalité qui rend les droits éventuels, en les subordonnant à un événement ultérieur.

Et le mot, employé dans cet ordre d'idées, n'a pas toujours le même sens. Il exprime, selon les cas, l'une des deux choses suivantes.

Tantôt il désigne la modalité elle-même, autrement dit la subordination d'un droit à un événement ultérieur dont le droit dépend. C'est ainsi que la condition peut être suspensive ou résolutoire (article 1168).

Tantôt il désigne l'événement même qui est pris comme condition, et auquel, selon qu'il s'accomplit ou non, le rapport de droit est subordonné. Ainsi on dit que la condition s'accomplit, ce qui ne peut manifestement pas s'entendre de la modalité, mais de l'événement pris comme constituant la modalité; ainsi encore on dit: la condition est licite ou illicite, etc.

Donc, même dans son application à la notion spéciale qui nous occupe, le mot « condition » a un double sens.

601. Il résulte de ce qui précède que la condition ressemble, sous un rapport, au terme; les deux modalités ajournent à un événement ultérieur les effets du droit qu'elles affectent. Mais la différence est profonde entre elles sous un autre rapport; elle tient au caractère que doit avoir l'événement pris soit comme terme, soit comme condition.

Dans le terme, nous l'avons vu¹, l'événement choisi comme échéance doit être futur et certain : une date fixe, un fait qui se réalisera nécessairement. Aussi un droit, quoique à terme, est-il acquis de façon sûre et définitive dès que sa cause s'est produite, parce que l'événement auquel est ajournée l'exécution se réalisera sûrement; l'exigibilité seule en est différée ².

Dans la condition, si l'événement doit aussi être futur, il est, au contraire, et doit être incertain, autrement dit de nature à se réaliser ou à ne pas se réaliser.

Il doit être futur. En effet, on ne subordonne point un droit,

^{1.} Suprà, nº 587, p. 353.

^{2.} Instit. § 2, De verborum obligationibus, III, 15.

pas plus qu'on ne l'ajourne, à un fait passé; ce serait contradictoire. L'article 1181 semble, il est vrai, se placer à un autre point de vue : « L'obligation contractée sous une condi-« tion suspensive est celle qui dépend, ou d'un événement « futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, « mais encore inconnu des parties... » Quoique passé, le fait peut être incertain, en ce sens qu'on ignore s'il s'est accompli ou non. Est-ce une condition? Non. En réalité, sauf à vérifier, le rapport de droit, dans ce cas, est acquis ferme dès maintenant, ou ne le sera jamais; il y a, par suite de la référence au passé, une alternative qui peut à la rigueur être l'objet d'un pari entre les parties, mais il n'y a pas une condition, puisqu'aucune éventualité n'est réservée. Aussi la suite de l'article 1181 en rectifie-t-il le commencement : « Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée « qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a « son effet du jour où elle a été contractée. » Après vérification faite, de deux choses l'une : ou l'obligation aura été pure et simple, ou elle n'existera jamais.

Il faut donc que le fait soit futur.

Il faut, en outre, qu'il soit incertain. Ce second caractère, constitutif de la condition et par conséquent essentiel, est relevé deux fois dans les textes relatifs à ce sujet : par l'ar-

ticle 1168 et par l'article 1181.

Aussi le droit conditionnel, à l'inverse du droit à terme, est-il nécessairement éventuel. En effet, dès que le droit est non plus ajourné à un fait certain, mais subordonné à un événement incertain, il peut se réaliser ou ne pas se réaliser. L'avenir seul en décidera; tant que l'événement ne s'est pas

accompli, on ignore ce qu'il en sera.

En résumé, le terme consiste dans un événement certain; il ajourne seulement l'exigibilité du droit. La condition consiste dans un événement incertain; elle y subordonne la réalisation du droit, qui, par là, devient éventuel. Nous la définissions tout à l'heure: une modalité qui rend les droits éventuels en les subordonnant à un fait futur et incertain. C'est bien ce qui résulte de l'article 1185: « Le terme diffère « de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, « dont il retarde seulement l'exécution. » Renversons la proposition: la condition diffère du terme en ce qu'elle suspend l'engagement, au lieu d'en retarder simplement l'exécution.

602. Ainsi comprise, la condition peut affecter tous les droits : les droits réels comme les droits de créance

Il en est autrement du terme. Sauf quelques exceptions, il n'est usité qu'en matière de droits de créance, d'obligations « dont il suspend l'exigibilité ».

Sauf quelques exceptions, avons-nous dit. On comprend l'intervention du terme extinctif, du dies ad quem, pour quelques droits réels, par exemple en matière d'usufruit : « L'usufruit, dit l'article 580, peut être établi, ou purement, « ou à certain jour, ou à condition. » En effet, l'usufruit est, de sa nature, un droit temporaire; dès lors, sa durée peut être fixée par la convention, comme elle l'est, à défaut de convention, par la loi. Il n'existe rien de pareil pour la propriété et les servitudes, qui sont, de leur nature, des droits perpétuels.

La condition, au contraire, s'applique à tous les droits. On peut être propriétaire, comme on peut être créancier, soit sous condition suspensive, soit sous condition résolutoire. La condition affecte la convention et, par suite, les droits qui en résultent, lesquels peuvent être, comme la convention elle-même, purs et simples ou conditionnels. S'agit-il de conventions translatives de droits réels, le droit transmis propriété, servitude, usufruit — sera soumis à la condition introduite; s'agit-il d'une convention simplement productive d'obligations, le droit établi sera lui aussi soumis à la condition prévue.

Dans les articles 1168 à 1184, la théorie de la condition est envisagée dans son application aux obligations, et même aux seules obligations contractuelles. Mais cette théorie doit être généralisée; elle s'applique aux obligations nées de causes autres que la convention, et en outre aux droits réels: c'est même à propos de l'application de la théorie aux droits réels que surgissent, nous allons le voir, les plus sérieuses difficultés, surtout en ce qui concerne la condition résolutoire.

Donc la condition est une modalité qui peut affecter les droits en général. Toutes les formules des textes doivent être rectifiées en ce sens et généralisées 1.

^{1.} En conséquence, pour la déduction des idées, il faut dire : « le créancier ou l'acquéreur », « le débiteur ou l'aliénateur », parce que tous les rai-

603. Ces notions réunies, envisageons la condition sous

les deux aspects déjà indiqués.

Le mot, avons-nous dit, sert à désigner: 1° la modalité qui rend le droit éventuel, et c'est en ce sens que le mot est pris dans les paragraphes 2 (articles 1181 à 1182) et 3 (articles 1183 à 1184), qui distinguent la condition suspensive de la condition résolutoire, — 2° l'événement futur et incertain qui est pris comme condition, et c'est en ce sens que le mot est pris dans presque tous les articles du paragraphe 1 (articles 1168 à 1180), qui traite De la condition en général et de ses diverses espèces.

I. De la condition envisagée comme modalité.

604. Elle consiste, comme telle, dans la subordination d'un droit à un événement futur et incertain dont le droit dépend. A cela reviennent les articles 1168, 1181 et 1185, sauf qu'ils n'appliquent, la notion qu'aux rapports d'obligation.

Envisagée sous cet aspect, la condition apparaît comme pouvant être: 1º légale, expresse ou tacite, — 2º positive ou négative, — 3º suspensive ou résolutoire. Reprenons ces

trois points de vue.

I

605. La condition peut être légale, expresse ou tacite. En d'autres termes, un droit peut être subordonné à une condition ou en vertu de la loi, ou par suite de la volonté des parties, volonté manifestée soit expressément soit tacitement.

Puisque la condition est une modalité, elle est une exception. De droit commun, l'obligation est pure et simple ; la condition n'affecte le droit que si elle résulte ou de la loi ou

de la volonté des parties.

606 La condition peut résulter de la loi. L'article 1184 en offre un exemple : « La condition résolutoire est toujours « sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le « cas où l'une des parties ne satisfera point à son engage- « ment. » La condition est alors tacite, sous-entendue par la loi.

Un autre exemple est offert par l'article 1088 : « Toute

sonnements s'appliquent aux contrats simplement productifs d'obligations et aux contrats translatifs.

« donation faite en faveur du mariage sera caduque si le ma-« riage ne s'ensuit pas. » Enfin d'autres exemples sont fournis par les articles 747, 951, 1039, 1086, etc.

- 607. La condition peut résulter de la volonté expresse des parties. En effet, « les conventions légalement formées tien-« nent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ainsi la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire. Inutile d'insister sur ce point.
- 608. Peut-il y avoir des conditions tacites en vertu de la volonté des parties, regardée comme plausible quoique non exprimée? Cela n'est guère douteux, car le consentement des parties peut être donné d'une manière soit expresse, soit tacite; question de fait, à trancher d'après l'interprétation des conventions.

Ainsi il a été jugé ¹ qu'une cession d'office est tacitement subordonnée à la nomination du successeur, parce que telle a été, à n'en pas douter, la volonté des parties. Si le Gouvernement n'approuve pas la cession, les parties ne sont pas liées; et l'article 14 de la loi de finances du 25 juin 1841 ordonne la restitution des droits perçus ¹.

Ainsi encore, la souscription à des actions émises par une société en voie de formation est tacitement conditionnelle; elle est subordonnée à la condition que la société se constitue. Les sociétés par actions ne peuvent se constituer que si toutes les actions sont souscrites; n'en restàt-il qu'une en souffrance, cela suffit pour infirmer toutes les souscriptions; chacune d'elles est donc faite sous la condition que les autres seront couvertes ².

1. Sic, Perriquet, Traité des offices ministériels, nº 248, — Cass. 44 et 26 mai 1851, D. P. 1851.I.129, Sir. 1851.I.417, — trib. de Montpellier 10 janvier 1874, Sir. 1874.II.180.

Peut-être n'est-il pas pleinement exact de voir là une obligation conditionnelle; on pourrait dire que le refus par le Gouvernement d'agréer le titulaire présenté par le cédant fait évanouir l'objet même de la convention plutôt qu'il ne constitue la défaillance d'une condition suspensive. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection.

1. Article 14: « Les droits perçus en vertu des articles qui précèdent seront « sujets à restitution toutes les fois que la transmission n'aura pas été sui-

« vie d'effet. »

2. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2° édition, II, p. 494. On est tenté de dire que la souscription intégrale des actions est moins une condition affectant la validité de chaque souscription considérée individuellement qu'une condition d'existence de la société elle-même formée par l'ensemble des souscriptions. Mais il ne faut pas oublier qu'il existe un con-

En est-il de même des obligations émises par une ville ou par une société? La question ne se pose évidemment pas lorsque le cahier des charges ou les prospectus d'émission ont expressément stipulé que les souscriptions faites ne seront acquises que si tous les titres émis sont souscrits; s'ils ne le sont pas, les souscriptions tombent, car elles sont conditionnelles, subordonnées à une condition expresse. Mais supposons qu'aucune réserve semblable n'ait été faite et que la moitié seulement des obligations aient été souscrites. La question se pose de savoir s'il faut regarder la condition comme tacitement stipulée; et c'est la thèse des souscripteurs. qui désirent n'être plus liés. Question d'interprétation de contrat. L'émission d'obligations est un emprunt; or l'obligation d'un prêteur n'est pas d'ordinaire subordonnée à ce que l'emprunteur trouve autant de prêteurs qu'il en voudrait 1.

Ce sont autant d'exemples de conditions tacites, c'est-àdire qui affectent l'obligation bien qu'elles ne soient pas exprimées, parce qu'elles résultent de la volonté des parties.

609. Envisagée comme modalité, la condition est positive ou négative, selon qu'elle subordonne l'obligation plus généralement le droit quelconque dont il s'agit - à l'arrivée ou à la non-arrivée du fait ou de l'événement pris comme condition.

Dans la clause de retour conventionnel (article 951), le donateur stipule le retour des biens par lui donnés, pour le cas de prédécès soit du donataire seul, soit du donataire et de ses enfants; la condition est négative. Elle est positive, au contraire, dans la clause si navis ex Asia venerit.

trat entre les souscripteurs et les fondateurs de la société antérieurement à la fondation de la société elle-même; et c'est l'engagement pris par chaque souscripteur dans ce contrat particulier qui est subordonné à la condition que le contrat de société se formera plus tard par la réunion de tous les éléments nécessaires à son existence légale. Voy. sur la situation juridique des souscripteurs et des fondateurs pendant la période antérieure à la constitution de la société: Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 3º édition, nºs 499 et suiv., p. 272 et suiv.; - cpr. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, II, p. 493 en haut.

1. Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, II, p. 372 et 373. - Cpr.

Levy-Ullmann, Traité des obligations à primes et à lots, p. 26.

Il n'y a là qu'une observation de fait. Elle n'a d'intérêt qu'à l'égard des difficultés pouvant s'élever sur le point de savoir si la condition doit être considérée comme accomplie ou défaillie. Les articles 1176 à 1178 établissent à ce propos quelques distinctions, qui sont en définitive des corollaires de l'idée générale énoncée par l'article 1175, laquelle n'est elle-même qu'une application de l'article 1156. Ce sont là des règles de pure interprétation de volonté.

Ш

610. C'est encore en envisageant la condition comme modalité, comme subordination d'un droit à un événement futur et incertain, qu'on distingue la condition suspensive de la condition résolutoire.

La condition a l'un ou l'autre de ces caractères selon la façon dont elle affecte le droit, selon que la convention ou la loi suspend le droit jusqu'à ce que l'événement prévu se réalise, ou le résout selon la même alternative. « L'obliga-« tion est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évé-« nement futur et incertain, dit l'article 1168, — soit en la « suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive », et c'est la condition suspensive, — « soit en la résiliant selon que l'é-« vénement arrivera ou n'arrivera pas », et c'est la condition résolutoire.

Y a-t-il vraiment là deux conditions différentes, ou seulement deux aspects de la condition en général? La question sera examinée plus tard. Nous constaterons que la distinction est utile à faire au point de vue pratique, en ce sens que les deux termes correspondent à des résultats différents, — mais qu'elle n'a aucune réalité au point de vue théorique, en ce sens que les deux prétendues conditions ne sont que deux aspects de la seule vraie condition, la condition suspensive.

A. - LA CONDITION SUSPENSIVE.

611. La condition suspensive est celle qui subordonne le rapport de droit à l'événement prévu, de telle sorte que la formation de ce rapport reste éventuel jusque-là. L'article 1181 définit non la condition suspensive, mais l'obligation sous condition suspensive : « L'obligation contractée sous « une condition suspensive est celle qui dépend d'un événe-

« ment futur et incertain, ou d'un événement actuellement « arrivé, mais encore inconnu des parties. »

612. Il faut écarter la dernière hypothèse. Nous avons vu qu'un événement passé ne peut pas être une condition '.

613. De la première partie du texte découle une conséquence certaine.

L'éventualité et l'incertitude qui y est inhérente ne cessent que par l'événement. Si la condition, autrement dit l'événement, s'accomplit, le droit, d'éventuel qu'il était, devient pur et simple; si elle ne s'accomplit pas, l'attente s'évanouit et le droit n'aura jamais existé. En effet, aux termes de l'article 1179, « la condition accomplie a un effet rétroactif au « jour auquel l'engagement a été contracté... »; cela veut dire: au jour où le droit, quel qu'il soit, s'est formé; l'état de choses qui se réalise alors est considéré comme s'étant produit dès la première heure, l'éventualité se fixe.

614. Mais un point reste moins nettement établi. Quelle est exactement la situation des parties en attendant, pendente conditione?

La doctrine manque de précision à cet égard. L'article 1181 alinéa 2, déduisant l'effet de la condition suspensive définie dans l'alinéa précédent, s'exprime ainsi: « L'obligation ne « peut être exécutée qu'après l'événement. » Cela n'est pas douteux, mais c'est insuffisant. En effet, si la condition ne suspendait que l'exécution, elle ne serait pas autre chose que le terme. Or l'article 1185 implique nettement qu'elle a un effet autre et plus complet: « Le terme, dit-il, diffère de « la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, « dont il retarde seulement l'exécution. » Donc la condition suspend l'obligation elle-même et non pas seulement l'exigibilité de l'obligation; elle suspend le droit lui-même et non pas seulement l'exécution du droit.

Est-ce à dire, alors, que l'obligation n'existe pas pendente conditione, que l'existence de l'obligation est subordonnée, que le rapport de droit se formera seulement si la condition s'accomplit, de telle sorte qu'il n'y ait pour le moment ni créance ni dette, ni créancier ni débiteur? C'est l'idée ancienne; c'était notamment l'idée de Pothier², qui, confor-

^{1.} Suprà, p. 361 et 362.

^{2.} Des obligations, nes 218, 222. - Cpr. Laurent, Principes, XVII, p. 107.

mément à la tradition romaine, n'accordait pas un droit actuel au créancier sous condition suspensive, mais seulement une espérance: ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri. Mais le point de vue moderne est autre. En effet, l'article 1180 dit que « le créancier peut, avant « que la condition soit accomplie, exercer tous les actes « conservatoires de son droit »; dès lors, pendente conditione, il y a un créancier, dont le droit existe. L'article 1179 est conçu dans le même sens: « La condition accomplie a un « effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été con- « tracté... »; l'engagement s'est donc formé, quoique conditionnel, et le droit est transmissible.

L'idée exacte paraît être celle-ci. Aussitôt que la convention est intervenue, l'obligation se forme; d'une façon générale, le droit qui en résulte s'ouvre. Seulement, comme le droit est conditionnel, il n'a pour le moment qu'une existence subordonnée, éventuelle; il reste en suspens; il ne se réalisera définitivement que par l'événement de la condition et

à partir de cet événement.

Ce n'est pas une pure subtilité de doctrine. Les applications apparaîtront plus tard. Contentons-nous pour le moment d'en citer une, qui se produit à propos de l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a « pas d'effet rétroactif. » Nous avons déjà traduit cette formule en disant : la loi nouvelle est sans effet quant aux droits acquis lorsqu'elle apparaît ². Supposons une loi nouvelle survenant pendente conditione. Privera-t-elle le créancier conditionnel du bénéfice de la convention ? Oui, si la convention ne fait naître pour lui qu'une espérance; non, s'il en résulte un droit dès le début.

En résumé, le droit se forme. Mais, pour le moment, il est purement éventuel. Il ne se réalise définitivement que par l'arrivée de la condition, si la condition à laquelle il est subordonné se réalise.

615. Suivons les conséquences de ce principe général. Elles se rattachent toutes aux trois règles que nous allons énoncer.

^{1.} Instit., § 4, De verborum obligationibus, III, 15. — Cpr. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 459.

Première règle.

616. Pendente conditione, tant que l'éventualité subsiste, l'obligation existe, mais son existence est subordonnée à une inconnue, à un événement incertain.

Les conséquences sont au nombre de trois.

a) L'obligation sous condition suspensive ne comporte pour le moment ni poursuites de la part du créancier, ni exécution de la part du débiteur; les effets de cette obligation ne se produiront que si la condition se réalise. De là l'article 1181 alinéa 2: « L'obligation ne peut être exécutée qu'a-« près l'événement. » De là encore l'article 2257: « La pres-« cription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend « d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive. » De là résulte enfin que le débiteur, s'il paie, est armé de la condictio indebiti (article 1186 a contrario).

b) L'obligation, quoique conditionnelle, est susceptible d'être transmise activement et passivement aux héritiers et successeurs des parties; en effet, elle existe, sauf qu'elle ne s'exécute pas pour le moment (article 1179 in fine). La seule exception que comporte cette règle est apportée par l'article 1040; elle s'explique par le caractère tout personnel des

dispositions testamentaires.

c) Le créancier ou acquéreur peut, pendente conditione, exercer les actes conservatoires de son droit éventuel (article 1180). Donnons quelques exemples.

1º Il peut, quand son droit est un droit de créance, inscrire

l'hypothèque qui aurait été établie à tout événement.

2° Il peut agir en vérification d'écritures, s'il a un acte sous seing privé.

3° Il peut interrompre la prescription contre les tiers.

4° Il peut obtenir une collocation hypothécaire à titre provisoire dans un ordre ouvert. Cette solution est incontestée en pratique. On ne peut pas ajourner le créancier sous condition suspensive à se faire colloquer alors que les fonds à distribuer auront été intégralement employés. On l'admet à se faire colloquer provisoirement. Si son droit se réalise, la collocation restera acquise; sinon, il y aura lieu à distribution supplémentaire au profit des autres créanciers du débiteur commun.

Deuxième règle.

617. Lorsque la condition s'accomplit, elle rétroagit, de sorte que la situation, telle qu'elle se fixe alors, est réputée avoir existé dès l'instant où le droit conditionnel s'est ouvert. « La condition accomplie, dit l'article 1179, a un effet « rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. » Il faut généraliser et dire: au moment auquel le droit, quel qu'il soit et quelle qu'en soit la cause, s'est ouvert.

Cette rétroactivité de la condition accomplie est la conséquence naturelle et logique de la situation. En effet, le droit conditionnel s'ouvre à la date de la convention; sa réalisation définitive est seulement subordonnée à l'accomplissement de la condition; quand elle s'accomplit, le droit acquis, dégagé désormais de l'éventualité qui l'affectait et qui disparaît, demeure acquis comme s'il avait été dès le début pur et simple. Tel est le sens de l'article 1179.

618. Quels sont les effets de cette rétroactivité? Ils apparaissent surtout dans les obligations translatives, don-

nant naissance à une obligation de donner.

Prenons l'hypothèse d'une vente. L'acheteur, créancier de la chose, en est devenu propriétaire; son droit, pendente conditione, reste éventuel; une fois la condition accomplie, il aura été seul propriétaire dès le début.

Or de là découlent trois conséquences.

1° Les droits consentis par l'acheteur pendente conditione, éventuels d'abord comme son propre droit, sont acquis définitivement si la condition s'accomplit. Les droits transmis suivent le sort du droit de la personne qui les a constitués. L'article 2125 le dit formellement pour l'hypothèque; la règle doit être étendue à tout droit quelconque constitué ou

transmis pendente conditione par l'acheteur.

2° A l'inverse, les droits consentis pendente conditione par le vendeur, débiteur de la chose, s'évanouissent si la condition s'accomplit. En effet, puisque l'acheteur n'est devenu propriétaire qu'à la condition que l'événement s'accomplisse, le vendeur l'est resté à moins que la condition ne s'accomplisse; il a conservé la propriété résoluble sous la même condition précisément qui suspend le droit de l'acheteur. La condition s'accomplissant, le droit de l'acheteur se consolide rétroactivement, celui du vendeur s'évanouit rétroactivement aussi; par suite, les droits établis par le vendeur tombent: resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. L'article 2125 le dit formellement en ce qui concerne les hypothèques; ici encore la règle doit être étendue à tous autres droits constitués ou transmis par le vendeur pendente conditione.

3° En cas de vente sous condition suspensive, il y a momentanément, pendente conditione, deux propriétaires à la fois, qui le sont l'un et l'autre éventuellement: l'acheteur, qui est devenu propriétaire pour le cas où l'événement s'accomplirait, — le vendeur, qui reste propriétaire à moins que ce même événement ne s'accomplisse. Il en est de même de tout droit existant sous condition suspensive, quelle qu'en soit la cause. Ainsi le veut l'éventualité inhérente à la condition; elle met en présence deux droits, dont l'un disparaîtra rétroactivement quand l'autre se consolidera rétroactivement. Au droit affecté d'une condition suspensive chez l'acquéreur, dans l'espèce chez l'acheteur, correspond nécessairement chez l'aliénateur, dans l'espèce le vendeur, un droit affecté d'une condition résolutoire.

De là vient, en fait, le danger économique des conditions affectant les droits. Elles sont dangereuses au plus haut point pour le crédit. En effet, pendente conditione, tant que subsiste l'éventualité, la propriété est en suspens : l'événement seul apprendra à qui elle appartiendra et aura appartenu; dès lors, aucun droit ne peut être consenti, soit par l'aliénateur soit par l'acquéreur, qui ne soit éventuel. Et l'on voit assez combien cela est dangereux pour le crédit.

De là vient, en théorie, que la condition dite résolutoire n'est pas distincte de la condition suspensive; celle-là n'est qu'un des aspects de celle-ci, sa contre-partie en quelque sorte. Toute condition suspensive au regard de l'acquéreur est résolutoire au regard de l'aliénateur. Nous aurons bientôt à revenir sur ce point.

619. Ainsi s'explique la rétroactivité de la condition accomplie. Et telle en est la raison d'être.

620. La question est discutée de savoir, en cas de vente ou d'aliénation quelconque sous condition suspensive, s'il faut admettre tous les corollaires du principe de la rétroactivité.

Non. En effet, l'article 1179, quoique conçu en termes

généraux, comporte quelques restrictions, notamment les trois suivantes.

La première résulte d'un texte formel. Les deux autres, à défaut de texte, sont admises en pratique.

défaut de texte, sont admises en pratique.

621. Voici la première. Lorsque la condition suspensive s'accomplit, le droit de l'acheteur se réalise définitivement et rétroactivement; celui du vendeur s'évanouit définitivement et rétroactivement; la vente est désormais considérée comme ayant été, dès le début, pure et simple. Tel est le principe.

Comment se règle alors la question des risques?

L'obligation de donner, nous le savons 1, produit quatre effets: 1° elle transfère par elle-même la propriété, — 2° elle emporte l'obligation de livrer la chose, — 3° elle oblige le débiteur à veiller à la conservation de la chose, — 4° elle met les risques à la charge du créancier, dans la vente à la charge de l'acheteur.

Si la vente est pure et simple, elle produit sans conteste ces quatre effets; c'est le cas prévu par l'article 1138. Mais en est-il de même si la vente a été faite sous condition sus-

pensive?

Le premier effet se produit certainement; l'acheteur devient propriétaire, à cela près que son droit, pendente conditione, est éventuel. Le second effet ne se produit certainement pas (article 1181 alinéas 1 et 2). Le troisième effet se produit nécessairement; jusqu'à la livraison, c'est au débiteur qu'il appartient de veiller à la conservation de la chose. Quant au quatrième effet, l'article 1182 contient une disposition spéciale, très importante en pratique et assez difficile à expliquer en théorie.

Si l'on appliquait l'article 4179 à la lettre, on raisonnerait de la manière suivante. En cas d'accomplissement de la condition, les choses se passent comme si la convention avait été pure et simple; or les risques, en cas de convention pure et simple, passent à la charge du créancier; donc, une fois la condition accomplie, ils sont censés avoir été à la charge

du créancier depuis le jour de la vente.

Mais il n'en est point ainsi. Malgré l'article 1179, pendente conditione, même si plus tard la condition s'accomplit, les

^{1.} Suprà, p. 186 et suiv.

risques demeurent à la charge du débiteur, du vendeur (article 1182). Donc, si la chose périt, le vendeur ne peut pas

réclamer son prix.

Voici l'explication qui est ordinairement donnée de cette disposition. La convention a bien été conclue quand les consentements sont intervenus, mais elle ne se réalise à vrai dire qu'à l'événement de la condition; il faut donc que les éléments nécessaires à l'existence de la convention soient encore réunis à ce moment. Or, l'objet ayant disparu, la convention ne se réalise pas plus qu'elle ne pourrait se former 1.

Ce raisonnement est très contestable au point de vue juridique. Supposons qu'une des parties meure pendente conditione. En résultera-t-il un obstacle à ce que la convention se réalise? Evidemment non; il suffira du consentement primitif, ainsi que le dit formellement la seconde phrase de l'article 1179. Mais comment ce résultat serait-il possible, s'il fallait que les conditions de validité existassent au moment où la condition s'accomplit? La vérité est qu'à l'événement de la condition il ne s'agit pas de former un contrat, mais de déduire les conséquences du contrat primitivement formé ².

Il faut considérer l'article 1182 comme une dérogation à l'article 1179, dérogation s'expliquant par une interprétation de volonté. Les parties ne se sont liées qu'en vue d'un résultat au moins possible; si donc à l'événement de la condition la chose n'existe plus, on tient la convention comme ne pouvant ni produire ni avoir produit aucun effet; les risques sont à la charge du vendeur, ce qui revient à dire qu'il ne

peut pas exiger le prix.

622. Notons pour terminer que l'article 1182 distingue trois cas. Le premier est celui où la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur; l'obligation est éteinte. Le second est celui où la chose est détériorée sans la faute du débiteur; le créancier a le choix entre deux partis: résoudre l'obligation, ou bien exiger la chose dans l'état où elle se trouve, mais sans diminution de prix. Enfin le troisième cas est celui où la chose s'est détériorée par la faute du débiteur; le créancier peut encore opter entre deux partis: ré-

2. Bufnoir, Traité de la condition, p. 307.

^{1.} Cette explication est fournie par Pothier: Traité des obligations, nº 219.

soudre l'obligation, ou bien exiger la chose dans l'état où elle se trouve, mais alors avec des dommages-intérêts.

623. Voilà une première dérogation à l'article 1179. Elle concerne les risques, et elle est formelle.

624. En voici deux autres.

Faut-il appliquer l'article 1179 aux actes d'administration, par exemple aux baux? Le créancier, l'acheteur devra-t-il respecter ceux qui ont été consentis par le débiteur, le vendeur?

Faut-il l'appliquer aux fruits? Le débiteur doit-il livrer, avec la chose qui fait l'objet de la convention, les fruits échus ou perçus pendente conditione?

Bien entendu, on devra se conformer à la convention si elle a prévu et réglé ces points. La question ne se pose que

si la convention est muette.

a) En ce qui concerne les actes d'administration, l'article 1179 ne fait aucune distinction, de sorte qu'il n'y a guère de doute au point de vue strictement juridique. Gependant on estime généralement qu'il faut sous-entendre une exception. Pendente conditione, puisque le droit de l'acheteur, du créancier, est en suspens, le débiteur, le vendeur, continue de posséder; donc il administre — paie les impôts, exerce les actions — et peut seul, en fait, accomplir les actes d'administration; il faut que les actes qu'il fait à ce titre tiennent plus tard, sans quoi l'administration serait impossible.

La jurisprudence est en ce sens 1. Elle écarte, ici, l'appli-

cation de l'article 1179.

b) Que décider en ce qui concerne les fruits? La question

se pose dans les contrats translatifs et dans les legs.

Strictement, les fruits sont au propriétaire (article 547); ils doivent donc revenir à celui qui reste définitivement propriétaire. Cependant la jurisprudence est en sens contraire ². Le vendeur livrera la chose, mais non les fruits intérimaires acquis medio tempore; l'héritier, en cas de legs conditionnel, livrera la chose léguée, mais non les fruits acquis medio tempore, qui seront pour lui. Sur cette question comme sur la

^{1.} Paris 19 mai 1835, D. P. 1835.II.97, Sir. 1835.II.256, — Cass. 18 juillet 1854, D. P. 1854.I.357, Sir. 1855.I.36.

^{2.} Bordeaux 11 juin 1842, Dalloz, Répertoire, v° Surenchère, n° 250, — Cass. 18 juillet 1854, D. P. 1854.I.357, Sir. 1855.I.36, — Bourges 25 mars 1872, D. P. 1873.II.151, Sir. 1873.II.278.

précédente, la jurisprudence pose en principe que la rétroactivité établie par l'article 1179 est une fiction, et que les fictions agissent sur ce qui est de droit, non sur ce qui est de fait; par conséquent, lorsque la condition se réalise, tout ce qui aura été accompli dans le domaine des faits tiendra et sera respecté.

625. En résumé, l'article 1179 comporte trois exceptions : l'une formelle et relative aux risques, les deux autres ad-

mises par interprétation.

Troisième règle.

626. Elle est relative à l'autre éventualité possible : celle

où la condition ne s'accomplit pas, vient à défaillir.

Lorsqu'il en est ainsi, le droit se trouve n'avoir existé qu'en prévision et en projet; il s'évanouit avec toutes ses conséquences. Les droits constitués ou transmis par l'acheteur s'évanouissent, puisqu'ils se trouvent avoir été consentis a non domino. Au contraire, les actes accomplis par le vendeur ont force définitive.

C'est assez dire que l'éventualité présente ici, au point de vue du crédit, tous les risques dont nous avons parlé précédemment ².

627. A ces notions se réduit le système de la condition suspensive. Il est tout entier en germe dans la définition que nous en avons donnée: la condition suspensive est celle qui rend le droit éventuel en le subordonnant à un événement futur et incertain.

B. - LA CONDITION RÉSOLUTOIRE.

628. La condition résolutoire est celle qui subordonne à un événement futur et incertain non plus le droit acquis ou transmis, mais sa résolution. Sans suspendre le droit, elle l'expose seulement à être résolu, selon que la condition s'accomplira ou non, c'est-à-dire selon que l'événement arrivera ou non.

^{1.} En ce sens: Demolombe, Contrats, II, nos 400 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, no 98 bis II. — Contrà: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 416, texte et note 62, — Marcadé, article 4179, no 2, — article 4182, no 2, — Laurent, Principes, XVII, nos 84 et 85.

2. Suprà, no 618, in fine.

629. Par suite, l'obligation sous condition résolutoire, au moins sous un rapport, est pure et simple. Dès qu'elle se forme, dès que la convention d'où elle découle est conclue, elle produit immédiatement ses effets. L'obligation sous condition suspensive ne peut être exécutée qu'après l'événement de la condition (article 1181 alinéa 2); la condition résolutoire se sépare nettement de la condition suspensive: aux termes de l'article 1183 alinéa 2, « elle ne « suspend point l'exécution de l'obligation ». S'agit-il d'une convention translative, d'une obligation de donner, par exemple d'une vente, le créancier, par exemple l'acheteur sous condition résolutoire, devient immédiatement propriétaire et peut invoquer dès maintenant toutes les conséquences du droit de propriété. S'agit-il d'une obligation d'autre sorte, le créancier acquiert immédiatement un droit qu'il peut exercer dès maintenant.

Seulement le droit de l'acquéreur ou créancier est résoluble au cas où la condition s'accomplit. Ce n'est plus le droit qui est suspendu, mais la résolution du droit; elle est subordonnée à un événement futur et incertain, comme l'est le

droit lui-même au cas de condition suspensive.

C'est pour exprimer l'effet de cette résolution relativement au créancier qu'on dit : le droit est affecté d'une condition résolutoire. Le second alinéa de l'article 1183 est, dès lors, facile à comprendre : la condition résolutoire « ne suspend « point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le « créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évé- « nement prévu par la condition arrive ». La condition n'affecte pas le droit acquis ; elle affecte la résolution, laquelle se trouve, par conséquent, dépendre d'une condition suspensive.

Les jurisconsultes romains exprimaient très exactement cette idée. Ils ne distinguaient pas les deux conditions en théorie, mais seulement par leurs effets pratiques. Quand ils voulaient caractériser l'obligation dont nous disons aujour-d'hui qu'elle est affectée d'une condition résolutoire, ils disaient: pura est, sed sub conditione resolvitur 1.

En réalité, l'obligation est pure et simple. La résolution

^{1.} Fragm. 2, princ., Dig., De in diem addictione, XVIII, 2, - fragm. 3, Dig., De contrahenda emplione, XVIII, 1.

seule est conditionnelle, et cette résolution est subordonnée à un événement futur et incertain, c'est-à-dire qu'elle est soumise à une condition suspensive.

630. Là est l'idée essentielle. De cette idée découle tout le système de la condition dite résolutoire. Suivons-en le déve-

loppement.

631. Supposons une convention simplement productive d'obligations.

Pura est. Par suite, non seulement l'obligation se forme, mais toutes ses conséquences se produisent. Le créancier peut poursuivre dès maintenant l'exécution; il a tous les droits du créancier, tant principaux qu'auxiliaires (article 1183 alinéa 2).

Sed sub conditione resolvitur. En conséquence, la condition s'accomplissant, l'événement délie les parties. Si l'obligation n'a pas encore été exécutée, elle est éteinte, ainsi que le dit l'article 1134 alinéa 8. Si l'obligation a été exécutée, la résolution s'accomplissant crée une nouvelle obligation en sens inverse de la première : obligation pour le créancier, dont le droit était résoluble, de remettre les choses en l'état (article 1183 in fine).

632. Supposons une convention créant une obligation de donner.

Pura est. Donc, l'acquéreur devient tout de suite propriétaire; les droits de mutation sont exigibles, l'acquéreur a tous les droits et actions inhérents à la propriété. Réciproquement, l'aliénateur cesse d'être propriétaire; s'il s'agit d'une vente, il est tout de suite créancier du prix, qu'il peut exiger.

Sed sub conditione resolvitur. Donc, l'événement de la condition résout la transmission et la résout rétroactivement : in præteritum, ex tunc. Le droit transféré était résoluble ; l'événement s'accomplissant, la transmission est considérée comme n'ayant pas eu lieu ; l'acheteur doit rendre la chose, et le vendeur restituer le prix (article 1483 alinéa 1).

Ici encore, de même qu'au cas d'aliénation sous condition suspensive¹, deux propriétaires sont en présence, ayant l'un et l'autre cette qualité d'une manière éventuelle. L'aliénateur recouvrera rétroactivement la propriété si la condition

^{1.} Supra, nº 618.

de son droit s'accomplit, et sera regardé comme ayant cessé d'être propriétaire dès le jour de l'aliénation si la condition ne s'accomplit pas; l'acquéreur, de son côté, cessera rétroactivement d'être propriétaire si la condition de son droit ne s'accomplit pas, et continuera de l'être dans le cas contraire. Même péril pour le crédit.

633. Bref, la situation est la même qu'au cas de condition

suspensive, sauf que les rôles sont renversés 1.

En cas de vente sous condition suspensive, l'acheteur est propriétaire, mais son droit est éventuellement suspendu par la condition. Le vendeur est propriétaire aussi, mais son droit est résoluble.

En cas de vente sous condition dite résolutoire, l'acheteur devient propriétaire, mais son droit est résoluble. Le vendeur l'est aussi, mais son droit est suspendu à la condition.

La condition qui est suspensive au regard de l'acheteur est résolutoire au regard du vendeur. Réciproquement, la condition qui est résolutoire au regard de l'acheteur est suspensive au regard du vendeur².

634. Aussi, le système légal de la condition résolutoire est-il très simple une fois que le système de la condition suspensive est connu. Les mêmes questions se présentent.

L'article 1179, aux termes duquel « la condition accomplie « a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été con- « tracté », est applicable dans les deux cas. Si la condition s'accomplit, le vendeur, dont le droit était éventuel, est considéré comme n'ayant jamais cessé d'ètre propriétaire; les droits établis ou transmis par lui sont efficaces. L'acheteur, de son côté, est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; les droits par lui établis ou transmis s'évanouissent; resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.

Il y a un assez grand nombre de conditions résolutoires légales; dans toutes cet effet se produit (articles 865, 929, 952, 954, 963, 2125). L'article 1183 généralise l'idée : « La « condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, « opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses « au même état que si l'obligation n'avait pas existé. »

635. Alors les questions que nous avons examinées

^{1.} Suprà, nº 618.

^{2.} Ibid.

précédemment à propos du vendeur vont se poser ici à

propos de l'acheteur dont le droit est résolu.

Faut-il admettre toutes les conséquences du principe d'après lequel la résolution opère rétroactivement? Les applications de la question sont connues. Elle se pose : 1° quant aux actes d'administration passés par l'acquéreur dont le droit est résolu, — 2° quant aux fruits, — 3° quant aux risques.

636. La résolution s'opérant, les actes d'administration accomplis par le créancier, notamment par l'acheteur sous condition résolutoire, devraient tomber, car l'article 1183 ne fait aucune exception. Cependant on les respecte, parce que, pendente conditione, l'acheteur possède; il administre, et, pour que l'administration soit possible, il faut que les actes qu'il fait soient garantis, car la nécessité veut qu'il les fasse. L'article 1673 le décide formellement dans une hypothèse spéciale: celle de la vente à réméré; il doit être regardé

comme une application du droit commun.

637. Quant aux fruits, la solution est la même. Strictement, l'acquéreur devrait les rendre, car l'article 1183 ne fait aucune exception. On admet cependant qu'il les garde; de même qu'on les laisse au vendeur dans le cas de condition suspensive, on les regarde ici comme devant rester à l'acheteur. La fiction de rétroactivité opère sur ce qui est de droit, non sur ce qui est de fait. Quelques textes spéciaux se prononcent en ce sens dans des hypothèses particulières: l'article 928, dans l'hypothèse de la réduction d'un don ou d'un legs, — l'article 962, au cas de révocation d'une donation pour survenance d'enfants; la solution doit être étendue à toutes autres résolutions, que la condition résulte de la convention ou de la loi.

Aussi, quand il s'agit de conventions n'ayant pour objet que des droits de jouissance, la résolution agit seulement pour l'avenir, in futurum, ex nunc. Il en est ainsi, notamment, dans le louage. La résolution s'appelle ici la résiliation (article 1729); et la résiliation se distingue de la résolution ordinaire, en ce qu'elle ne fait cesser le bail que pour l'avenir, les effets qu'il produit dans le passé étant maintenus ².

^{1.} Suprà, nos 620 et suiv.

^{2.} Cass. 8 novembre 1882, D. P. 1883.I. 305, Sir. 1884.I.333.

638. Enfin, quant aux risques, aucun doute ne saurait exister. Fixons bien l'hypothèse. Soit une vente faite sous condition résolutoire; elle est exécutée; l'acheteur acquiert un droit résoluble, le vendeur garde un droit éventuel. Pendente conditione, la chose périt par cas fortuit; puis la condition s'accomplit. A qui incombe la charge des risques?

L'article 1182 résout la question au cas de condition suspensive. Les risques restent pour le vendeur, bien qu'il soit de principe que la condition accomplie rétroagit. Et nous

avons vu pourquoi 1.

Dans le paragraphe 3 (articles 1183 et 1184), relatif à la condition résolutoire, la loi est muette. Que faut-il admettre?

Strictement, si l'on appliquait l'article 1183 alinéa 1 à la lettre, on mettrait les risques à la charge du vendeur. En effet, ce texte porte : « La condition résolutoire est celle qui, « lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, « et qui remet les choses au même état que si l'obligation « n'avait pas existé .» Or, si la convention n'était pas intervenue, il est clair que la chose eût péri pour le vendeur, qui n'aurait pas cessé d'être propriétaire. Donc les risques sont à sa charge ; il doit rembourser le prix touché quoique la chose ne lui soit pas restituée.

Cependant, l'opinion la plus générale ² laisse les risques à la charge de l'acheteur; de telle sorte que, ne rendant pas la chose, il ne peut exiger la restitution du prix. Cette solution apparaît comme une conséquence de l'article 1182, précisément parce que la condition dite résolutoire n'est qu'une application particulière de la condition suspensive; les rôles

sont simplement renversés.

Quelle est la situation des parties? Aux termes de l'articles 1183 alinéa 2, la condition résolutoire « ne suspend « point l'exécution de l'obligation »; par conséquent, l'acheteur devient propriétaire et le vendeur est payé. L'article ajoute: « elle oblige seulement le créancier à restituer ce « qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la con-« dition arrive .» Par conséquent, l'acheteur, dans la vente

1. Suprà, nº 621.

^{2.} En ce sens: Demolombe, Contrats, II, nº 461, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 302, p. 122, texte et note 70, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 102 bis IV, — Laurent, Principes, XVII, nº 110.

sous condition résolutoire, est tenu d'une obligation de donner si la condition s'accomplit; il se trouve, dès lors, exactement dans la même situation que le vendeur dans la vente sous condition suspensive: l'un et l'autre sont obligés de livrer et cessent rétroactivement d'avoir été propriétaires si la condition s'accomplit, ils ont tous deux un droit résoluble.

Ce qui résulte de l'article 1182, c'est que les risques sont pour celui qui a le droit résoluble. Dans la vente sous condition suspensive, le vendeur, libéré de l'obligation de livrer la chose périe pendente conditione, ne peut pas exiger le paiement du prix; de même, dans la vente sous condition résolutoire, l'acheteur, libéré de l'obligation de restituer, ne peut pas exiger la restitution du prix. Les choses restent en l'état.

L'idée est toujours la même. Les situations sont identiques. L'article 1182 suffit aux deux cas; un texte spécial dans le § 3 de notre section aurait fait double emploi : dans les deux cas, les risques sont pour celui qui a un droit résoluble.

Cette question présente un intérêt pratique considérable. Cependant — chose singulière — la jurisprudence française ne paraît pas avoir eu jusqu'à présent l'occasion de se prononcer sur elle. Le seul document de jurisprudence que contiennent les recueils est un arrêt de la Haute-Cour des Pays-Bas, qui remonte à 1879 et qui a beaucoup surpris¹; rompant en visière avec la doctrine générale, il décide que les risques, au cas d'accomplissement de la condition résolutoire, sont pour le vendeur, et que par conséquent celui-ci, bien qu'il ne reçoive pas la chose, n'en doit pas moins restituer le prix. C'est l'application textuelle de l'article 1183. Seulement, au point de vue théorique, cette application est en contradiction manifeste avec ce que décide l'article 1182 pour le cas de condition suspensive; or la situation est la même, encore une fois, sauf que les rôles sont renversés.

639. Le système de la condition dite résolutoire se réduit à ces quelques notions.

640. Cependant, un dernier point reste à régler. Quand la condition s'accomplit, comment la résolution s'opère-t-elle?

^{1.} Haute-Cour des Pays-Bas 19 décembre 1879, D. P. 1880, II.90.

Cela dépend. La résolution s'opère de façons différentes dans deux séries d'hypothèses, qu'il importe d'isoler avec soin. Si le droit soumis à résolution y a été soumis par une convention, la résolution a lieu de plein droit. Si c'est la loi qui rend le droit résoluble, la résolution ne peut s'opérer

que par décision de justice.

Cette distinction, sans être faite explicitement ni surtout d'une façon générale, est supposée par l'article 1184 alinéa 2. L'alinéa 1 parle de la condition résolutoire qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques; et l'alinéa 2 continue: « Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de « plein droit. » Cela implique qu'il y a d'autres cas dans lesquels, par antithèse, la condition résolutoire opère de plein droit.

Deux questions se posent à cet égard. Elles consistent à savoir : 1° quel est le fondement de la distinction, — 2° quelles en sont les conséquences pratiques.

641. Il est toute une catégorie de conditions résolutoires à propos desquelles on admet sans conteste que la résolution s'opère de plein droit lorsque la condition à laquelle elle est subordonnée s'accomplit. Ce sont les conditions résolutoires conventionnelles, c'est-à-dire stipulées par les parties elles-

mêmes, insérées par elles dans la convention.

Les exemples abondent. Vendant mon immeuble, je me réserve par le contrat la faculté de le reprendre dans un délai déterminé, moyennant la restitution du prix; c'est ce qu'on appelle la clause de réméré (articles 1659 et suivants): elle donne naissance à une condition résolutoire potestative de la part du vendeur. Faisant une donation, je me réserve de reprendre la chose donnée si le donataire meurt sans postérité (article 951); c'est la clause dite de retour conventionnel. Il est inutile de multiplier les exemples; il y en a de nombreux dans les textes.

Dans ces cas et autres semblables, il est loisible aux parties de stipuler expressément que l'accomplissement de la condition à laquelle la résolution est subordonnée n'entrainera pas de plein droit la résolution, et que celle-ci ne pourra s'opérer que par décision de justice. Une stipulation de ce genre est évidemment licite; et elle doit être considérée, quand elle intervient, comme faisant la loi des parties, conformément à l'article 1134. Mais les stipulations de ce genre sont extrêmement rares dans la pratique; et s'il était indispensable de signaler qu'elles peuvent intervenir, il est superflu de s'y attarder plus longtemps. En parlant de la condition résolutoire conventionnelle, nous supposerons désormais que cette condition a été insérée dans la convention sans aucune stipulation spéciale; les parties se sont contentées de dire que la convention sera résolue si tel événement se produit.

Lorsque la convention est conçue de la sorte, la résolution s'opère de droit, sans qu'il soit nécessaire de la faire prononcer par justice, par le seul fait de l'accomplissement de l'événement pris comme condition et à la date de cet accomplissement. C'est l'application de l'article 1134. La convention fait la loi des parties; or elles ont dit que la convention serait résolue si tel événement arrivait, et l'événement arrive; donc la convention s'évanouit et la résolution a lieu de plein droit.

L'article 1183 le donne clairement à entendre; la condition résolutoire, dit-il, opère la révocation de l'obligation « lorsqu'elle s'accomplit », c'est-à-dire au moment où elle s'accomplit, par cela seul qu'elle s'accomplit. L'article 1184 confirme cette interprétation en disant que la règle est différente dans l'hypothèse de la condition résolutoire sousentendue dans les contrats synallagmatiques: « Dans ce « cas le contrat n'est point résolu de plein droit. »

642. Donc, dans les hypothèses où la condition résolutoire est conventionnelle, la résolution s'opère de plein droit.

De là résultent les conséquences suivantes.

4° Il n'est nécessaire ni que la résolution soit demandée, ni à plus forte raison qu'elle soit prononcée en justice; le déplacement du droit, la condition s'accomplissant, s'effectue légalement, ipso jure. De même que dans les contrats translatifs le droit cédé passe de l'aliénateur à l'acquéreur par le seul effet de la convention, de même en cas de résolution conventionnelle le droit résolu repasse de l'acquéreur à l'aliénateur par le seul événement de la condition. Sous réserve, bien entendu, de la nécessité, toujours inévitable, de recourir aux tribunaux en cas de résistance d'une des parties à subir les effets de la convention; mais les effets de la résolu-

tion ne se seront pas moins produits par le fait et à la date de l'événement.

2° Et cette deuxième conséquence n'est qu'un corollaire de la précédente au cas où il s'agit d'une convention translative, par exemple d'une vente. Le vendeur, d'une façon plus générale l'aliénateur, redevient propriétaire par le seul fait de l'événement de la condition résolutoire, et recouvre tous les droits inhérents à la propriété. Notamment, il peut agir aussitôt en revendication et a le bénéfice de l'action réelle. Il n'a pas à exercer l'action résolutoire, puisque la résolution s'est opérée ipso jure; il agit en vertu du droit de propriété reconstitué à son profit par la résolution.

3° La résolution peut être invoquée par toute personne intéressée, car elle s'est opérée légalement. Les créanciers du vendeur redevenu propriétaire peuvent immédiatement saisir le bien rentré dans le patrimoine de leur débiteur.

4° Les parties ne peuvent pas, même d'un commun accord, renoncer à la résolution; elle s'est opérée de plein droit, par conséquent sans elles. Elles pourraient seulement faire un nouveau contrat en sens contraire; mais alors ce serait une nouvelle aliénation.

5° Le juge, en cas de résistance de l'acquéreur à remettre les choses en l'état, ne saurait accorder aucun délai pour la restitution. En effet, le demandeur agit comme propriétaire; et il n'y a place pour le délai de grâce qu'en matière d'obligations, non en matière de droits réels (article 1144).

643. Voilà une catégorie de cas dans lesquels la réponse à la question posée ne fait aucune difficulté. Par l'effet des conditions résolutoires conventionnelles, la résolution s'opère de plein droit ¹. C'est l'hypothèse de l'article 1183.

644. Par contre, il est un cas — d'une application très générale, il est vrai, et qui en contient, par suite, un grand nombre d'autres — où, sans conteste encore, il en est autrement.

Ce cas est celui de la condition résolutoire qu'on appelle plus spécialement, quoique ce nom convienne à beaucoup

^{1.} Nous avons réservé une fois pour toutes (suprà, p. 384) l'hypothèse dans laquelle la convention contient une stipulation spéciale, portant que la résolution ne s'opérera pas de plein droit et subordonnant la résolution à une décision de justice.

d'autres, la condition résolutoire tacite. Elle est dite tacite en ce sens qu'elle est sous-entendue par la loi; donc elle n'est plus conventionnelle, comme celles dont nous venons de parler, mais légale. « La condition résolutoire, dit l'ar-« ticle 1184 alinéa 1, est toujours sous-entendue dans les « contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux « parties ne satisfera point à son engagement. »

Il y a lieu à résolution pour inexécution partielle aussi bien que totale. Et il n'y a pas à distinguer suivant que l'une des parties manque à remplir son engagement par une résistance indue, ou bien par impossibilité ou cas fortuit ¹.

Ainsi, il s'agit d'une vente: « Si l'acheteur ne paie pas le « prix, dit l'article 1654, le vendeur peut demander la réso- « lution de la vente. » Il s'agit d'un louage: « Si le preneur « emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel « elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage « pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, « faire résilier le bail »; la résiliation n'est pas autre chose que la résolution, sous un nom particulier ².

La condition résolutoire est sous-entendue, dit l'article 1184, « dans les contrats synallagmatiques », autrement dit dans ceux qui donnent naissance à des obligations réciproques, dans ceux où les deux parties sont à la fois créancières et débitrices.

645. L'admission de la condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmatiques s'explique aisément en fait et en droit.

En fait, d'abord. L'une des parties aurait évidemment mauvaise grâce à réclamer l'exécution de la convention quant aux droits qui en résultent pour elle, lorsqu'elle ne l'exécute pas quant aux obligations qui en découlent.

En droit, la faculté pour chacune des deux parties de demander la résolution au cas d'inexécution par l'autre se rattache directement à la théorie de la cause ³. Pas d'obligation sans cause, dit l'article 1131. Faute de cause à l'origine, la

^{1.} Demolombe, Contrats, II, nº 497, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, p. 127, — Laurent, Principes, XVII, p. 124, — Labbé, Nouvelle revue historique, 1888, p. 377. — Sur le cas particulier de la force majeure, voy. dans le sens de l'opinion exprimée au texte : Cass. 30 avril 1878, D. P. 1878.I.349, Sir. 1879.I.200, — 14 avril 1891, D. P. 1891.I.329, Sir. 1894.I.391.

^{2.} Suprà, nº 637 in fine, p. 380.

^{3.} Voy. suprà, p. 110 et suiv., - spécialement p. 122.

convention ne se serait pas formée; si, dans la vente, il n'y a pas eu de prix stipulé, le vendeur n'est pas tenu, la cause de son obligation de livrer faisant défaut. Mais, pour que la convention valablement formée tienne et que ses effets subsistent, il ne suffit pas qu'il y ait eu une cause initiale, il faut que cette cause reste effective; si donc l'acheteur ne paie pas, l'obligation du vendeur, qui a eu originairement une cause en droit, se trouve n'avoir qu'une cause nominale en fait, et le vendeur peut demander la résolution. L'acheteur a le même droit si le vendeur ne livre pas la chose vendue. Aussi les Romains qualifiaient-ils cette action de condictio causa data causa non secuta 1, pour inexécution de la cause de l'obligation. L'article 1184 est une application indirecte de l'article 1131.

646. Si l'on explique l'article 1184 de la sorte, il faut convenir que la formule employée par le texte est trop étroite. Ce n'est pas seulement dans les contrats synallagmatiques, d'où naissent des obligations réciproques se servant d'équivalents, que la condition résolutoire doit être regardée comme sous-entendue. Il faut étendre la disposition et l'appliquer à tous les contrats qui sont intéressés de part et d'autre, à tous les contrats à titre onéreux, fussent-ils unilatéraux; celle des parties dont l'intérêt ne reçoit pas la satisfaction attendue peut demander la résolution, parce que son engagement se trouve, en fait, dénué de la cause qui l'expliquait. Cela dépasse, il est vrai, les termes de l'article 1184; mais cela est conforme à l'esprit de ce texte. Qu'importe que le contrat soit synallagmatique, ou unilatéral à titre onéreux??

L'erreur commise dans la rédaction de l'article 1184 s'ex-

plique aisément. Voici de quelle manière.

1º L'article 1184 a été emprunté à Pothier et pris dans un passage ³ où Pothier n'appliquait l'idée qu'aux contrats synallagmatiques, ce qui ne voulait pas dire qu'elle ne fût pas applicable à d'autres contrats.

2º L'article 1184 ne parle que des contrats synallagmatiques parce que les rédacteurs du Code civil n'ont jamais

^{1.} Voy. au Digeste le titre consacré à cette action: De condictione causa data causa non secuta, XII, 4.

^{2.} En ce sens: Demolombe, *Contrats*, II, nº 493, — Larombière, sur l'article 1184, nº 3, — Valette, sur Proudhon, I, p. 65.

^{3.} Traité des obligations, nº 672, in fine.

bien distingué les contrats à titre onéreux des contrats synallagmatiques. La preuve de cette confusion apparaît nettement dans l'article 1106 ¹. Si l'article 1184 vise les contrats synallagmatiques, c'est en prenant l'expression dans le sens que lui donne l'article 1106, comme synonyme de contrats à titre onéreux.

Cependant, certains auteurs ² restreignent l'application de l'article 1184 aux contrats synallagmatiques; dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, disent-ils, la résolution n'est possible que moyennant un pacte commissoire, en d'autres termes à la condition d'avoir été stipulée. Mais il ne faut point hésiter à admettre que l'article 1184 s'applique à tous les contrats à titre onéreux. Cette solution est conforme à toute la tradition. La théorie de la condition résolutoire a été d'abord appliquée, en droit romain, dans les contrats innommés, qui étaient bien à titre onéreux, mais qui n'étaient jamais synallagmatiques ³; elle a été comprise de la même manière dans l'ancien droit ⁴; et il ne suffit pas d'une méprise de langage de la part des rédacteurs du Code civil pour modifier la doctrine traditionnelle.

647. La question ne se pose pas pour les constitutions de rentes, auxquelles l'article 1977 applique la condition résolutoire, en édictant d'ailleurs, pour ce qui les concerne, quelques règles spéciales. L'article 953 l'applique de même aux donations, et l'article 1046 aux legs.

Mais la question se pose pour le prêt à intérêt. C'est un contrat intéressé de part et d'autre, mais non pas un contrat synallagmatique, car l'emprunteur seul est obligé. Supposons qu'il ne paie pas les intérêts. La condition résolutoire expresse peut certainement être stipulée. Mais il peut arriver que la convention ne contienne aucune stipulation de ce

^{1.} Supra, nº 44, p. 24.

^{2.} Sic: Laurent, Principes, XVII, nº 123, — Baudry-Lacantinerie, Précis, 3º édition, II, p. 665 et 668. — Aubry et Rau font une distinction. L'article 1184 ne s'applique qu'aux contrats parfaitement synallagmatiques. Dans les contrats imparfaitement synallagmatiques et dans les contrats unilatéraux, l'inexécution des obligations incombant à l'une des parties donne lieu à une déchéance contre elle: c'est ce qui se produit dans les cas prévus aux articles 618, 1912 et 2082; mais on ne peut pas dire qu'il y ait véritablement résolution du contrat (5º édition, IV, § 302, p. 125, note 79).

^{3.} Voy. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 574.

^{4.} Voy. Pandectes françaises alphabétiques, vº Obligations, nº 917 et suiv., — Pothier, Traité de la vente, nº 476, — Traité des obligations, nº 672.

genre. Le prêteur peut-il invoquer l'article 1184? Oui, sans aucun doute 1.

Il faut appliquer de même l'article 1184 à tous les contrats à titre onéreux, par exemple au gage (articles 2080 et 2083) et même au prêt simple (article 1880) 2. Toutefois il y a une particularité pour la rente viagère (article 1978) 2, et peutêtre une exception pour le partage '.

648. La condition résolutoire tacite a donc une portée très générale et des applications nombreuses. Or ici la résolution n'a pas lieu de plein droit. L'accomplissement de la condition, de l'événement pris comme condition, donne seulement aux parties le droit d'agir en résolution ; la réso-

lution ne résulte que du jugement.

L'article 1184 est formel. Et la règle s'explique rationnellement. La condition résolutoire expresse est une clause de la convention; or « les conventions légalement « formées, dit l'article 1134, tiennent lieu de loi à ceux qui « les ont faites ». Au contraire, la condition résolutoire tacite est un droit que la loi confère à titre de protection. comme une protection jugée nécessaire; la loi ne résout pas l'obligation, elle autorise à en demander la résolution. Il suffit, pour la protection des intérêts engagés, que la loi donne le droit d'agir; il n'est pas nécessaire qu'elle prenne l'initiative de rompre elle-même le lien, d'opérer directement la résolution.

649. De là cinq conséquences, qui font antithèse à celles que nous avons rencontrées à propos de la condition résolutoire conventionnelle 5.

^{1.} La jurisprudence incline à accorder aux juges le droit de rechercher. dans chaque cas, si l'inexécution a été suffisamment grave pour entraîner la résolution, ou si elle ne doit pas être uniquement sanctionnée par une allocation de dommages-intérêts : Cass. 26 mai 1868, D. P. 1869.I.365, Sir. 1868. I. 336, - 5 janvier 1876, D. P. 1876. I. 267, Sir. 1876. I. 104, - 11 avril 1888, D. P. 1889.I 248, — 11 avril 1888, D. P. 1892.I.155. 2. Paris 23 avril 1831, Sir. 1831.II.162.

^{3.} On doit regarder comme licite la clause en vertu de laquelle les parties stipulent la résolution d'un contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages : Aubry et Rau, 5º édition, IV, p. 892, - Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, VIII, nº 193 bis VII, - Cass. 13 mars 1888, D. P. 1888. I.357, Sir. 1890. I.169.

^{4.} Aubry et Rau, 4º édition, VI. § 625, p. 562, - Demolombe, Successions, V, no 308, — Laurent, Principes, X, no 412, — Baudry-Lacantinerie et Barde, II, nº 909.

^{5.} Suprà, nº 642, p. 384.

1° La résolution n'a lieu que si elle est demandée et prononcée (article 1184 alinéa 3). Par conséquent, la partie peut poursuivre l'exécution, car la convention tient (article 1184 alinéa 2); et la partie poursuivie peut s'exécuter au cours de l'instance.

2º La résolution ne peut être demandée que par la partie intéressée, ou par ses créanciers agissant en vertu de l'article 1166.

3° Les parties peuvent renoncer à la résolution moyennant un arrangement pris, puisque rien ne se produit que sur la demande.

4º Les tribunaux peuvent, en tout cas, accorder des délais (article 1184 alinéa 3).

5° Au cas de convention translative, l'action en résolution est personnelle, car le demandeur, au moment où il agit, n'a pas recouvré le droit réel; au lieu que la condition résolutoire expresse donne ouverture à l'action en revendication, qui est réelle. Etant personnelle, l'action ne peut être dirigée contre les tiers qu'à la condition de mettre en cause l'obligé et d'assigner les tiers en déclaration de jugement commun. Souvent on qualifie l'action en résolution d'action réelle, parce que ses effets rejaillissent sur les tiers; mais elle est en réalité personnelle: le vendeur agit en résolution contre l'acheteur, et contre les tiers en déclaration de jugement commun. Ajoutons qu'elle peut être exercée sans aucune mise en demeure préalable; une demande en justice est nécessaire, et cette demande constitue la plus énergique des mises en demeure (article 1139) ¹.

Toutes ces conséquences sont importantes. Elles s'imposent comme des corollaires logiques de la règle admise.

650. Mais ce n'est là que la situation légale. Il dépend des parties que la condition résolutoire, dans le cas de l'article 1184, opère plus rigoureusement. Elles peuvent stipuler qu'en cas d'inexécution la convention sera résolue de plein droit, sans qu'il soit besoin de s'adresser aux juges, et sans que l'autre partie puisse empêcher la résolution.

Une pareille convention n'a manifestement rien de con-

Cass. 29 novembre 1882, D. P. 1883.I.376, Sir. 1884.I.311, — 2 juillet 1883, Le Droit du 19 octobre, — 15 novembre 1887, Le Droit du 5 juillet 1888.
 — Cpr. la note de M. Planiol dans D. P. 1898.I.289, — et Charmont, Revue critique, 1899, p. 65 et suiv.

traire à l'ordre public; sa rigueur ne frappe que la partie négligente. La condition résolutoire cesse alors d'être légale pour devenir conventionnelle; elle opère comme la condition résolutoire conventionnelle.

Les parties peuvent insérer de la sorte une condition résolutoire conventionnelle, opérant de droit, dans une convention quelconque. Elles peuvent, a fortiori, dans le cas où la loi déclare elle-même tel ou tel droit résoluble, compléter l'effet de la résolution éventuelle en la faisant opérer de plein droit ²; la loi ne prévoit pas cette stipulation dans l'article 1184, mais elle la prévoit dans quelques-unes des applications de ce texte.

651. La stipulation ayant cet objet était connue dans le droit romain sous le nom de lex commissoria; on l'appelle souvent le pacte commissoire exprès. Elle ajoute quelque chose à la résolution, en ce sens que celle-ci opère sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prononcée en justice; la convention transforme la condition résolutoire tacite en condition résolutoire expresse, afin qu'elle opère conformément à l'article 1183 et non pas conformément à l'article 1184; ou encore la convention introduit la condition résolutoire expresse dans une convention qui ne la renfermait pas primitivement.

Quand un pacte commissoire est intervenu, les conséquences se produisent en sens inverse de celles que nous avons signalées précédemment. Le pacte commissoire opère de plein droit; il n'y a pas de délai de grâce possible; l'action est réelle.

Seulement, même dans ce cas, il faut au moins une mise en demeure ³; tant que le débiteur n'est pas en demeure, il peut, nonobstant l'accomplissement de la condition résolutoire, exécuter utilement la convention. L'absence d'une mise

1. Sur le sens dans lequel nous prenons ici l'expression « condition résolu-« toire conventionnelle », voy. suprà, p. 384, — et p. 385, note 1.

^{2.} Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 105 bis II, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 130, texte et note 84, — Demolombe, Contrats, II, nº 551, — Laurent, Principes, XVII, nº 161. — Cass. 2 juillet 1860, D. P. 1860.I.284, Sir. 1860.I.705, — 29 novembre 1886, D. P. 1887.I.388, Sir. 1887.I.63.

^{3.} Sic: Demolombe, Contrats, II, no 554, — Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 302, p. 84, texte et note 85, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, no 105 bis II. — Contrà: Cass. 19 novembre 1886, D. P, 1887.I. 388, Sir. 1887.I.63.

en demeure fait supposer que le créancier n'a pas d'intérêt, et alors la résolution ne se produit pas. L'article 1656 pose cette règle en matière de vente; bien que cet article soit spécial à la vente, il doit être considéré comme faisant application d'un principe général. Une fois le débiteur mis en demeure, le juge ne peut plus accorder de délais 1; et des offres faites ultérieurement ne sauraient effacer la résolution encourue 2.

Toutefois, rien n'empêche les parties de convenir que la résolution aura lieu par la seule échéance du terme, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure; mais il faut une convention formelle (article 1139 in fine)³. Il y a même un cas où il en est ainsi de droit: c'est celui que prévoit l'article 1657.

652. La pratique du pacte commissoire est surtout courante en cas de bail.

La condition résolutoire est sous-entendue dans les baux (article 1184). La convention peut ajouter que la résolution s'opérera de droit, même qu'elle s'opérera sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, cas auquel le bailleur, au lieu d'avoir à demander la résolution, procédera seulement par une demande en expulsion de lieux, si le preneur résiste 4.

653. Ainsi, au point de vue de la façon dont elles opèrent, il y a lieu de distinguer deux catégories de conditions résolutoires: les conditions résolutoires conventionnelles 5, puis la condition résolutoire légale de l'article 1184.

Reste maintenant à savoir de quelle manière opèrent les conditions résolutoires légales autres que celle de l'article 1184.

^{1.} Cass. 2 juillet 1860, D. P. 1860.I.284, Sir. 1860.I.705, — Orléans 9 novembre 1860, D. P. 1861.II.54, Sir. 1861.II.144, — Liège 9 février 1871, Pasicrisie, 1871.II.210.

^{2.} Cass. 9 juin 1869, Sir. 1869, I. 405.

^{3.} Les termes de l'article 1139 n'étant pas sacramentels, la dispense de mise en demeure peut s'induire de l'ensemble des clauses de l'acte, si d'ailleurs il n'existe aucun doute sur la volonté des contractants : Demolombe, Contrats, I, nº 432, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 308, p. 151, — Cass. 18 février 1856, D. P. 1856.I.560, Sir. 1857.I.40, — 16 mai 1882, D. P. 1883. I. 175, Sir. 1884. I. 154.

^{4.} Cass. 2 juillet 1860, D. P. 1860.I.284, Sir. 1860.I.705, — 29 novembre 1886, D. P. 1887.I.388, Sir. 1887.I.63.

^{5.} Cpr. supra, p. 384, — et p. 385, note 1.

Il en existe un assez grand nombre en matière de donations.

A propos de quelques-unes, la loi s'explique d'une manière expresse sur la manière dont elles opèrent. La révocation d'une donation pour survenance d'enfant opère de plein droit (article 960); le législateur considère cette résolution comme d'ordre public et veut qu'elle opère avec une énergie particulière. La résolution prévue par l'article 1657, en matière de vente, opère de la même manière. Au contraire, la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu de plein droit (article 956).

Que décider dans les cas où la question n'est pas résolue

par un texte?

Par exemple, les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables (article 1096), ce qui revient à dire que toutes ces donations sont légalement affectées d'une condition résolutoire, laquelle consiste dans la révocation par l'époux donateur. Lorsque cette condition se réalise, la résolution de la donation se produit-elle de plein droit? Oui, sans aucun doute.

La question est plus délicate en ce qui concerne le rapport et la réduction. La loi décide que les dispositions à titre gratuit sont résolues lorsque viennent à se produire les événements qui donnent ouverture soit au rapport, soit à la réduction, ce qui constitue une véritable condition résolutoire légale. Ét il semble bien que la résolution, dans les deux cas, s'opère de droit. Dès que les événements donnant ouverture au rapport ou à la réduction se sont produits, le droit du bénéficiaire est résolu, sans qu'il y ait besoin que la résolution soit prononcée par justice. Sans doute il peut y avoir lieu à une action soit en rapport, soit en réduction ; mais l'office du juge saisi de cette action ne consiste pas à prononcer la résolution, comme dans le cas de l'article 1184; il consiste à constater, en cas de contestation, que les événements donnant ouverture à la résolution se sont produits et que, par conséquent, la résolution se trouve acquise. Mais nous ne pouvons ici que signaler la question et renvoyer aux articles 857 et 865 en ce qui concerne le rapport, 928 et 930 en ce qui concerne la réduction.

II. De la condition envisagée comme étant l'événement futur et incertain auquel le rapport de droit est subordonné.

654. C'est l'objet de la plupart des articles du § 1 de la section première (articles 1168 et suivants). Ils divisent les conditions d'après la nature et le caractère de l'événement auquel le droit est subordonné. Sous ce rapport, ils distinguent diverses espèces de conditions et font, en particulier, les deux classifications suivantes: 1° classification des conditions suivant qu'elles sont possibles ou impossibles, licites ou illicites, contraires ou non aux bonnes mœurs, — 2° classification des conditions casuelles, potestatives ou mixtes.

1. CONDITIONS POSSIBLES OU IMPOSSIBLES, LICITES OU ILLICITES, CONTRAIRES OU NON AUX BONNES MŒURS

655. L'article 1172 est ainsi conçu : « Toute condition « d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, « ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la conven- « tion qui en dépend. »

La condition revêt l'un ou l'autre des caractères prévus par le texte selon que le fait pris comme condition est possible ou non quant à sa réalisation, licite ou non, contraire ou non aux bonnes mœurs ¹.

A. Conditions impossibles.

656. L'impossibilité peut être soit matérielle ou physique, soit juridique.

657. La condition matériellement impossible est celle qui consiste dans un événement qui est insusceptible de se réaliser parce qu'il est contraire aux lois de la nature ².

La pratique n'offre pas d'exemples de conditions entachées d'une pareille impossibilité. Les romains avaient forgé un exemple, qui est classique: si cœlum digito tetigeris; Pothier en a imaginé un autre: si vous faites un triangle sans angles 3; on peut ajouter celui-ci: si vous résolvez le problème

3. Traité des Obligations, nº 204.

^{1.} Voy. sur cette matière Bartin, Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs. Paris, 1887.

^{2.} Capitant, Introduction à l'étude du Droit civil, 2º édition, p. 322 et 323.

de la quadrature du cercle. Tous exemples dépourvus d'intérêt, parce qu'ils n'ont pas un caractère pratique. Il est même difficile de concevoir qu'une condition de ce genre intervienne sans déceler, par là-même, l'insanité d'esprit de

l'auteur ou des auteurs de l'acte qu'elle affecte 1.

Pour trouver des exemples vraiment pratiques, il faudrait supposer que l'impossibilité matérielle est seulement relative, et non pas absolue. Mais alors, nous serions en présence d'une condition difficile et non pas impossible, de sorte que l'article 1172 cesserait d'être applicable. Ainsi, l'article 1172 est inapplicable dans le cas suivant. *Primus* vend une succession, et l'acheteur stipule qu'il ne paiera pas son prix tant que la preuve ne sera pas faite que le cédant est seul héritier. L'obligation est-elle nulle à raison de l'impossibilité de la condition? On l'a soutenu. Mais la jurisprudence s'est prononcée avec raison en sens contraire ². La preuve d'un fait négatif est difficile à fournir, mais non pas impossible; le vendeur satisfait à la condition quand il a fait la preuve dans la mesure que comportent les circonstances.

658. La condition juridiquement impossible est celle qui consiste dans un événement qui est insusceptible de se réaliser parce qu'il est contraire aux principes du droit ³. Par exemple, je vous vends un immeuble à la condition qu'il sera perpétuellement inaliénable entre vos mains; ou bien je vous consens un prêt à la condition que vous émanciperez

1. Capitant, loc. cit., p. 323.

L'empêchement qui s'oppose à l'accomplissement de la condition doit exister au moment de la convention; s'il est survenu depuis lors, la condition ne doit pas être considérée comme impossible, mais comme ayant défailli : Aubry et Rau, loc. cit., texte et note 19 bis, — Laurent, Principes, XVII, nº 42; — Rennes 2 décembre 1890 et Cass. 2 mai 1892, D. P. 1893.I.501, — Besançon 17 mars 1897, D. P. 1898.II.211.

2. Gand 19 janvier 1871, Pasicrisie, 1871.II.237. — Voy. Laurent, Principes, XVII, p. 61.

3. Capitant, loc. cit., p. 322 et 323.

L'article 1172, quand il parle des conditions impossibles, entend parler d'une impossibilité existant à l'égard de tout le monde; une impossibilité purement relative de la part de celui qui a contracté l'obligation ne vicierait point la convention: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 101, texte et note 17, — Demolombe, Donations et testaments, I, n° 223, — Contrats, II, n° 303, — Laurent, Principes, VII, n° 41; — trib. de Lyon 26 mai 1875, Moniteur judiciaire de Lyon du 9 septembre 1875. — Secus, Larombière, articles 1172 et 1173, n° 3.

votre enfant avant qu'il ait atteint l'âge de quinze ans exigé par l'article 477 1.

B. Conditions illicites.

659. La condition illicite est celle qui consiste dans un événement qui est susceptible de se réaliser, mais qui est contraire à la loi². C'est ce qui la distingue de la condition juridiquement impossible, laquelle est un événement non seulement contraire à la loi, mais juridiquement irréalisable ³.

En conséquence, toute condition qui a pour but de déterminer une personne à déroger à une loi d'ordre public est illicite.

Il y a nécessairement violation d'une loi d'ordre public quand l'acte dont l'accomplissement est imposé a un caractère illicite ⁴. Par exemple je vous promets telle somme si vous commettez un délit, à plus forte raison un crime, par exemple si vous tuez telle personne. Bien entendu, la condition n'est illicite que si elle tend à encourager la désobéissance à la loi; l'obligation contractée pour le cas où le débiteur viendrait à commettre un acte illicite, ou tel acte illicite déterminé, est valable et doit être exécutée si la condition se réalise: l'engagement pris sous une pareille condition, loin de tendre à encourager la désobéissance à la loi, est de nature à détourner de commettre un acte illicite, ou l'acte illicite envisagé ⁵.

Il peut y avoir violation d'une loi d'ordre public même lorsque l'acte dont l'accomplissement est imposé à un caractère licite. Par exemple, je vous promets telle somme si vous ne vous mariez pas, ou bien si vous embrassez l'état ecclésiastique ⁶. Ne pas se marier et embrasser l'état ecclésiastique sont des actes licites; cependant la condition qui consiste dans l'accomplissement de ces actes est illicite. Et

^{1.} Capitant, loc. cit., p. 323.

^{2.} Ibid., p. 324.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 102, texte et notes 20, 20 bis et 21, — Bufnoir, Théorie de la Condition, p. 34, — Demolombe, Contrats, II, n° 304, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 92 bis.

^{4.} Capitant, loc. cit., p. 325.

^{5.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 102, texte et note 21, — Demolombe, Contrats, II, n°s 306 et 307, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n°s 92 bis et 93 bis.

^{6.} Capitant, loc. cit., p. 325.

voici pourquoi. Il y a des actes de nature telle que les particuliers doivent toujours rester entièrement libres de les accomplir ou de s'en abstenir, sans aucune contrainte d'aucun genre: par exemple, l'acte de se marier ou d'entrer dans les ordres; toute condition qui a pour but d'inciter un particulier à accomplir un de ces actes ou à s'en abstenir est une atteinte portée à l'indépendance dont la loi entend que les particuliers ne soient jamais privés, si peu que ce soit, dans cet ordre d'idées, et cette condition est illicite.

C. Conditions contraires aux bonnes mœurs.

660. Il serait superflu d'en donner une définition doctrinale. La notion est simple. Et les exemples abondent. Je vous promets telle somme à la condition que vous épouserez telle personne d'une inconduite notoire, ou que vous faciliterez des relations coupables entre telle personne et telle autre, etc.

Il faut répéter ici l'observation précédemment faite à propos des conditions illicites ². La condition n'est immorale que si elle tend à encourager la violation de la morale; l'obligation contractée pour le cas où une personne viendrait à commettre un acte immoral est valable, car cette obligation est de nature à détourner de commettre l'acte immoral.

661. Voilà ce qu'il faut entendre par une condition

impossible, illicite, contraire aux bonnes mœurs.

Dans le cas où la condition apposée à l'obligation est impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, elle est nulle et rend nulle l'obligation elle-même. Si les parties ont traité sous une condition impossible, elles n'ont manifestement pas entendu traiter sérieusement. Si elles ont traité sous une condition illicite ou contraire aux bonnes mœurs, la loi tient leur engagement pour non avenu. La nullité de la condition rejaillit sur l'obligation et sur la convention elle-même (article 1172).

Toutefois, il importe d'ajouter qu'il en est ainsi seulement dans les contrats à titre onéreux. La règle est différente dans les dispositions à titre gratuit (article 900); nous indiquerons

Capitant, loc. cit., p. 325
 Suprà, nº 659.

ailleurs quels sont l'histoire, les motifs et la portée de cette disposition 1.

II. CONDITIONS CASUELLES, POTESTATIVES OU MIXTES.

662. Les textes à consulter sont les articles 1169 à 1171 et 1174.

En ce qui concerne les conditions casuelles ou mixtes, il suffit de constater ce qui les caractérise; et cette constatation n'a d'utilité que pour servir d'antithèse avec les conditions potestatives. En ce qui concerne celles-ci, au contraire, il y a quelques distinctions à faire, délicates, parfois subtiles, et importantes en pratique.

A. Conditions casuelles.

663. La condition est dite casuelle quand elle consiste dans un événement ou dans un fait dont la réalisation ne dépend pas de la volonté des parties, mais du cours fortuit des choses, du sort, du hasard (casus); c'est la vraie condition casuelle (article 1169). En outre, on donne à la condition la qualification de casuelle quand elle dépend de la volonté d'un tiers, auquel cas elle est casuelle relativement aux parties, puisque rien ne dépend d'elles.

Les exemples varient à l'infini. Pour l'usage du raisonnement juridique, les Romains, faisant une hypothèse abstraite, avaient coutume de prendre l'exemple suivant: : si navis ex Asia venerit. On peut en citer beaucoup d'autres: j'achète telle quantité de marchandises si le bateau qui les amène arrive dans la suite, — je vends ma maison si telle société dans laquelle je voudrais placer le prix de vente se constitue, — je m'engage à vous prêter ou à vous donner telle somme si je réussis dans telle entreprise, — je m'engage à tel ou tel titre si telle personne s'engage elle-même, — etc.

Dans ces divers cas, l'événement ou fait auquel l'obligation est subordonnée ne dépend pas des parties. Il dépend ou du hasard ou de la volonté d'un tiers; la condition est casuelle.

B. Conditions potestatives.

664. La condition est dite potestative, ainsi que l'épithète

1. Voy. la partie du *Cours de droit civil* qui sera consacrée aux donations entre-vifs et aux testaments. — On peut consulter : Bartin, op. laud., p. 259 et suiv.

suffit à le révéler, quand elle consiste dans un événement ou fait qu'il est au pouvoir de l'une des parties d'accomplir

ou de ne pas accomplir (article 1170).

Donnons des exemples. Je m'engage envers un voisin à lui payer telle somme s'il abat, sur son domaine, un massif d'arbres qui me gêne. Je m'engage à vous prêter cent mille francs si je ne me rends pas adjudicataire de tel immeuble qui est mis en vente; ma pensée est que je n'aurai pas l'emploi de mon argent si je ne me porte pas adjudicataire. Je vends ma maison si je quitte la ville, par suite de certaines circonstances actuellement prévues. J'achète une maison si je viens habiter telle localité, par suite d'une circonstance qui s'annonce.

665. Pareilles conditions, soit de la part du débiteur, soit de la part du créancier, sont autorisées dans les contrats.

Par exception, elles ne sont point autorisées, en matière de donations, de la part du donateur. C'est la conséquence de la règle « donner et retenir ne vaut » (articles 894, 943 et suivants).

Mais elles le sont dans tous les contrats autres que la donation. Ces conditions sont celles qu'on appelle quelquefois « simplement potestatives »; elles consistent dans un événement qu'il est au pouvoir de l'une des parties de faire

arriver ou d'empêcher.

Il est vrai que celle des parties dont il dépend que l'événement se réalise peut alors rompre la convention ou y donner suite, ce qui affaiblit le lien. Toutefois sa volonté n'est pas entièrement libre. En effet, cette partie ne peut nouer ou rompre le lien qu'en faisant quelque chose ou en s'abstenant de quelque chose; dès lors, dans une certaine mesure au moins, il y a lien. La volonté n'agit pas directement sur l'obligation, elle n'agit sur l'obligation qu'en portant sur le fait ou événement auquel cette obligation est subordonnée; l'obligé ne s'affranchit qu'en faisant quelque chose ou en s'abstenant de quelque chose; par suite, il est lié. Le caractère potestatif de la condition n'est pas exclusif de l'idée de lien, d'obligation.

666. Il ya une autre condition potestative qui est telle à un plus haut degré; elle est prévue à l'article 1174, et on a l'habitude de l'appeler la condition « purement potestative ». C'est celle dont la réalisation dépend de la seule volonté du

débiteur, de telle sorte que l'obligé soit maître de rompre ou de maintenir son engagement, d'y donner suite ou non, sans qu'il lui faille, pour cela, faire quoi que ce soit ou s'abstenir de quoi que ce soit. La volonté du débiteur constitue, à elle seule, toute la condition; elle porte directement sur l'obligation.

C'est, avec des applications variées, la condition si voluero. Elle est potestative au plus haut degré, tellement qu'elle est exclusive de l'idée de lien, d'obligation; aussi a-telle pour effet de rendre nulle l'obligation qui en est affectée

(article 1174).

667. La distinction entre la condition simplement potestative et la condition purement potestative est donc importante. On ne peut pas dire que les articles 1170 et 1174 la fassent d'une manière expresse; mais elle est juridique, rationnelle et traditionnelle.

Elle est juridique. En effet, la condition potestative de l'article 1174 ne peut pas être celle de l'article 1170. Comment l'article 1170 aurait-il placé dans la classification des conditions une condition que l'article 1174 déclare non acceptable? Il est plus naturel de penser que l'article 1170 définit la condition simplement potestative, qui est licite, et que l'article 1174 prévoit la condition purement potesta-

tive, qui est illicite et rend nulle l'obligation.

La distinction est rationnelle. En effet, quoi de plus acceptable que les conditions simplement potestatives qui ont été indiquées? Il n'y a pas lien au cas de condition purement potestative, parce que le prétendu débiteur est maître de se soustraire à l'engagement, puisque l'obligation dépend de sa seule volonté et qu'il est maître de sa volonté. Au contraire, il y a lien dans le cas de condition simplement potestative. Ce n'est pas l'obligation qui dépend de la volonté du débiteur, mais l'événement ou fait auquel l'obligation est subordonnée; or l'homme n'est jamais complètement maître des événements, que mille circonstances ou considérations peuvent soit imposer, soit entraver, même quand ils dépendent de sa volonté; donc le lien existe malgré ce qu'il y a de potestatif dans la condition, et cela suffit pour que la condition soit valable.

Enfin, la distinction est traditionnelle. En effet, Pothier, auquel l'article 1174 a été emprunté, n'appelle potestative que « la condition qui ferait dépendre l'obligation de « la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir « contractée » ¹. Cette condition est précisément celle qu'on appelle purement potestative et que vise l'article 1174. La rédaction primitive de l'article 1174 contenait l'expression « purement potestative » ; le mot « purement » a été retranché ensuite par le Tribunat comme nuisant à la clarté de la disposition ².

La distinction doit donc être acceptée.

668. Et il importe d'arrêter avec précision le champ d'application de l'article 1174.

Il ne s'applique que sous deux restrictions.

1º Il faut qu'il s'agisse d'une condition purement potestative. Cela résulte de ce que nous venons de dire. Je vous prêterai la somme que vous me demandez si je le veux, si j'estime que ce me soit possible, si je le trouve raisonnable, si je considère comme suffisant le bénéfice que me procurera telle entreprise. De pareilles conditions font dépendre l'obligation de la seule volonté du débiteur, sans qu'il lui faille, pour se dédire, faire quoi que ce soit ou s'abstenir de quoi que ce soit; ce sont des conditions purement potestatives.

2º Il faut que la condition soit potestative de la part du débiteur, que le débiteur soit maître de rompre le lien ou de le maintenir. L'article 1174 est formel: l'obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative « de la part de celui qui s'oblige ».

L'obligation peut être contractée sous une condition potestative de la part d'un tiers. La condition potestative de la part d'un tiers est casuelle quant aux parties ³; le fait que l'obligation dépend d'un tiers n'empêche pas le lien de se former entre les parties. Par exemple, je m'engage si telle personne donne son approbation.

L'obligation peut être également contractée sous une condition potestative de la part du créancier. La faculté réservée au créancier de ne pas donner suite à la convention

n'altère pas l'obligation ; le débiteur reste lié 4.

1. Traité des obligations, nº 205.

2. Fenet, Travaux préparaloires du Code civil, XIII, p. 13.

3. Cpr. suprà, nº 663.

^{4.} Demolombe, Contrats, II, nos 325 et suiv., — Aubry et Rau, 5° édition,

Il n'y a de condition potestative entraînant la nullité de l'obligation que celle qui est potestative de la part du débiteur. Elle détruit le lien et est exclusive de l'idée d'obligation ; le créancier peut se soustraire à la situation dans laquelle il se trouve placé par l'effet du contrat, situation qui serait dépendante, en demandant la nullité.

669. Ces principes ne souffrent aucune difficulté d'application s'il s'agit d'un contrat unilatéral, ne donnant naissance qu'à une seule obligation. Je m'engage à faire ou à donner telle chose si cela me convient, si je l'estime possible, etc.; il n'y a pas de lien, pas d'obligation. Je m'engage à vous prêter telle somme si vous en avez besoin, si vous me la demandez; la convention est parfaitement valable et s'appelle un contrat d'ouverture de crédit.

La situation se complique, au contraire, quand il s'agit d'un contrat synallagmatique, dans lequel chaque partie est à la fois créancière et débitrice, d'où il résulte que toute condition potestative va être telle inévitablement de la part de l'un des débiteurs. Si les deux obligations sont affectées de conditions potestatives, elles sont nulles. Mais s'il n'y en a qu'une qui soit affectée d'une pareille condition, que devient l'obligation corrélative? La jurisprudence, conforme à la tradition, admet sans hésiter que la condition purement potestative ab una parte n'empêche pas l'engagement de rester valable ab altera parte? En effet, l'article 1174 n'annule l'obligation à raison du caractère potestatif de la condition qu'autant que celle-ci est potestative de la part du débiteur, par conséquent dans l'intérêt du créancier; dès lors, le sort des deux obligations doit être apprécié séparément.

Les articles 1587 et 1588 consacrent cette solution dans les ventes à l'essai. Je vous vends telle chose si, à l'usage, elle vous agrée. L'acheteur, créancier ou acquéreur, n'est pas lié; mais le débiteur ou vendeur est lié, car ce n'est pas de son côté qu'est la condition potestative.

IV, § 105, note 29, — Laurent, *Principes*, XVII, nº 64, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, V, nº 14 bis IV. — Cass. 11 mars 1879, D. P. 1881.1.34, — 25 novembre 1896, D.P. 1897.I.34, Sir. 1897.I.76.

^{1.} Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit, dit le fragm. 108 § 1, Dig., De verborum obligationibus, XLV, I.

^{2.} Cass. 2 juillet 1839, D. P. 1839, I. 355, — 22 janvier 1868, Sir. 1868, I. 145, — 11 mars 1879, D. P. 1881, I. 34, — Paris 2 novembre 1892, Gazette des Tribunaux du 5 novembre.

La même solution est admise sans conteste dans les hypothèses suivantes.

Je vous vends tel immeuble pour tel prix, s'il vous convient de l'acheter; j'achète tel immeuble s'il vous convient de me le vendre. Nous sommes en présence d'une offre unilatérale acceptée; or la promesse unilatérale acceptée lie celui qui la fait sans engager celui qui la reçoit. Au premier cas, le vendeur est lié dès que l'acheteur a pris acte de l'offre; au second cas, l'acheteur est lié dès que le vendeur a pris acte de l'offre.

De même, la faculté réservée à l'acheteur, dans un marché à terme, de renoncer au marché en payant une prime n'est

pas une condition potestative entraînant la nullité.

De même encore, en matière de louage, la faculté que le preneur se réserve de résilier à sa volonté n'empêche pas le bailleur de rester lié 4.

Souvent on demande la nullité de semblables conventions par application de l'article 1174. Mais c'est oublier la fin du texte; la condition potestative qui annule est celle qui est

potestative « de la part de celui qui s'oblige ».

Voici une hypothèse dans laquelle la distinction a été très nettement mise en lumière ³. Il s'agit d'une vente de marchandises. Le vendeur est un fondé de pouvoirs, et il réserve la ratification du mandant. La vente est-elle valable? L'acheteur peut-il refuser de prendre livraison et de payer le prix convenu en invoquant l'article 1174? La vente est valable. Sans doute le vendeur n'est pas lié, mais l'acheteur est lié; or l'article 1174 ne peut être invoqué que si la condition est potestative de la part de celui qui s'oblige.

670. Résumons tout ce qui précède. La condition est-elle simplement potestative de la part du débiteur, l'obligation est valable (article 1170). Est-elle purement potestative de la

^{1.} Suprà, nºs 77 et suiv., p. 42 et suiv.

^{2.} Voy. l'arrêt du 25 novembre 1896, cité en note à la page précédente. 3. Sic: Buchère, Opérations de Bourse, n° 395, — Guillouard, Vente, p. 259 et suiv. — Cass. 21 janvier 1878, D. P. 1878.I.161, Sir. 1878.I.269.

^{4.} Voy. notamment en matière de louage de services: Nîmes 17 février 1893, D. P. 1894.II.29, Sir. 1894.II.102, — Paris 7 mai 1895, D. P. 1895.II. 392, Sir. 1895.II.247, — Cass. 1er mars 1899, D. P. 1899.I.360, Sir. 1899.I. 261.

^{5.} Cass. 11 mars 1879, D. P. 1881.I.34.

part du débiteur, l'obligation est nulle, parce qu'il n'y a pas

lien (article 1174).

En fait, la distinction peut être délicate. C'est une question d'espèce. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que les appréciations de ce genre ne tombent pas sous son contrôle 1.

En droit, voici tout ce qu'on peut dire. La condition est purement potestative quand la faculté de rompre ou de maintenir le lien dépend de la seule volonté; elle est simplement potestative quand la faculté réservée porte sur l'événement ou le fait auquel l'obligation est subordonnée, et non sur l'obligation elle-même directement. C'est bien ce qui résulte de l'article 1170; il n'a trait qu'à la condition simplement potestative.

C. Conditions mixtes.

671. Par opposition à la condition casuelle et à la condition potestative, la condition est dite mixte quand elle consiste dans un événement ou fait dont la réalisation dépend de la volonté d'une des parties et de celle d'un tiers. Dans la mesure où la condition dépend de la volonté d'une des parties, elle est potestative; dans la mesure où elle dépend de la volonté d'un tiers, elle est casuelle; donc, dans l'ensemble, elle est mixte (article 1171).

Il en serait de même si elle dépendait de la volonté d'une

des parties et du hasard 2.

Exemple. Je m'engage envers une personne si elle passe tel contrat avec telle autre personne, ce qui implique l'assentiment de cette dernière. Spécialement, je vous fais une donation si vous vous mariez, ce qui suppose l'assentiment du conjoint. A plus forte raison en est-il ainsi lorsque je vous fais une donation si vous vous mariez avec telle personne déterminée. L'hypothèse est prévue par l'article 1088; toutes les donations par contrat de mariage sont tacitement subordonnées à cette condition.

672. La disposition de l'article 1171 n'est que la constatation d'un fait. Ŝi l'article 1171 fait cette constatation, c'est seulement pour marquer que telle condition n'est pas potestative,

^{1.} Cass. 2 juin 1856, D. P. 1856 I.457.

^{2.} Sic: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 302, p. 96. — Contrà: Demolombe, Contrats, II, nº 289, - Laurent, Principes, XVII, nº 53.

et que, dès lors, il n'y a pas lieu, bien qu'elle soit potestative dans une certaine mesure, d'appliquer l'article 1174.

III. Le caractère soit alternatif, soit facultatif de l'obligation au cas de pluralité d'objets.

673. Cette troisième modalité des obligations fait l'objet

de la section III du chapitre IV (articles 1189 à 1196).

Une obligation peut être conjonctive, alternative ou facultative. De ces trois locutions, la seconde seule est légale (articles 1189 et suivants); les deux autres sont consacrées

par l'usage.

La distinction entre les obligations conjonctives, alternatives et facultatives repose sur une simple observation de fait, qui est plutôt affaire de grammaire que de droit. Les articles 1189 à 1196 ne sont que des corollaires de l'article 1156, qui à lui seul aurait suffi : « 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. »

674. Voici en quoi consiste la distinction.

De droit commun, l'obligation se conçoit comme ayant pour objet une chose que le débiteur doit livrer, un fait qu'il doit exécuter, une abstention à laquelle il doit se soumettre. Il se peut qu'elle ait pour objet deux ou plusieurs choses, deux ou plusieurs faits, deux ou plusieurs abstentions. Elle a alors une portée différente selon la manière dont les objets multiples sont envisagés dans la convention. Et peu importe, bien entendu, dans quels termes la situation prévue est exprimée; la pensée des parties doit être cherchée dans l'ensemble de l'acte.

675. L'obligation est dite conjonctive quand elle astreint le débiteur à faire cumulativement plusieurs prestations. Je dois telle chose et telle autre. Les deux objets sont liés par la conjonction copulative et; je les dois tous deux en vertu d'un seul et même titre; les deux choses sont simultanément in obligatione.

Il n'y a rien à dire sur ce cas qui ne ressorte de la situa-

tion elle-même.

676. L'obligation est dite alternative quand elle astreint le

débiteur à faire seulement une de plusieurs prestations déterminées. Il doit de deux ou plusieurs choses l'une, de telle sorte qu'il sera libéré par la remise de l'une ou de l'autre. Son obligation a pour objet une chose indéterminée quant à son individualité, une alternative. Les choses entre lesquelles le débiteur a le choix sont toutes deux *in obligatione*, mais une seule des deux prestations doit être exécutée.

L'obligation est alternative, et le caractère alternatif est une modalité. Aussi ne se présume-t-il pas ; il doit être stipulé, comme le terme ou la condition ; à défaut de stipulation, l'obligation doit être regardée comme conjonctive, car tel est le droit commun pour les obligations qui comportent plusieurs objets.

677. Les articles 1189 à 1191 déterminent la situation qui résulte pour les parties de ce que l'obligation est alternative.

L'article 1189 d'abord : « Le débiteur d'une obligation « alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux « choses qui étaient comprises dans l'obligation. » C'est en cela précisément que consiste le caractère alternatif.

Dès lors, il est impossible de déterminer a priori la nature de l'obligation lorsque l'un des deux objets est meuble et l'autre immeuble. L'obligation sera mobilière ou immobilière suivant l'option qui interviendra et la nature de la chose qui sera livrée. La logique juridique le veut ainsi.

L'article 1190 ajoute: « Le choix appartient au débiteur, « s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. » C'est la consécration d'une situation habituelle, érigée en présomption légale. Le texte dit: « expressément ». Faut-il des termes sacramentels? Non; « expressément » signifie: de façon qu'il n'y ait pas de doute ¹.

Il résulte de l'article 1190 que le créancier doit, dans sa demande, comprendre les deux choses. Le débiteur choisit à son gré.

L'article 1191 continue : « Le débiteur peut se libérer en « délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut « pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une « partie de l'autre. » En d'autres termes, le débiteur a l'option, mais l'option est indivisible. Il exerce son choix ou en livrant

^{4.} Demolombe, Contrats, III, nº 38. — D'après Laurent (Principes, XVII, nº 235), la volonté d'accorder le choix au créancier doit avoir été exprimée, et ne saurait être sous-entendue.

l'une des deux choses, ou en spécifiant celle qu'il entend livrer.

Au cas de mort du débiteur — ou du créancier si c'est à lui que l'option appartient —, le choix passe aux héritiers. S'ils ne se mettent pas d'accord, comme il faut bien aboutir, le juge, après avoir constaté le défaut d'entente des héritiers,

décide pour eux 1.

Enfin l'article 1192 est ainsi conçu: « L'obligation est pure « et simple, quoique contractée d'une manière alternative, « si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet « de l'obligation. » Cela est évident. Ce qui empêchait l'obligation d'être pure et simple, c'est la pluralité des objets dus alternativement; l'un venant à disparaître, l'autre seul est dû. Toutefois, le texte renferme une inexactitude: les choses ne sont pas le sujet, mais l'objet de l'obligation.

Tout cela résulte de la nature même de l'obligation alter-

native.

678. Quelques points restent douteux, notamment les deux suivants.

Premier point.

L'obligation alternative, quand elle est une obligation de donner, transfère-t-elle la propriété conformément à l'article 1138? La propriété est-elle transférée dès la convention, ou seulement lorsque le débiteur fait son choix?

Il paraît certain que la propriété n'est transférée que quand le débiteur a fait son choix. En effet, l'article 1138 n'est applicable qu'autant que la convention a pour objet un corps certain, c'est-à-dire déterminé ². Or il n'en est pas ainsi dans notre hypothèse. Par conséquent, jusqu'à ce que le débiteur ait fait son choix, le créancier n'a qu'un droit de créance. L'intérêt de la question est manifeste en cas de faillite du vendeur ³.

Seulement, le choix une fois fait a-t-il un effet rétroactif? Il est important de le savoir. Supposons, par exemple, la vente alternative de deux immeubles, le choix étant donné

2. Suprà, p. 194.

^{1.} Laurent, Principes, XVII, nº 239, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 418 bis II.

^{3.} Voy. sur cette question: Demolombe, Contrats, III, nº 22, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 415 bis VI, — Laurent, Principes, XVII, nº 222.

à l'acheteur; le vendeur aliène l'un des immeubles, puis l'acheteur choisit précisément celui-là; peut-il évincer le second acheteur? Oui, si son choix rétroagit; non, dans le cas contraire: il n'a droit qu'à des dommages-intérêts de la part du vendeur.

Second point.

A qui incombent les risques ? Il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer ici l'article 1138. Donc les risques sont à la charge du créancier de la chose, en d'autres termes à la charge de l'acheteur.

Les articles 4193 à 1196 prévoient les principales hypothèses qui peuvent se présenter.

L'article 1193 mérite seul de retenir un moment l'atten-

tion. Il comprend deux alinéas.

« L'obligation alternative, dit l'alinéa 1, devient pure et « simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus « être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de « cette chose ne peut pas être offert à sa place. » La Cour de Douai a fait une curieuse application de ce texte. Une personne s'était engagée à remettre trois actions d'une Société ou une somme de 3.000 francs. La société se dissout et le débiteur offre les trois actions ; la Cour décide que l'obligation est devenue pure et simple ².

Et l'alinéa 2: « Si toutes deux sont péries, et que le débi-« teur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le « prix de celle qui a péri la deuxième. » Il y a là un cas où une personne supporte les risques sans être propriétaire; et cela prouve bien que l'article 1138 alinéa 2 n'est pas l'ex-

pression de la maxime res perit domino 3.

1. La question est controversée.

D'après certains auteurs, la règle de l'article 1138 est conçue en termes généraux et doit s'appliquer dans tous les cas. La convention alternative est considérée comme faite sous la condition suspensive que le créancier deviendra propriétaire de telle chose si le choix du créancier se porte sur elle; or la condition réalisée a un effet rétroactif. — Sic: Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 115 bis VI, — Demolombe, Contrats, III, n° 19.

D'après d'autres, l'obligation alternative n'engendre qu'un droit de créance. La propriété ne peut porter sur une chose indéterminée; elle n'est donc transmise qu'au moment où le choix s'exerce. — Sic: Larombière, article 1138, n° 18, — et article 1194, n° 2, — Laurent, Principes, XVII, n° 221.

2. Douai 13 novembre 1844, Dalloz, Répertoire, vº Obligations, nº 1319. -

Cpr. Laurent, Principes, XVII, nº 219.

3. Suprà, p. 244 et suiv.

L'article 1194 n'exige aucun commentaire: « Lorsque, « dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait « été déféré par la convention au créancier, — ou l'une des « choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute « du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le « débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose « qui reste, ou le prix de celle qui est périe; — ou les deux « choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à « l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seule- « ment, le créancier peut demander le prix de l'une ou l'autre « à son choix. »

Il faut en dire autant des articles 1195 et 1196. Le premier est ainsi conçu: « Si les deux choses sont péries sans la « faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obliga- « tion est éteinte conformément à l'article 1302. » Et le second formule une règle évidente: « Les mêmes principes « s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises « dans l'obligation alternative. »

679. Enfin, l'obligation qui a plusieurs objets est dite facultative quand elle astreint le débiteur à une prestation déterminée unique, tout en lui donnant le droit de se libérer en faisant une autre prestation également convenue. Dans ce cas, l'espèce se présente, en la forme, avec les mêmes apparences que dans l'hypothèse de l'obligation alternative; les deux objets de l'obligation sont encore unis par la conjonction alternative ou, mais l'un des deux seulement est dû, l'autre n'apparaît que comme pouvant remplacer le premier à titre subsidiaire: l'un, dit-on, est in obligatione, l'autre est seulement in facultate solutionis. L'obligation est dite facultative.

Par exemple, je dois une maison, avec faculté de me libérer en payant une somme de cinquante mille francs. Dans les testaments, il arrive souvent que le testateur impose à l'héritier l'obligation de donner au légataire telle chose, si mieux il n'aime payer une somme déterminée.

Autre exemple. Je promets à une personne d'exécuter tel

fait, ou de lui payer dix mille francs.

^{1.} Cette dénomination paraît avoir été inventée par Delvincourt, II, p. 137 du texte principal, et 497 des notes et explications. — Voy. Laurent, *Principes*, XVII, n° 226.

Il y a bien deux objets. Mais l'un deux seulement est envisagé *principaliter*, l'autre n'est qu'une faculté subsidiaire d'exécution.

Or cela constitue une modalité. Car, de droit commun et aux termes de l'article 1243, « le créancier ne peut être con-« traint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, « quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même « plus grande ».

680. La notion générale de l'obligation facultative étant telle, il est aisé d'apercevoir les différences qui existent entre l'obligation facultative et l'obligation alternative.

1° La nature de l'obligation facultative est déterminée a priori. Elle est mobilière ou immobilière selon que la chose due principaliter est meuble ou immeuble.

2º Si la chose principale ne peut pas être l'objet de l'obli-

gation, la facultas solutionis est nulle (article 1227).

3° Si la chose principale périt, l'autre n'est pas due. Celleci, en effet, n'était due que subsidiairement, comme équivalent.

4° Le créancier ne peut conclure qu'à la chose due principaliter.

Toutes ces règles sont purement indicatives de la volonté probable. Ce sont moins des articles de loi que des dispositions relatives à l'interprétation des conventions.

IV. La solidarité.

681. La section IV du chapitre IV (articles 1197 à 1216) est intitulée: Des obligations solidaires.

La solidarité suppose que l'obligation a plusieurs sujets, soit au point de vue actif quand il y a plusieurs créanciers de la même créance, soit au point de vue passif quand il y

a plusieurs débiteurs de la même dette.

Cette pluralité de sujets se produit lorsque le créancier ou le débiteur, d'abord unique, décède laissant plusieurs héritiers; les héritiers deviennent cocréanciers ou codébiteurs des créances ou des dettes du défunt. D'autre part, rien ne s'oppose à ce qu'il y ait dès l'origine plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs en vertu du contrat.

682. Dans tous les cas où il y a de la sorte pluralité de sujets, le principe du droit commun est le suivant. Chaque

créancier a droit à sa part de la créance et seulement à cette part, chaque débiteur est tenu pour sa part de la dette et seulement pour cette part. L'obligation est dite conjointe; c'est la manière d'être normale des obligations en cas de

pluralité de sujets.

Chacun n'a droit et n'est tenu que pour sa part. Quelle part? C'est une question de fait. Tantôt les sujets multiples ont droit ou sont tenus par portions viriles, c'est-à-dire par portions égales eu égard à leur nombre; tantôt ils ont droit ou sont tenus inégalement. Dans tous les cas, l'obligation, créance ou dette, se divise entre les sujets du droit (article 1220), de la même manière que s'il y avait autant de créances ou de dettes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.

Voilà pour l'obligation conjointe.

683. S'il y a solidarité, les choses se passent tout autrement.

Chacun des créanciers, en cas de créance solidaire, peut poursuivre la totalité de la créance; chaque débiteur, en cas de dette solidaire, peut être poursuivi pour la totalité de la dette. De là deux solidarités: 1° la solidarité entre créanciers ou de la part des créanciers, qu'on appelle parfois solidarité active (article 1197), — 2° la solidarité entre débiteurs ou de la part des débiteurs, qu'on appelle parfois solidarité passive (article 1200).

Dans les deux cas, la solidarité apparaît comme une modalité des obligations, par suite de laquelle la dette entière peut être demandée soit par chacun des créanciers, soit à chacun des débiteurs.

L'origine étymologique du mot apparaît manifeste. L'adjectif « solidaire », le substantif « solidarité » viennent du latin soliditas, obligatio in solidum.

684. Etant une modalité, la solidarité ne se présume pas. De droit commun, s'il y a plusieurs créanciers ou débiteurs, l'obligation est conjointe ; par suite, elle se divise, soit quant à la poursuite, soit quant au paiement. C'est seulement à titre exceptionnel que chaque créancier peut poursuivre pour le tout ou chaque débiteur être poursuivi pour le tout.

L'exception peut résulter soit d'une convention intervenue, soit d'une disposition formelle de la loi. De là, quant à l'o-

^{1.} Suprà, nº 682.

rigine de la modalité, la distinction entre deux sortes de solidarités: la solidarité volontaire, établie par la volonté des parties, — et la solidarité légale, établie directement par la loi.

La convention par laquelle les parties décident d'établir la solidarité tient lieu de loi entre elles, comme toute convention légalement formée (article 1134). Toutefois cette convention n'a d'existence légale, aux termes de l'article 1197, qu'à la condition d'être expresse; et l'article 1202 le répète: « La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit ex- « pressément stipulée. » Cela ne veut pas dire, d'ailleurs, que l'emploi de termes sacramentels soit nécessaire; il suffit que la convention soit conçue dans des termes ne laissant aucun doute sur l'intention des parties 1. S'il y a doute, le droit commun reprend son empire, c'est-à-dire que la convention est simplement conjointe 2.

La convention n'est pas, du reste, le seul mode possible d'établissement de la solidarité par la volonté de l'homme. La solidarité peut aussi être établie par testament ³. Sans doute les articles 1197 et 1202 ne prévoient formellement que la convention, mais cela tient à ce qu'ils sont au titre Des obligations. Le testament peut créer des obligations à la charge des héritiers, notamment leur imposer des legs; il peut créer des obligations de toutes sortes, et rendre solidaires les créances ou obligations auxquelles il donne naissance.

685. Envisageons séparément les deux espèces de solida-

^{1.} Ainsi, lorsque les débiteurs déclarent s'engager l'un pour l'autre, ou un seul pour le tout, ou chacun pour le tout, ils sont réputés s'être engagés soli-dairement. Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, p. 32, note 12, — Demolombe, Contrats, III, n°s 135 à 137, 221 à 225, et 229 à 234, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 135 bis I, — Laurent, Principes, XVII, n°s 255, 280 et 281.

Il appartient aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de constater que la solidarité ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, quand celle-ci n'a pas été qualifiée solidaire : Cass. 4 août 1896, D. P. 1896.I.456, Sir. 1900.I.219, Pandectes françaises périodiques, 1897.I.422.

^{2,} Aubry et Rau, loc. cit.; — Douai 20 mars 1882, D. P. 1883.II.20, — Cass. 15 juillet 1896, D. P. 1897.I.199.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, p. 25, texte et note 2, — Demolombe, Contrats, III, n° 219 et 220, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 435 bis I, — Laurent, Principes, XVII, n° 276, — Larombière, Obligations, article 1202, n° 3 et 11.

rités: celle qui peut exister entre les créanciers, celle qui peut exister entre les débiteurs. Et demandons-nous à propos de chacune d'elles: 1° quelle en est l'utilité, — 2° quels rapports elle établit entre ceux qu'elle lie, autrement dit quels en sont les effets.

A. Solidarité active, ou entre les créanciers.

686. Elle est régie par les articles 1197 à 1199.

Par son but, la solidarité active est un moyen de faciliter les recouvrements. Par son caractère, elle est une application du mandat; les créanciers solidaires ont pouvoir respectivement de conserver et de recouvrer la créance commune; dès lors, chacun d'eux peut poursuivre et recevoir paiement total, sauf ensuite à se régler avec les autres dans la proportion des droits respectifs de chacun.

En fait, elle n'a qu'une utilité très restreinte. Elle est à

peu près inconnue dans la pratique.

Il n'existe aucun cas de solidarité active établie par la loi. On cite quelquefois le cas des associés dans les sociétés en nom collectif. Ils sont tenus solidairement des engagements pris sous la raison sociale (article 22 C. com.), ce qui est un cas de solidarité au regard des débiteurs, de solidarité passive. Et on soutient qu'ils sont, en outre, créanciers solidaires de ce qui est dû à la société, des créances acquises sous la raison sociale. Mais cela n'est point exact. Les créances sociales appartiennent à la société, qui est une personne civile, seule créancière comme elle est seule propriétaire; le gérant seul a le droit d'en poursuivre le paiement au nom de la société; si, à défaut d'un gérant, les associés peuvent agir, ce n'est pas comme créanciers solidaires, car la société seule est créancière et ils n'ont pas cette qualité, mais comme ayant tout pouvoir d'administrer (article 1859 C. civ.) 1.

Il n'existe donc aucun cas de solidarité active légale. Et c'est pourquoi l'article 1197 suppose la solidarité active établie par titre: « L'obligation est solidaire entre plusieurs « créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun

« d'eux le droit..... »

^{1.} Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, I, nºs 318 et 336, — et Traité, 2º édition, II, nº 295. — Voy. infrà, p. 441.

Même établie par titre, elle est si rare en fait qu'il n'existe pas de décisions judiciaires sur ce sujet.

687. Quels rapports cette solidarité suppose-t-elle entre les créanciers? Quels effets produit-elle? Deux mots seulement sur ce sujet; il est inutile d'insister sur une institution

qui est dépourvue d'intérêt pratique.

Elle n'est, avons-nous dit, qu'une application du mandat. Les créanciers solidaires sont considérés comme s'étant donné réciproquement pouvoir, dans leur intérêt réciproque, de conserver et de recouvrer la créance commune. De là découlent les effets de la solidarité active quant aux rapports des créanciers entre eux, et quant aux rapports des créanciers avec le débiteur.

Décomposons la formule.

PREMIÈRE PROPOSITION

Les créanciers solidaires ont pouvoir à l'effet de recouvrer

la créance commune. De là quatre conséquences.

1° Chacun des créanciers solidaires peut demander le paiement intégral de la créance commune. C'est l'effet le plus apparent de la solidarité active; l'article 1197 le signale comme caractéristique. Le débiteur poursuivi ne peut pas opposer au créancier l'exception de division; au droit de poursuite intégrale correspond l'obligation de paiement intégral.

2° Le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur à l'égard de tous (article 1197). Les actes faits par le mandataire dans la limite du pouvoir donné sont

opposables au mandant 1.

1. De ce que le paiement fait à l'un quelconque des créanciers solidaires libère le débiteur à l'égard de tous, il résulte que la compensation opérée entre la créance solidaire et la dette dont l'un des créanciers est tenu envers le débiteur commun entraîne extinction de la créance solidaire à l'égard de tous les créanciers. En effet, la compensation est une sorte de paiement fictif et abrégé. On argumenterait vainement, en faveur de l'opinion contraire, de l'article 1294 alinéa 3, aux termes duquel le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son-codébiteur; cet article n'a rien à voir avec la solidarité active. Sic: Demolombe, Contrats, III, nº 193, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 bis, p. 22, texte et note 7, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 130 bis IV, — Desjardins, De la compensation, nº 128. — Secus: Marcadé, article 1498, nº 1, — Massé et Vergé, III, p. 351, note 7, — Laurent, Principes, XVII, nº 268.

A la différence de la compensation, la confusion ne doit pas être considérée comme un paiement fictif et abrégé, mais comme un simple fait acci-

3° Le débiteur a le droit de se libérer aux mains de l'un quelconque des créanciers solidaires, dit l'article 1198. Cela ne pouvait faire doute, puisqu'ils sont mandataires les uns des autres.

A moins cependant, continue l'article 1198, que le débiteur n'ait été « prévenu par les poursuites » de l'un des créanciers, auquel cas il ne doit payer qu'aux mains du poursuivant; le paiement fait aux mains d'un autre créancier, celui-ci fût-il porteur du titre constitutif de l'obligation, ne serait pas opposable au créancier poursuivant. Ce n'est pas là un effet nécessaire, une conséquence logique de la situation; c'est, au contraire, un tempérament, qui s'explique par une considération d'utilité. Dès qu'un des créanciers a poursuivi, il est inutile que les autres poursuivent à nouveau, et ce serait même fâcheux, car cela occasionnerait des frais inutiles; aussi le paiement doit-il être fait aux mains du poursuivant.

4° Le créancier qui a touché la créance commune est tenu de faire raison aux autres de la part qui leur revient (article 1197, in fine). Dans la limite de sa part, le créancier payé a reçu suo nomine; pour le surplus, il a reçu comme mandataire des autres créanciers. Or, le mandataire doit compte au mandant de ce qu'il a reçu en vertu de la procuration (article 1993) 1. La somme dont le créancier qui a touché doit compte aux autres est à établir en fait; elle peut

être égale pour tous, ou inégale 2.

dentel et fortuit, mettant obstacle à l'exécution de l'obligation (voy. infrà, n° 696). Cette considération fournit la solution de la difficulté suivante. Supposons que Primus, Secundus et Tertius soient créanciers solidaires de Quartus pour une somme de douze mille francs. Primus meurt, laissant Quartus pour héritier. La créance est-elle éteinte à l'égard de Secundus et de Tertius? Il faudrait l'admettre si la confusion constituait un paiement, comme la compensation. Mais la majorité des auteurs se prononcent avec raison en sens contraire: Demolombe, Contrats, III, n° 195, — Marcadé, sur l'article 1198,—Laurent, Principes, XVII, n° 270, — Labbé, Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, n° 230. — Secus: Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 130 bis V.

1. Il en était autrement à Rome. Les créanciers solidaires n'étaient pas réputés associés, de sorte que si l'un d'eux recevait le paiement de la créance, il n'en devait pas compte, en principe, aux autres créanciers: fragm. 6, princ., Dig., Ad legem Falcidiam, XXXV, 2. — L'article 1197 in fine prouve que ces

principes n'ont point passé dans notre législation.

2. Suprà, nºs 682 et 686.

SECONDE PROPOSITION.

Les créanciers solidaires ont mandat à l'effet de conserver la créance commune. De là deux conséquences.

1° Les effets des actes faits par l'un des créanciers relativement à la créance commune se produisent au profit de tous les créanciers, car ils sont faits au nom de tous. Ainsi, la demande en justice faite par l'un d'eux interrompt la prescription au profit de tous (article 1199) 1; à plus forte raison la mise en demeure du débiteur par l'un des créanciers solidaires produit effet au regard de tous. Ainsi encore la demande de l'un des créanciers, qui fait courir les intérêts à son profit, les fait courir au profit de tous (article 1207) 2.

2º Si l'un des créanciers se fait attribuer soit une hypothèque, soit une autre sûreté, ou s'il obtient un jugement contre le débiteur, la garantie ou le jugement profite à tous. L'idée est toujours la même: les créanciers solidaires ont mandat

à l'effet de conserver la créance commune.

688. A cela se bornent les effets de la solidarité active. Les créanciers se sont donné un mandat réciproque, mais un mandat limité par l'intérêt commun. Ils se donnent pouvoir, a-t-on dit depuis longtemps, ad perpetuandam et augendam obligationem, non ad minuendam; ils sont regardés comme s'étant donné réciproquement pouvoir à l'effet de conserver et de recouvrer la créance.

Dès lors, les actes faits par l'un des créanciers en dehors de ce mandat sont sans effet à l'égard des autres. Le mandataire ne saurait engager le mandant en dehors de la limite du pouvoir donné.

2. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 bis, p. 21, — Demolombe, Contrals, III, n°s 472 à 175, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V,

nº 131 bis, - Laurent, Principes, XVII, nº 262.

^{1.} La question est controversée de savoir si la suspension de prescription doit être assimilée à l'interruption dont parle l'article 1199, de telle sorte que la prescription, suspendue vis-à-vis de l'un des créanciers, qui serait par exemple mineur ou interdit, cesserait également de courir à l'égard des autres. L'affirmative est soutenue par Demolombe, Contrats, III, nº 171, — Duranton, XI, p. 180, — Larombière, Obligations, article 1199, nº 3. — Secus: Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 298 bis, p. 20, texte et note 2, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 131 bis II, — Laurent, Principes, XVII, nº 264, — Massé et Vergé, III, § 527, note 13, — Marcadé, sous l'article 1199; — cpr. Cass. 5 décembre 1826, D. P. 1827.I.82, Sir. 1827.II.289, — 14 août 1840, D. P. 1840, I.321, Sir. 1840.I.754.

L'article 1198 alinéa 2 contient une application directe de ces idées : la remise de la dette « qui n'est faite que par l'un « des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la « part de ce créancier ».

Une autre application de la même idée est faite par l'article 1365 alinéa 2, en ce qui concerne le serment : «... le ser-« ment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur

« ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. »

Enfin c'est à cette idée que se rattache une question depuis longtemps controversée: celle de savoir quel est l'effet du jugement rendu sur la demande intentée par un des créanciers solidaires. Si le jugement est favorable à l'intérêt commun, en d'autres termes s'il est rendu contre le débiteur, nous avons déjà dit 'que les autres créanciers peuvent sans contredit l'invoquer. Mais si le jugement est rendu contre le créancier poursuivant et au profit du débiteur, doit-il être considéré comme opposable aux autres créanciers?

D'un côté, on peut invoquer les principes du mandat et rappeler que les créanciers solidaires se sont donné mandat réciproque ad perpetuandam et augendam obligationem, non ad minuendam. Chacun d'eux a mandat pour améliorer la situation des autres et n'a pas qualité pour la compromettre par

une attaque mal dirigée ou mal soutenue 2.

D'un autre côté, le droit de demander paiement implique le droit de poursuivre, autrement dit le droit de représenter les autres créanciers en justice; dès lors, la décision intervenue doit avoir autorité contre tous, puisqu'elle est rendue sur une demande intentée au nom de tous. Il est difficile d'admettre que les créanciers non poursuivants puissent se prévaloir des jugements favorables et décliner les conséquences des jugements défavorables 3. A moins toutefois que le créancier poursuivant ne se soit laissé condamner par collusion avec le débiteur, car on ne pourrait plus dire, dans ce cas, qu'il a représenté les autres créanciers.

689. Il ne reste plus, pour en finir avec la solidarité ac-

1. Suprà, p. 416.

2. Aubry et Rau, 50 édition, IV, § 298, p. 23, texte et note 10, - Laurent,

Principes, XVII, nº 271.

^{3.} Sic: Demolombe, Contrats, III, nº 191, -- Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 328 bis XXVII, -- Marcadé, sur l'article 1198, -- Griolet, De l'autorité de la chose jugée, p. 163.

tive, qu'une dernière question à résoudre. Que devient la solidarité active en cas de mort d'un des créanciers?

Comme la solidarité est une modalité inhérente à l'obligation, le lien de solidarité est inséparable de l'obligation et passe aux héritiers. Seulement les effets de la solidarité se modifient dans une certaine mesure.

Si le créancier meurt ne laissant qu'un héritier, rien n'est modifié. L'héritier a les mêmes droits, la même situation que son auteur; il est solidaire avec les créanciers survivants.

Mais qu'arrive-t-il si le créancier qui meurt laisse plusieurs héritiers?

Les héritiers succèdent aux droits de leur auteur et, par conséquent, à la créance totale. Seulement, la créance se divise entre eux, car la solidarité n'empêche pas la créance de rester divisible (article 1219); chacun des héritiers n'est créancier que dans les limites de sa part héréditaire. Si la créance était simplement conjointe, chacun des héritiers serait créancier de sa part dans la part de l'auteur décédé; du moment qu'elle est solidaire, chacun est créancier de sa part dans la créance entière, puisque l'auteur pouvait demander le paiement total de cette créance. La solidarité continue donc; mais elle doit être combinée avec le principe de la division des dettes.

De là les conséquences suivantes.

1° Les créanciers survivants peuvent demander la totalité de la créance; mais les héritiers du créancier prédécédé ne peuvent agir que proportionnellement à leur part héréditaire, et le débiteur ne peut les payer que dans cette limite. Soient deux créanciers solidaires d'une créance de dix mille francs, et deux héritiers de l'un d'eux. Si la créance était conjointe, chaque créancier pourrait demander cinq mille francs et chaque héritier deux mille cinq cents, chacun des héritiers étant créancier pour sa part dans la part de son auteur. La créance étant solidaire, chaque créancier peut demander dix mille francs et chaque héritier cinq mille, chacun des héritiers étant créancier pour sa part dans la créance entière. Réciproquement, le débiteur ne peut payer que dans cette mesure.

2º La demande formée par un des créanciers survivants produit ses effets au profit des héritiers du prédécédé, notamment au point de vue de l'interruption de la prescription et au point de vue du cours des intérêts. Mais la demande formée par un des héritiers ne produit effet au profit des autres, soit quant à la prescription soit quant aux intérêts, que dans la limite du droit héréditaire du demandeur, car il n'a pu agir que dans cette mesure¹.

3° Pour que la demande produise un effet complet, il faut qu'elle soit formée par tous les héritiers collectivement. Auquel cas la situation est exactement ce qu'elle aurait été

si la demande avait été intentée par l'auteur.

Nulle part ces règles ne sont formulées; mais elles découlent logiquement des principes. Nous allons, d'ailleurs, les trouver formulées en cas de solidarité entre les débiteurs, et cela suffit pour qu'elles s'imposent au cas de solidarité entre les créanciers.

B. Sotidarité passive, ou entre les débiteurs.

690. Elle est régie par les articles 1200 et suivants.

Envisagée quant à son but général, elle est un moyen de crédit, un moyen d'assurer l'exécution de l'obligation ². Les créanciers acquièrent par elle une garantie efficace de paiement; tant qu'un des débiteurs reste solvable, le créancier est assuré d'être payé, puisqu'il peut exiger de l'un quelconque des débiteurs le paiement intégral de ce qui lui est dû. Les débiteurs, de leur côté, trouvent dans la solidarité un avantage non moins manifeste; elle fait participer chacun d'eux du crédit de tous, puisqu'ils sont tous obligés pour le tout et sont garants les uns des autres. La solidarité entre les débiteurs a donc une tout autre importance pratique que la solidarité entre les créanciers; aussi est-elle très usuelle; elle constitue un moyen de crédit efficace.

Envisagée dans son mécanisme, la solidarité passive est, comme la solidarité active, une application du mandat. La construction juridique est très rigoureuse. Les effets de la solidarité passive, soit quant aux rapports des débiteurs avec

2. Voy. Les sûretes personnelles et réelles, tome I, p. 11.

^{1.} Bien entendu, la prescription, qui n'est interrompue à l'égard des autres créanciers que pour la part de l'héritier dans la créance, ne l'est pas du tout à l'égard des autres héritiers. « Dès qu'il y a division, dit Laurent « (Principes, XVII, p. 268), l'interruption ne peut plus s'opérer que pour la « part divise de chaque héritier dans la créance. »

les créanciers, soit quant à leurs rapports entre eux, découlent tous d'une idée simple, d'une formule unique qui les contient en germe et qui est la suivante. Les débiteurs, s'il y a solidarité entre eux — soit par suite de convention et la solidarité est dite alors conventionnelle, soit par l'effet de la loi et la solidarité est dite alors légale —, sont considérés comme s'étant réciproquement donné pouvoir de se représenter pour tout ce qui concerne l'exécution de la dette, en d'autres termes pour tout ce qui concerne les poursuites auxquelles la dette peut donner lieu de la part des créanciers et pour le paiement.

Décomposons la formule et suivons-en les applications.

PREMIÈRE PROPOSITION.

691. Les débiteurs solidaires ont pouvoir de se représenter quant aux poursuites auxquelles la créance peut donner lieu.

Deux conséquences résultent de là.

1º Le créancier a le droit de s'adresser à l'un quelconque des débiteurs et de lui demander la totalité (article 1203). Jusqu'à concurrence de sa part, le débiteur poursuivi est tenu proprio nomine; pour le surplus, il est tenu comme mandataire de ses codébiteurs; donc il est tenu de la totalité (article 1200). D'ordinaire, le créancier s'adresse au débiteur qui est le plus solvable ou le plus à sa portée.

Le débiteur poursuivi ne peut pas demander la mise en cause de ses codébiteurs à l'effet d'obtenir que la condamnation soit divisée, car il est tenu personnellement pour le tout. Il peut seulement les appeler en cause, attendu qu'ils lui doivent garantie, afin de faire statuer sur le recours qu'il aura à exercer contre eux à concurrence de ce qu'il aura

payé en leur nom.

Les créanciers autres que le créancier poursuivi n'en restent pas moins obligés. « Les poursuites faites contre l'un « des débiteurs, dit l'article 1204, n'empêchent pas le créan- « cier d'en exercer de pareilles contre les autres. » Et cela jusqu'au paiement ¹.

^{1.} Il en était autrement à Rome. Voy. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 720 et 721. Lorsque le créancier exerçait son action contre l'un des débiteurs, les autres étaient libérés. Ce résultat tenait aux particularités de la procédure romaine et à l'effet novatoire de la litis contestatio. La créance

2º La demande formée contre l'un des débiteurs produit ses effets légaux à l'égard de tous, contre tous. En effet, ils sont mandataires les uns des autres; donc le créancier réalise par une seule poursuite les avantages que plusieurs lui eussent procurés. De là l'article 1206, aux termes duquel « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires « interrompent la prescription à l'égard de tous ». Un effet semblable s'attache à la reconnaissance de dette émanant de l'un d'eux (article 2249). L'article 1207 procède de la même idée : « La demande d'intérêts formée contre l'un des débi- « teurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. » Il s'agit des intérêts moratoires.

692. Tout cela est en germe dans la notion d'un mandat

réciproque au point de vue des poursuites.

693. Toutefois, l'article 1208 apporte une restriction, une

dérogation au principe.

Si l'idée était appliquée dans toutes ses conséquences, il en résulterait que le débiteur pourrait opposer comme moyens de défense: 1° ceux qui lui sont personnels, — 2° ceux qui dérivent de la nature de la dette, — 3° ceux qui

sont personnels à ses codébiteurs.

Or il n'en est pas ainsi. L'article 1208 introduit à cet égard quelques distinctions: « Le codébiteur solidaire poursuivi « par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui ré- « sultent de la nature de l'obligation et toutes celles qui lui « sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à « tous ses codébiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui « sont purement personnelles à quelques-uns des autres co- « débiteurs. »

Il importe de noter d'abord que le mot exception est pris ici comme synonyme de défense au fond.

Le texte, pour établir la situation au point de vue dont il s'occupe, classe les moyens de défense en trois catégories.

694. La première catégorie comprend les moyens de défense résultant de la nature de l'obligation. Il est tout simple qu'ils puissent être opposés par tous les codébiteurs solidaires; l'obligation leur est commune, et ce qui résulte

primitive se trouvait éteinte, et une nouvelle créance prenait naissance, mais à l'encontre seulement du débiteur poursuivi ; par suite, les autres débiteurs étaient libérés. Cet effet novatoire de la litis contestatio disparut sous Justinien.

de l'obligation est commun à tous. Ces moyens de défense sont ceux qui proviennent des circonstances dans lesquelles l'obligation s'est formée, des vices qui peuvent l'entacher en elle-même, abstraction faite des personnes. En résumé, ce sont les moyens qui découlent de l'inexistence ou de la nullité de la dette.

Ainsi tous les codébiteurs peuvent invoquer: 1° la nullité résultant de ce que l'obligation a une cause illicite, et la nullité résultant du défaut d'objet, — 2° l'effet des clauses ou modalités sous lesquelles l'obligation a été contractée, terme ou condition, — 3° la lésion, s'il s'agit d'un cas où le droit de l'invoquer dérive de la nature du contrat¹.

Ces divers moyens sont inhérents à la nature de la dette. Or tous les débiteurs sont tenus de la dette. Donc ils peu-

vent tous les invoquer.

695. La deuxième catégorie comprend les moyens de défense qui sont communs à tous les débiteurs sans résulter de la nature de l'obligation. On y fait rentrer tous les moyens de défense qui sont fondés sur l'extinction totale ou partielle de la dette par suite d'un paiement (article 1200), — d'une novation (article 1281), — d'une remise de la dette (article 1285), — d'une remise de la solidarité, — ou enfin par suite d'une prescription. Il peut se faire que la prescription soit accomplie au profit des uns sans l'être au profit des autres; celui qui en excipe pourra l'invoquer dans la mesure où elle est accomplie, c'est-à-dire pour le tout.

696. Quelques particularités sont à signaler quant à deux des causes d'extinction des obligations : la confusion et la

compensation.

a) D'abord la confusion. L'article 1209 est ainsi conçu: « Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du « créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier « de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance soli- « daire que pour la part et portion du débiteur ou du créan- « cier. »

L'hypothèse est simple: le créancier est héritier de l'un des codébiteurs, ou bien l'un des codébiteurs succède au créancier. Il y a extinction de la dette, mais seulement pour la part que doit supporter celui en la personne de qui la con-

^{1.} Suprà, p. 148 et suiv.

fusion s'est opérée. Si le créancier succède à l'un des débiteurs, la créance est éteinte pour la part du débiteur. Si l'un des débiteurs succède au créancier, il a, comme créancier,

sa part déduite, action contre les autres débiteurs.

Ĉela tient à ce que la confusion n'éteint pas, à proprement parler, la dette; elle empêche seulement le créancier d'agir, parce qu'il lui faudrait agir contre lui-même. Il n'y a extinction que dans la limite de cette impossibilité; or la poursuite reste possible contre les autres débiteurs; donc l'obligation subsiste à leur égard ¹.

b) La compensation ne produit ses effets, comme cause

d'extinction, que sous réserve d'une distinction.

α) Elle produit effet complet au regard du débiteur du chef de qui elle s'est opérée. Si le créancier s'adresse à ce débiteur et que celui-ci lui oppose la compensation, la dette sera éteinte même au regard des autres, comme s'il y avait eu paiement; ils pourront invoquer au besoin l'extinction de l'obligation par voie de compensation ².

β) Mais, au regard des autres débiteurs, tant que la compensation n'est pas opposée, la dette n'est pas regardée comme éteinte. L'article 1294 alinéa 3 est ainsi conçu : « Le « débiteur solidaire ne peut... opposer la compensation de

« ce que le créancier doit à son codébiteur. »

Cette règle ne concorde pas avec les principes qui régissent la solidarité et la compensation. En effet, la compensation opère de droit (article 1290); donc elle devrait opérer, sous cette seule réserve que le débiteur qui est censé avoir payé aurait recours contre ses codébiteurs. Or, il n'en est pas ainsi; ce qui revient à dire que la compensation n'opère sur la dette solidaire qu'autant qu'elle a été opposée par celui du chef de qui elle se produit.

Pourquoi en est-il ainsi? C'est une anomalie. On n'a pas voulu qu'un des codébiteurs pût alléguer un fait qui implique immixtion dans les affaires de son codébiteur. « Si « l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à « un autre qu'à soi-même, encore que cet autre fût un codé-« biteur solidaire, on risquerait de susciter des difficultés « sans nombre. Ce tiers se trouverait engagé dans des pro-

^{1.} Suprà, p. 414, note 1.

^{2.} Laurent, Principes, XVII, no 339 in fine.

« cès désagréables. Il faudrait examiner avec lui si la dette « existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible « de compensation. Il est naturel que la compensation n'ait « lieu entre deux personnes que pour ce qu'elles se doivent « directement l'une à l'autre 1. »

697. La troisième catégorie de moyens de défense comprend

ceux qui sont purement personnels.

1º Rentrent dans cette catégorie les moyens de défense qui sont fondés sur des clauses ou modalités propres à l'un des codébiteurs. L'article 1201 en fournit un exemple: « L'obli- « gation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit « obligé différemment de l'autre au paiement de la même « chose ; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnel- « lement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et sim- « ple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à « l'autre. »

2º Rentrent encore dans cette catégorie les moyens de défense qui naissent de circonstances paralysant l'effet de l'obligation par rapport à l'un seulement des débiteurs: erreur, dol, ou violence entachant le consentement d'un des débiteurs, — incapacité du débiteur, — lésion s'il s'agit d'une lésion admise en considération de la personne (article 1305) ².

Il faut en dire autant de la compensation opérée dans la personne du débiteur et non encore opposée (article 1294 alinéa 3). Le débiteur du chef de qui la compensation s'opère peut l'opposer; les autres ne le peuvent pour aucune part. C'est la conséquence du point de vue admis 3 quant aux effets de cette cause d'extinction sur la dette solidaire. Tant que la compensation n'a pas été opposée, elle n'est pas regardée comme ayant opéré; par suite, elle constitue une exception personnelle.

Quant à la confusion, les textes sont formels. Nous avons déjà cité l'article 1209: « Lorsque l'un des débiteurs devient « héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier de-« vient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion

^{1.} Ce sont les observations présentées par le Tribunat lors de la discussion de l'article 1294 (Locré, VI, p. 134).— D'autres explications ont été proposées. Voy. Laurent, *Principes*, XVII, nº 338.

^{2.} Supra, p. 151 et suiv.

^{3.} Ibid., p. 423.

^{4.} Ibid., p. 422 et 423.

« n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du « débiteur ou du créancier. » L'article 1301 alinéa 3 s'exprime de même : la confusion « qui s'opère dans la personne du « créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour « la portion dont il était débiteur ».

Enfin, d'après l'article 2257, la prescription est suspendue: à l'égard d'une créance conditionnelle, jusqu'à ce que la condition arrive,— à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, — à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour arrive. La suspension de prescription résultant de l'une de ces modalités et procédant du chef d'un codébiteur n'opère pas à l'égard des autres.

En effet, à la différence des causes d'interruption, les causes de suspension sont essentiellement personnelles; la condition, le terme, engendrent des exceptions qui ne peuvent être invoquées que par celui qui s'est engagé sous cette modalité. Si les codébiteurs ne peuvent s'en prévaloir, il est naturel qu'on ne puisse point leur opposer la suspension en résultant. Le créancier poursuivra donc le débiteur du chef de qui la prescription a été suspendue, mais il ne saurait exercer son action contre les autres ¹.

698. Bref, le débiteur peut invoquer les moyens de défense provenant de lui-même, mais non pas ceux qui proviennent de ses codébiteurs (article 1208 alinéa 2). Sans doute, il y a association entre les codébiteurs; mais cette association n'existe que dans le but de garantir les droits du créancier; en dehors de là, les débiteurs ne se représentent pas les uns les autres.

699. Quand l'obligation est annulée par suite d'une exception personnelle, la question se pose de savoir si les autres débiteurs peuvent opposer l'exception de nullité pour la part du codébiteur libéré. On leur refuse généralement ce droit 2; si la solution contraire était admise, la solidarité perdrait son efficacité comme moyen de crédit et laisserait subsister un risque.

Le codébiteur, qui ne peut pas invoquer l'exception personnelle pour le tout, peut-il au moins s'en prévaloir dans la mesure de la part de dette incombant à celui qui aurait pu

2. Ibid., nº 299.

^{1.} Laurent, Principes, XVII, no 335.

l'opposer? La question est controversée ; mais elle doit être résolue négativement ¹.

SECONDE PROPOSITION.

700. Les codébiteurs solidaires ont pouvoir de se représenter quant au paiement, c'est-à dire pouvoir d'acquitter la dette commune.

De là résultent trois conséquences.

A

701. Chaque débiteur peut, s'il veut se libérer, payer la dette entière, au besoin faire des offres réelles pour le tout. Les offres réelles sont un moyen de vaincre la résistance du créancier (article 1259).

Dans la mesure de sa part, le droit de se libérer appartient sans conteste au débiteur; c'est le droit de tout débiteur. Pour le surplus, le doute n'est pas davantage possible, puisque le débiteur qui acquitte la dette est mandataire des autres ².

B

702. Le paiement fait par l'un des débiteurs, soit à la poursuite du créancier soit volontairement, libère tous les autres (article 1200 in fine). Il faut en dire autant des autres causes d'extinction, par exemple de la novation (article 1281), sauf les particularités signalées relativement à la confusion et à la compensation ³.

C

703. Celui des débiteurs solidaires qui a payé la totalité de la dette a recours contre les autres pour leur part et portion. Dans la mesure de sa part, il a payé suo nomine; pour le surplus, il a payé à l'acquit des autres et a, par conséquent, droit de recourir contre eux. De là l'article 1213: « L'obliga- « tion contractée solidairement envers le créancier se divise « de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre « eux que chacun pour sa part et portion. »

Le texte dit: « entre eux »; car ils sont tenus pour le tout

1. Laurent, Principes, XVII, nº 300.

3. Suprà, nº 696.

^{2.} Cependant Laurent exprime une autre opinion. Le mandat, dit-il, existe dans l'intérêt du créancier; il n'existe que dans la limite où il s'en prévaut, et ne confère pas de droits aux débiteurs. Voy. Principes, XVII, nº 298.

au regard du créancier. Lorsque plusieurs personnes s'obligent solidairement, c'est seulement vis-à-vis du créancier qu'elles sont débitrices du total; entre elles, la dette se di-

vise, et chacune n'en doit supporter que sa part.

« Pour sa part et portion », ajoute le texte. Mais quelle part ? L'article 1213 ne le dit pas. Et il ne pouvait pas le dire. Cette part est celle que le débiteur qui a payé a eue dans la cause de la dette; l'expression « pour sa part » veut dire : proportionnellement à l'intérêt que le débiteur a eu dans l'affaire.

C'est une question de fait. Tantôt la division s'opérera entre les codébiteurs par parts égales, tantôt par parts iné-

gales 1.

Ainsi, trois personnes, ayant besoin chacune de dix mille francs, empruntent solidairement trente mille francs. Si l'une d'elles rembourse les trente mille francs, elle a recours pour les deux tiers.

Voici une autre hypothèse. Primus a besoin de dix mille francs, Secundus de vingt mille et Tertius de trente mille. Ils empruntent solidairement soixante mille francs; chacun d'eux garantit solidairement le tout au prêteur; ils ont fait masse de leur crédit à tous trois pour obtenir un prêt. Vis-à-vis du créancier, ils doivent tous les trois le tout; entre eux, Primus est tenu du sixième, soit dix mille francs, — Secundus du tiers, soit vingt mille, — Tertius de la moitié, soit trente mille. Le recours ne peut avoir lieu que dans cette proportion.

De là l'article 1216: « Si l'affaire pour laquelle la dette a « été contractée solidairement ne concernait que l'un des « coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette « vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés

« par rapport à lui que comme ses cautions. »

Ce texte suppose qu'un des débiteurs solidaires n'a aucun intérêt dans la dette. Si c'est lui qui paie, il a recours pour le tout; si c'est un autre, on n'a aucun recours contre lui. Les autres codébiteurs ne sont que des cautions « par rap-« portà lui », mais par rapport à lui seulement; vis-à-vis du créancier, ils sont des codébiteurs solidaires et non des cautions. Or, entre un codébiteur solidaire et une caution la

^{1.} Suprà, nº 682.

différence est considérable. De même que la solidarité, le cautionnement est un moyen de crédit; la caution engage sa responsabilité au regard du créancier, comme le codébiteur, mais non pas de la même manière. La caution s'oblige pour autrui, pour le débiteur principal; donc elle n'est obligée de payer qu'à défaut du débiteur, subsidiairement; et si elle paie, elle a droit au remboursement total (article 2028)¹. Le codébiteur solidaire s'oblige avec autrui; donc il est obligé directement, principalement (article 1213); s'il paie, il n'a recours que pour ce qui ne le concerne pas. Il résulte de l'article 1216 que le codébiteur solidaire, au regard de ses codébiteurs, peut n'être qu'une caution, en ce sens qu'il a recours pour le tout lorsque l'affaire ne le concerne pas.

704. Ce recours du codébiteur qui a payé — du codébiteur solvens, comme on dit quelquefois — peut être exercé sous deux formes.

1º Il a une action née en sa personne du contrat de mandat (article 1214). Cette action en répétition étant fondée sur l'idée de mandat (articles 1998 et 1999), le codébiteur solvens a droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où il les a faites ²; cela est contraire au droit commun (article 1153), mais conforme aux règles du mandat (articles 2001 et 2028) ³.

2° Le codébiteur solvens a l'action du créancier désintéressé; il est subrogé à ses droits. En effet, aux termes de l'acticle 1251-3°, la subrogation a lieu de plein droit au profit de toute personne qui a payé étant tenue avec d'autres, ce qui est une allusion au codébiteur solidaire, — ou pour d'autres, ce qui est une allusion à la caution. Nous ne pouvons ici que mentionner l'existence de cette subrogation, et renvoyer à plus tard ⁴ pour en déterminer les effets ⁵.

^{1.} Les sûretés personnelles et réelles, tome I. p. 85.

^{2.} Nancy 21 février 1877, D. P. 1878.II.14, Sir. 1877.II.245.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, texte et note 38, p. 50, — Demolombe, Contrats, III, n° 442, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 147 bis II, — Laurent, Principes, XVII, n° 361.

^{4.} Infrà, nos 798 et suiv.

^{5.} Le recours du codébiteur solvens soulève maintes questions délicates. Contentons-nous d'en signaler deux.

¹º Un codébiteur peut-il agir contre les autres avant d'avoir payé? Même après l'échéance de l'obligation, il ne le peut pas, à moins qu'il soit l'objet de poursuites de la part du créancier. Sic: Aubry et Rau, 5º édition, § 298 ter, p. 51, texte et note 41, — Demolombe, Contrats, III, nºs 428 et 429,

705. Que le codébiteur solvens agisse par l'action née en sa personne, ou comme subrogé aux droits du créancier, les articles 1214 et 1215 règlent les conditions du recours.

Aux termes de l'article 1214 alinéa 1, « le codébiteur d'une « dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre « les autres que les part et portion de chacun d'eux ». Peu importe que le paiement ait été volontaire ou non. Le recours ne peut avoir lieu contre les autres codébiteurs que pour les part et portion de chacun d'eux, non pour tout ce qui dépasse la part du codébiteur solvens.

Par exemple, dans l'hypothèse précédente¹, Primus, qui n'est intéressé personnellement que pour un sixième, soit pour dix mille francs, a payé le tout, soit soixante mille francs. Il a payé cinquante mille francs alieno nomine. Mais il ne peut pas réclamer ces cinquante mille francs à Secundus, sauf à celui-ci à agir contre Tertius pour trente mille; il demandera vingt mille à Secundus et trente mille à Tertius. Le recours se divise proportionnellement à l'intérêt de chacun.

On aurait pu admettre le contraire. En effet, le codébiteur qui a payé a, pour exercer son recours, l'action du créancier désintéressé, auquel il est subrogé; or le créancier aurait pu demander la totalité à l'un quelconque des débiteurs; donc le codébiteur solvens aurait pu être autorisé à réclamer l'excédent de sa part. On ne l'a pas admis pour deux motifs. D'abord il existe entre les codébiteurs solidaires, par suite du mandat réciproque donné, une sorte de société; ils se doivent, dès lors, une sorte de garantie, qui leur interdit de s'imposer réciproquement une situation dont ils se devraient réparation. En second lieu, on a voulu éviter ce qu'on appelle le circuit

<sup>Laurent, Principes, XVII, nº 365, — Nancy 21 février 1877, D. P. 1878.
II.14, Sir. 1877.II. 245 — Contrà: Larombière, Obligations, article 1216, nº 3.
2º L'article 2037, aux termes duquel la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution, s'applique-t-il au débiteur solidaire? Voy. dans le sens de la négative: Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 298 ter, note 47, p. 57,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, VIII, nº 272 bis VIII et X, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, nº 1189, — Cass. 18 février 1861, D. P. 1861.I.153, Sir. 1861.I.986, — 3 avril 1864, D. P. 1861.I.388, Sir. 1861.I.986, — Paris 16 avril 1864, D. P. 1864.II. 127, Sir. 1864.II.289.— Cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 89, 103 et suiv.</sup>

^{1.} Suprà, p. 427.

d'actions ; il faut que les recours se règlenten une fois ; la subrogation n'a d'effet qu'autant qu'elle assure au débiteur qui a payé les garanties de la créance principale. L'article 875 consacre une règle analogue en matière de successions.

Pour éviter que cette nécessité de diviser son recours ne devienne préjudiciable au débiteur qui a payé la dette, les articles 1214 alinéa 2 et 1215 édictent les règles suivantes.

D'abord l'article 1214 alinéa 2. Si l'un des codébiteurs « se « trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité « se répartit, par contribution, entre tous les autres codébi- « teurs solvables et celui qui a fait le paiement ».

L'article 1215 ajoute : « Dans le cas où le créancier a re-« noncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un « ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, « la portion des insolvables sera contributoirement répartie « entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment « déchargés de la solidarité par le créancier ». C'est une application de l'article 1165. Le créancier peut bien renoncer à son droit, mais sous réserve du droit d'autrui.

706. Tels sont les effets de la solidarité entre les débiteurs. Ils découlent de l'idée de mandat.

Ils se bornent, d'ailleurs, à cela. La solidarité passive suppose un mandat, mais un mandat limité, celui que les codébiteurs solidaires se donnent de se représenter quant à l'exécution, en ce qui concerne les poursuites et le paiement. Dès lors, tout ce qui serait fait contre l'un des débiteurs ou émanerait de lui en dehors des pouvoirs résultant de ce mandat limité serait sans effet à l'égard des autres, ne leur serait pas opposable. C'est le principe en matière de mandat (articles 1989 et 1998).

De là toute une série de conséquences, par l'énoncé desquelles nous allons compléter ce sujet. Elles se groupent autour des deux idées suivantes.

1° Un des codébiteurs ne peut pas, par son fait, aggraver la condition des autres. Les codébiteurs ont mandat seulement pour se représenter dans l'intérêt du créancier quant au paiement.

2º Les suites des actes accomplis par un codébiteur en

dehors du mandat ne concernent que lui et lui restent personnelles.

Ces deux idées vont nous donner la solution d'un assez grand nombre de questions de détail que soulève la matière. Nous signalerons en particulier les quatre applications suivantes.

Première application.

707. Les deux idées énoncées fournissent l'explication de l'article 1205. Il est relatif à l'effet des fautes commises par l'un des codébiteurs quant à l'obligation commune.

Engagent-elles la responsabilité des autres ?

Non, en principe. Car les codébiteurs ont mandat pour tout ce qui est relatif à l'exécution: poursuites et paiement; hors de là, il n'y a pas de mandat.

Toutefois, quelques distinctions doivent être faites.

Supposons que l'obligation ait été accompagnée d'une clause pénale (article 1226). Encourue par le fait de l'un des débiteurs, la clause est encourue par tous. En effet, la peine est une clause du contrat, une partie de l'obligation; l'ouverture de la clause pénale n'aggrave pas la condition du débiteur et ne confère au créancier aucun droit qui ne résulte de la convention; donc elle est relative à l'exécution et rentre dans le mandat.

Si, au contraire, des dommages-intérêts viennent à être dus sans avoir été stipulés au début, ils restent personnels à celui des débiteurs par le fait ou la faute duquel ils sont dus. S'il en était autrement, le fait du débiteur aggraverait la condition prévue des autres ; or le débiteur n'a pas mandat à cet effet: les conséquences de pareils faits restent personnelles.

L'article 1205 applique cette idée à un cas spécial. Visant l'hypothèse d'une obligation de donner, il suppose que la chose promise a péri par la faute de l'un des codébiteurs, ou par cas fortuit après mise en demeure, ce qui revient au même. Et il statue en ces termes: « Si la chose due a péri « par la faute ou pendant la demeure de l'un cu de plusieurs « des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point « déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; « mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et inté- « rêts. — Le créancier peut seulement répéter les dom-

« mages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute des-« quels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en de-« meure. » Ainsi les autres codébiteurs doivent le prix, ce qui ne fait que perpétuer l'obligation ; ils ne doivent pas les dommages-intérêts, ce qui l'augmenterait.

Deuxième application.

708. Au même ordre d'idées se rattachent les alinéas 2 et 4 de l'article 1365. « Le serment déféré par l'un des créan-« ciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la « part de ce créancier.... Celui déféré à l'un des débiteurs « solidaires profite aux codébiteurs. »

Le serment profite, mais il ne peut pas nuire.

Troisième application.

709. Les mêmes principes servent encore à déterminer les effets du jugement rendu entre le créancier et l'un des débiteurs.

La question ne se pose, bien entendu, que si le jugement porte sur un point relatif à l'obligation et commun à tous les débiteurs.

Si le procès a porté sur un point particulier à l'un des débiteurs, le jugement — cela tombe sous le sens — n'a d'effet qu'à l'égard de ce débiteur. Par exemple, le débiteur poursuivi a opposé un moyen de défense qui lui est personnel d'après l'article 1208, et sa prétention a été repoussée; le jugement peut assurément être opposé au débiteur contre lequel il a été rendu, mais on ne comprendrait pas qu'il le fût à d'autres. Il n'y a pas de question dans ce cas.

La difficulté apparaît, au contraire, si le jugement a porté sur un point commun. Par exemple, il s'agissait de l'existence même de la dette, que le débiteur poursuivi contestait.

Même dans ce cas, il est une hypothèse où la difficulté n'existe pas: celle où le jugement a été rendu au profit du débiteur. Par exemple, le jugement a reconnu la non-existence de la dette prétendue. Les autres débiteurs peuvent certainement l'invoquer.

C'est dans le cas inverse que la difficulté se présente : quand le débiteur s'est laissé condamner. Le jugement peutil être opposé aux autres débiteurs, ou bien peuvent-ils en décliner les effets ?

La question est controversée. Nous l'avons rencontrée

déjà à propos de la solidarité active 1.

On peut soutenir que le jugement n'est pas opposable aux autres codébiteurs, d'abord par analogie avec ce que décide l'article 1365 pour le serment, puis en vertu des principes. Les autres débiteurs, en effet, ne peuvent-ils pas dire : vous êtes notre fondé de pouvoirs pour ce qui nous profite,

non pour ce qui empire notre condition 2?

Cependant, la jurisprudence est en sens contraire; elle décide avec grande raison que le jugement rendu produit son effet en fayeur de tous et contre tous 3. Le créancier peut poursuivre l'un quelconque des codébiteurs ; au point de vue pratique, il est inadmissible que ce créancier, qui court les chances défavorables du procès, ne profite pas des chances favorables. La justice est saisie au nom de tous; par conséquent la sentence, quelle qu'elle soit, vaut à l'égard de tous. L'argument tiré de ce que la loi décide à propos du serment est dépourvu de valeur, parce que le fait de déférer le serment est un fait volontaire. Du moment que les codébiteurs ont mandat de subir les poursuites et de se représenter en justice, le jugement doit avoir effet contre tous, sans distinguer selon le sens de la décision. Du reste, l'article 1208 suppose que les codébiteurs solidaires figurent dans les procès les uns pour les autres.

Quatrième application.

710. Les principes énoncés expliquent les articles 1210 à 1212. Ces articles ont trait aux effets de la remise que le créancier viendrait à consentir au profit d'un des codébiteurs, ou au profit soit de plusieurs, soit de tous.

Ayant droit contre tous et contre chacun, le créancier peut user de son droit entier, ou y renoncer, en faire une remise. Cette remise peut porter sur deux éléments : 1° sur la dette

^{1.} Suprà, nº 688, p. 416 et 417.

^{2.} Sic: Aubry et Rau, 4e édition, VIII, § 769, note 52, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 328 bis XXIV.

^{3.} Cass. 28 décembre 1881, D. P. 1882. I. 377, Sir. 1883.1.465, — 1er décembre 1885, D. P. 1886. I. 251, Sir. 1886.1.55, — Alger 7 décembre 1885, Sir. 1886.II.80. — Gpr. Demolombe, Contrats, III, no 374 — Chauveau sur Carré, Lois de la procédure, question 645 in fine.

elle-même, — 2º sur la solidarité seulement. Les articles 1210 à 1212 n'ont trait qu'à cette dernière hypothèse.

711. Si la remise porte sur la dette et qu'elle soit totale, elle profite à tous les débiteurs. Si elle est partielle, elle leur profite parte in qua.

Le droit commun de la solidarité commande cette solution¹. Aux termes de l'article 1208, le débiteur poursuivi peut opposer au créancier les défenses communes à tous, et on désigne par là celles qui résultent de l'extinction de la dette; or la remise de la dette entraîne son extinction; donc elle profite à tous les codébiteurs.

D'ailleurs, l'article 1285 le décide formellement. Disposition inutile, puisqu'elle n'est qu'une application des principes généraux.

712. Supposons que la remise porte sur la solidarité seulement, sans qu'il y ait remise de la dette. Le créancier renonce seulement à la garantie d'exécution résultant de la solidarité, et non à sa créance.

La renonciation ainsi entendue, limitée à la solidarité, peut être expresse, c'est-à-dire résulter d'une déclaration par laquelle le créancier consent à la division de la dette (article 1210); elle peut être tacite, et résulter notamment de ce fait que le créancier reçoit divisément le paiement (article 1211). Peu importe ; la forme de la renonciation n'influe pas sur les effets qu'elle produit.

A un autre point de vue, la remise de la solidarité peut être absolue, c'est-à-dire consentie au profit de tous les débiteurs, — ou relative, c'est-à-dire consentie au profit d'un ou de plusieurs débiteurs sans l'être au profit des autres, le créancier maintenant son droit entier contre ceux-ci.

Elle peut être totale ou partielle, selon qu'elle porte sur la dette entière ou seulement sur une partie.

713. De là les combinaisons suivantes.

1° Supposons une remise absolue et totale. La remise équivaut à la disparition de la modalité qui affectait l'obligation; donc l'obligation, rentrant dans le droit commun, devient conjointe : chacun des codébiteurs n'est plus tenu que pour sa part, ils restent tenus conjointement et ne le sont plus

^{1.} Suprd, nº 695.

solidairement. L'acceptation de la remise rentre dans le mandat des codébiteurs; faite et acceptée, elle profite à tous.

2° Supposons une remise absolue, mais partielle. Dans la mesure de la remise, la dette devient conjointe; elle reste solidaire pour le surplus. L'acceptation rentre dans le mandat des codébiteurs; faite et acceptée, elle profite à tous.

3° Supposons enfin une remise relative de la solidarité, soit totale soit partielle. Cette remise relative, consentie au profit d'un des codébiteurs et non des autres, peut se

manifester sous deux aspects.

Ou bien le créancier renonce à demander à l'un des codébiteurs la part des autres. La remise est alors expresse (article 1210). Il y a un débiteur solidaire de moins. A celui auquel la remise a été consentie le créancier ne pourra demander désormais que sa part de la dette. Que pourra-t-il demander aux autres? Il ne pourra agir contre eux que sous déduction de la part de celui auquel la remise a été consentie (article 1210). Sans cela, en effet, la situation des autres serait aggravée, car la remise consentie les prive d'un recours éventuel; or les codébiteurs solidaires n'ont pas mandat réci-

propre pour aggraver leur situation.

Ou bien le créancier réclame ou reçoit de l'un des codébiteurs sa part, en indiquant, dans la quittance, que le codébiteur dont il s'agit s'acquitte pour sa part (article 1211). La remise est alors tacite. Le créancier n'a rien de plus à demander au solvens, qui a payé sa part de dette. Le surplus pourra être réclamé aux autres ; il y a extinction de la dette jusqu'à due concurrence. Ce ne sont là que des déductions d'une idée unique, savoir que le créancier a droit contre tous les codébiteurs et peut renoncer à son droit au profit de l'un deux, pourvu que cette renonciation n'aggrave pas les charges des autres. Si le créancier n'a pas spécifié que le codébiteur solvens s'acquitte « pour sa part », le paiement fait n'est qu'un à-compte, qui laisse subsister pour le surplus tous les effets de la solidarité.

714. Ces distinctions, faites par les articles 1210 et 1211 en ce qui concerne les effets de la remise quant au capital de la créance, sont reproduites par l'article 1212 en ce qui concerne les intérêts.

Les libéralités ne se présument pas. La remise est de

droit étroit, et ne doit pas être étendue: consentie pour les intérêts, elle ne s'entend pas du capital, — consentie pour les intérêts échus, elle ne s'entend pas des intérêts à échoir.

Il est un cas cependant dans lequel la loi présume une remise générale de la solidarité quant aux intérêts. Cette présomption est établie par les derniers mots de l'article 1212, dont voici le texte complet : « Le créancier qui reçoit divisé« ment et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs « dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la soli« darité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non « pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paie« ment divisé n'ait été continué pendant dix ans consécuti/s. » Le législateur a établi cette présomption par interprétation de volonté. Et l'interprétation est peut-être excessive; en effet, il est parfaitement possible que le créancier ait consenti à la division tant que tous les débiteurs étaient solvables, sans avoir pour cela l'intention de renoncer à son droit d'une manière générale.

715. En résumé, tout le système de la solidarité passive se réduit aux deux idées suivantes.

1º Les codébiteurs sont regardés comme s'étant donné mandat de se représenter les uns les autres, dans l'intérêt du créancier, pour tout ce qui concerne l'exécution de la dette : poursuites et paiement.

2º Les effets de la solidarité sont limités, dans l'intérêt des codébiteurs, à ce qui a été strictement fait dans la mesure

du mandat.

Voilà tout le système. Le reste est affaire de déduction.

716. Sur la solidarité entre débiteurs, après en avoir tracé le caractère et les effets, il reste deux questions complémentaires à résoudre.

PREMIÈRE QUESTION

717. Que deviennent la solidarité passive et ses effets en cas de mort d'un ou de plusieurs des débiteurs?

Il est certain, en principe, que la solidarité lie les héritiers et successeurs des codébiteurs. En effet, elle est inhérente à l'obligation, puisqu'elle est une modalité qui affecte l'obligation. Les héritiers et successeurs du débiteur décédé sont tenus solidairement avec les débiteurs survivants, comme l'était leur auteur.

Seulement, dans l'application, deux hypothèses sont à

prévoir.

Voici la première. Si un débiteur solidaire meurt et ne laisse qu'un seul héritier, rien n'est modifié. La condition de l'héritier est, à tous égards, celle qu'avait son auteur; il est tenu solidairement avec les débiteurs survivants. Tous les effets de la solidarité continuent de se produire; rien ne les a modifiés: la demande formée contre l'héritier produit ses effets contre les débiteurs survivants, et la demande formée contre un de ceux-ci produit ses effets à l'égard de l'héritier.

Une seconde hypothèse peut se présenter. Le débiteur

solidaire laisse plusieurs héritiers ou successeurs.

Ils succèdent aux obligations de leur auteur. Mais entre eux les dettes se divisent (article 1220); car la solidarité ne rend pas la dette indivisible (article 1219), ainsi que nous l'établirons bientôt¹. Par conséquent, chacun des héritiers du débiteur prédécédé n'est tenu de la dette, en dépit de la solidarité, que dans la mesure où il représente le défunt, dans la limite de sa part héréditaire.

Si la dette n'avait pas été solidaire, mais simplement conjointe, chacun des héritiers aurait été tenu de sa part dans la part de l'auteur décédé. Soient, par exemple, deux débiteurs conjoints d'une somme de vingt mille francs; chacun d'eux doit dix mille francs; si l'un vient à mourir laissant deux héritiers, chacun de ceux-ci doit la moitié de ce que devait son auteur, en d'autres termes cinq mille francs.

Si la dette est solidaire, chacun des héritiers est tenu de sa part de la dette entière, puisque l'auteur était tenu de la dette entière. Soient, par exemple, deux débiteurs solidaires d'une somme de vingt mille francs; l'un et l'autre sont tenus pour les vingt mille; si l'un d'eux vient à mourir laissant deux héritiers, chacun de ceux-ci doit la moitié de ce que devait son auteur, en d'autres termes dix mille francs.

Le résultat est donc différent selon qu'il s'agit de dettes conjointes ou de dettes solidaires. La solidarité continue en

^{1.} Infrà, nos 744 et suiva

cas de mort d'un des débiteurs ; les effets de la solidarité se combinent avec ceux de la division des dettes.

718. De là les règles suivantes.

- 1º Les héritiers du débiteur solidaire décédé ne sont pas solidaires entre eux. En effet, la première condition pour être codébiteur solidaire est d'être codébiteur; or ils ne sont pas codébiteurs, mais débiteurs de parts divises de la dette primitive. En conséquence, la demande formée contre l'un, pour sa part, n'a aucun effet à l'égard des autres; l'article 2249 alinéa 2 fait application de ce principe: « L'inter« pellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, « ou la reconnaissance de cet héritier n'interrompt pas la « prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même « la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivi- « sible. »
- 2° Les héritiers du débiteur solidaire sont solidaires avec les débiteurs survivants, mais chacun seulement dans la limite de sa part.

Les conséquences sont aisées à déduire.

a) Le créancier, s'il peut réclamer la totalité de la dette aux débiteurs survivants, ne peut réclamer aux héritiers

d'un débiteur prédécédé que leur part dans la dette.

b) La demande formée contre un des débiteurs survivants produit intégralement ses effets contre les héritiers du prédécédé; mais la demande formée contre un des héritiers d'un débiteur prédécédé ne produit ses effets à l'égard des autres que dans la mesure de la part pour laquelle ils sont débiteurs. Cela importe grandement : d'abord en ce qui concerne les intérêts moratoires, puis en ce qui concerne les interruptions de prescription.

c) Pour que la demande formée contre un des héritiers du débiteur prédécédé produise effet complet, pour toute la dette, contre les survivants, il faut qu'elle soit formée contre

tous et englobe toutes les parties de la dette divisée.

L'article 2249 fait application de ce principe. Il est spécial à l'interruption de prescription; mais, comme il est l'application d'une idée générale, il doit être étendu aux cas analogues. Il place sur la même ligne l'interpellation faite à l'un des débiteurs et la reconnaissance émanant de lui; ce sont, en effet, les modes d'interruption. Et voici ce qu'il dit: « L'interpellation faite..... à l'un des débiteurs solidaires,

« ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous « les autres, même contre leurs héritiers. — L'interpellation « faite à l'un des héritiers du débiteur solidaire, ou la recon-« naissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription « à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance « serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible. — Cette « interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la pres-« cription, à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part « dont cet héritier est tenu. - Pour interrompre la prescrip-« tion pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'in-« terpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé, ou « la reconnaissance de tous ces héritiers. » Donc l'interpellation faite à l'un des débiteurs interrompt la prescription à l'égard de tous (article 1206); faite à l'un des débiteurs, elle interrompt la prescription à l'égard des héritiers d'un débiteur prédécédé; faite à l'un des héritiers d'un débiteur prédécédé, elle n'interrompt la prescription à l'égard des survivants que pour sa part.

719. En résumé, la solidarité ne disparaît pas avec la mort de l'un des codébiteurs ; elle lie ses héritiers et représentants. Seulement, si ce débiteur a laissé plusieurs héritiers ou représentants, les effets de la solidarité se trouvent modifiés par suite de la division des dettes entre eux. Cela résulte des principes ; et c'est aussi ce que constate l'article 2249 à propos d'un des effets de la solidarité ; de sorte que la solution

est incontestable 1.

SECONDE QUESTION

720. La solidarité entre débiteurs a des applications diverses. Conserve-t-elle dans toutes le même caractère, et produit-elle toujours les mêmes effets?

S'il y a des distinctions à faire, il est au moins certain que rien dans les textes n'y fait la moindre allusion. Ils ne prévoient qu'une seule solidarité, une dans ses caractères et, par suite, dans ses effets.

1. On s'est demandé si les parties pourraient convenir que les héritiers seront tenus solidairement de l'intégralité de la dette. Il est permis d'en douter; car, les dettes se divisant de plein droit (article 1220), une telle stipulation pourrait être envisagée comme un pacte sur succession future, prohibé par l'article 791. Toutefois, Laurent (Principes, XVII, nº 416) l'admet, par analogie avec l'hypothèse réglée par l'article 1221-4°, où les parties ont mis le paiement d'une dette divisible à la charge de l'un des héritiers.

Cependant, à cet égard, certaines équivoques ont cours. Et elles se sont traduites par deux tendances opposées : l'une qui conduit à contester à la solidarité une partie de ses effets dans des cas où il y a certainement solidarité, — l'autre qui conduit à admettre les effets de la solidarité dans des cas où il n'y a cependant solidarité ni conventionnelle ni légale.

D'où viennent ces deux tendances? A quels résultats ontelles abouti dans la pratique?

Première tendance.

721. Sous l'influence de la première de ces deux tendances s'est introduite dans la doctrine l'idée — assez répandue, mais extrêmement contestable — d'une solidarité dite imparfaite, qui serait incomplète dans ses effets. Les auteurs qui en admettent l'existence l'appellent imparfaite par opposition à la solidarité proprement dite, complète dans ses effets, qu'ils appellent la solidarité parfaite.

La distinction reposerait sur l'idée suivante. La solidarité passive suppose entre les codébiteurs, dans l'intérêt de leur crédit et au profit du créancier, un mandat réciproque de se représenter pour tout ce qui concerne l'exécution de la dette: mandat réel ou supposé. D'où l'on conclut qu'il n'y a vraiment solidarité qu'autant qu'il existe ou qu'il a existé entre les débiteurs des rapports impliquant ce mandat, du moins le rendant vraisemblable ou admissible. A défaut de semblables rapports, il se peut que les débiteurs soient tenus chacun pour le tout et puissent être poursuivis pour le tout, in solidum; mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait vraiment solidarité, avec tous les effets que la solidarité comporte. C'est alors, dit-on, qu'il y a seulement solidarité incomplète, imparfaite.

De là, ajoute-t-on, le critérium qui permet de distinguer les cas de solidarité parfaite et de solidarité imparfaite.

Toute solidarité conventionnelle, établie volontairement par les parties, est parfaite, complète dans ses effets. Du moment que la solidarité est convenue, elle implique — à moins, bien entendu, de clauses qui viennent en régler spécialement les effets — le mandat qui la constitue.

C'est seulement parmi les cas de solidarité légale qu'il y

aurait à distinguer. Le signe distinctif, l'élément doctrinal de démarcation serait celui-ci.

La solidarité établie par la loi lie-t-elle les débiteurs à raison de rapports établis ou acceptés par eux, la solidarité est parfaite. Les lie-t-elle parce que la responsabilité est née entière à la charge de chacun en dehors de rapports établis ou acceptés par eux, la solidarité est imparfaite.

La règle reste un peu vague. Aussi, parmi les partisans

du système, y a-t-il des désaccords d'application.

722. Ils s'entendent généralement pour admettre qu'il y a solidarité complète, parfaite, dans les cas suivants de soli-

darité légale.

1° La solidarité qui existe entre la mère tutrice remariée et son second mari (articles 395 et 396) ¹ est une solidarité parfaite. Elle est établie dans l'intérêt des enfants, à raison des rapports volontaires existant entre les débiteurs éventuels ; c'est une vraie solidarité ².

2° Il faut en dire autant de la solidarité existant entre deux ou plusieurs personnes qui confient en commun un mandat, ou solidarité des comandants (article 2002)³.

3° La solidarité des associés en nom collectif, quant aux dettes contractées sous la raison sociale (article 22 C. com.), est encore une solidarité parfaite. Ils se sont choisis ; et c'est de là que résulte le crédit de la société 4.

4° Il en est de même de la solidarité qui, dans un emprunt fait conjointement, lie les emprunteurs (article 1887) 5, — et de la solidarité des exécuteurs testamentaires (article 1003) 6.

5° Enfin la solidarité est parfaite: dans les sociétés par actions entre les fondateurs et administrateurs, — dans les sociétés anonymes entre les membres du conseil de surveil-

1. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 431 et 432.

3. Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1202, nº 161.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, p. 25 et 27. — Le nouveau mari devient solidairement responsable avec la femme non seulement des faits de gestion postérieurs au mariage, mais encore des suites de l'administration antérieure: Caen 22 mars 1860, Sir. 1860.II.610, — Dijon 16 juin 1862, Sir. 1862.II.686.

^{4.} Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 3° édition, II, n° 279. — Cette solidarité est attachée de plein droit aux engagements sociaux: Cass. 28 février 1859, D. P. 1859.I.232, Sir. 1859.I.509, — 12 juillet 1888, D. P. 1889.I.188, Sir. 1889.I.308. — Cpr. *suprà*, p. 413.

^{5.} Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1887.
6. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, p. 25 et 26.

lance, — dans les sociétés en commandite entre les associés (loi du 24 juillet 1867, articles 8 et 42, - et loi du 1er août 1893) 1.

Dans tous ces cas 2, la solidarité est imposée pour des raisons diverses, par interprétation de la volonté probable des parties, comme garantie d'exécution de certaines créances réputées particulièrement dignes de faveur. Mais elle est toujours imposée à l'occasion et par suite de rapports établis par les débiteurs, du moins existant entre eux et qu'ils ont acceptés. La solidarité est donc parfaite.

723. A l'inverse, voici des cas dans lesquels la solidarité

légale serait incomplète, imparfaite.

1º Aux termes de l'article 55 du Code pénal, « tous les in-« dividus condamnés pour un même crime ou pour un même « délit seront tenus solidairement des amendes, des restitu-

« tions, des dommages-intérêts et des frais ».

La solidarité se comprend en ce qui concerne les restitutions et dommages-intérêts. Un agent unique du fait dommageable aurait dû réparer le préjudice entier; le préjudice n'est pas plus grand pour avoir été commis par dix personnes : chacune est la cause unique et directe du dommage total; donc chacun des agents, abstraction faite de tous rapports entre eux, doit être considéré individuellement comme tenu du tout.

La règle est moins rationnelle en ce qui concerne les frais et surtout les amendes. L'amende est une peine; or on ne déclare pas les codélinquants solidaires pour l'emprisonnement ou une peine quelconque; pourquoi les déclarer tels en ce qui concerne l'amende? La loi impose cette garantie d'exécution pour des motifs d'ordre fiscal.

Quoi qu'il en soit, chacun est responsable du tout. Mais il

n'y aurait pas là une véritable solidarité.

2º Aux termes des articles 140 et 187 du Code de commerce, tous les signataires d'un effet de commerce « sont tenus à la « garantie solidaire envers le porteur ». Cette solidarité est régie par des règles spéciales 3. La responsabilité est person-

^{1.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité, 3e édition, II, nos 994, 796 et 796 bis. 2. Voy. une énumération plus complète des cas de solidarité parfaite dans Demolombe, Contrats, III, nos 235 et suiv., - et dans Laurent, Principes, XVII, nº 289.

^{3.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2e édition, IV, p. 191 et suiv., -

nelle à chacun des signataires pour le tout; si chacun doit le tout, ce n'est pas parce qu'il a des cosignataires, mais parce qu'il est signataire. Ce serait une responsabilité *in solidum* et non pas une vraie solidarité.

724. Telle serait la distinction. Voici maintenant quelles

en seraient les conséquences pratiques.

Autre chose est le droit de poursuite intégrale, qui peut s'expliquer autrement que par l'idée de solidarité, autre chose la solidarité. Là où la loi, introduisant la responsabilité in solidum, ne le fait pas à raison de rapports existant entre les débiteurs, mais en vertu de considérations d'ordre fiscal ou de considérations d'équité, ceux des effets de la solidarité qui ne s'expliquent que par l'idée d'un mandat soit réel, soit au moins supposé, ne se produiraient pas.

Quels sont ces effets? Là est la difficulté. On peut aller loin dans cette voie, car les effets de la solidarité découlent tous, directement ou indirectement, de l'idée de mandat. Aussi y a-t-il des divergences parmi les partisans du système.

Les uns ¹ n'écartent que les articles 1206 et 1207.

Les autres ² écartent aussi l'article 1213, c'est-à-dire le recours du débiteur qui a payé. Soit, par exemple, l'hypothèse de l'article 55 du Code pénal. L'un des auteurs de l'infraction a payé la totalité des restitutions civiles et des dommages-intérêts. De quoi se plaint-il ? Il n'a payé, en définitive, que ce qu'il doit à raison de son fait personnel. S'il a payé la totalité des amendes, la situation est plus délicate, car le solvens a payé, outre son amende, celle des autres. Cependant, si l'on admet le recours, pourquoi ne pas admettre les autres effets de la solidarité ? Et si l'on écarte le recours, il ne restera de la solidarité qu'un seul effet : chaque débiteur, étant responsable in solidum, pourra être poursuivi pour le tout.

725. Que faut-il penser de cette doctrine? On peut affirmer qu'elle n'a aucun fondement légal ; la donnée qui sert de point de départ au système est absolument conjecturale. On peut affirmer, en outre, qu'elle est inadmissible ; car elle aboutit, en définitive, à écarter quelques-uns des effets de la

Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 435 bis III, — Demolombe, Contrats, III, nºs 297 à 299.

^{1.} Demolombe, Contrats, III, nos 298 et 299.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ler, p. 30 et 31.

solidarité dans des cas où la loi dit qu'il y a solidarité, ou déclare, ce qui revient au même, que les débiteurs sont tenus solidairement 1.

Loin de consacrer ou d'autoriser cette distinction, l'article 1202 l'exclut, et le fait, semble-t-il, d'une manière formelle. Il admet deux causes de solidarité : la volonté de l'homme et la loi. Quand la loi dit qu'il y a solidarité, il y a solidarité. Pourquoi admettre l'existence de la solidarité dans quelques cas (articles 395, 1033, 2002 C. civ., 22 C. com.) et pas dans les autres (articles 1734 C. civ., 55 C. pén., 140 C. com.)? La loi ne s'exprime-t-elle pas exactement de la même manière dans tous les cas?

Vainement l'on objecte que l'absence de rapports entre les débiteurs rend invraisemblable la supposition d'un mandat réciproque, et que la solidarité ne se comprend pas. Si la loi supplée à la volonté des parties pour créer le rapport d'obligation, ce qui n'est pas contestable, ne peut-elle pas aussi suppléer à cette volonté quant à la solidarité?

Aussi cette prétendue solidarité imparfaite, dans certains cas de solidarité légale, est inconnue de la pratique. Pour les hommes d'affaires, il y a solidarité passive, au sens vrai et complet du mot : 1° quand les parties l'ont voulu, et c'est la solidarité conventionnelle, — 2° quand la loi l'a dit, et c'est la solidarité légale. Ils sont dans le vrai. L'article 1202 ne comporte pas d'autre interprétation.

Seconde tendance.

726. Elle est en sens inverse de la précédente. Elle conduit à admettre les effets de la solidarité dans des cas où il n'y a ni solidarité stipulée ni solidarité légale.

Cela seul suffit à condamner cette tendance au point de vue légal, puisque l'article 1202 pose le principe suivant : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit « expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les « cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une « disposition de la loi. » Donc, en dehors d'une convention ou d'un texte, l'obligation incombant à plusieurs est conjointe et non solidaire.

^{1.} Voy. Laurent, Principes, XVII, no 315, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 215 et suiv., no 435 bis II, — Demolombe, Contrats, III, no 287 et 288.

Cependant cette seconde tendance, à la différence de la précédente, a pénétré dans la pratique et dans la jurisprudence. Elle a conduit à reconnaître, à côté de la solidarité conventionnelle et de la solidarité légale, une troisième solidarité, qu'on appelle souvent la solidarité judiciaire.

Voici quelques-uns des cas dans lesquels cette idée a été admise. Les éléments de fait, dans chacun de ces cas, vont

révéler les motifs de la décision.

727. Premier cas. — La question a été posée de savoir si les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, ou les auteurs de délits connexes sont solidairement responsables des dommages-intérêts?

Si le fait dommageable constitue une infraction pénale, la solution ne fait pas doute ; l'article 55 du Code pénal est formel. En est-il de même des faits dommageables qui ne sont pas des infractions pénales, mais seulement des délits

Aux termes de l'article 1382, « tout fait quelconque de « l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par « la faute duquel il est arrivé à le réparer ». S'il y a plusieurs auteurs, peuvent-ils, doivent-ils être condamnés solidairement? En d'autres termes, sont-ils tous tenus les uns pour les autres et chacun pour tous?

728. Oui, répond la jurisprudence 1.

Mais quel est le fondement de cette solidarité? Elle ne résulte pas de la loi ; car l'article 55 du Code pénal doit certainement être interprété d'une manière restrictive, et il s'occupe des infractions pénales, non des délits ou quasi-délits civils. Quant à la convention, il ne saurait en être question. Alors comment admettre la solidarité, en présence de l'article 1202?

La solidarité, dit-on, est ici virtuelle; elle résulte de la nature de la dette, du caractère même des faits dommageables. Le fait dommageable est indivisible dans ses effets; ceux

^{1.} Cass. 29 décembre 1852, D. P. 1853. I.49, Sir. 1853. I.95, — 4 mai 1859. D. P. 1859.I.314, Sir. 1859.I.377, — 9 décembre 1872, D. P. 1873.I.238, Sir. 1873.I.11, -12 janvier 1881, D. P. 1881.I.248, Sir. 1882.I.22, -18 novembre 1885, D. P. 1886.I.398, Sir. 1889.I.55, — 26 juin 1894, D. P. 1894.I.439, Sir. 1896.I.167. - Il a été fait de fréquentes applications de ce principe, en matière d'abordages maritimes. Voy. spécialement à ce point de vue les deux arrêts de la Cour de cassation du 11 juillet 1892, D. P. 1894.1.513 et 561 (notes de M. Levillain).

qui l'ont commis ont chacun une responsabilité totale; chacun individuellement est la cause du dommage et doit le tout. C'est là ce que beaucoup d'arrêts appellent solidarité: « la solidarité est la peine du quasi-délit qui a été « commis » ¹.

729. Mais ce raisonnement n'est pas décisif. Plusieurs personnes peuvent, à raison d'un fait, être tenues de la totalité d'une dette, in solidum, sans que la dette soit pour cela solidaire. Si un seul des agents est poursuivi, il peut l'être in solidum. Mais si plusieurs sont poursuivis, la dette doit être regardée comme conjointe; en cas de contestation sur la part de chacun, le juge établira la division d'après les circonstances de la cause, si cela est possible, et, dans le cas contraire, la dette se partagera également entre tous.

Ce qui est plus exact et ce qu'on peut admettre, c'est que chacun des auteurs encourt une responsabilité totale. Leur responsabilité est collective; car le nombre des coupables

ne peut pas diminuer la responsabilité de chacun.

On a exprimé cette idée en disant que la responsabilité des coauteurs est une responsabilité in solidum. Puis, faisant un pas de plus et s'appuyant sur les mots, on a déduit les conséquences de cette responsabilité in solidum comme s'il s'agissait d'une véritable responsabilité solidaire; on a écarté, il est vrai, l'application des articles 1205, 1206 et 1207, mais on a appliqué l'article 1203. « Cependant, observent MM. Au-« bry et Rau, la responsabilité légale n'a lieu in solidum « qu'autant que cet effet lui a été formellement et explicite-« ment attribué par une disposition de la loi ². » Or il n'existe aucune disposition de ce genre dans l'hypothèse qui nous occupe. Donc chacun des coauteurs peut bien être poursuivi pour le tout s'il est poursuivi seul; mais la poursuite doit être divisée si tous ou plusieurs d'entre eux sont poursuivis.

Quoi qu'il en soit, tous les jours les tribunaux condamnent solidairement les coauteurs de délits ou quasi-délits civils et les auteurs de délits connexes ³. La jurisprudence est

2. 5e édition, IV, § 298 ter, p. 33.

^{1.} Ces expressions sont empruntées à l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1863, D. P. 1863.I.303, Sir. 1863.I.249.

^{3.} Cass. 28 mai 1889, D. P. 1890.I.414, — 16 mai 1892, D. P. 1892.I.348, Sir. 1896.I.286, — 15 juillet 1895, D. P. 1896.I.31, Sir. 1895.I.349.

absolument fixée en ce sens, et c'est le cas le plus patent de solidarité judiciaire. Que ce soit une atteinte à l'article 1202, la chose est certaine ; car voilà un cas de solidarité en dehors soit d'une solidarité stipulée, soit d'une solidarité établie par la loi.

730. On ne saurait nier qu'il y ait là une situation déli-

cate et que la loi ne prévoit pas.

Deux hypothèses doivent être distinguées. Si les coauteurs sont condamnés ensemble, est-il possible que le créancier soit moins désintéressé parce que les auteurs auront été nombreux? S'ils sont condamnés séparément, y a-t-il place entre eux pour un recours? Oui, si l'on peut spécifier le rôle de chacun dans le fait, dès lors la part de responsabilité de chacun; sinon, aucun recours ne sera possible 1.

731. Second cas. — Un notaire fait pour les parties l'avance des frais d'un acte de son ministère, par exemple d'une vente. A qui peut-il en demander le remboursement?

D'après une jurisprudence consacrée ², le notaire a une action solidaire contre le vendeur et contre l'acheteur. D'une façon plus générale, les notaires ont une action solidaire pour le paiement de leurs déboursés et honoraires contre les parties qui ont figuré dans les actes passés devant eux.

Mais pourquoi? Où cela est-il dit? Et que fait la jurisprudence de l'article 1202? Sans doute on allègue que le notaire est un mandataire, et on invoque l'article 2002: « Lorsque le « mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour « une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidaire- « ment envers lui de tous les effets du mandat »; mais l'article 1995 s'exprime ainsi: « Quand il y a plusieurs fondés « de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y « a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. »

La jurisprudence décide de même qu'un avoué, ayant occupé dans une instance pour plusieurs personnes qui ont un

^{1.} Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 298 ter, p. 34 et 35, texte et note 16, — Cass. 8 juillet 1895, D. P. 1896.I.85, Sir. 1897.I.133, — 20 janvier 1896, D. P. 1896.I.572, Sir. 1897.I.182, — 31 mars 1896, D. P. 1897.I.21, Sir. 1896. I.309, — 10 novembre 1897, D. P. 1898.I.310.

^{2.} Cass. 23 et 29 octobre 1889, D. P. 1890.I.390, Sir. 1889.II.472, — trib. de Châteauroux 7 juillet 1897, D. P. 1898.II.223, — Montpellier 12 décembre 1895, D. P. 1896.II.207.

intérêt commun, possède une action solidaire contre elles pour le remboursement de ses frais 1.

732. Tels sont les principaux cas où l'on admet l'existence

de la solidarité judiciaire.

733. En voici d'autres qui sont beaucoup plus contestables. Quand on est sorti de la légalité, il n'y a pas de raison

pour s'arrêter.

1º La situation est la même, dit-on, dans le cas où une personne est responsable civilement du fait d'une autre. Le créancier a le droit d'agir contre la personne qui est l'auteur du fait; il a également action contre la personne civilement responsable. Il peut poursuivre l'une d'elles seulement; alors le défendeur est responsable pour le tout. Il peut les poursuivre toutes deux; alors il n'obtiendra pas doubles dommages-intérêts, mais les défendeurs seront condamnés solidairement. Les éléments de discussion sont toujours les mêmes. Il est certain que les défendeurs sont responsables in solidam. Mais le sont-ils solidairement? C'est une toute autre question. L'article 1202 pose en principe que « la solidarité « ne se présume point »; mais la jurisprudence n'hésite pas à passer outre ².

2° Au contraire, la jurisprudence hésite, ou plutôt elle recule en matière de pension alimentaire 3. Il se peut qu'une personne ait le droit de demander des aliments à plusieurs. Par exemple, l'article 205 dit que « les enfants doivent des « aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont « dans le besoin »; et l'article 208 ajoute: « Les aliments ne « sont accordés que dans la proportion du besoin de celui « qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit. » Si un seul des débiteurs est en état de fournir les aliments, il sera seul condamné. Mais si tous ceux qui doivent les aliments sont en état de les payer, l'ascendant n'obtient toujours que ce dont il a besoin; la dette se répartit entre les débiteurs. Sont-ils tenus solidairement? On l'a soutenu 4.

Bordeaux 28 novembre 4840, Sir. 4841.II.144, — Nimes 30 avril 4850, Sir. 4850.II.513.

^{2.} Voy. des applications intéressantes de ce principe: trib. de la Seine 22 juillet 1857, D. P. 1857.III.54, — Paris 29 juillet 1881, Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Louage, n° 181, Sir. 1881.II.188.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 511 et 512.

^{4.} La Cour de Paris s'est prononcée en ce sens : 16 janvier 1895, D. P. 1895, II.518.

La situation est telle que chacun des débiteurs est, au besoin, tenu in solidum. Si tous sont condamnés, chacun paie sa part; si l'un paie la totalité de la pension, a-t-il action contre les autres? La question est généralement résolue, et avec raison, dans le sens de la négative ¹.

734. Il ne faut pas se lasser de redire que la théorie de la solidarité judiciaire est un empiétement sur la loi. L'article 1202 admet la solidarité conventionnelle ; il existe, en outre, des cas de solidarité légale ; mais la loi ne reconnaît pas la solidarité que pourraient établir les jugements et arrêts. Dans tous les cas, la responsabilité des débiteurs est engagée pour le tout, en ce sens que chacun individuellement peut être poursuivi pour le tout; mais, dès que le créancier les poursuit tous, l'obligation entre eux se divise.

La déviation est la suite de l'abus des mots. Il est fâcheux qu'on emploie ici le mot de solidarité, qui engendre des confusions; mieux vaudrait dire : « responsabilité collec-

« tive » 2.

V. L'indivisibilité.

735. La section V du chapitre IV (articles 1217 à 1233) est intitulée: Des obligations divisibles et indivisibles. Cette rubrique indique qu'il y a des obligations divisibles et d'autres qui sont indivisibles; elle ne fait pas apparaître lequel des deux caractères doit être regardé comme étant de droit commun, comme constituant la manière d'être normale des obligations, — lequel au contraire doit être regardé comme étant d'exception, comme constituant une modalité.

On a toujours considéré la divisibilité comme la règle en matière d'obligations, l'indivisibilité comme l'exception. Alors, de même que le terme, la condition et la solidarité, l'indivisibilité est une manière d'être exceptionnelle des obliga-

tions, par conséquent une modalité.

736. Trois questions se posent à propos de cette nouvelle modalité.

1° Qu'est-ce que la divisibilité et l'indivisibilité en matière d'obligations?

2. Voy. Gérardin, Etude sur la solidarité, p. 47.

^{1.} Cass. 21 mai 1890, D.P. 1890.I.337 (note de M. de Loynes), Sir. 1891.I.81, — Aix 20 octobre 1890, D.P. 1892.II.32, — Paris 26 avril 1892, D. P. 1893.II. 175, — Cass. 6 août 1894, D. P. 1895.I.179.

2° Quel intérêt pratique présente la distinction des obligations divisibles et indivisibles ?

3° A quel signe reconnaît-on les obligations divisibles et les

obligations indivisibles?

Sur ces trois questions, il est prudent de s'en tenir aux notions simples, à celles qui sont susceptibles d'application pratique. Tous les auteurs qui ont voulu aller plus loin et constituer de prétendues théories de l'indivisibilité en ont été punis en cessant de se faire comprendre, sinon de se comprendre eux-mêmes ¹. L'indivisibilité est une notion pratique, qu'il faut prendre comme telle.

737. Définissons d'abord les termes usités en cette matière. Une obligation est dite divisible lorsque, par suite du caractère de son objet, elle est susceptible d'être exécutée divisément, lorsqu'elle comporte une exécution partielle qui se traduit en une prestation pouvant se réaliser par parties.

Une obligation est dite indivisible lorsque, par suite du caractère réel ou convenu de son objet, elle n'est pas susceptible d'être exécutée divisément et partiellement, lorsqu'elle ne peut être exécutée qu'entièrement ou pas du tout. En d'autres termes, l'obligation indivisible est celle qui se traduit en une prestation ne pouvant pas s'opérer par parties.

Ainsi ce n'est pas l'obligation elle-même, le rapport de droit, qui est divisible ou indivisible, mais l'objet de l'obligation, la prestation due. Par suite, c'est seulement au point de vue de son exécution qu'une obligation est divisible ou indivisible. Et il serait peut-être exact, théoriquement, de dire que l'indivisibilité n'est pas vraiment une modalité des obligations, mais une simple particularité que présente parfois l'exécution des obligations.

738. Admettons qu'il y a des obligations de ces deux sortes : les unes dont l'exécution peut être divisée, — les autres dont l'exécution ne peut pas être divisée, à cause du caractère

de la prestation due.

Voici quel est l'intérêt pratique que présente cette distinction. Il apparaît quand l'obligation a plusieurs sujets, soit

^{1.} Ce cas est plus particulièrement celui de Dumoulin, qui a écrit sur l'indivisibilité une monographie sous ce titre prétentieux : Extricatio labyrinthi dividui et individui. — Voy. sur cet ouvrage les appréciations de Laurent, Principes, XVII, n° 366.

activement, soit passivement, c'est-à-dire soit plusieurs créan-

ciers, soit plusieurs débiteurs.

739. S'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, que l'obligation soit divisible ou non, le créancier peut demander l'exécution totale, intégrale, et le débiteur est tenu d'exécuter intégralement. Cela résulte de l'article 1244 alinéa 1, qui est un corollaire de l'article 1134. Les conventions font la loi des parties et doivent être exécutées comme les parties ont vraisemblablement entendu qu'elles le fussent; or, diviser l'exécution serait ordinairement manquer à la loi du contrat. Quand on doit mille francs, il faut payer mille francs; on ne saurait contraindre le créancier à recevoir dix fois cent francs. Mathématiquement, mille francs ou dix fois cent francs sont même chose; en affaires, un capital pris en bloc a une tout autre valeur que ses parties émiettées. Donc, entre un seul créancier et un seul débiteur, il n'y a pas lieu de s'occuper de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'obligation. De là la première phrase de l'article 1220: « L'obligation qui est « susceptible de division doit être exécutée entre le créan-« cier et le débiteur comme si elle était indivisible... »

Toutefois la distinction des obligations divisibles et indivisibles présente un certain intérêt éventuel, même s'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur. Si l'obligation est indivisible, un des pouvoirs que l'article 1244 attribue au juge devient sans application possible. Ce texte autorise le juge à accorder des délais de grâce; et cela reste possible dans tous les cas. Puis il l'autorise à reconnaître au débiteur la faculté de se libérer par fractions : « Les juges, dit-il, peuvent « accorder des délais modérés pour le paiement... », ce qui implique qu'ils peuvent fractionner la dette afin d'en échelonner le paiement à diverses échéances. Or un tel fractionnement est impossible quand il s'agit d'une obligation indivisible, puisqu'une pareille obligation, par hypothèse, n'est pas de nature à pouvoir être fractionnée.

Sous cette réserve, la première phrase de l'article 1220

reste pleinement exacte.

740. Supposons, au contraire, qu'il y ait soit plusieurs créanciers, soit plusieurs débiteurs.

Il peut en être ainsi notamment dans les trois cas suivants. 1º Lors de la formation de l'obligation, il n'y a eu qu'un créancier et un débiteur. Mais le créancier meurt laissant plusieurs héritiers; il y a désormais pluralité de sujets au point de vue actif. Ou bien le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers; il y a désormais pluralité de sujets au

point de vue passif.

2° Lors de la formation de l'obligation, il n'y a eu qu'un créancier; mais, de son vivant, il cède une partie de sa créance (article 1689); il y a désormais deux créanciers: l'ancien pour la partie qui lui reste, le cessionnaire pour le surplus. Ou bien il n'y a eu qu'un seul débiteur; mais il délègue au créancier, qui accepte, un autre débiteur pour une partie de la créance (article 1275); il y a deux débiteurs.

3° Lors de la formation de l'obligation, plusieurs créanciers peuvent avoir stipulé conjointement, ou plusieurs débiteurs s'être engagés conjointement. La pluralité de sujets a existé dès le début. Le cas est prévu, en matière de vente, par l'ar-

ticle 1668, à propos de l'exercice du réméré.

741. Dans tous ces cas, où il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, soit qu'il en ait été ainsi dès le principe, soit que des faits ultérieurs aient amené cette situation,

comment l'obligation sera-t-elle exécutée?

742. Si elle est divisible, susceptible d'exécution fractionnée, chaque créancier ne peut demander que la part qu'il a dans la créance, chaque débiteur n'est tenu que de sa part dans la dette, à moins qu'il n'y ait entre eux solidarité. C'est ce qu'exprime la seconde phrase de l'article 1220: « La « divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, « qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de « la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils « sont tenus comme représentant le créancier ou le débi- « teur. »

Ce texte consacre le principe de la division des dettes et des créances conjointes, division qui s'effectue de plano quand elles sont divisibles. Nous étudierons l'utilité pratique et la raison d'être de ce principe au titre Des successions, et ce

n'est point ici le lieu d'y insister.

Sur l'article 4220 il faut noter seulement qu'il a tort de restreindre l'application de la règle qu'il pose au cas de succession. La règle s'applique aussi bien au cas où l'obligation naît divisée dès le début par l'intervention de plusieurs créanciers ou de plusieurs débiteurs conjoints, qu'au cas où

elle naît une et se divise ensuite par le décès du créancier ou du débiteur. Si le texte ne prévoit que la dernière hypothèse, c'est qu'elle est de beaucoup la plus fréquente; l'intervention, à l'origine, de plusieurs sujets d'une obligation non solidaire est rare en pratique. Pour comprendre tous les cas il aurait fallu dire : « La divisibilité n'a d'application qu'au- « tant qu'il y a pluralité de sujets, soit au point de vue « actif, soit au point de vue passif. »

Voilà pour le cas où l'obligation est divisible.

743. Supposons maintenant qu'elle est indivisible, que l'exécution de cette obligation n'est pas susceptible d'être fractionnée.

Que pourra demander chaque créancier? De quoi sera tenu chaque débiteur?

744. Sous plusieurs rapports, les effets de l'indivisibilité

se confondent avec ceux de la solidarité.

1º Puisque l'obligation n'est pas susceptible d'être exécutée divisément, le créancier, quoiqu'il ait des cocréanciers et n'ait finalement droit qu'à sa part, pourra demander le paiement de l'obligation entière, et même il ne pourra pas faire autrement; le débiteur, quoiqu'il ait des codébiteurs et ne doive finalement supporter que sa part, sera tenu d'acquitter la dette entière. En effet, la nature de la prestation due s'oppose à ce que l'obligation soit exécutée partiellement, par fractions; donc chaque créancier, par cela seul qu'il a droit à quelque chose, a forcément droit au tout, — et chaque débiteur, par cela seul qu'il doit quelque chose, est forcément tenu de la totalité.

De là les articles 1222, 1223 et 1224.

Ces textes appellent la même observation que l'article 1220¹. Il n'est pas besoin de supposer la mort soit du créancier, soit du débiteur; peu importe la cause d'où dérive la pluralité de sujets, soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. Dans tous les cas où l'obligation est indivisible, chaque créancier, s'il y en a plusieurs, peut et doit conclure à la créance entière; chaque débiteur, quoiqu'il y en ait plusieurs, peut être poursuivi pour le tout et condamné pour le tout. Si nos trois articles ont prévu seulement un cas particulier, c'est que ce cas est le plus fréquent.

^{1.} Suprà, nº 742.

Sous ce rapport, l'effet de l'indivisibilité apparaît comme étant le même que celui de la solidarité. Les deux modalités entraînent pareillement l'exécution in solidum. Aussi, dans l'usage, les prend-on souvent l'une pour l'autre, bien que

les deux mots expriment des idées différentes.

2º En cas d'indivisibilité, de même qu'en cas de solidarité, l'interruption de prescription au profit de l'un des créanciers profite aux autres, et celle qui opère contre un des débiteurs opère contre les autres (article 2249 alinéa 2 in fine). Ce texte a trait principalement, nous l'avons vu¹, aux effets de la solidarité en cas de mort d'un débiteur; il porte : « L'in- « terpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur soli- « daire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt « pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand « même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est « indivisible. »

La raison est manifeste. L'obligation indivisible ne peut pas être exécutée partiellement et ne peut pas davantage être éteinte pour partie; dès qu'elle est conservée pour une part, elle l'est forcément pour le tout. De sorte que la demande formée par un créancier ou contre un débiteur produit effet pour ou contre les autres.

Il en est de même quant à la mise en demeure et quant aux intérêts moratoires, si la dette a pour objet une somme

d'argent.

3° En cas d'indivisibilité de même qu'en cas de solidarité, l'obligation, bien que l'exécution soit intégrale, n'appartient finalement à chaque créancier et n'incombe finalement à chaque débiteur que pour sa part. Après l'exécution, il y a donc lieu à recours ou de la part des créanciers autres que l'accipiens, ou de la part du débiteur solvens contre ses codébiteurs (articles 1221 in fine et 1225).

745. Donc l'indivisibilité et la solidarité ont plusieurs

effets communs.

Est-ce à dire que les deux modalités se confondent? Nullement. Et c'est précisément pour prémunir contre cette confusion, possible à raison de plusieurs points de ressemblance, que l'article 1219 dispose: « La solidarité stipulée « ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité. » Il faut ajouter: et réciproquement.

^{1.} Suprà, nº 718.

746. Voici par où les deux modalités diffèrent.

L'indivisibilité n'a pas le même fondement que la solidarité. De là résultent des différences certaines entre les deux

modalités quant aux effets.

D'une manière générale, on peut dire que l'indivisibilité est plus absolue dans ses effets que la solidarité. La solidarité autorise la poursuite in solidum; mais le créancier peut y renoncer et, s'il y consent, recevoir divisément la dette (articles 1210, 1211, 1212). L'indivisibilité impose inévitablement la poursuite in solidum, et il ne dépend pas des parties d'y échapper.

Cela tient à ce que les deux modalités procèdent de causes différentes. La solidarité ne vient pas de la nature de l'obligation; elle vient: ou de la volonté des parties qui ont introduit cette garantie au profit du créancier, et c'est alors la solidarité conventionnelle, — ou de la loi, qui supplée, par faveur pour la dette, à la volonté des parties (article 1202), et c'est alors la solidarité légale. L'indivisibilité, au contraire, tient à la nature de l'obligation, plus exactement à la nature de la chose ou du fait qui est l'objet de l'obligation, au caractère de la prestation (article 1217); elle entraîne l'exécution in solidum parce que la prestation due est indivisible.

747. De là plusieurs différences entre l'indivisibilité et la solidarité, malgré leurs traits communs. Quelques-unes sont communes à tous les cas d'indivisibilité; d'autres sont spéciales à quelques-uns d'entre eux, et la difficulté princi-

pale du sujet provient justement de là.

Première différence.

La solidarité, nous l'avons constaté 1, n'empêche pas la division de la créance ou de la dette entre les héritiers d'un des créanciers ou d'un des débiteurs. Les héritiers d'un créancier ou d'un débiteur décédé ne sont solidaires que pour leur part et portion; au cas de mort d'un créancier ou d'un débiteur, les effets de la solidarité doivent être combinés avec la règle de la division des obligations.

Au contraire, l'indivisibilité — le mot même l'indique met obstacle à toute division. L'un des créanciers meurt ; chacun de ses héritiers peut poursuivre pour le tout. L'un

^{1.} Suprà, nºs 689 et 717.

des débiteurs meurt ; chacun de ses héritiers peut être pour-

suivi pour le tout.

En d'autres termes, si les effets de la solidarité doivent être, en cas de mort, combinés avec ceux de la division des dettes, ceux de l'indivisibilité subsistent absolus (articles 1222 et 1223). L'article 2249 alinéa 2 relève un corollaire de ce principe, quant à l'interruption de la prescription résultant soit d'une demande formée contre l'un des héritiers du débiteur, soit de la reconnaissance de la dette par cet héritier.

Donc l'indivisibilité, à l'inverse de la solidarité, subsiste en cas de mort de l'un des créanciers ou des débiteurs. Cette différence est saillante ; et elle s'explique aisément.

Deuxième différence.

La solidarité qui garantit la dette garantit aussi laclause pénale, qui n'est que l'obligation sous une autre forme, l'obligation transformée en des dommages-intérêts compensatoires ¹.

En cas d'indivisibilité, si la clause pénale est encourue, le montant n'en est dû par chaque débiteur que pour sa part.

La règle est énoncée par l'article 1232 2.

Comment s'explique-t-elle? L'exécution in solidum par suite d'indivisibilité dérive de la nature de la prestation, du caractère de l'objet dû; si cet objet change et que l'objet nouveau soit divisible, l'obligation devient divisible. L'exécution in solidum par suite de solidarité, étant exigée à titre de garantie, s'impose tant que l'obligation n'est pas exécutée, directement ou par équivalent.

Troisième différence.

En matière de solidarité, rien ne s'oppose à ce que le créancier fasse remise du droit qu'il a d'exiger le tout. Et nous avons vu que les effets de cette remise varient suivant qu'elle est totale ou partielle ³.

Il en est autrement en matière d'indivisibilité (article 1224 alinéa 2). On peut effacer ce qui n'est que volon-

1. Suprà, p. 431.

3. Suprà, p. 433 et suiv.

^{2.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 301, p. 85, texte et note 23, — Demolombe, Contrats, III, n° 696 et suiv., — Laurent, Principes, XVII, n° 463, Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 169 bis I.

taire, non ce qui résulte de la nature des choses. Donc la remise partielle consentie par l'un des créanciers n'empêche pas la poursuite intégrale. Pourquoi ? Parce qu'il résulte de la nature de l'objet dû que l'obligation ne peut être exécutée partiellement. Seulement, la remise consentie par le créancier à l'un des débiteurs a pour effet d'obliger le créancier poursuivant à indemniser le débiteur poursuivi de la part dont il a été fait remise 1.

Quatrième différence.

La perte de la chose par la faute de l'un des codébiteurs

solidaires ne libère pas les autres (article 1205) 2.

Il en est autrement en cas d'indivisibilité. Le fait de l'un des débiteurs reste pour les autres un cas fortuit. Il n'existe aucun rapport volontaire entre eux; leur position n'est commune que quant à la nature de l'objet dû; cet objet vient-il à disparaître, ils ne sont plus tenus 3.

Cinquième différence

Elle n'intéresse que la procédure, mais elle est encore

caractéristique.

La solidarité, qui est une garantie d'exécution introduite par les parties ou par la loi, s'applique, en cas de procès, aux frais et dépens de l'instance à laquelle donne lieu la créance *. Elle garantit le droit, tout le droit du créancier.

Il en est autrement en cas d'indivisibilité. L'exécution in solidum, n'étant qu'une suite de la nature de l'objet, dispa-

raît si l'objet est devenu divisible.

1. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 301, p. 82, texte et note 17, — Demolombe, Contrats, III, n° 616, 618 à 620, — Laurent, Principes, XVII, n° 387, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 159 bis I à III, — Larombière, Obligations, article 1224, n° 4 à 7.

2. Suprà, p. 431.

3. Laurent, Principes, XVII, no 402.

4. La jurisprudence n'admet cette conséquence que si les dépens ont le caractère de dommages-intérêts: Cass. 3 novembre 1886, D. P. 1887.I.157, Sir. 1887.I.241, — 25 octobre 1887, D. P. 1888.I.72, Sir. 1889.I.7, — 8 juillet 1896, D. P. 1897.I.361, Sir. 1897.I.217, — 15 octobre 1897, Pandectes françaises périodiques, 1898.I.108, — 3 janvier 1899, D. P. 1899.I.48, Sir. 1899.I.232.

Sixième différence.

La mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires constitue tous les autres en demeure (article 1207).

Il en est autrement de l'indivisibilité. Aucun des effets personnels qu'entraîne la solidarité ne peut se produire ici; car il n'existe aucun rapport de personnes, et c'est la nature de l'objet dû qui seule impose certains effets.

748. En résumé, bien que la solidarité et l'indivisibilité aient certains effets communs, elles diffèrent sous plusieurs rapports. Et il faut toujours en revenir à l'idée que ces différences tiennent à une cause unique. La solidarité procède d'une cause personnelle : elle est un moyen de garantir l'exécution; l'indivisibilité procède d'une cause réelle : elle résulte de la nature de l'objet de l'obligation. Cela suffit à donner un sens précis à l'article 1219.

749. Voilà ce qu'il faut entendre par la divisibilité et l'indivisibilité en matière d'obligations. Et tels sont les effets de l'indivisibilité.

Il ne reste plus qu'une seule question à résoudre. Dans quels cas une obligation est-elle indivisible?

A cet égard, les distinctions abondent.

D'une manière générale, nous l'avons dit déjà 2, une obligation est indivisible quand il résulte de la nature réelle ou conventionnelle de la prestation, en d'autres termes de l'objet de l'obligation — chose à livrer, fait à exécuter, abstention à observer —, que l'obligation n'est pas susceptible d'exécution fractionnée et partielle. Mais quand en est-il ainsi?

Les articles 1217 à 1221 ont pour but de le dire; mais ils ne le disent que d'une manière vague. Ce sont des fragments empruntés à Pothier et qui ont été juxtaposés sans méthode ni clarté.

750. Rationnellement, on aperçoit sans peine deux sortes d'indivisibilités. En fait, il en existe une troisième.

^{1.} Suprà, p. 421.

^{2.} Ibid., nº 737, p. 450.

Première sorte d'indivisibilité.

751. C'est l'indivisibilité qui tient au point de vue sous lequel l'objet de l'obligation a été envisagé par les parties,

au but qu'elles se sont proposé.

Le résultat entrevu et cherché peut être tel qu'il ne soit de nature à être atteint que si l'exécution est intégrale, de telle sorte que l'exécution partielle serait une violation du contrat. L'indivisibilité découle alors de l'intention des parties, soit qu'elles aient exprimé cette intention, soit que celle-ci résulte des circonstances; l'obligation est indivisible parce que les parties ont entendu qu'elle le fût, et que la convention fait la loi des parties.

Cette première sorte d'indivisibilité est appelée indivisi-

bilité d'obligation ou indivisibilité conventionnelle.

L'article 1218 la prévoit directement: « L'obligation est « indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet « soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle « est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible « d'exécution partielle. » L'indivisibilité tient à la nature de l'objet, mais non à sa nature réelle, essentielle; elle tient à la nature de l'objet telle qu'elle résulte du point de vue sous lequel les parties l'ont envisagée, à la nature convenue.

L'indivisibilité conventionnelle est prévue également par

l'article 1233 alinéa 2.

752. Voici des hypothèses où elle se présente.

Première hypothèse.

L'exemple classique est celui d'une obligation ayant pour objet un ensemble de choses considéré comme formant une unité: une construction à élever, par exemple une maison. Plusieurs personnes se sont obligées conjointement à bâtir une maison. A qui le créancier peut-il s'adresser et dans quelle mesure?

La chose a été envisagée comme un tout, dans son ensemble, par conséquent comme indivisible. L'un des débiteurs ne serait pas recevable à offrir les fondations, un autre les gros murs, sous prétexte que cela représente sa part. Ce qui fait l'objet de l'obligation, ce ne sont pas les éléments divers de la construction, mais la construction elle-même. Donc, chacun la doit, sauf à se régler avec les autres quant aux frais.

Une maison en elle-même est chose divisible intellectuellement, car elle peut appartenir à plusieurs par indivis; elle est divisible matériellement, et l'article 664 prévoit expressément l'hypothèse dans laquelle « les différents étages d'une « maison appartiennent à divers propriétaires »; mais l'obligation d'élever une maison n'est pas divisible, à cause de l'intention des parties.

Deuxième hypothèse.

Les choses même les plus divisibles par leur nature peuvent devenir indivisibles par l'intention qui a présidé à la convention.

Ainsi, j'ai acheté un terrain pour y construire une usine. Le vendeur meurt avant la livraison. Chacun des héritiers peut-il offrir la part pour laquelle il représente le défunt débiteur de la chose? Non. L'acheteur a besoin de tout, ou il n'acceptera rien; il intentera donc l'action en délivrance pour le tout contre l'un quelconque des héritiers du vendeur. La chose est assurément divisible en elle-même; elle ne l'est pas au point de vue où l'ont envisagée les parties.

Il n'y a pas jusqu'à une somme d'argent qui puisse devenir indivisible de la sorte, quoique l'argent soit ce qu'il y a de plus divisible au monde. Voici quelques applications.

1° J'emprunte une somme ; et il est entendu qu'elle est destinée à payer un achat, à exercer un réméré (article 1659). Le prêteur meurt avant la réalisation du prêt. Quelle est la situation de l'emprunteur au regard des héritiers du prêteur? Il y a indivisibilité.

2° Je stipule, sous une clause pénale, une somme de trente mille francs, qui doit m'être payée dans une certaine place à l'époque où s'y tient un marché et en vue d'une opération que je dois faire à ce marché. Le promettant meurt laissant trois héritiers; deux d'entre eux offrent leur part, le troisième non. La clause pénale est encourue pour le tout. Faute de la somme totale, l'emprunteur a manqué son marché; les offres partielles n'empêchent pas le préjudice d'être complet (article 1233 alinéa 2).

C'est bien ce que suppose l'article 1218. Ce texte suppose que l'indivisibilité résulte de l'intention des parties, du rapport sous lequel la chose est considérée par les parties. Il convient d'ajouter : ou par la loi. 753. Les cas d'indivisibilité de cette première sorte varient à l'infini.

La Cour de cassation a jugé que la question de savoir s'il y a indivisibilité en ce sens est une question de fait et d'interprétation de volonté, question qu'il appartient aux tribunaux

de juger souverainement selon les circonstances 1.

754. Cette première sorte d'indivisibilité est celle que les anciens auteurs appelaient indivisibilité d'obligation; elle dérive de la nature donnée à la chose par rapport à l'obligation. Dumoulin, qui a écrit un traité célèbre sur l'indivisibilité, appelait cette première sorte d'indivisibilité : individuum obligatione. Pothier disait : indivisibilité d'obligation.

Il est préférable, car les mots répondent mieux à l'idée, de

la nommer l'indivisibilité d'intention.

Elle n'est qu'une application des articles 1134 et 1156.

Deuxième sorte d'indivisibilité.

755. C'est celle qui résulte de la nature non pas convenue, mais véritable et réelle de l'objet de l'obligation. On l'appelle l'indivisibilité naturelle.

L'article 1217 la prévoit : « L'obligation est divisible ou « indivisible selon qu'elle a pour objet une chose qui dans « sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est « pas susceptible de division, soit matérielle soit intellec- « tuelle. »

Une chose à livrer, un fait à exécuter ne sont indivisibles de la sorte qu'autant qu'ils ne sont divisibles, dit le texte, ni matériellement ni intellectuellement.

Ni matériellement. En ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être fractionnés sans perdre leur caractère essentiel, leur substance et leur utilité propres : s'il s'agit d'une chose à livrer, en ce sens qu'elle n'est pas partageable en nature, pas susceptible d'être fractionnée en parties distinctes, — s'il s'agit d'un fait à exécuter, en ce sens qu'il ne se conçoit pas accompli par parties et successivement.

Ni intellectuellement. Il vaudrait mieux dire: juridiquement. En ce sens que l'objet de l'obligation n'est pas susceptible d'appartenir à plusieurs par indivis. Une chose peut

^{1.} Cass. 13 juin 1860, D. P. 1860.I.435, Sir. 1861.I.165, — 24 mars 1874, Sir. 1874.I.428.— Cpr. Laurent, Principes, XVII, no 377.

n'être pas divisible matériellement, et être cependant divisible en droit, en ce sens qu'elle peut appartenir à celui-ci pour moitié, à celui-là pour l'autre moitié. C'est précisément l'indivisibilité matérielle de la chose qui fait qu'on la divise intellectuellement.

Une chose alors est vraiment indivisible si elle n'est ni partageable en nature, ni susceptible d'appartenir à plusieurs par indivis. Si une obligation a pour objet une chose qui dans sa livraison, un fait qui dans son exécution n'est pas susceptible de division, il est manifeste que l'exécution de cette obligation ne peut être divisée; elle est donc indivisible.

756. Cette deuxième sorte d'indivisibilité est celle que les anciens auteurs appelaient l'individuum natura ou contractu. Pothier l'appelait l'indivisibilité absolue. C'est l'indivisibilité proprement dite, tenant à la nature réelle, naturelle de l'objet.

757. Quelles sont les applications de cette deuxième sorte d'indivisibilité?

Elles sont extrêmement rares. Une des principales causes d'obscurité du Code civil en cette matière tient précisément à ce que le système du Code est construit en vue de l'individuum naturà: c'est l'indivisibilité naturelle que l'article 1217, le premier de la section V, vise tout de suite; or elle

n'a presque rien de pratique.

758. Peut-ètre n'y a-t-il pas d'exemple d'indivisibilité natura dans les obligations de donner, qui ont pour objet une chose que le débiteur doit livrer. Les choses qui ne sont susceptibles d'aucune division soit matérielle, soit intellectuelle, sont tellement rares qu'on n'en peut pas citer. De sorte que l'individuum natura, dans les obligations de donner, n'est qu'une hypothèse; c'est une expression juridique et rien autre.

Il y a certaines choses qui, si elles ne sont pas indivisibles d'après leur nature physique, le sont d'après leur nature légale. Telles sont les actions et obligations dans les sociétés; elles sont indivisibles, non en elles-mêmes, mais pour des raisons de convenance . Le débiteur d'une action à livrer meurt laissant trois héritiers. A qui le créancier peut-il s'adresser? A chacun.

^{1.} Lyon-Gaen et Renault, $Trait\acute{e}$, 2° édition, II, n° 596 et 596 bis, p. 403 et suiv.

Mais il n'existe pas de choses qui soient indivisibles d'après leur nature physique.

On est réduit à citer un exemple que donnaient les jurisconsultes romains : l'obligation d'établir une servitude réelle 1.

Le mode d'exercice d'une servitude est divisible. Soit une servitude de prise d'eau; on en prend plus ou moins. Soit une servitude de passage; on passe plus ou moins souvent, seul ou en compagnie, à pied, à cheval ou en voiture.

Mais le droit même de servitude est indivisible. Il appartient au fonds dominant et s'exerce sur le fonds servant, et ne comporte pas de division; on l'a ou on ne l'a pas, mais

on ne l'a pas pour partie.

Soit l'hypothèse suivante. Je m'engage, vis-à-vis d'un voisin, à lui constituer une servitude sur mon fonds, un droit de passage. Je meurs, laissant trois héritiers. Le créancier devra-t-il s'adresser à chacun de mes héritiers, leur demandant à chacun l'établissement d'un tiers de la servitude? Non. Il s'agit là d'une obligation indivisible; chacun de mes héritiers, dès qu'il est tenu, doit le tout, sauf règlement entre eux des frais d'exécution.

Cet exemple était classique en droit romain. De nos jours, il ne peut plus être cité. En effet, les conventions sont par elles-mêmes translatives de droits réels, indépendamment de l'exécution (article 1138)². Dès lors, la convention d'établir une servitude établit ipso facto et directement cette servitude. Comment pourrait-il être question de l'obligation d'établir une servitude?

On fait souvent la réponse suivante. Si, dans notre droit, on ne peut plus comprendre l'obligation d'établir une servitude, on peut au moins comprendre, ce qui est très voisin, l'obligation d'arrêter le mode d'exercice de la servitude. Prenons un exemple. Je cède un droit de passage sur mon fonds. Par où s'exercera-t-il? On remet à le dire plus tard. Puis je meurs avant d'avoir établi le mode d'exercice de la servitude

^{1.} Fragm. 8, § 1, Dig., De servitutibus, VIII, I, — fragm. 30, § 1, Dig. De servitutibus prædiorum urbanorum, VIII, 2, — fragm. 34, Dig., De servitutibus prædiorum rusticorum, VIII, 3.— Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 301, p. 77, texte et note 4, — Demolombe, Contrats, III, n° 523, — Laurent, Principes, XVII, n° 369, — Larombière, III, articles 1217, — et 1218, n° 5, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 154 bis V; — Cass. 25 août 1863, D. P. 1863.I.361, Sir. 1863.I.466.

^{2.} Suprà, p. 187 et suiv.

cédée. A qui le propriétaire du fonds dominant s'adresserat-il pour faire régler ce mode d'exercice? A l'un quelconque des héritiers, répond-on, car il s'agit d'une obligation indivisible *natura*.

Cela est vrai. Seulement cette obligation n'est plus vraiment une obligation de donner; elle constitue plutôt une obligation de faire: le *facere* consiste à régler le mode d'exercice d'une servitude existante.

Donc, dans les obligations de donner, si l'individuum obligatione se rencontre souvent, il est impossible de découvrir un cas d'indivisibilité natura.

759. On en trouve, au contraire, quelques exemples dans

les obligations de ne pas faire.

La plupart des faits négatifs, envisagés comme objets d'obligation, sont indivisibles. Je me suis engagé à ne pas faire quelque chose. Tous ceux qui peuvent se prévaloir de cette obligation ont le droit de l'invoquer intégralement; car, du moment que je fais, fût-ce pour partie, ce que je ne dois pas faire, je le fais; dès qu'un de mes héritiers le fait, l'obligation cesse d'être exécutée; en conséquence, toute personne qui a le droit d'exiger mon abstention peut exiger l'abstention totale.

L'obligation de garantie, celle qui incombe aux copartageants entre eux (article 884), au vendeur (article 1603), au donateur et au constituant d'une dot, est indivisible en ce sens. Le vendeur, par exemple, est tenu de ne pas troubler lui-même l'acheteur, car qui doit garantir ne peut évincer. Ce garant meurt, laissant trois héritiers; l'un d'eux se prétend propriétaire et agit en revendication contre l'acheteur; seulement il ne réclame que déduction faite de la part pour laquelle il représente le vendeur. Peut-il agir pour le surplus? Non; tenu de ne pas troubler, il ne peut troubler en aucune mesure, et doit être repoussé pour le tout: Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio. L'exception de garantie est indivisible.

760. Plusieurs obligations de faire ont le même caractère. On peut citer : l'obligation de faire un voyage, de commu-

niquer un titre.

Dans une vente, le vendeur s'est engagé à rapporter mainlevée des hypothèques. C'est, de toute évidence, une obligation indivisible. Dans un bail, le bailleur est obligé de procurer au preneur une jouissance effective (article 1709). L'obligation du preneur de payer les fermages ou loyers est divisible, mais celle du bailleur est indivisible; donc, en présence des héritiers du bailleur, le preneur peut agir pour le tout contre

l'un quelconque des héritiers.

L'obligation de garantie est encore indivisible à ce point de vue. Nous avons vu qu'elle impose au garant de ne pas troubler l'acquéreur, et que cette obligation négative est indivisible. En outre, elle impose au vendeur de prendre fait et cause pour l'acheteur s'il est troublé par un tiers, et de le défendre dans l'action intentée contre lui ; c'est une obligation positive, et elle est indivisible : car on défend ou on ne défend pas, on ne défend pas pour partie. Enfin l'obligation de garantie impose au vendeur, si l'éviction est consommée, de réparer le préjudice causé (articles 1629 et 1630) ; obligation positive encore, mais essentiellement divisible, à la différence de la précédente : si le vendeur vient à mourir en laissant trois héritiers, chacun d'eux est tenu pour sa part 1.

Troisième sorte d'indivisibilité.

761.On a coutume de l'appeler : indivisibilité de paiement. Rationnellement, elle n'a aucune réalité. Du moment que l'indivisibilité résulte de la nature de l'objet de l'obligation, elle ne peut exister que par suite de la nature que la chose due possède réellement, ou par suite de la nature que les parties lui ont assignée.

Cependant le Code civil, reproduisant à tort la doctrine restée confuse des anciens auteurs, admet, en dehors de l'individuum obligatione et de l'individuum natura, une troisième sorte d'indivisibilité, qu'on appelait autrefois l'individuum

solutione tantum.

Cette indivisibilité est celle que prévoit l'article 1221. L'article 1220 pose la règle de la divisibilité des obligations entre les sujets actifs ou passifs de l'obligation, quand ils sont plusieurs. L'article 1221 ajoute que ce principe reçoit exception, dans divers cas, « à l'égard des héritiers du débi- « teur ». L'exception existe donc seulement quant au paie-

^{1.} Cass. 14 juin 1887, D. P. 1888.I.19, Sir. 1890.I.434.

ment ; c'est ce qu'on nomme l'indivisibilité de paiement.

762. Le texte réunit sous ce nom des cas divers dans lesquels il arrive, non plus par suite de la nature soit réelle soit convenue de la chose due, mais par suite de certaines circonstances, qu'un des débiteurs se trouve obligé d'acquitter la dette entière. La dette se présente, dès lors, quant au débiteur, sinon comme étant indivisible, du moins comme se comportant de la même manière que si elle était indivisible.

Cependant, la dette est et reste divisible. Elle l'est en droit, car son objet n'est pas indivisible et ne répugne pas à un paiement fractionné; elle le reste en fait, car elle se divise entre les créanciers, entre les héritiers des créanciers au cas de mort de celui-ci: chacun d'eux ne peut réclamer que sa part dans l'obligation. Seulement, quoique divisible de sa nature et quoique restant divisible au regard des créanciers, elle se présente telle qu'un des débiteurs peut être obligé de l'acquitter tout entière. C'est bien ce qu'expriment les mots individuum solutione tantum; il n'y a indivisibilité que quant au paiement, au regard des débiteurs, ou mieux au regard de l'un d'entre eux.

763. L'article 1221 relève cinq cas dans lesquels il en est ainsi.

1º Le premier est le cas d'une dette hypothécaire.

Si le créancier meurt, chaque héritier n'a d'action que pour sa part; la créance, quoique hypothécaire, se divise entre les créanciers. Si le débiteur meurt, chaque héritier ne doit personnellement que sa part; seulement, celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué peut, hypothécairement, être astreint à payer le tout.

Les applications de l'idée sont nombreuses. On en rencontre en matière de successions et de legs (articles 873, 1009, 1012, 1024). L'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué à une dette du défunt est tenu personnellement pour sa part et portion, dit l'article 873, et « hypothécairement pour le « tout ». On dit de la dette qu'elle est indivisible quant à cet héritier détenteur de l'immeuble.

Cela est exact en fait. Mais cet effet ne se rattache en aucune façon à l'idée d'indivisibilité de l'obligation; c'est un effet de l'hypothèque, laquelle affecte l'immeuble au paiement de telle façon que quiconque possède l'immeuble ou une partie

de l'immeuble doit la dette, est tenu propter rem ¹. L'obligation n'en reste pas moins divisible. La preuve en est que chaque débiteur, si le créancier agit par l'action personnelle, ne paiera que sa part et pourra acquitter sa part divisément. L'article 2249 alinéa 2 fournit, d'ailleurs, un nouvel argument en ce sens. La prétendue indivisibilité ne résulte donc pas de la nature de l'obligation; elle n'existe pas à l'égard des créanciers; elle n'existe même pas à l'égard de tous les débiteurs, mais seulement à l'égard de celui qui détient l'immeuble hypothéqué ².

2º Le second cas est celui d'une dette de corps certain.

Une personne est débitrice d'un corps certain, par suite d'une vente, d'un prêt, d'un dépôt; elle meurt laissant plusieurs héritiers. Tant que dure l'indivision, le créancier, s'il poursuit, doit mettre tous les héritiers en cause comme tenus de l'obligation de leur auteur. Une fois le partage fait, le créancier, s'il n'a pas encore été payé, agit naturellement contre l'héritier qui détient la chose à livrer. On dit que l'obligation est indivisible quant à cet héritier. Mais l'effet qui se produit ne tient nullement à la nature de l'obligation, à la nature de l'objet dû; il tient à la règle de bon sens d'après laquelle on ne peut demander la chose qu'à celui qui l'a.

3º Le troisième cas indiqué par l'article 1221 n'est pas un cas nouveau, mais une simple application d'un cas connu. Je ferai pour vous tel voyage, ou je vous paierai telle somme d'argent. Voilà une dette alternative, ayant pour objet deux choses dont l'une est indivisible. Si le créancier, à supposer que le choix lui appartienne, opte pour la chose indivisible, il pourra agir pour le tout contre l'un quelconque des débiteurs; sinon il divisera son action. Ce n'est pas là une indivisibilité nouvelle; c'est une application particulière de l'indivisibilité ou conventionnelle ou naturelle.

4º L'article 1231-4º suppose, ce qui est rare, que le titre constitutif de la dette, prévoyant le décès du débiteur, a chargé l'un des héritiers du paiement. Le créancier peut demander à cef héritier l'exécution totale. Il a stipulé cette facilité pour éviter les embarras et les risques de la division.

On peut supposer, ce qui se comprend plus aisément, que

2. Ibid., tome II, p. 303 et suiv.

^{1.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 243 et suiv.

le débiteur, en prévision de son décès, a chargé nommément un de ses héritiers d'acquitter la dette. Par exemple, *Primus* a acheté un immeuble et ne l'a pas payé. Il meurt, le léguant à un de ses héritiers; et, par le testament qui contient le legs, il charge le légataire d'effectuer le paiement. Rien de plus naturel ni de plus équitable. L'héritier légataire paiera seul la totalité du prix; même, il n'aura pas de recours à exercer contre ses cohéritiers, car la dette a été mise définitivement à sa charge.

L'idée est toujours la même. La créance est divisible, la dette aussi; il y a seulement indivisibilité quant à l'héritier. Cette hypothèse ressemble beaucoup à celle de l'indivisi-

bilité par volonté.

5° Enfin l'article 1221-5° prévoit le cas suivant: « Lors-« qu'il résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la « chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée « dans le contrat, que l'intention des contractants a été que « la dette ne pût s'acquitter partiellement. »

Est-ce là un cas spécial? En aucune manière. Ce texte ne fait que reproduire la série des diverses indivisibilités: indivisibilité conventionnelle, naturelle et de paiement. Il fait donc

double emploi avec les textes qui précèdent.

De sorte qu'il ne reste que trois des cinq cas visés.

764. Encore, dans ces trois cas, y a t-il bien indivisibilité? Non. En effet, la nature de l'objet de l'obligation ne répugne point à une exécution divisée. Les créanciers ne peuvent poursuivre les héritiers que chacun pour sa part; seulement, l'un des débiteurs, à raison de circonstances particulières, peut être poursuivi pour le tout. C'est un ordre d'idées différent; l'hypothèse ne présente rien de commun avec la véritable indivisibilité, si ce n'est une rencontre de résultats: il y a un débiteur qui peut être contraint à payer le tout, mais la dette est divisible à tous autres égards.

Aussi les effets ordinaires de l'indivisibilité ne se pro-

duisent-ils pas.

Ainsi, dans l'un des cas prévus par l'article 1221, le débiteur poursuivi peut-il demander des délais pour mettre ses codébiteurs en cause? Sans doute l'article 1225 dit que « l'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obliga-« tion, peut demander un délai pour mettre en cause ses « cohéritiers... ». Mais l'article 1221 décide que chacun des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour la totalité, dans les cas prévus, « sauf son recours contre les cohéritiers »; et la prévision d'un pareil recours est exclusive du droit de demander un délai pour mettre les cohéritiers en cause.

Ainsi encore, la prescription interrompue ou suspendue à l'égard du débiteur tenu pour la totalité continue-t-elle à courir contre les autres? Il faudrait pour cela que la dette fût indivisible (article 2249). Or elle n'est pas indivisible, mais seulement soumise à une combinaison spéciale quant au paiement. Le créancier peut demander le tout quand il agit en vertu de son droit hypothécaire; comment cette action hypothécaire produirait-elle effet au regard des débiteurs contre lesquels elle n'est pas donnée, et qui ne peuvent être poursuivis que par l'action personnelle?

C'est donc à tort que l'article 1221 relève une prétendue indivisibilité de paiement. Celle-ci n'est pas une indivisibilité. L'article 1221 ne fait pas autre chose que constater

un simple fait 1.

SECTION II. — De l'extinction des obligations.

765. Le chapitre V (articles 1234 et suivants) complète la partie du titre qui a directement trait aux obligations.

Après avoir réglé comment elles se forment, puis quels sont leurs effets selon leurs diverses modalités, il restait à régler comment elles s'éteignent. Tel est précisément l'objet du chapitre V: De l'extinction des obligations.

Le rapport d'obligation est une exception; car, de droit commun, les personnes sont libres les unes envers les autres. Dès lors, il est de sa nature de disparaître tôt ou tard.

766. L'article 1234 énumère neuf causes d'extinction. Et il faut entendre par là des faits juridiques qui entraînent la libération du débiteur en mettant fin au droit du créancier.

A ces causes, qui sont les causes générales d'extinction, il

^{1.} Nous avons mentionné cinq modalités des obligations; et nous nous sommes occupés successivement du terme, de la condition, des obligations alternatives et facultatives, de la solidarité et de l'indivisibilité. Pour épuiser le sujet, il resterait à parler des obligations contractées avec clause pénale; mais la théorie de la clause pénale a été présentée précédemment, à propos des dommages-intérêts (suprà, n° 488 et suiv.), et nous n'avons rien d'essentiel à ajouter en ce qui la concerne.

convient d'en ajouter trois autres, qui se présentent dans

certains cas particuliers.

En premier lieu, le terme extinctif, ou dies ad quem. Quand l'obligation a été contractée pour un temps déterminé, l'arrivée du terme libère le débiteur. Ainsi en est-il dans le louage, qui n'est contracté que pour un temps (article 1709), — dans la société, qui prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été formée (article 1865-1°), — enfin dans le cautionnement (article 2032-5°).

En second lieu, la volonté des parties et quelquefois la seule volonté de l'une d'elles 1. Le consentement mutuel des parties met fin aux engagements (article 1134 alinéa 2). La seule volonté de l'une des parties n'y met fin que par exception, car, d'ordinaire, le rapport de droit, une fois formé, est obligatoire; elle y met fin, par exemple, dans la société, au moins dans celle qui est conclue sans durée limitée (article 1869), — puis dans le mandat, qui est toujours révocable par le mandant, et auquel le mandataire peut tou-

jours renoncer (article 2003).

En troisième lieu, la mort d'une des parties. Elle ne produit cet effet qu'exceptionnellement; car, de droit commun, les obligations, une fois formées, passent aux héritiers et successeurs tant du créancier que du débiteur (article 1122). Quelquefois, cependant, l'obligation est intransmissible, et alors le décès y met fin; il en est ainsi quand elle a été contractée intuitu personæ, notamment: 1° dans le louage d'ouvrage, où la créance est transmissible, mais non la dette (article 1795), — 2° dans le contrat de rente viagère, où la dette du débiteur de la rente est transmissible, mais non la créance du créancier de la rente, — 3° dans la société, au moins dans les sociétés de personnes, qui se dissolvent par le décès d'un des associés (article 1865), — 4° dans le mandat (article 2003), qui s'éteint par la mort soit du mandant, soit du mandataire.

Mais ce sont là des causes d'extinction plus ou moins spéciales. Revenons aux causes générales indiquées par l'article 1234.

767. Sur les neuf causes que cet article indique, il y en a trois à propos desquelles nous n'avons rien à ajouter

^{1.} Suprà, nº 317, p. 181.

à ce que nous avons déjà dit incidemment. Ce sont les trois dernières dans l'ordre d'énumération.

1° La perte de la chose, c'est-à-dire de l'objet de l'obligation, dans les obligations de corps certain. Nous en avons

parlé à propos des risques (article 1302) 1.

2° La nullité ou la rescision, dans les obligations annulables ou rescindables ². Ces obligations existent jusqu'à ce qu'elles soient annulées ou rescindées ; elles s'éteignent alors (articles 1304 et suivants).

3º L'accomplissement de la condition résolutoire ³. Cette condition, à l'inverse de la condition suspensive, n'empêche pas l'obligation de se former ; elle y met fin lorsqu'elle s'ac-

complit (article 1183 alinéa 2).

D'autre part, il est une cause d'extinction dont il est traité dans un titre spécial. C'est celle que le texte mentionne en dernier lieu: la prescription dite libératoire (articles 2219 et suivants).

Il reste donc seulement, en ce qui concerne le chapitre V, cinq causes d'extinction qui appellent quelques explications.

768. Elles peuvent être très diversement classées. Nous noterons seulement deux classifications, qui ne sont pas sans utilité pour la coordination des idées.

Première classification.

Parmi les modes d'extinction des obligations qui sont énumérés par l'article 1234, les uns éteignent l'obligation indirectement, les autres directement.

Les uns l'éteignent indirectement, parce qu'ils agissent d'abord sur la convention qui a fait naître l'obligation ; quand la convention est annulée, rescindée, résolue ou révoquée, l'obligation qu'elle avait fait naître ne saurait subsister (article 1234 alinéas 7 et 8). Ces modes d'extinction ne sont applicables qu'aux obligations conventionnelles ; celles-ci sont liées à leur cause : si la convention qui leur a donné naissance disparaît, elles disparaissent avec elle.

Les autres éteignent l'obligation directement, par suite de divers faits qui opèrent sur l'obligation elle-même, indépendamment de sa cause. Ce sont : le paiement, la novation,

^{1.} Suprà, nº 423, p. 246 et suiv.

Ibid., p. 156 et suiv.
 Ibid., p. 376 et suiv.

la remise de la dette, la perte de la chose, etc. Ces modes d'extinction, à l'inverse des premiers, s'appliquent à toutes les obligations, aussi bien aux obligations conventionnelles, les seules dont nous nous occupions pour le moment, qu'à celles qui se forment sans convention et dont il sera question aux articles 1370 et suivants.

Seconde classification.

Les modes d'extinction directe, à leur tour, sont de deux sortes. Les uns éteignent l'obligation par l'accomplissement même de la dette, par la prestation de ce qui a été promis, ou par une satisfaction équivalente donnée au créancier, satisfaction qui remplace l'accomplissement et en tient lieu; les autres libèrent le débiteur sans aucun accomplissement de l'obligation. En d'autres termes, les premiers consistent dans un paiement lato sensu; les autres résultent de faits qui entraînent une dispense de paiement.

Dans la première catégorie rentrent: 1° le paiement proprement dit, — 2° la compensation et la confusion, qui sont des espèces de paiements, — 3° la novation, qui substitue une dette à une autre. Dans tous ces cas, il y a paiement, direct ou indirect.

La seconde catégorie comprend: 1° la remise de la dette, — 2° la perte de la chose due, — 3° la prescription. Il n'y a pas paiement, mais dispense de paiement pour causes diverses.

769. Nous ne faisons qu'indiquer ces aperçus. Ils vont ressortir tout naturellement des détails que nous allons réunir sur chacune des causes d'extinction.

Et nous allons étudier ces causes d'extinction dans l'ordre même où le Code les énumère.

§ 1. - Le paiement.

770. Le paiement est un mode d'extinction applicable à toutes les obligations, aussi bien aux engagements qui se forment sans convention qu'aux obligations conventionnelles, aussi bien aux obligations de faire et de ne pas faire qu'aux obligations de donner, aussi bien aux obligations naturelles qu'aux obligations civiles. Au sens juridique du mot,

le paiement est l'extinction de l'obligation par l'accomplissement de la prestation due, quel qu'en soit l'objet. Dans une acception plus restreinte, qui est celle du langage courant, le paiement s'applique spécialement aux obligations de donner, plus spécialement même aux obligations de sommes d'argent. Mais, en droit, le mot a un sens beaucoup plus large. L'obligation, d'après la définition traditionnelle, est un lien de droit, vinculum juris; le paiement est le dénouement du lien, la solutio vinculi. Dès lors, toute prestation effectuée en vertu d'une obligation constitue un paiement, que l'obligation soit de donner, de faire ou de ne pas faire. En d'autres termes, le paiement est l'extinction de l'obligation par son exécution.

771. Les textes relatifs au paiement sont les articles 1235 à 1270. La plupart ne contiennent que des prescriptions réglementaires et purement pratiques.

L'ordre de classement de ces textes est fort simple.

Le paragraphe 1 (articles 1235 et 1248) traite du paiement

en général.

Les quatre autres paragraphes prévoient diverses particularités que le paiement présente dans quelques cas spéciaux, et qu'on peut appeler les modalités du paiement. Voici quelles elles sont: quelquefois le paiement prend le nom et la forme de la cession de biens (paragraphe 5, articles 1265 à 1270), d'autres fois le paiement se fait par imputation (paragraphe 3, articles 1253 à 1256), — d'autres fois il s'effectue sous la forme d'offres suivies de consignation (paragraphe 4, articles 1257 à 1264), — parfois enfin il se fait avec subrogation (paragraphe 2, articles 1249 à 1252).

I. Du paiement en général.

772. Parmi les articles qui composent le paragraphe 1, il en est deux qui méritent une mention spéciale, parce qu'ils sont le siège de théories juridiques importantes : ce sont les articles 1235 et 1244. Nous pouvons nous borner à les noter en passant, car nous les avons expliqués ailleurs.

L'article 1235 est le siège de la théorie des obligations naturelles; même il est le seul texte où l'expression soit employée ¹. En outre, il est le point de départ de la condictio

^{1.} Suprà, nº 434, p. 253 et 254.

indebiti ou répétition de l'indû (article 1376), sur laquelle nous aurons à revenir.

L'article 1244 a trait au terme de grâce. Nous avons parlé du terme de grâce sous l'article 1185 et nous l'avons comparé avec le terme de droit ¹.

773. Ces deux textes mis à part, les autres articles du

paragraphe ont trait aux quatre questions suivantes.

A. Par qui le paiement doit-il ou peut-il être fait?

774. Il peut être fait par le débiteur lui-même. Les textes ne le disent pas, mais cela va de soi.

Et peu importe alors quel est l'objet de l'obligation : une

chose, un fait ou une abstention.

775. Il peut être fait par un tiers autre que le débiteur et intéressé à l'extinction de la dette (article 1236 alinéa 1): un coobligé conjoint ou solidaire, un tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, une caution

Le tiers détenteur et la caution, du moment qu'ils paient pour autrui, ont un recours contre le débiteur dans la me-

sure où la dette le concerne.

776. Enfin le paiement peut être fait même par un tiers non intéressé (article 1236 alinéa 2). Dans ce cas encore, le solvens a recours contre le débiteur, ou par l'action de mandat si le débiteur l'avait chargé de payer, ou par l'action negotiorum gestorum s'il a payé spontanément. A moins cependant que le solvens n'ait payé animo donandi; dans ce cas, il n'a pas d'action; c'est une des hypothèses de donation indirecte (article 851).

On aurait pu douter qu'un paiement pût être fait par un tiers non intéressé. Car, en définitive, le débiteur et même le créancier pourraient dire à ce tiers, intervenant dans une affaire qui n'est pas sienne : « De quoi vous mêlez-vous ? »

Deux considérations expliquent que l'article 1236 alinéa 2 ait admis un pareil paiement. D'abord, le paiement est favorable, puisqu'il met fin à une situation d'exception : satisfaisant le créancier, il libère le débiteur. Puis, il importe peu au créancier, du moins en général, de recevoir ce qui lui est dû des mains du débiteur ou d'un tiers. Le créancier étant sans

^{1.} Suprà, nº 593, p. 355.

intérêt à ce que la dette soit acquittée par une personne ou une autre, et le débiteur ayant intérêt à être libéré, on comprend que la loi ait autorisé l'intervention d'un tiers même non intéressé.

Un tiers non intéressé a donc le droit d'acquitter la dette comme un tiers intéressé ou comme le débiteur lui-même. Au besoin, il a le droit de recourir aux offres réelles suivies de consignation.

777. Toutefois, en ce qui concerne le tiers non intéressé,

il y a deux distinctions à faire.

a) Le droit d'intervention des tiers non intéressés n'est pas complet dans les obligations de faire : « L'obligation de faire, « dit l'article 1237, ne peut être acquittée par un tiers contre « le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle « soit remplie par le débiteur lui-même. » En cas de con-

testation, le juge règle le différend.

b) Même dans les obligations de donner, il ya une réserve à formuler. Le paiement pour autrui peut être un bon office dans l'intérêt du débiteur, ou une intervention indiscrète, peut-être intéressée. Bon office, il faut l'encourager; intervention indiscrète, il faut l'entraver. De là l'article 1236 alinéa 2: « L'obligation peut.... être acquittée par un tiers « qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au « nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom « propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

Si le tiers non intéressé paie au nom et en l'acquit du débiteur, à titre de negotiorum gestor du débiteur, il rend à celui-ci un bon office, et peut forcer le créancier à recevoir

le paiement. Aucune restriction n'existe à son droit.

Si le tiers non intéressé paie en son propre nom, c'est-àdire sans y être autorisé par le débiteur et sans que ce soit dans la pensée de lui être utile, il peut encore forcer le créancier à recevoir le paiement. Mais l'article 1236 ajoute : « pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

Il n'est pas aisé de dégager exactement la portée de cette

disposition.

a) On dit quelquefois ceci. Lorsque le tiers non intéressé paie comme negotiorum gestor du débiteur, il peut, en payant, exiger la subrogation; lorsqu'il paie en son propre nom, il peut bien imposer le paiement, mais non exiger la subrogation.

Cette interprétation est certainement erronée. Jamais un tiers solvens ne peut contraindre le créancier à consentir la subrogation. Il y a des cas de subrogation légale; hors de ces cas, il n'y a place que pour la subrogation conventionnelle, qui implique nécessairement le consentement de celui qui la confère. Donc dans aucun cas le tiers, qu'il paie au nom du débiteur ou en son nom propre, ne peut contraindre le créancier à le subroger.

β) D'autres, se gardant de cette méprise, pensent que le tiers non intéressé qui paie en son propre nom ne peut pas profiter de la subrogation, même si le créancier la lui consent; il peut payer, mais sans subrogation. De sorte que la subrogation serait impossible dans cette hypothèse; même con-

sentie, elle demeurerait sans effet.

Cette règle serait bien étrange. En effet, l'article 1250-1° reconnaît d'une manière générale au créancier qui reçoit son paiement d'un tiers autre que le débiteur le droit de subroger ce tiers. S'il consent à le subroger, c'est qu'il a intérêt à le faire. Pourquoi la loi entraverait-elle le paiement en prohibant la subrogation? Pourquoi empêcherait-elle le

créancier de disposer de son droit?

7) Il est vraisemblable que l'article 1236 alinéa 2 a simplement voulu dire ceci. Le tiers non intéressé a le droit de payer et au besoin de contraindre le créancier à recevoir ; mais il n'a ce droit que s'il n'y met pas pour condition d'être subrogé, sans quoi le créancier pourra refuser le paiement. Il peut donc payer, « pourvu qu'il ne soit pas subrogé » ; en d'autres termes, il peut imposer le paiement, pourvu que ce

soit un paiement pur et simple, sans subrogation.

Mais alors l'article 1236 alinéa 2 n'a plus aucune signification. Du moment que le tiers, s'il peut imposer le paiement, ne peut jamais exiger la subrogation, il est sans intérêt de constater qu'il ne peut pas l'exiger dans un cas spécial. En somme, le texte est malencontreux. L'idée de ceux qui l'ont rédigé est simple. Ils ont voulu, tout en autorisant le paiement par des tiers non intéressés, arrêter les tiers qui interviendraient avec un autre dessein que de servir l'intérêt du débiteur; ces tiers s'abstiendront, car, faute de pouvoir être subrogés, ils exposeraient la somme avancée. Seulement la précaution prise n'ajoute rien à ce qui résulte du droit commun, d'après lequel le créancier peut toujours refuser la

subrogation à la personne qui le paie. Encore une fois, c'est un texte mal venu; le législateur a eu une bonne intention, qui, comme beaucoup d'autres, n'a abouti à rien.

778. Ainsi, sauf quelques distinctions, le paiement peut être fait par le débiteur, par un tiers intéressé, par un tiers

non intéressé.

779. Par qui que le paiement soit fait, lorsque l'obligation est une obligation de donner, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour objet une chose à livrer, l'article 1238 exige du solvens qu'il soit « propriétaire de la chose donnée en paiement et ca- « pable de l'aliéner ».

Cette règle suppose évidemment une convention translative de propriété. Elle n'est pas applicable s'il s'agit d'un em-

prunteur, d'un dépositaire, etc.

Même dans les conventions translatives, elle doit être entendue avec précaution. Elle se comprenait aisément dans l'ancien droit; mais elle a cessé d'avoir sa raison d'être sous l'empire du Code civil, au moins ordinairement. En effet, aux termes de l'article 1138, les conventions translatives de propriété réalisent par elles-mêmes le transfert de propriété; donc le débiteur a cessé d'être propriétaire lors de la convention, et il ne peut plus l'être au moment où il opère la délivrance. L'article 1238 devient sans application. Il n'est plus applicable que dans les cas où la convention ne transfère pas la propriété, notamment quand l'obligation a pour objet une chose indéterminée.

780. Le texte continue: « Néanmoins le paiement d'une « somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'u- « sage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consom- « mée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par « celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas « capable de l'aliéner. » Le vrai propriétaire, ou le propriétaire incapable d'aliéner, ne peut pas réclamer. Sans cela le créancier ne réaliserait pas le but de l'obligation; et le législateur a regardé comme équitable de le garantir contre

ce péril à raison de sa bonne foi.

Ajoutons qu'il en est de même quand il s'agit d'un meuble autre que ceux qui sont visés par le texte, et quand l'accipiens est de bonne foi. Il est alors protégé par la règle « En fait de meubles possession vaut titre ». L'article 1238 n'est qu'une application de l'article 2279.

B. Entre les mains de qui le paiement peut-il ou doit-il être fait?

781. Le simple bon sens permet de découvrir la réponse. L'article 1239 prend soin de la formuler.

Aux termes de l'alinéa 1, ont qualité pour recevoir le paiement : 1° le créancier lui-même, — 2° son mandataire

conventionnel, légal ou judiciaire.

L'alinéa 2 reconnaît pouvoir au tiers gérant d'affaires du créancier, à condition que ce dernier ratifie le paiement ou qu'il en ait profité, sans quoi le paiement ne serait pas libératoire. Il est clair que le paiement ne peut pas, contre le gré du créancier, être effectué entre les mains d'un tiers quelconque; les amateurs ne manqueraient pas, et un pareil paiement ne ferait pas l'affaire du créancier.

782. L'article 1240 ajoute : « Le paiement fait à celui qui « est en possession de la créance est valable, encore que le

« possesseur en soit par la suite évincé. »

La portée de ce texte a besoin d'être précisée.

Il dit: le paiement « est valable ». En d'autres termes, il est libératoire.

Il déclare valable le paiement fait à la personne qui est « en possession de la créance » sans être créancière. Une créance étant une res incorporalis, un simple rapport de droit, être en possession de la créance est une expression qui n'a de sens qu'autant qu'elle signifie : être en possession de la qualité de créancier, c'est-à-dire passer pour être créancier, exercer de fait les droits qui sont attachés à la qualité de créancier. Tel est le cas, par exemple, pour l'héritier apparent du créancier. Le débiteur, qui est forcé de payer, ne commet pas une faute en s'acquittant aux mains de celui que la situation lui désigne comme étant son créancier, sauf au véritable créancier à agir contre l'accipiens qui aura reçu ce à quoi il n'a pas droit.

Il faut éviter de confondre la possession de la créance, c'est-à-dire de la qualité de créancier, avec la possession du titre qui la constate. Lorsque le titre est un titre au porteur, les deux notions se confondent ; celui-là est le vrai créancier qui détient le titre, et le paiement fait entre ses mains est libératoire. Lorsque le titre n'est pas un titre au porteur, la possession du titre ne suffit pas, si d'ailleurs la personne qui

invoque cette possession n'a pas, en même temps, la possession de la créance elle-même; au débiteur de vérifier l'identité et l'individualité du créancier ou de celui qui se présente comme tel; le paiement fait à celui qui n'a que la possession du titre, sans avoir celle de la qualité de créancier, ne libère pas le débiteur, lequel reste tenu au regard du créancier, sauf recours contre l'usurpateur.

783. Pour que le paiement soit libératoire, il ne suffit pas qu'il soit fait aux mains d'une personne ayant qualité pour le recevoir. Deux autres conditions sont nécessaires, qui sont

indiquées par les articles 1241 et 1242.

L'article 1241 est ainsi conçu : « Le paiement fait au « créancier n'est point valable s'il était incapable de le rece- « voir.... » Pour être capable de recevoir, il faut avoir la capacité de disposer de la créance, puisque le paiement a pour effet d'éteindre la créance. Le texte ajoute : « à moins « que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au « profit du créancier. » C'est un tempérament d'équité qui a toujours été admis¹; dans la mesure du profit, le paiement est libératoire.

Quant à l'article 1242, il s'exprime ainsi : « Le paiement « fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie « ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créan- « ciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur « droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas « seulement, son recours contre le créancier. » En effet, la saisie-arrêt enlève au débiteur la faculté de se libérer au détriment du saisissant ; de là son nom de saisie-arrêt : elle arrête, aux mains du débiteur, la chose due (article 557 C. proc. civ.) ². Si, malgré la saisie, le débiteur paie son créancier, les saisissants peuvent exiger un paiement nouveau. « Selon leur droit », dit le texte ; cela veut dire : 1° jusqu'à concurrence de ce qui leur est dû, — 2° chacun proportionnellement au montant de sa créance, s'ils sont plusieurs. Sauf, bien entendu, au débiteur qui aurait ainsi payé

^{1.} En droit romain, il ne suffisait pas que le paiement eût tourné au profit du créancier, il fallait que ce profit subsistât encore au moment où s'élevait la contestation sur la validité du paiement: fragm.47, princ. et § 1, Dig., De solutionibus, XLVI, 3.

Telle était aussi, avec certaines distinctions toutefois, la doctrine de Pothier (Des obligations, nº 504).

deux fois à agir en répétition contre le créancier indûment payé.

C. Que doit comprendre le paiement?

784. Le simple bon sens le dit encore : le paiement doit comprendre ce qui est dû, tout ce qui est dû, rien que ce qui est dû. De là les articles 1243 et 1244.

Deux observations sont indispensables à cet égard.

PREMIÈRE OBSERVATION.

785. Si le créancier consent à recevoir autre chose que ce qui est dû, le débiteur effectue non pas précisément un paiement, mais ce qu'on appelle une dation en paiement, datio in solutum. Le paiement est effectué, du consentement du créancier, avec une chose autre que la chose due (article 1243).

La dation en paiement est une opération mixte, qui participe à la fois du paiement, et de la vente ou de l'échange.

C'est un paiement. Car, en définitive, elle entraîne extinction de l'obligation par exécution volontaire.

D'autre part, elle présente les caractères tantôt de la vente

et tantôt de l'échange.
Si la chose due est une somme d'argent, la datio in solu-

sour la chose due est une somme d'argent, la datio in solutum réunit tous les éléments d'une vente. En effet, le débiteur, gardant la somme qu'il doit et livrant une chose autre au créancier, se trouve dans la position d'un vendeur qui recevrait une somme comme prix de l'objet qu'il livre : il donne rem pro pretio; de son côté, le créancier achète, en quelque sorte, la chose qui lui est remise, moyennant un prix égal à la somme qu'il ne reçoit pas. Aussi le Code, au titre De la vente, traite-t-il des hypothèses de datio in solutum comme étant des cas de vente; c'est ce que fait, en particulier, l'article 1595.

Si la chose due est un corps certain, la datio in solutum réunit les éléments d'un échange. En effet, le débiteur, gardant la chose due et en remettant une autre, se trouve dans la position d'un échangiste qui recevrait la chose du créancier à la place de celle qu'il livre.

786. En définitive, rien n'est plus complexe que la dation en paiement. Et rien n'est plus embarrassant que de décider s'il faut la regarder comme un paiement, ou bien comme une vente ou un échange. Au point de vue fiscal, on la considère comme étant une vente ou un échange ¹. Il n'y a pas lieu de percevoir le droit de libération, qui est de cinquante centimes pour cent plus les décimes (loi du 22 frimaire an VII, article 69, § II-11°), mais le droit de mutation, qui est de deux pour cent plus les décimes en ce qui concerne les meubles (*ibid.*, § V-1°) et de sept pour cent en ce qui concerne les immeubles (loi du 22 avril 1905, article 2).

Mais quel est le caractère de la dation en paiement au point de vue civil ?

La question présente plusieurs intérêts.

1º Supposons que le créancier soit évincé de ce qu'il a reçu en paiement. Quelles seront les suites de cette éviction? Si on considère le créancier comme un acheteur ou un échangiste, il aura l'action en garantie contre le débiteur, regardé comme vendeur ou coéchangiste. Si on considère la dation en paiement comme un simple paiement, le créancier, en cas d'éviction, se trouvera ne pas avoir été payé, et il aura contre le débiteur non libéré l'action résultant de sa créance primitive.

2º Supposons que le débiteur a payé ce qu'il ne devait pas. A t-il les droits d'un vendeur non payé, c'est-à-dire l'action en résolution et le privilège du vendeur, ou bien le droit

d'agir en répétition de l'indû?

Nous examinerons cette question à propos de la vente ². Disons seulement que la *datio in solutum*, dans l'opinion la plus générale ³, équivaut à la vente et en produit les effets. En conséquence, la *datio in solutum*, quand elle a pour objet un immeuble, est sujette à transcription; au cas d'éviction, l'action en garantie est ouverte; si le *solvens* n'était pas débiteur, il y a lieu à l'action en résolution et au privilège du vendeur.

Cependant, on admet quelquefois, au cas d'éviction, que le créancier recouvre son action. On argumente en ce sens de l'article 2038. Le créancier n'a consenti à recevoir rem pro soluto que sous la condition d'être rendu proprié-

Demante, Principes de l'Enregistrement, 4º édition, I, nºº 71 et 163.
 Voy. Laurent, Principes, XXIV, nºº 151 et 152.

^{3.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, nos 549 et suiv., p. 168 et suiv., — Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 318, note 1, p. 258.

taire; cette condition n'étant point remplie, il recouvre son action 1.

SECONDE OBSERVATION.

787. Quand l'obligation a pour objet une somme d'argent,

quelques particularités sont à signaler.

1° Le débiteur peut payer en argent ou en or, l'un et l'autre métal ayant la qualité de monnaie légale. A moins de clause contraire qui déterminerait le mode de paiement;

pareille clause serait obligatoire (article 1134).

2° Les seules monnaies ayant cours légal sont les monnaies de frappe française et les monnaies frappées par les pays qui font partie, avec la France, de l'Union dite latine : la Belgique, la Suisse, l'Italie et la Grèce. Les monnaies de frappe française ont cours légal au regard de l'Etat, qui est obligé de les recevoir dans ses caisses, et au regard des particuliers, qui sont également tenus de les accepter ². Quant aux monnaies de l'Union latine, elles ont cours légal au regard de l'Etat, qui s'est engagé à les recevoir, mais non au regard des particuliers, qui peuvent les refuser; en fait, elles ont le cours légal complet et même valeur que les monnaies de frappe française, puisqu'on peut les changer dans les caisses publiques ³.

3° Le créancier n'est pas forcé de recevoir de la monnaie de billon de cuivre, si ce n'est pour l'appoint de la pièce de

^{1.} Cette question est vivement discutée. Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 430 et 431; — cpr. Pandectes françaises alphabétiques, vº Obligations, nºs 5436 et suiv.— Dans le sens de l'opinion indiquée au texte, voy. Pont, Privilèges et hypothèques, II, nº 1230, — Troplong, Privilèges et hypothèques, IV, nºs 847 et suiv. — La majorité des auteurs se prononcent en sens contraire: Aubry et Rau,5º édition, III, § 292, p. 811, texte et note 4, — Demolombe, Contrats, V, nºs 288 et suiv., — Laurent, Principes, XVIII, nº 323, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Privilèges et hypothèques, III, nº 2251, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, IX, nº 161 bis II, — Larombière, Obligations, article 4278. Dans ce dernier système, on argumente également de l'article 2038. Lors de la discussion de ce texte, il a été expliqué par les orateurs du Gouvernement et du Tribunat que l'éviction de la chose reçue en paiement ne fait pas renaître l'ancienne obligation, définitivement éteinte, mais ouvre seulement au profit du créancier une nouvelle action, à laquelle ne passent point les accessoires de la créance originaire.

^{2.} Il est permis, d'ailleurs, de convenir qu'une somme exigible sur le territoire français sera payée en monnaie étrangère: Chambéry 21 novembre 1894 et Cass. 18 novembre 1895, D. P. 1896. I.341, Sir. 1899. I.270.

^{3.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 141 et 142. — Cpr. Cauwès, Cours d'Economie politique, 3° édition, II, p. 195 et suiv.

cinq francs, soit au maximum jusqu'à concurrence de quatre francs quatre-vingt-quinze. Nous renvoyons à cet égard aux décrets du 1er juillet 1809 et du 18 août 1810, qui règlent quelques détails utiles à connaître 1.

4º Le billon d'argent, c'est-à-dire toutes les pièces d'argent autres que les pièces de cinq francs, ne peut être employé, sauf agrément du créancier, que pour cinquante francs au maximum, au moins entre particuliers, car le billon d'argent est toujours reçu dans les caisses publiques (décret du 20 juillet 1866, article 6, — et diverses conventions passées par la France avec la Belgique, l'Italie et la Suisse) ².

5° Le débiteur de sommes d'argent est autorisé à payer en billets de la Banque de France, car ces billets ont cours légal en vertu de la loi du 12 août 1870; le billet de banque forme monnaie légale dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs. Jusqu'au 1er janvier 1878, le billet de banque avait, en outre, cours forcé, en ce sens que la Banque n'était pas tenue de rembourser les billets présentés à ses caisses par ceux qui en étaient porteurs; la loi du 1er janvier 1878 n'a laissé subsister que le cours légal. Il a été jugé que la loi qui établit le cours légal est une loi d'ordre public, et qu'en conséquence aucune clause d'un contrat antérieur ou postérieur à cette loi ne peut enlever au dé biteur le droit de payer en billets 3.

D. Où, quand et aux frais de qui le paiement doit-il être fait ?

788. Où le paiement doit-il être fait ? « Le paiement, dit « l'article 1247, doit être exécuté dans le lieu désigné par la « convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, « lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être « fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose « qui en fait l'objet. Hors ces deux cas, le paiement doit être « fait au domicile du débiteur. »

Ce texte ne vise que les obligations ayant pour objet un corps certain. S'il s'agit de sommes d'argent, la dette, en principe, est quérable par le créancier, c'est-à-dire qu'elle doit

^{1.} Voy. Planiol, loc. cit., nº 447, p. 141. - Cpr. Cauwes, loc. cit., p. 222.

^{2.} Planiol, loc. cit. 3. Cass. 11 février 1873, D. P. 1873.I.177, Sir. 1873.I.97 (note de M. Labbé). - Cpr. de Folleville, Revue pratique, 1871, p. 426.

être payée au domicile du débiteur; le créancier doit aller l'y chercher. Elle est portable par le débiteur, de telle sorte que le débiteur doit transporter la chose due chez le

créancier, lorsque cela résulte d'une clause spéciale.

789. Quand le paiement doit-il être fait? Dans le silence du contrat, le paiement doit se faire sur-le-champ, ou du moins après le temps strictement nécessaire pour l'effectuer. S'il y a terme convenu, il doit s'effectuer à l'échéance; sinon, le juge fixe le temps d'après l'intention probable des parties.

790. Enfin aux frais de qui le paiement doit-il être fait ? Aux frais du débiteur, dit l'article 1248. A moins, bien en-

tendu, de clause contraire.

Le texte dit: « Les frais du paiement sont à la charge du « débiteur. » Ce sont, par exemple, les frais de la délivrance, les frais de quittance ¹. Mais l'obligation du débiteur s'arrête aux frais du paiement; ceux de l'enlèvement sont à la charge du créancier (article 1608).

Ces frais doivent être avancés par le créancier. Il a le

droit de les répéter contre le débiteur.

Pourquoi en est-il ainsi? C'est un usage fondé sur cette idée que le stipulant a dû compter recevoir la totalité de la chose due; il serait trompé dans son attente s'il lui fallait déduire les frais.

II. Des modalités du paiement.

791. Nous avons présenté déjà l'énumération des modali-

tés du paiement qui sont prévues par le Code 2.

Il suffira presque de renvoyer aux textes en ce qui concerne la cession de biens, l'imputation des paiements, et les offres réelles suivies de consignation. La matière du paiement avec subrogation mérite seule de retenir un peu longuement l'attention.

A. La cession de biens.

792. Il arrive quelquefois que le paiement se présente sous la forme de la cession de biens (articles 1265 à 1270). On en-

^{1.} La loi du 23 août 1871 impose les quittances d'un droit fixe de dix centimes dès que la somme à payer est supérieure à dix francs, et de vingt-cinq centimes quand il s'agit de quittances données par l'Etat ou les caisses publiques.

tend par là l'abandon qu'un débiteur fait de ses biens à son créancier quand il ne peut le payer (article 1265).

Cet abandon peut se présenter sous deux formes.

Tantôt la cession est volontaire. On nomme ainsi l'arrangement arrêté, le traité convenu entre un débiteur et ses créanciers. Ce traité produit les effets que les parties y attachent (article 1267). Le concordat, en cas de faillite, est une des formes de la cession volontaire (articles 507 et suivants C. com.).

Tantôt elle est judiciaire. La cession judiciaire, dans le système du Code civil, se rattachait à une voie d'exécution qui n'est plus en usage, sauf dans des cas exceptionnels, la

contrainte par corps 1.

La contrainte par corps faisait, dans le Code de 1804, l'objet d'un titre spécial (articles 2059 à 2070). Elle était considérée non pas précisément comme un mode d'exécution, mais comme une épreuve de solvabilité; la loi autorisait le créancier, sous certaines conditions, à priver le débiteur de sa liberté, c'est-à-dire du bien auquel on tient en général le plus au monde, pour le contraindre à exhiber les valeurs qu'il aurait pu être tenté de dissimuler.

Elle présentait certainement un avantage. C'était une voie de contrainte contre les effrontés qui trouvaient le moyen de soustraire leurs biens à la saisie, et qui, n'ayant que des biens insaisissables, vivaient dans l'opulence sans payer

leurs créanciers.

Mais elle présentait des inconvénients. C'était un procédé dont usaient les prodigues pour obliger leurs familles à payer leurs dettes. Par l'abus qu'on en faisait de la sorte, elle devenait un moyen de crédit pour les prodigues. De là, toute une série de précautions et de correctifs destinés à empêcher l'abus de la contrainte par corps, tout en la conservant dans la mesure où elle était utile.

Au nombre de ces correctifs figurait la cession de biens judiciaire. En cédant ses biens, le débiteur fait tout ce qu'il peut; il ne faut pas laisser au créancier plus rigoureux que de raison le droit de retenir en prison, sans utilité appréciable, un débiteur malheureux et de bonne foi,

Or la loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps, pour des raisons que nous avons exposées ailleurs. Elle

^{1.} Voy. Les sûrelés personnelles et réelles, tome I, p. 45 et suiv.

loi de 1871.

a, par là même, rendu superflus les articles 1265 à 1270. Toutefois, la loi de 1867 n'a pas complètement supprimé la contrainte par corps. Celle-ci subsiste dans certains cas, indiqués par la loi de 1867 et par la loi du 19 décembre 1871 1. Par exemple, la loi de 1867 a cru devoir la maintenir en matière criminelle, correctionnelle et de police, afin d'assurer le paiement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais, soit au profit de l'Etat soit au profit des particuliers; la loi de 1867 faisait défense à l'Etat d'y recourir pour le recouvrement des frais de justice criminelle, mais la contrainte par corps a été rétablie à cet égard par la

Dans ces cas exceptionnels où la contrainte est maintenue, la cession de biens l'est également.

Pour comprendre quels en sont alors l'utilité et le mécanisme, il faut connaître les cas spéciaux où la contrainte est autorisée. Nous renvoyons aux articles 1265 et suivants, qui sont le siège de la matière.

B. Le paiement par imputation.

793. D'autres fois, le paiement se fait par imputation (articles 1253 à 1256).

Pour qu'il y ait lieu à imputation, il faut supposer deux choses : 1° que le débiteur est tenu de plusieurs dettes envers le même créancier, — 2° qu'il n'acquitte pas en même temps l'intégralité de ces dettes. Alors, il y a place pour une imputation, c'est-à-dire qu'il faut déterminer quelle est celle des dettes à l'extinction de laquelle le paiement effectué doit

être appliqué.

Les articles 1253 à 1256 indiquent comment se fait cette détermination. Aux termes de l'article 1253, le débiteur de plusieurs dettes a le droit de « déclarer, lorsqu'il paie, quelle « dette il entend acquitter », sauf la restriction établie par l'article 1254. Les deux articles suivants indiquent comment doit se faire l'imputation lorsque le débiteur garde le silence, volontairement ou par oubli ; les règles qu'ils contiennent sont de la plus grande simplicité, et il suffit de renvoyer aux textes ².

1. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 50 et suiv.

^{2.} Les règles du Code sur l'imputation des paiements, en particulier celle d'après laquelle les paiements s'imputent sur la dette la plus ancienne ou la

C. Les offres réelles suivies de consignation.

794. Les articles 1257 à 1264 sont relatifs à cette troisième modalité du paiement.

795. Pour qu'il y ait lieu à offres suivies de consignation, il faut supposer deux choses: 1° que le créancier résiste à recevoir paiement,— 2° que le débiteur insiste pour payer et veut imposer paiement.

Ces deux circonstances de fait ne sont pas le cas ordinaire; en général, les créanciers ne sont pas résistants à recevoir et les débiteurs n'insistent pas pour payer. Cependant les hypothèses sont assez nombreuses où ces deux circonstances interviennent et s'expliquent.

D'abord, le débiteur peut légitimement attacher un point d'honneur à se libérer. Il y a des gens dont on a de bonnes raisons pour tenir à ne pas être l'obligé; il ne saurait être permis au créancier, par calcul ou par inertie, de maintenir le débiteur dans la dépendance de la dette; celui-ci a le droit de se libérer.

De plus, il est des cas assez nombreux dans lesquels le débiteur a un intérêt pécuniaire à effectuer ou à hâter le paiement.

Ainsi, il veut arrêter le cours des intérêts du capital dû, — éviter d'encourir une clause pénale stipulée en cas de retard, — libérer son crédit entravé par une dette, notamment par une dette hypothécaire, — éviter, quand il a de quoi se libérer, les pertes pouvant provenir de vol, d'accident, de dépréciation, — etc.

plus onéreuse, ne sont pas applicables en matière de compte-courant: Cass. 29 juillet 1868, Sir. 1869.I.36, — 18 décembre 1871, D. P. 1872.I.100, Sir. 1872.I.223, — Dijon 23 novembre 1876, Sir. 1877.II.249, — Cass. 12 novembre 1895, D. P. 1896.I.292, Sir. 1899.I.499.

Le paiement de deux dettes échues, dont l'une est cautionnée, doit, en l'absence de convention spéciale, s'imputer sur la dette cautionnée: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 320, note 12, p. 275, — Laurent, *Principes*, XVII, n° 619, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, V, n° 201 bis II, — Dijon 20 décembre 1878 et Cass. 19 novembre 1879, Sir. 1881. I. 211.

Si la dette n'est cautionnée que pour partie, le paiement partiel effectué sans indication par le débiteur principal doit s'imputer d'abord sur la partie non cautionnée. Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 429, note 1, p. 692, — Demolombe, Contrats, V, n° 22, — Laurent, Principes, XXII, n° 619, — Pont, Cautionnement, n° 394; — Cass. 12 novembre 1890, D.P. 1892.I.19, Sir. 1891.I.55, — Poitiers 6 mai 1891, Sir. 1892.II.111, Pandectes françaises périodiques, 1892.II.12.

Ou bien le débiteur veut se soustraire aux risques. Cette hypothèse ne se présente pas souvent en fait; car, aux termes de l'article 1138, « l'obligation de livrer rend le créan-« cier 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, à moins que le débiteur ne soit en de-« meure ». Elle peut cependant se présenter à titre exceptionnel: s'il s'agit d'une chose indéterminée, les risques ne passent à l'acquéreur que quand la chose est individualisée, c'est-à-dire payée¹.

Ou bien enfin le débiteur et le créancier sont en désaccord sur les conditions du paiement, spécialement sur la quotité due. Le créancier refuse, alléguant que ce qu'on lui offre ne remplit pas les conditions convenues; le débi-

teur insiste, alléguant le contraire.

Dans ces cas divers, le débiteur, pour vaincre la résistance du créancier, peut recourir aux offres suivies de consignation, qui sont la forme du paiement forcé (article 1257).

796. Les articles 1258 et 1259, auxquels il faut joindre les articles 812 et suivants du Code de procédure, règlent les conditions de forme. Il suffit de les lire.

Les offres consistent dans une notification par huissier, aux termes de laquelle le débiteur se déclare prêt à payer. Elles doivent être réelles, c'est-à-dire accompagnées de la présen-

tation de la chose due, principal et accessoire.

La consignation consiste dans le dépôt entre les mains d'un tiers, qui varie selon les cas ². Quand il s'agit de sommes d'argent, la consignation s'opère : à Paris à la Caisse des dépôts et consignations, dans les chefs-lieux de département chez les trésoriers-payeurs généraux, dans les chefs-lieux d'arrondissement chez les receveurs particuliers des finances. Quand il s'agit de corps certains, il faut recourir aux formalités prévues par l'article 1264, complété, en ce qui concerne la consignation des titres et valeurs mobilières, par la loi du 28 juillet 1875 et le décret du 15 décembre 1875.

Il est un cas dans lequel la procédure des offres n'est pas nécessaire : celui où il s'agit d'effets de commerce (article 161

1. Suprà, p. 239 et suiv.

^{2.} Les règles de l'article 1259 ne sont pas applicables à la consignation spéciale de l'article 777 du Code de procédure civile: Cass. 26 mars 1890, D. P. 1890.I.442, Sir. 1891.I.257 (note de M. Balleydier).

C. com.). Si le porteur ne se présente pas dans les trois jours de l'échéance, le débiteur se libère par le seul fait de la consignation (loi du 6 thermidor an III) ¹.

797. Les offres et la consignation une fois faites, deux hypothèses peuvent se présenter.

Première hypothèse.

Le créancier accepte les offres et la consignation pour bonnes. Alors tout est dit : « Les offres réelles suivies d'une « consignation libèrent le débiteur, dit l'article 1257 alinéa 2 ; « elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont « valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux

« risques du créancier. »

Le texte dit que les offres libèrent le débiteur. Au point de vue strictement grammatical, le verbe « libèrent » se rapporte aux offres réelles; la dette serait donc éteinte par les offres. Mais le texte ne doit pas être entendu ainsi. Il astreint le débiteur à consigner les intérêts jusqu'au jour du dépôt; or, si la dette était éteinte par les offres, elle ne pourrait plus produire d'intérêts; c'est seulement après la consignation que le débiteur a fait tout ce qui dépendait de lui pour se libérer; l'article 1259 alinéa 2 veut dire que la consignation précédée d'offres réelles libère le débiteur ².

Quant aux offres seules, indépendamment de la consigna-

tion, elles produisent les effets suivants.

4° Elles mettent le créancier en demeure. Il résulte de l'article 1139 que la mise en demeure peut résulter soit d'une sommation, soit d'« un autre acte équivalent »; les offres réelles sont un de ces actes équivalent à une sommation. Si le créancier continuait ou commençait des poursuites, les frais seraient à sa charge.

2º Elles empêchent le débiteur d'encourir la clause pénale,

s'il en a été stipulé une pour le cas de retard.

3° Elles empêchent la demeure du débiteur 3.

Mais elles ne libèrent pas le débiteur. La consignation seule le libère.

1. Thaller, Traité élémentaire, 3º édition, p. 730.

3. Suprà, p. 241, 247, 274.

^{2.} Sic: Pothier, Des obligations, nº 573. — Cpr. la constit. 9, Code de Justinien, De solutionibus, VIII, 43.

Seconde hypothèse.

Le créancier persiste dans sa résistance. Alors le débiteur doit l'assigner en validité d'offres (article 815 C. proc. civ.). L'article 1258 énumère les conditions de validité des offres, l'article 1259 les conditions de validité de la consignation. Si les offres sont déclarées bonnes et valables, le débiteur est libéré (article 816 C. proc. civ.) 1.

Il faut observer d'ailleurs que rien n'est définitif, même après le jugement de validité des offres, tant que le créancier n'a pas accepté; de telle sorte que le débiteur peut retirer sa consignation (article 1261). Les effets du retrait varient suivant qu'il intervient avant ou après le jugement; ils sont indiqués: dans le premier cas par l'article 1261, dans le second par les articles 1262 et 1263.

Dans l'une et l'autre hypothèses, les offres et consignation, quand elles sont définitives, produisent les mêmes effets qu'un paiement (article 1260). Ces effets se produisent à partir de la consignation (article 1257 alinéa 2).

D. Le paiement avec subrogation.

798. Les textes qui traitent du paiement avec subrogation sont les articles 1249 à 1252. Ils règlent formellement deux points.

1º Ils énumèrent les cas dans lesquels il y a subrogation. L'article 1249 annonce qu'il en existe deux. Puis les articles 1250 et 1251 reprennent ces deux cas ; l'article 1250 est relatif à la subrogation conventionnelle, l'article 1251 à la subrogation légale.

2º Ils indiquent sous quelles conditions la subrogation s'opère dans les deux cas. L'article 1250 l'indique en ce qui concerne la subrogation conventionnelle, l'article 1251 en ce qui concerne la subrogation légale.

Mais les articles 1249 à 1252 laissent non résolues deux autres questions, celles de savoir: 1° ce qu'est la subrogation, - 2º quels sont les effets de la subrogation. Il faut nécessairement commencer l'étude du sujet en essayant de résoudre ces deux questions.

^{1.} Garsonnet, Traité de procédure, 1re édition, VI, p. 334.

799. Qu'est-ce que la subrogation?

800. Dans son acception générale, le mot « subrogation » désigne toute opération par laquelle, dans un rapport de droit, une chose est mise à la place d'une autre, une personne à la place d'une autre : subrogare, substituer. La subrogation est la substitution, dans un rapport de droit, d'une chose à une autre ou d'une personne à une autre.

De là deux sortes de subrogations.

801. La première est appelée quelquefois subrogation réelle. Elle consiste dans la substitution d'une chose à une autre en un rapport de droit, la chose substituée revêtant les caractères juridiques et remplissant le rôle de la chose

qu'elle remplace.

Les applications de cette subrogation sont peu nombreuses. La plus notable est celle qui est faite par les articles 747 et 766 en matière de retour légal; les actions en reprise sont substituées à la chose donnée et font retour. On peut citer en outre: l'article 1407, qui emploie l'expression même de subrogation, — les articles 1434 et 1435, — les articles 1553 et 1559, — enfin les articles 2 et 3 de la loi du 19 février 1889 ¹.

Dans quelle mesure la chose nouvelle est-elle substituée à la chose ancienne, au point d'avoir les mêmes caractères et de remplir le même rôle? C'est une question à régler dans chaque cas; il n'y a pas de règle générale à cet égard.

802. La seconde espèce de subrogation est celle qu'on distingue parfois de la précédente en l'appelant subrogation personnelle. Elle consiste dans la substitution d'une per-

sonne à une autre en un rapport de droit.

Le mot « subrogation » est employé dans ce sens en matière de procédure. Par exemple, au cas de saisie, les créanciers non poursuivants peuvent, sous certaines distinctions, se faire subroger aux créanciers poursuivants (articles 721 et 722 C. proc. civ.) ².

Le mot est plus spécialement employé dans ce sens en matière d'obligations, à propos du paiement. La subrogation est alors la substitution d'un tiers à un créancier payé, substitution par suite de laquelle ce tiers peut exercer contre le débiteur les droits que possédait contre celui-ci le créancier

^{1.} Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 281 et suiv. 2. Garsonnet, Traité de procédure, 1 e édition, V, p. 152 et suiv.

désintéressé. La subrogation, ainsi comprise, est vraiment une modalité du paiement; et c'est d'elle que nous avons à nous occuper.

Envisagée au point de vue pratique, elle constitue un moyen de paiement auquel le débiteur recourt quand il n'a

pas les fonds nécessaires à l'acquittement de sa dette.

803. Cette substitution d'un tiers dans les droits du créancier contre le débiteur peut se produire de trois manières différentes.

De ces trois formes, la dernière seule fait apparaître la subrogation proprement dite. Dans les deux premières, qui ont été signalées déjà d'une façon sommaire, il y a bien quelque chose qui ressemble à la subrogation, mais qui ne doit pas être confondu avec elle.

Première hypothèse.

804. Si le débiteur, à défaut des fonds nécessaires pour l'acquittement de sa dette, possède des créances exigibles, susceptibles d'ètre actuellement exercées, les créanciers non payés peuvent, en vertu de l'article 1166, se substituer au débiteur afin d'exercer en son lieu et place, dans leur propre intérêt, les droits lui appartenant. C'est ce qu'on appelle quelquefois, d'une manière impropre, la subrogation judiciaire; en réalité, c'est l'exercice par les créanciers des droits et actions de leur débiteur.

Seconde hypothèse.

805. Si le débiteur, à défaut des fonds nécessaires pour l'acquittement de sa dette et de droits que ses créanciers puissent exercer à sa place pour être payés, possède des créances à terme, il peut les donner en paiement, les céder à ses créanciers. C'est un cas de datio in solutum, par conséquent une vente de créance ².

Le créancier peut conserver la créance cédée en paiement, pour en toucher le montant à l'échéance; il peut, s'il le préfère et s'il en trouve le moyen, la réaliser par anticipation au moyen de l'escompte. En tous cas, la cession a substitué le créancier cessionnaire au débiteur cédant dans les

^{1.} Voy. suprà, p. 292 et suiv.

^{2.} Sur la datio in solutum, voy. supra, p. 480.

droits de ce dernier; donc, en un sens, il y a subrogation : subrogation par cession.

806. L'opération, dans ce cas, est une vente de créance. Et de là découlent diverses conséquences.

1º Les formalités à remplir pour la datio in solutum sont celles de la cession de créance (articles 1689 et suivants). Le transport s'opère par le seul consentement dans les rapports du cédant avec le cessionnaire (article 1689); au regard des tiers, il y a lieu d'observer les formalités prévues par l'article 1690.

2° Le droit à acquitter lors de l'enregistrement, au point de vue fiscal, est le droit de mutation exigible en matière mobilière, en d'autres termes deux pour cent plus les décimes (loi du 22 frimaire an VII, article 69, § V-1°).

3º Le créancier cessionnaire acquiert la créance donnée en paiement telle qu'elle se comporte.

Rien n'est changé quant au caractère de la créance. Ainsi, la créance était commerciale ; elle reste telle aux mains du cessionnaire. Elle portait intérêts, elle était exécutoire ; elle demeure telle au profit du cessionnaire.

Rien non plus n'est changé quant au chiffre de la créance. Ainsi elle était d'une valeur nominale de quinze cents francs. En prévision de certains risques possibles, le créancier ne l'a reçue in solutum que pour mille francs, somme qui a été considérée comme étant sa valeur réelle. Survient l'échéance; le créancier a le droit d'exiger du débiteur la valeur nominale, soit quinze cents francs. En fait, le bénéfice réalisé est le prix du risque auquel il s'est exposé; en droit, la faculté qu'il a de réaliser ce bénéfice est la conséquence de ce qu'il a acquis la créance elle-même telle qu'elle se comporte. La cession de créance, qu'elle soit intervenue à titre de datio in solutum comme dans l'espèce, ou à titre de simple achat comme dans une vente ordinaire, est un acte de spéculation, comportant des chances de profits et de pertes.

4° Le créancier cessionnaire, puisqu'il est acheteur de la créance par datio in solutum, a, comme tout acheteur, droit à la garantie: « Celui qui vend une créance, dit l'article « 1693,.... doit en garantir l'existence au temps du transport, « quoiqu'il soit fait sans garantie. » Or celui qui donne en paiement vend. Les articles suivants règlent dans quelle

mesure le solvens est ou peut être garant de la solvabilité du débiteur cédé.

La situation du créancier payé par datio in solutum, lequel est un véritable acheteur, est donc extrêmement nette à tous égards.

Troisième hypothèse.

807. Quand le débiteur n'a ni fonds disponibles, ni créances exigibles qui puissent être exercées en son nom, ni créances à terme qui puissent être données en paiement, une seule ressource lui reste pour se libérer: c'est d'emprunter, pourvu qu'il ait un crédit lui permettant de trouver un prêteur, ou — ce qui revient au même — un tiers qui paie pour lui. C'est ici qu'apparaît la subrogation proprement dite, celle de l'article 1249.

Les éléments de l'opération sont ceux-ci. Le débiteur emprunte à l'effet de payer sa dette, ou trouve un tiers qui paie pour lui; le tiers qui fait l'avance, et auquel remboursement est dû, est substitué au créancier désintéressé dans les droits que celui-ci possédait contre le débiteur. De sorte que le remboursement des deniers avancés est garanti au tiers par les sûretés qui assuraient le paiement de la créance; le résultat de la subrogation est d'attribuer au subrogé, c'est-à-dire au tiers qui a prêté des fonds au débiteur ou qui a payé pour le débiteur, les garanties qui appartenaient au créancier désintéressé.

808. Tel est bien l'aspect sous lequel l'opération est pré-

sentée par l'article 1250.

Le 2° de cet article dit qu'il y a subrogation « lorsque le « débiteur emprunte une somme à l'effet de payer la dette, « et de subroger le prêteur dans les droits du créancier ». La subrogation, dans ce cas, est consentie par le débiteur; il y a emprunt fait par le débiteur, paiement avec les fonds empruntés, et subrogation du prêteur dans les droits du créancier désintéressé. Si le prêteur n'était pas subrogé, il agirait contre le débiteur, autrement dit contre l'emprunteur, en remboursement du prêt; il aurait une créance chirographaire. Grâce à la subrogation, il assure son remboursement en exerçant contre le débiteur, contre l'emprunteur, les droits que possédait le créancier; et il profite des sûretés, réelles ou personnelles, qui garantissaient le paiement.

Dans le cas du 1º de l'article 1250, les choses, en apparence,

se passent autrement; en réalité, elles se passent de la même manière. Ici, la subrogation est consentie par le créancier. Les fonds, au lieu d'être remis au débiteur pour lui permettre de payer lui-même le créancier, sont versés directement au créancier par le tiers, qui acquitte ainsi la dette d'autrui. Si le créancier payé subroge dans ses droits le tiers qui le paie, celui-ci est substitué au créancier désintéressé. Sans la subrogation, le tiers solvens aurait, contre le débiteur qu'il a libéré, l'action negotiorum gestorum, puisqu'il a payé pour autrui; grâce à la subrogation, il agira en exerçant les droits qui apparlenaient au créancier désintéressé et profitera des sûretés de la créance.

Dans une hypothèse comme dans l'autre, il y a paiement : dans l'hypothèse de l'article 1250-2°, il y a paiement par le débiteur avec les fonds qu'il a empruntés à cet effet, — dans celle de l'article 1250-1°, il y a paiement par un tiers en l'acquit du débiteur. Dans les deux cas, il y a paiement avec subrogation, autrement dit avec réserve des droits du créancier désintéressé, droits qui passent au bailleur des fonds, comme garantie de ses avances. Par conséquent, dans les deux cas, il y a substitution au créancier d'un tiers, ou qui l'a payé directement, ou qui a fourni les fonds employés à le payer, substitution par suite de laquelle le tiers, pour recouver l'avance faite, exerce contre le débiteur les droits du créancier, qu'il remplace.

809. Les mêmes éléments de fait se retrouvent dans tous les cas de subrogation légale indiqués par l'article 1251. La subrogation a toujours lieu au profit de personnes qui paient pour autrui, c'est-à-dire qui avancent les fonds nécessaires

au paiement.

810. Donc la subrogation, conventionnelle ou légale, est toujours la substitution au créancier désintéressé d'un tiers qui a payé ce créancier ou qui a fourni les fonds nécessaires au paiement.

811. Ainsi comprise, la subrogation est très utile et très

usuelle. Elle présente un triple avantage.

1º Elle est, pour le débiteur, un moyen efficace de crédit. Elle facilite à des débiteurs embarrassés, qu'un sursis peut sauver, des emprunts par l'intervention de tiers qui leur avancent les fonds nécessaires, ou qui payent pour eux. Sans le procédé de la subrogation, le débiteur emprunteur ne

pourrait offrir que les sûretés qui restent disponibles entre ses mains, par exemple une hypothèque, mais qui serait primée par toutes celles déjà consenties; grâce à la subrogation, le débiteur transfère aux tiers les sûretés qu'avait le créancier désintéressé, et ces sûretés sont évidemment plus efficaces.

2º La subrogation n'est pas seulement un moyen de crédit; elle évite la dépréciation des propriétés, qui pourrait résulter de saisies pratiquées en temps inopportun. Elle facilite l'opération que l'on caractérise familièrement ainsi : creuser un trou pour en boucher un autre; et elle permet d'éviter par là l'exécution forcée.

3° Elle n'est pas moins utile au créancier, qui obtient ainsi paiement sans péril pour personne, et évite de recou-

rir aux voies d'exécution forcée.

Quant aux autres créanciers du débiteur commun, elle ne change en rien leur situation. Le tiers subrogé prend la place du créancier payé, invoque les garanties que celui-ci aurait pu invoquer lui-même ; dès lors, la situation des autres n'est pas altérée.

Donc la subrogation est une institution utile, une insti-

tution de crédit 1.

812. Telle est l'idée générale de la subrogation.

Examinons maintenant de plus près les combinaisons juridiques au moyen desquelles le résultat cherché par les

parties est obtenu.

813. Le but final est celui-ci. La subrogation transmet au tiers qui paie directement le créancier, ou qui avance au débiteur les deniers nécessaires pour le paiement, le bénéfice des garanties qui assuraient le paiement de la créance éteinte.

Or ce résultat est de nature à être obtenu de deux manières.

814. Voici la première.

Le tiers qui paie le créancier, ou qui avance les fonds au débiteur pour payer, a personnellement une action contre le débiteur: action en remboursement née du contrat de

^{1.} Voy. Les sûrelés personnelles et réelles, tome I, p. 1 à 20, — tome II, p. 257.

prêt, s'il lui a prêté les fonds nécessaires, — action de mandat ou de gestion d'affaires, s'il a payé directement en l'acquit du débiteur. Par conséquent, ce qui manque au tiers, ce n'est pas une action, car il en possède une personnellement, ce sont les garanties qui assuraient le paiement de la créance éteinte.

On comprendrait que la subrogation ne fût pas autre chose que la réserve, lors du paiement, des privilèges, hypothèques ou autres sûretés accessoires de la créance, à l'effet de les transporter pour les joindre, comme garantie, soit à l'action en remboursement du prêt, soit à l'action de mandat ou de gestion d'affaires, que le tiers possède personnellement.

Si le paiement fait avec les fonds avancés était opéré purement et simplement, il entraînerait extinction de la créance et de ses garanties; fait avec subrogation, il entraînerait toujours l'extinction de la créance, mais sous réserve des accessoires de cette créance, qui passeraient à une autre. La subrogation serait un paiement avec attribution, conventionnelle ou légale, des garanties de la première créance à une créance nouvelle.

815. Mais la subrogation ne s'est pas développée dans la

pratique sous cette forme simple 1.

D'après la tradition, dont rien n'indique que le Code ait entendu s'éloigner, le paiement avec subrogation est une

opération plus complexe.

816. Au regard du créancier payé, c'est un paiement. Peu importe au créancier d'où viennent les deniers avec lesquels il est désintéressé. Qu'il reçoive ce qui lui est dù du débiteur, ou par mains et deniers d'un tiers, il est payé; l'opération est un paiement.

De là trois conséquences.

1º Il n'est pas nécessaire, en cas de subrogation proprement dite, de recourir aux formes de la cession de créance à titre de *datio in solutum*. Il ne s'agit pas d'une cession de créance, mais d'un paiement. Les articles 1689 et suivants sont inapplicables.

^{1.} Voy. Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 324, p. 277 texte et note 2, — Demolombe, Contrats, IV, n° 326, — Laurent, Principes, XVII, n° 3 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 189 bis I à V; — Cass. 3 avril 1864, D. P. 1861.I.153, Sir. 1861.I.586, — Limoges 25 juillet 1887, D. P. 1888.II.103.

2º L'acte emportant subrogation n'est pas passible, à l'enregistrement, du droit de mutation, qui est de deux pour cent plus les décimes, mais du droit de libération, qui est de cinquante centimes pour cent plus les décimes ¹.

3° L'idée que le paiement avec subrogation est un paiement au regard du créancier explique la disposition de l'article 1252, disposition qui paraît étrange au premier abord, dont l'équité est contestable au point de vue du résultat, mais qui

est strictement logique.

Voici l'espèce. Le créancier possédait une créance de dix mille francs; il avait hypothèque sur un immeuble qui se trouve ne plus valoir que huit mille. Il reçoit paiement partiel de cinq mille francs, par mains et deniers d'un tiers subrogé, de sorte qu'il n'est plus créancier que de cinq mille et le subrogé a droit à cinq mille, montant de l'avance faite. On vend l'immeuble huit mille francs. Que va prendre chacun des ayants droit? Chacun d'eux a un droit égal, puisque chacun a la moitié de la créance primitive. Cependant le créancier primitif prendra cinq mille francs, c'est-àdire tout ce qui lui reste dû; le subrogé, comme créancier hypothécaire, n'aura que le surplus, soit trois mille francs. Supposons que l'immeuble soit vendu cinq mille francs; le créancier primitif prendra tout, et le subrogé sera réduit au rôle de créancier chirographaire.

C'est ce que décide l'article 1252. Et on explique cette disposition par la règle Nemo censetur subrogasse contra se. La subrogation, en cas de paiement partiel, ne peut être

opposée au créancier.

Pourquoi? Cela tient à la nature de la subrogation. Par rapport au créancier, le paiement avec subrogation est un paiement; par suite, en cas de paiement partiel, la portion payée est éteinte par rapport au créancier; elle n'est pas transférée au subrogé, elle n'existe plus, et, dès lors, le subrogé ne peut pas concourir avec le créancier.

Mais la règle est elle satisfaisante rationnellement? Non.

Elle n'est que le résultat d'une déduction logique 2.

1. Voy. suprà, p. 481.

^{2.} Cette règle ne reçoit son application que dans le cas où le reliquat dû au créancier est garanti par une sûreté antérieure à celle dont bénéficie le subrogé, ou par cette dernière sûreté elle-même: Cass. 13 février 1899, D. P. 1899.I.246. — Si la créance est purement chirographaire, le créancier ne peut

Les choses se passent d'une manière toute différente lorsqu'il y a datio in solutum d'une créance. Un débiteur cède à son créancier la moitié d'une créance hypothécaire à titre de paiement, gardant l'autre moitié. L'hypothèque ne couvre pas l'intégralité de la créance cédée; le cessionnaire qui a acquis la moitié, et le cédant qui a gardé la moitié, viennent en concours; l'article 1252 n'est pas applicable.

Ainsi, le paiement avec subrogation, au regard du créan-

cier, est un paiement.

817. Au regard du tiers qui prête les deniers au débiteur ou qui paie directement en son acquit, en un mot au regard du tiers subrogé, la subrogation est une cession de créance. Le subrogé est substitué aux droits du créancier payé; ce sont les droits de celui-ci qu'il acquiert et qu'il exercera contre le débiteur dans la limite de ses avances. Il n'agit pas par l'action de prêt ou de gestion d'affaires, flanquée en quelque sorte des garanties de la créance éteinte; il agit en vertu de cette créance même, éteinte au regard du créancier puisqu'il y a paiement par rapport à lui, mais qui subsiste au profit du subrogé comme garantie de remboursement.

Aussi les anciens auteurs qualifiaient-ils la subrogation de cession fictive ': fictive en ce sens que la créance, éteinte au regard du créancier, est regardée comme conservée au regard du tiers subrogé. Les articles 1249 et 1250 la présentent de la même manière. L'article 1249 parle de subrogation « dans les droits du créancier », ce qui indique que tous ces droits, créance et garanties attachées à la créance, passent au subrogé. L'article 1250 est conçu dans le même esprit; il parle du créancier subrogeant un tiers « dans ses droits, « actions, privilèges ou hypothèques ».

818. Dès lors, nous retrouvons l'idée précédemment émise. La subrogation ne consiste pas dans le transfert au subrogé, à l'appui de la créance qu'il possède personnelle-

pas se faire payer par préférence au tiers dont il a reçu un paiement partiel; l'article 2093 s'y oppose: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 321, p. 313, note 91. — II en est ainsi même au cas où cette créance est garantie par un cautionnement: Aubry et Rau, loc. cit., — Demolombe, Gontrats, IV, nos 669 et 670, — Laurent, Principes, XVIII, no 135. — Cpr., en matière de faillite, l'article 555 C. com.

^{1.} Voici la définition de Pothier: « La subrogation est une fiction de droit « par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques « et privilèges, à celui de qui il reçoit son dû. » (Traité des obligations, nº 66.)

ment, des garanties qui assuraient le paiement de la créance éteinte; elle est une opération plus complexe. Par rapport au créancier, elle constitue un paiement, entraînant dès lors extinction de la créance; en même temps, elle constitue un transfert au subrogé de la créance qui appartenait au créancier payé, dans la mesure des avances du subrogé au débiteur et à titre de garantie. Le subrogé ne bénéficie pas seulement des garanties de la créance soldée; il acquiert cette créance elle-même. Le texte des articles 1249 et 1250 prouve que tel est bien, d'après le Code civil, le caractère de l'institution.

819. Or il existe, à envisager la subrogation de cette manière et non autrement, quelques intérêts pratiques, notamment les deux suivants.

Premier intérêt. — Si la subrogation n'était qu'une réserve, lors du paiement, des garanties de la créance soldée, le subrogé agirait contre le débiteur par l'action qu'il a personnellement, de son chef: action de prêt, ou action soit de mandat, soit de gestion d'affaires, selon les cas; seulement cette action serait flanquée des sûretés de la créance éteinte. Si, au contraire, la subrogation, paiement par rapport au créancier, est une cession par rapport au subrogé, celui-ci agit par l'action même du créancier originaire, avec tous ses accessoires et caractères 1.

Ainsi la dette était commerciale; elle reste telle aux mains du subrogé, ce qui est important au point de vue de la compétence. Elle portait des intérêts; elle continue à en porter. Elle était exécutoire; elle continue à l'être. Enfin l'action du subrogé reste soumise à la même prescription que l'action du créancier; or l'action de mandat ou de gestion d'affaires se prescrit toujours par trente ans, tandis qu'il est des actions qui se prescrivent par un laps de temps beaucoup plus court (articles 2271 et suivants).

second intérêt. — D'après la première manière de comprendre la subrogation, le subrogé n'a qu'une action : celle née en sa personne, comme prêteur ou gérant d'affaires. D'après la seconde, le subrogé peut exercer à son gré : 1° l'action de prêt ou de gestion d'affaires, puisqu'il l'a, — 2° l'ac-

^{1.} Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, II, nº 1519, — Pandectes françaises alphabétiques, vº Obligations, nº 3668. — Cpr. Limoges 25 juillet 1887, D. P. 1888.II.103.

tion du créancier originaire, puisqu'elle lui a été cédée comme moyen de remboursement de ses avances. Or il peut avoir intérêt à venir comme mandataire ou gérant d'affaires et non comme subrogé. Par exemple, il préférera agir comme mandataire ou gérant d'affaires, afin de s'assurer le bénéfice de l'article 2001, aux termes duquel « l'intérêt des « avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant « à dater du jour des avances constatées ¹ »; ou bien ce sera pour s'assurer le bénéfice d'une action qui dure trente ans, tandis que l'action du créancier payé était soumise à une prescription plus courte (articles 2271 et suivants).

En résumé, il y a un intérêt appréciable à choisir entre les

deux manières de comprendre l'opération.

820. Seulement, cette cession fictive n'intervient toujours que comme moyen pour le subrogé de recouvrer l'avance par lui faite: avance de la somme qu'il a ou bien prêtée au débiteur, ou bien payée en son acquit. Et nous allons voir apparaître une autre différence notable entre le paiement avec subrogation et la datio in solutum d'une créance.

Au cas de cession de créance à titre de datio in solutum, le créancier cessionnaire, pour quelque somme qu'il ait accepté la créance en paiement, a droit au montant nominal de cette créance; nous l'avons constaté ². Au cas de subrogation, le subrogé n'exercera jamais la créance du créancier payé que jusqu'à concurrence de ses avances, de la somme prêtée ou de celle qu'il a payée en l'acquit du débiteur.

En effet, c'est à titre de garantie de remboursement qu'il est substitué au créancier désintéressé; par conséquent, il est substitué dans la mesure de ce qui lui est dû personnellement. Un acquéreur de créance, ou par achat ou par datio in solutum, court un risque; il spécule, tant mieux s'il gagne. En cas de subrogation, le tiers qui intervient ne spécule pas; il fait une avance, dont il doit être remboursé: la

^{1.} Bien que la question soit controversée, on décide généralement que l'article 2001 s'applique au negotiorum gestor comme au mandataire. En ce sens: Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 441, note 12, p. 724, — Caillemer, Des intérêts, p. 201, — Paris 26 novembre 1864 et Cass. 6 novembre 1865, D. P. 1866.I.252, Sir. 1866.I.53. — Il en est surtout ainsi lorsque la gestion a été approuvée et ratifiée par le maître: Cass. 6 novembre 1865, précité, — Rennes 12 février 1880, D. P. 1880.II.221, Sir. 1881.II.53, — Cass. 4 août 1897, D. P. 1897.I.613, Sir. 1898.I.446.

subrogation est un moyen de remboursement et existe seulement dans la limite de ce qui est dû au tiers ayant fait l'avance.

821. Voilà la subrogation telle que la tradition l'a créée. Elle est favorable au débiteur, dont elle facilite le crédit; elle

est favorable au créancier, qui est payé grâce à elle.

Nous revenons à notre définition du début 1. La subrogation est la substitution à un créancier d'un tiers qui le paie, ou qui fait au débiteur l'avance des fonds nécessaires pour le paiement; le subrogé acquiert, par l'effet de la subrogation, comme garantie de son avance, les droits appartenant au créancier désintéressé.

822. La nature et les effets de la subrogation étant ainsi établis, passons à l'énumération des cas dans lesquels elle se produit et des effets particuliers qu'elle entraı̂ne dans chacun d'eux. Ces effets ne sont pas toujours identiquement les mêmes.

I. SUBROGATION CONVENTIONNELLE.

823. La subrogation conventionnelle a lieu, d'après l'article 1250, tantôt du chef du débiteur, tantôt du chef du créancier.

La première hypothèse est prévue par le 2° de l'article 1250, la seconde par le 1°.

A. Subrogation du chef du débiteur.

824. Elle est prévue par l'article 1250-2°. Le débiteur, empruntant pour payer sa dette, transfère au prêteur, comme moyen de recouvrement, les droits du créancier qu'il désintéresse avec les fonds empruntés.

Ce cas de subrogation a été inauguré par un Edit célèbre, en date du mois de mai 1609. Voici quelle en a été l'occasion²

Au temps des guerres de religion, le taux des rentes constituées avait été fixé au denier douze, soit à 81/3 pour 100

1. Suprà, p. 494 à 496.

^{2.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 158.

(Edit de 1576). Plus tard, par un Edit de 1601, Henri IV abaissa le taux au denier 16, soit 6 1/4 pour 100. Dès lors, les débiteurs qui avaient contracté sous l'empire de l'Edit de 1576 eurent tout intérêt à emprunter à 61/4 pour 100 afin de rembourser des dettes portant intérêt à 8 1/3. C'est le cas de l'Etat quand il convertit des rentes; il profite, ce qui est absolument légitime, des variations qui se produisent dans le taux de l'intérêt des capitaux pour rembourser avec de l'argent emprunté à un taux moindre. Afin de faciliter ces emprunts, l'Edit de 1609 autorisa les débiteurs à subroger les prêteurs dans les droits des créanciers désintéressés. Cela n'allait pas de soi; car enfin la créance n'appartient pas au débiteur, et il est permis de douter, dès lors, qu'il puisse la céder au subrogé; mais le créancier est sans intérêt à l'empêcher, puisqu'il est payé, et, en général, il a intérêt à être pavé. Aussi l'Edit de 1609 a-t-il autorisé cette subrogation 1.

L'article 1250-2° a reproduit la disposition de l'Edit.

825. De cet article il résulte que trois conditions sont nécessaires pour que la subrogation du chef du créancier se réalise.

1º Il faut que l'acte de l'emprunt fait par le débiteur et la quittance donnée par le créancier payé soient passés l'un et l'autre devant notaires. Il y a là un acte solennel, où les formes sont essentielles ². Dès lors, la procuration donnée par le débiteur à l'effet de consentir en son nom la subrogation est assujettie à la forme authentique ³; car il est de principe que la procuration donnée à l'effet de passer un acte authentique doit elle-même être authentique.

2° Il faut que l'acte d'emprunt spécifie que les deniers sont empruntés pour être employés au paiement. En outre, la quittance doit constater que le paiement a été fait avec les deniers empruntés *.

^{1.} Sur les circonstances qui ont motivé l'Edit de mai 1609 et sur l'interprétation dont ce texte a été l'objet, notamment sur le règlement du Parlement de Paris du 6 juillet 1690, voy. Pandectes françaises alphabétiques, vo Obligations, nos 3828 et suiv.

^{2.} Cpr. suprà, p. 139.

^{3.} Sic: Pont, Petits contrats, nº 865; — cpr. Lyon 22 décembre 1888, Gazette du Palais du 23 février 1889.—La jurisprudence s'est prononcée plus récemment en sens inverse: Cass. 5 août 1891, D. P. 1892, I. 217, Sir. 1892, I. 37.

^{4.} Cass. 15 mars 1897, D. P. 1897.1.364, Sir. 1898.I.229, — Angers 7 juil-let 1897, Pandectes françaises périodiques, 1899.II.337.

L'emprunt et la quittance peuvent, d'ailleurs, être constatés dans un seul et même acte. Les choses se passent le plus souvent ainsi. Les trois personnes se réunissent: le créancier, qui va être payé, — le tiers prêteur, qui va être subrogé, — le débiteur, qui, séance tenante, emprunte et paie; et les trois personnes réunies passent acte de toute l'opération.

Cette subrogation du chef du débiteur peut s'opérer, dit l'article 1250-2° in fine, « sans le concours de la volonté du créan-« cier »; car c'est le débiteur qui la consent. Cependant, en la forme, la quittance doit constater que le paiement a été fait avec les deniers empruntés; alors comment réalisera-t-on l'opération si le créancier, pour une cause quelconque, refuse de délivrer une quittance notariée mentionnant l'origine des deniers? L'article 1250-2° in fine, en disant que cette subrogation s'opère sans le concours du créancier, sous-entend un procédé qu'il n'indique pas. Le débiteur fera au créancier des offres réelles, et le récépissé du receveur de la caisse équivaudra à la quittance notariée. L'ordonnance du 3 juillet 1816 consacre cette règle dans son article 12; et il devient, dès lors, pleinement exact de dire que la subrogation peut avoir lieu sans la volonté du créancier.

3° Bien que l'article 1250-2° relève seulement les deux conditions précédentes, il y en a forcément une troisième. La subrogation n'est valable qu'autant que la quittance subrogatoire a été dressée avant l'extinction de la créance '.

826. Pourquoi toutes ces formalités? Elles sont exigées, par mesure de précaution, pour déjouer la fraude suivante.

Deux créanciers hypothécaires sont inscrits sur un immeuble, dont la valeur n'atteint pas le chiffre des deux créances réunies. Le débiteur paie le premier créancier, de sorte que le second vient en ordre utile. Plus tard, le débiteur a de nouveau besoin d'emprunter. Il ne peut offrir qu'une deuxième hypothèque, dont le prêteur ne se contente pas, parce qu'elle ne lui assure pas un rang utile. Pour lui assurer ce rang, il suffirait au débiteur de feindre, au moyen d'une antidate, que l'emprunt a été fait lors du paiement du premier créancier et pour ce paiement; on ressusciterait ainsi une hypothèque éteinte, au mépris des droits des créanciers

^{1.} Rennes 25 octobre 1888, Le Droit du 30 octobre 1888. — Voy. la dissertation publiée dans les Pandecles françaises périodiques (1899.I.129) sous l'arrêt de Cass. précité du 15 mars 1897.

ultérieurs 1. En vue d'éviter cette simulation, la loi exige l'intervention du notaire pour l'acte d'emprunt et pour la quittance; cette garantie a été jugée nécessaire.

B. Subrogation du chef du créancier.

827. Elle est prévue par l'article 1250-1°. Le créancier, recevant paiement d'un tiers, lui transfère ses droits contre le débiteur.

Cette fois, le concours du débiteur n'est pas nécessaire. La subrogation du chef du créancier requiert deux conditions.

1° Il faut qu'elle soit expresse. En effet, la subrogation est une exception aux effets habituels du paiement, puisque la créance, bien que soldée, continue d'exister au profit du subrogé. Il faut donc, comme toute exception, qu'elle soit expressément convenue. Mais elle peut être faite par acte sous seing privé dans la quittance subrogatoire; il n'est pas nécessaire qu'elle soit notariée ². Il peut cependant y avoir intérêt à ce qu'elle soit constatée dans la forme notariée, au point de vue de la date certaine.

2º Il faut qu'elle ait lieu en même temps que le paiement ³. Si le paiement était fait purement et simplement, les droits, privilèges et hypothèques du créancier seraient éteints et l'on ne pourrait plus les faire revivre. Pour que la subrogation soit possible, il faut que la quittance qui cons-

tate le paiement constate aussi la subrogation.

828. Telles sont les deux subrogations conventionnelles: du chef du débiteur, et du chef du créancier.

Théoriquement, on peut affirmer que ces deux subrogations sont identiques dans leurs éléments et produisent les mêmes effets. Cependant, la jurisprudence les distingue quant à la question de savoir si le subrogé a droit à garantie.

En cas de cession de créance à titre de datio in solutum, aucun doute n'est possible 4. La datio in solutum est une

1. Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 321, p 290, texte et note 34.

2. Cass. 20 janvier 1857, D. P. 1857.1.309, Sir. 1857.1.332, — Toulouse 11 juin 1864 et Cass. 25 juillet 1865, D. P. 1865.I.469, Sir. 1865.I.417.

4. Suprà, nº 806 in fine.

³ Demolombe, Contrats, IV, nos 368 et suiv., — Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 321, p. 281 et suiv., — Laurent, Principes, XVIII, nos 25 et 26; — Cass. 28 janvier 1845, D. P. 1845.I.147, Sir. 1845.I.456.

vente, et l'article 1693 est formel: « Celui qui vend une « créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'exis- « tence au temps du transport. »

Que décider en cas de subrogation ? A l'égard du subrogé, la subrogation est une cession fictive. A-t-il droit à garantie?

La jurisprudence répond affirmativement au cas de l'article 1250-1°, négativement au cas de l'article 1250-2°. Comment le créancier payé peut-il être garant, puisque la subrogation, en ce qui le concerne, est un paiement? La jurisprudence impose cependant au créancier subrogeant l'obligation de garantir ¹. C'est une anomalie. Y a-t-il donc plusieurs sortes de subrogations? La seule explication est que, dans ce cas, la subrogation ressemble tellement à la cession qu'on la confond avec elle.

II. SUBROGATION LÉGALE.

829. Elle s'opère sans le concours soit du débiteur, soit du créancier, de plein droit, dans certains cas, au profit d'une personne qui paie la dette d'autrui.

Les motifs qui l'expliquent varient selon les cas.

Quelquefois, la loi accorde la subrogation légale pour faciliter des opérations avantageuses, pour les provoquer en garantissant les tiers qui interviennent pour les accomplir. Si la subrogation conventionnelle est un moyen de crédit², la subrogation légale a le même caractère; elle suscite des interventions utiles. Il en est ainsi dans les hypothèses prévues par l'article 159 du Code de commerce, puis par le 1°, le 2° et le 4° de l'article 1251.

D'autres fois, la loi accorde la subrogation légale en s'inspirant de l'équité, parce qu'un tiers paie pour autrui, et qu'il est juste et utile de le garantir. Il en est ainsi dans les hypothèses prévues par le 3° de l'article 1251.

830. Quels sont les cas dans lesquels il y a subrogation

légale?

Les hypothèses de subrogation légale, presque toutes du

2. Suprà, nº 811, p. 495 et 496.

^{1.} Cass. 4 février 1846, D. P. 1846.I.49, Sir. 1846.I.97, — Riom 17 janvier 1889 sous Cass. 4 mars 1891, D. P. 1891.I.313.— Contrà: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 321, p. 285, texte et note 24, — Demolombe, Contrats, IV. n° 330, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 189 bis IX, — Laurent, Principes, XVIII, n° 36.

moins, mettent en jeu les règles essentielles du régime hypothécaire, car la subrogation est surtout utile parce qu'elle transfère au subrogé les privilèges et hypothèques du subrogeant. Aussi est-ce à propos du titre Des privilèges et hypothèques qu'il convient de les étudier en détail. Nous ne ferons ici que les indiquer.

D'après l'article 1251, la subrogation se produit de plein droit dans quatre cas. Il faut en ajouter quelques autres établis par des lois apécieles.

établis par des lois spéciales.

Premier cas.

831. La subrogation légale a lieu « au profit de celui qui, « étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui « est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ».

Voici l'espèce.

L'hypothèque confère au créancier un droit de préférence, c'est-à-dire le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble hy-pothéqué à son rang d'hypothèque, avant les créanciers hypothécaires postérieurs, à plus forte raison avant les créanciers simplement chirographaires (articles 2094 et 2134)1. En cas de vente d'un immeuble hypothéqué, le premier créancier a presque toujours la certitude d'être payé sur le prix; les suivants n'ont cette certitude qu'à un moindre degré: les uns viendront en ordre utile et les autres non, et il y en aura souvent un qui se trouvera sur la limite, qui sera payé ou ne le sera pas, selon le prix qu'on obtiendra de la vente.

Dès lors, en présence d'un créancier qui vient en ordre utile, les autres créanciers, qu'ils soient hypothécaires et d'ordre ultérieur ou simplement chirographaires, peuvent avoir intérêt à ce que le premier ne fasse pas vendre l'im-meuble à un moment inopportun; cela importe peu au premier, mais cela peut importer grandement aux autres ou à l'un des autres. En tout cas, ils peuvent avoir intérêt à ce que l'immeuble ne soit pas vendu immédiatement : pour éviter les frais de saisie et de distribution, — pour permettre au débiteur de se relever, — pour exploiter le fonds, accumuler les revenus et constituer ainsi un capital suffisant.

A cet effet. la loi leur confère la faculté de désintéresser le

^{1.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome 1, p. 226 et suiv.

créancier qui les gêne, de l'expulser ainsi et de prendre sa place. C'est le jus offerendæ pecuniæ des Romains. Le créancier qui exerce ce droit paie pour autrui; il a recours contre le débiteur; il est subrogé aux droits du créancier désintéressé. De la sorte, il est bien maître de la situation. L'intérêt est manifeste; la loi regarde cet intérêt comme suffisant pour accorder de droit la subrogation.

Le créancier hypothécaire qui paie le créancier privilégié est subrogé au privilège. Le second créancier hypothécaire qui paie le premier est subrogé à l'hypothèque de rang meilleur. Le créancier chirographaire qui paie le créancier

hypothécaire est subrogé à l'hypothèque de celui-ci.

832. Tout créancier a le droit absolu de payer ainsi un autre créancier qui lui est préférable, afin d'être subrogé dans ses droits; en effet, l'article 1236 dit qu' « une obligation « peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée »¹. Si donc le créancier qu'un autre créancier veut désintéresser refuse le paiement, celui qui veut payer peut recourir à la procédure des offres et consignation ².

Deuxième cas.

833. La subrogation légale a lieu « au profit de l'acquéreur « d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au « paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypo- « théqué ».

Voici l'espèce.

L'hypothèque ne donne pas seulement au créancier un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers; elle leur confère un droit de suite sur l'immeuble, à l'encontre des tiers acquéreurs (articles 2114 et 2166)³. Ce droit de suite se manifeste ordinairement sous forme de saisie ⁴. De là un risque de dépossession que court l'acquéreur.

Sans doute il peut purger (article 2181)⁸; mais c'est une pure faculté. S'il a conscience d'avoir acquis l'immeuble à sa juste valeur, il peut, sans risque sérieux, se dispenser de

^{1.} Suprà, nº 775, p. 474.

^{2.} Sur les offres faites dans ces conditions, voy. Cass. 24 mars 1884, D. P. 1884.I.274, — et 25 juillet 1892, D. P. 1892.I.480.

^{3.} Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 301 et suiv.

^{4.} *Ibid.*, p. 303 et suiv. 5. *Ibid.*, p. 341 et suiv.

la purge, payer jusqu'à concurrence de son prix et attendre ¹. Il a acheté 50.000 francs, il existe un créancier inscrit pour 50.000 francs et un autre pour 60.000; l'acquéreur paie le premier créancier; la loi le subroge aux droits de celui-ci pour le cas où le second voudrait, à son tour, faire saisir et vendre l'immeuble grevé: elle le subroge non seulement dans tous les droits hypothécaires du créancier désintéressé sur l'immeuble acquis, mais encore dans tous ceux qui pourraient appartenir à ce créancier sur d'autres immeubles ².

En droit, cette subrogation ne met pas l'acquéreur à l'abri des poursuites des créanciers autres que celui qui a été désintéressé. Mais le résultat est à peu près le même en fait. S'ils veulent poursuivre, en cas de revente et sur le prix de la seconde vente, l'acheteur primitif prendra, comme subrogé au créancier désintéressé, ce qu'il avait payé à celuici. Il est donc garanti; et les créanciers non payés ne feront revendre qu'autant qu'ils seront fondés à espérer un prix supérieur à celui de la première vente 3.

Troisième cas.

834. C'est de beaucoup le plus général. La subrogation légale se produit « au profit de celui qui, étant tenu avec « d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait « intérêt de l'acquitter ».

« Avec d'autres. » C'est le cas du codébiteur solidaire 4, ou

du codébiteur d'une obligation indivisible 5.

« Pour d'autres. » C'est le cas de la caution 6, de l'accepteur par intervention (article 126 C. com.), du tiers détenteur

d'un immeuble hypothéqué 1.

Ou bien celui qui est tenu de la dette d'autrui ne doit personnellement qu'une part; ou bien même il est tenu de payer sans rien devoir personnellement. Dans la limite

1. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 340.

3. Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 341.

4. Suprà, p. 426.

^{2.} Demolombe, Contrats, IV, nos 546 et suiv., — Aubry et Rau, 50 édition, IV, § 321, note 76, p. 307; — Cass. 28 juin 1882, D. P. 1885. V. 446, Sir. 1882. I. 447, — Douai 26 décembre 1884 et Cass. 28 décembre 1887, D. P. 1888. I. 217, Sir. 1888. I. 205, Pandectes françaises périodiques, 1888. I. 30.

^{5.} Ibid., p. 449 et suiv., spécialement p. 453 et 454.

^{6.} Les súretés personnelles et réelles, tome 1, p. 93 et 94. 7. Ibid., tome II, p. 339 et 340.

où il ne doit pas personnellement ¹, il paie pour autrui et a, par conséquent, un recours dont l'efficacité est garantie par la subrogation ².

Quatrième cas.

835. La subrogation légale se produit « au profit de l'héri-« tier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la « succession ».

L'héritier bénéficiaire est appelé à profiter de l'excédent de l'actif sur le passif. Il est donc intéressé à éviter, en payant spontanément, de laisser faire des frais inutiles de saisie ou de distribution et de laisser procéder à des ventes inopportunes.

D'autre part, il y a intérêt pour tout le monde à ce que la

liquidation bénéficiaire s'achève promptement.

Alors, si l'héritier bénéficiaire paie de ses deniers, il est subrogé aux droits des créanciers qu'il a désintéressés. C'est pour lui un encouragement à acquitter promptement les dettes héréditaires.

Il a recours contre chacun des héritiers pour la part de chacun d'eux dans la dette. Soit, par exemple, une dette de 10.000 francs et deux héritiers, dont un bénéficiaire. Ce dernier ne doit que 5.000. Mais il paye les 10.000 francs pour éviter la vente d'un immeuble hypothéqué, qui est indivisible ou qui serait exposé à se vendre d'une façon désavantageuse. Il pourra exercer contre son cohéritier un recours à concurrence de 5.000 francs.

Encore faut-il, pour qu'il puisse invoquer la subrogation, qu'il ait régulièrement effectué les paiements en se confor-

1. La subrogation ne s'opère pas lorsque la personne qui paie acquitte une dette qui lui est exclusivement personnelle. Il importe peu que deux ou plusieurs débiteurs soient tenus vis-à-vis du créancier, si celui qui paie la dette l'a prise tout entière à sa charge, par exemple dans un partage, et en est ainsi devenu débiteur pour le tout au regard des autres: Cass. 5 mai 1890. D. P. 1891. I.482, Sir. 1892. I.51.

2. Les applications de l'article 1251-3° abondent. On peut signaler, à titre d'exemple, celle qu'a faite la Cour de Nancy dans son arrêt du 8 mars 1884 (Sir. 1884. II.59). On sait que la loi du 5 septembre 1807, dans son article 1, a établi un privilège au profit du Trésor sur les biens des comptables (voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 417). D'autre part, les trésoriers-payeurs généraux sont responsables des déficits laissés par les receveurs particuliers et percepteurs placés sous leurs ordres. S'ils paient, ils sont subrogés aux droits de l'Etat contre leurs débiteurs.

mant aux prescriptions de l'article 808 ¹. Il faut, de plus, que la dette soit de celles que l'héritier bénéficiaire est tenu d'acquitter. S'il paie volontairement, il n'y a pas subrogation ².

836. A ces quatre cas de subrogation légale, prévus par l'article 1251, il faut en ajouter d'autres, établis par des lois

spéciales.

Contentons-nous de signaler le cas du payeur par intervention. S'il a accepté par intervention, il est tenu de payer, et il est subrogé en vertu de l'article 1251-3°. Si, sans avoir accepté, il paie spontanément, il est subrogé en vertu de l'article 159 du Code de commerce 3.

§ 2. - La novation.

837. Après le paiement, qui est le mode normal et ordinaire d'extinction des obligations, la deuxième cause d'extinction, dans l'ordre d'énumération du Code, est la novation (articles 1271 à 1281).

Ce sujet a vieilli plus que tout autre, tant les formules qu'on y emploie ont été ressassées indéfiniment. C'est une matière qui n'intéresse aucun principe, qui ne présente aucun système juridique spécial. Les règles de la novation se réduisent à la prévision de quelques combinaisons pratiques.

838. D'une manière générale, la novation est la substitution d'un rapport d'obligation à un autre, lequel disparaît. Elle est une cause d'extinction en ce sens que la formation de l'obligation nouvelle est corrélative à la disparition de l'obligation préexistante. Elle est donc à la fois extinctive et productive d'obligations.

Ainsi envisagée, la novation n'est, en définitive, qu'une application, une variété du paiement. De même que le débiteur peut, du consentement du créancier, payer en remettant une

1. Cass. 4 juillet 1892, D. P. 1892.I.481, Sir. 1896.I.502.

3. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, IV, nº 339, p. 241, - Thaller,

Traité élémentaire, 3º édition, p. 730 et 731.

^{2.} La question est controversée de savoir si le curateur à succession vacante, qui acquitte de ses deniers une dette de la succession, est, comme l'héritier bénéficiaire, subrogé aux droits du créancier. — Dans le sens de l'affirmative, voy. Rolland de Villargues, Répertoire du notariat, vo Subrogation, no 55, — Championnière et Rigaud, Des droits d'enregistrement, II, no 1272. — Contrà : Demolombe, Contrats, IV, no 624, — Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 321, note 65, p. 303.

chose pour une autre, ce qui est l'hypothèse de la datio in solutum 1, — de même il peut, du consentement du créancier, payer en créant une créance nouvelle, au profit de celui-ci, à la place de celle qui disparaît, ce qui est l'hypothèse de la novation. Dans les deux hypothèses, la créance est éteinte sans qu'il y ait paiement, par une satisfaction indirecte et équivalente donnée au créancier qui accepte 2. Cette substitution d'une dette à une autre s'opère toujours par l'effet d'une convention entre le créancier et le débiteur, si bien que l'on attribue le nom de novation soit à l'effet qui se produit, soit à la convention qui le produit.

Et, puisque la substitution résulte d'une convention, la question de savoir s'il y a et quand il y a novation n'est qu'une question d'interprétation de volonté. Il y a novation s'il y a, de la part des parties, intention de nover, et si le changement apporté par les parties au rapport d'obligation entraîne extinction de l'obligation primitive. Si le changement intervenu, sans atteindre l'obligation elle-même, la modifie seulement dans ses éléments constitutifs et essentiels, dans les modalités qui l'affectent, dans ses conditions ou garanties d'exécution, dans la forme de son titre, il y a bien un changement, mais il n'y a pas novation au sens juridique du mot, car il n'y a pas extinction de l'obligation primitive.

839. Voici, à titre d'exemples, les cas principaux dans lesquels la question s'est posée. En éliminant les cas où il n'y a pas novation, nous arriverons naturellement à ceux où, au contraire, il y a novation ³.

Premier cas.

Le règlement d'une dette en billets souscrits par le débiteur entraîne-t-il novation?

Par exemple, un immeuble est vendu pour une somme de cent mille francs, payable dans un an. Afin de faciliter au vendeur, créancier du prix, la négociation de sa créance,

^{1.} Suprà, p. 480 et suiv.

^{2.} Ibid., nº 768.

^{3.} Ainsi comprise, la novation du droit moderne n'a aucun rapport avec la novation du droit romain. Voy. sur cette dernière Paul Gide, La novation et le transport des créances en droit romain. — Cpr. Girard, Manuel élémentaire, 1ºº édition, p. 670 et suiv.

l'acheteur souscrit vingt billets à ordre de cinq mille francs chacun, et les remet au vendeur.

Primitivement, par l'effet du contrat, l'acheteur était débiteur d'un prix de vente ; il se trouve maintenant débiteur

de vingt billets qu'il a souscrits. Y-a-t-il novation?

Nullement. Rien n'est changé dans les éléments constitutifs de l'obligation, soit quant à l'objet, soit quant aux parties. Une nouvelle forme a été donnée à la créance; le titre est devenu autre, et de ce changement résultent des modifications dans les conditions d'exercice du droit; mais la créance que le créancier exerce est toujours celle du vendeur, et le privilège du vendeur appartient sans aucun doute au créancier des vingt billets ¹.

Deuxième cas.

Le créancier obtient jugement contre son débiteur, de telle sorte que désormais, au lieu de poursuivre sa créance, il poursuivra l'exécution du jugement obtenu. Y a-t-il novation?

Il y avait novation en droit romain, par suite de particula-

rités propres à la procédure romaine 2.

Mais les principes du droit actuel sont différents. Le créancier, en poursuivant l'exécution du jugement obtenu, exerce toujours sa créance primitive, créance constatée maintenant par jugement et rendue par conséquent exécutoire, mais restée la même et soumise, par suite, aux règles qui lui sont applicables d'après sa nature. Il conserve donc toutes les garanties attachées à sa créance 3.

Troisième cas.

L'inscription d'une dette dans un règlement de comptes comprenant des articles d'origines diverses entraîne-t-elle novation?

Non '. Le débiteur, il est vrai, semble désormais ne plus être redevable que du reliquat du compte arrêté, au lieu d'être redevable de chacune des dettes relatées dans le compte;

^{1.} Cass. 5 août 1878, D. P. 1879. I. 71, Sir. 1879. I. 301, — Alger 13 mai 1895, D. P. 1897. II. 301.

^{2.} Voy. Girard, Manuel élémentaire, 1re édition, p. 681.

^{3.} Cass. 26 avril 1880, D. P. 1881, I. 12, Sir. 1881, I.152. 4. Cass. 29 novembre 1871, D. P. 1873, I. 82, Sir. 1872, I. 70.

mais ce qui paraît avoir anéanti les obligations est une simple opération de calcul, qui n'atteint pas les diverses parties du compte tant que le paiement du reliquat n'a pas été fait.

A moins cependant que les dettes n'aient été passées en compte courant. Le compte courant est un mode particulier de comptabilité, qui absorbe et éteint les obligations qu'on y fait entrer. Il emporte novation. Constatons seulement le fait et renvoyons pour le reste au droit commercial ¹.

Quatrième cas.

La dette est augmentée ou diminuée dans sa quotité. Elle était de dix mille francs ; elle a été élevée à quinze mille ou ramenée à cinq mille. Y a-t-il novation ?

En aucune manière. C'est la même dette qui subsiste, civile si elle était telle, commerciale si elle l'était ; seulement elle est modifiée dans son chiffre.

Cinquième cas.

La dette était chirographaire et le débiteur consent une hypothèque; elle était hypothécaire et le créancier renonce à son hypothèque; elle était pure et simple et le créancier accorde un terme. Y a-t-il novation?

En aucune manière. Rien n'est changé dans les éléments essentiels et constitutifs de l'obligation; son objet reste le même, sa cause subsiste, les parties sont les mêmes. Les modifications ne portent que sur les modalités de la dette, modalités qui sont ou créées ou anéanties; quant à la dette elle-même, elle continue d'exister et il n'y a pas novation ².

Sixième cas.

Le créancier cède son droit ; dès lors, un créancier nouveau est substitué au premier. Par exemple, c'est un locataire qui transporte son droit au bail, un vendeur qui cède son droit au prix.

Il n'y a pas novation. Pour qu'il y eût novation, il faudrait

Lyon-Caen et Renault, Traité, 2º édition, IV, nºs 784 et suiv., p. 523 et suiv., — Thaller, Traité élémentaire, 3º édition, p. 804; — Cass. 8 mars 1853,
 D. P. 1854, 1.336, Sir. 1854. I.769, — Besançon 22 juin 1864, D. P. 1864. II.119.
 Cass. 8 novembre 1875, Sir. 1876. I.102.

qu'un nouveau rapport de droit fût créé et substitué à un autre, lequel serait éteint. Or, ici, c'est la même créance qui passe d'une personne à une autre; le droit est transporté et non transformé¹.

- 840. Dans tous ces cas et autres semblables, le rapport de droit subsiste, en dépit des modifications qui se produisent. Il n'y a pas novation, puisque la novation suppose l'extinction de l'obligation et son remplacement par une obligation nouvelle ².
- 841. Voici l'intérêt pratique de ces distinctions. Il est double.

Premier intérêt.

842. Quand il y a novation, la créance novée est éteinte, comme elle le serait par le paiement. Par suite, le caractère de la nouvelle créance substituée à la précédente peut être différent du caractère de celle-ci. La première était civile, la seconde peut être commerciale, ou réciproquement ; la première portait des intérêts, la seconde peut ne pas en porter, ou réciproquement ; la première était prescriptible par trente ans, la seconde peut être soumise à une prescription plus courte, ou réciproquement.

Au contraire, tout changement qui n'entraîne pas novation, quelque grave qu'il soit, laisse subsister la dette primitive avec sa nature, son caractère et toutes les conséquen-

ces qui y sont inhérentes.

Signalons une application intéressante de cette idée. Aux termes de l'article 109 du Code de commerce, la preuve testimoniale est toujours recevable en matière commerciale, quel que soit le chiffre de l'intérêt engagé, tandis qu'elle n'est recevable en matière civile que jusqu'à concurrence de cent cinquante francs. Le titulaire d'une créance commerciale, après obtention d'un jugement, reçoit paiement ; le débiteur ne retire pas quittance ; peut-il prouver le paiement par témoins? Il ne le pourrait pas si la dette était civile ; il le peut s'il s'agit toujours de l'ancienne dette. Or nous avons vu que l'obtention d'un jugement par le créan-

Voy. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 324, p. 348; — Nancy 8 janvier 1897,
 P. 4898, II. 448.

^{1.} Cass. 13 mars 1872, D. P. 1872.I.254, Sir. 1872.I.331, — Bordeaux 6 mai 1897, D. P. 1897.II.495, Sir. 1899.II.310.

cier ne nove pas l'obligation ; en exécutant le jugement, le créancier ne fait toujours qu'exercer sa créance primitive. Dès lors, si la dette reconnue par le jugement était commerciale, le paiement peut être prouvé par témoins ou par simples présomptions, aux termes de l'article 109 du Code de commerce 2.

Second intérêt.

843. En éteignant la créance préexistante, la novation éteint, du même coup, les accessoires de cette créance : privilèges, hypothèques, cautionnement, etc. (article 2180-1°) 3. Au contraire, ces accessoires subsistent si, malgré le changement accompli, il n'y a pas novation.

C'est la raison pour laquelle le créancier qui a obtenu jugement conserve le bénéfice des garanties de sa créance

originaire.

Pour le même motif, le créancier conserve ces garanties lorsque le débiteur s'est réglé en billets. Nous avons dit⁴ que le vendeur, quand l'acheteur a réglé en billets, n'en exerce pas moins ses droits de vendeur; or il jouit, comme tel, d'un privilège (articles 2102-4° et 2103-1°); par suite, créancier en vertu des billets qu'il présente, il vient comme créancier privilégié.

Au contraire, s'il y a novation, tous les accessoires tombent en même temps que la créance, parce qu'il y a extinction de la dette. A moins toutefois de convention contraire, auquel cas les garanties de la créance éteinte peuvent être réservées

et rattachées à la nouvelle créance.

844. De là les articles 1278 et 1281.

1º L'article 1278 est ainsi conçu: « Les privilèges et hy-« pothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle « qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait « expressément réservés. » Cet article constate à la fois la règle et l'exception possible. Au cas d'exception, les garanties de la créance éteinte sont transportées à la créance substituée.

Encore faut-il que la convention intervienne au moment même de la novation. Intervenant plus tard, elle serait

^{1-4.} Suprà, p. 513.

^{2.} Cass. 25 août 1880, D. P. 1881.1.435, Sir. 1881.I.109.

^{3.} Voy. Les suretés personnelles et réelles, tome II, p. 428 et suiv.

inefficace, car les garanties se seraient éteintes et ne pour-

raient plus désormais être transportées.

L'article 1278 n'autorise pas la réserve de tous les accessoires quelconques de la créance novée, mais seulement la réserve des privilèges et hypothèques. La question est discutée de savoir si l'on peut réserver le cautionnement. La solution négative est généralement admise ¹. Le texte ne prévoit pas la réserve du cautionnement; d'autre part, la caution garantit l'exécution d'une obligation déterminée, et ne peut pas, sans son consentement, être tenue d'en garantir une autre, d'une nature toute différente peut-être, qu'il plairait aux parties de substituer à la première.

2° L'article 1281 constate également la règle, puis l'exception: « Par la novation faite entre le créancier et l'un des « débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. La nova- « tion opérée à l'égard du débiteur principal libère les cau- « tions. Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier « cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle « des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs « ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement. » L'article 1280 dit d'autre part: « Lorsque la novation s'opère « entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les pri- « vilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent « ètre réservés que sur les biens de celui qui contracte la « nouvelle dette. »

845. En résumé, il importe de déterminer exactement les cas de novation et de ne pas voir une novation dans tout changement apporté à une dette.

Dès lors, nous arrivons naturellement à cette question.

Quand v a-t-il novation?

Il y a novation, avons-nous dit², quand les parties l'ont entendu et voulu. C'est avant tout une question d'interprétation de volonté, par conséquent une question de fait.

Pour qu'il y ait novation, il faut: 1° que le changement apporté à l'obligation atteigne un de ses éléments essentiels et constitutifs, son objet, sa cause, les parties entre lesquelles elle existe, — 2° que les parties aient eu l'intention de nover.

2. Suprà, p. 512.

^{1.} Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 324, p. 367, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 228 bis I.

Lorsque ces conditions sont remplies, c'est bien une nouvelle obligation qui apparaît. Elle est substituée à la précédente qui disparaît. Il y a novation.

846. L'article 1271, résumant les données de l'expérience

pratique, ramène à trois les hypothèses de novation.

Toute obligation suppose un créancier, un débiteur, et un rapport de droit entre eux. Dès lors, trois cas peuvent se

présenter.

1° Il se peut qu'une nouvelle obligation, différente de l'ancienne par son objet ou par sa cause, soit substituée à l'ancienne, qui s'éteint, le créancier et le débiteur restant les mêmes. C'est la novation par changement de dette (article 1271-1°).

2º Il se peut qu'un débiteur nouveau soit substitué à l'ancien, qui cesse d'être obligé, la dette et le créancier restant les mêmes. C'est la novation par changement de débiteur

(articles 1271-2° et 1275).

3° Il se peut qu'un nouveau créancier soit substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur cesse d'être lié. C'est la nova-

tion par changement de créancier (article 1271-3°).

Dans ces trois cas et à la condition que les parties aient l'intention de nover, il y a extinction d'une obligation préexistante et naissance d'une obligation nouvelle; donc il y a novation. Les deux faits sont corrélatifs, dépendants l'un de l'autre. On définit habituellement la novation: l'extinction d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle substituée à la première.

De ce que les deux faits sont corrélatifs résultent deux

conséquences.

1° Du moment que le créancier, par suite de la novation, renonce à la créance originaire, la novation n'est possible que si le créancier possède la capacité de disposer. C'est sans doute ce que veut dire l'article 1272.

2° Puisque les deux faits sont corrélatifs, ils se servent réciproquement de cause l'un à l'autre. Dès lors, l'extinction de la première obligation est subordonnée à la formation de

la seconde, et réciproquement.

En conséquence, si la première obligation n'existe pas, si par exemple elle a une cause illicite (article 1131), la seconde ne se forme pas. C'est ce qui arrive dans le cas d'une délégation pour l'acquittement d'une dette de jeu. Il

suffit, d'ailleurs, que la première obligation existe, il n'est pas nécessaire qu'elle soit valable; on peut nover une obligation annulable, une obligation naturelle.

De même, si la seconde obligation ne se forme pas, la

première n'est pas éteinte 3.

847. Réduite à ces données générales, la théorie de la novation est extrèmement simple. Nous allons la compléter en donnant quelques détails sur chacune des trois espèces de novations : par changement de dette, par changement de débiteur, par changement de créancier.

I. Novation par changement de dette.

848. On l'appelle quelquefois novation objective. Elle intervient sans que le créancier et le débiteur cessent d'être les mêmes.

Donnons des exemples.

1º Primus doit mille francs. Il convient avec son créancier qu'au lieu de mille francs il devra désormais une chose déterminée. La dette est nouvelle, puisqu'elle a un autre objet que la précédente. Si le créancier avait accepté la remise de la chose aux lieu et place des mille francs, on serait en présence d'une datio in solutum, le débiteur payant rem pro re; s'il a seulement consenti à ce que Primus substitue la chose à la somme comme objet de la dette, il y a novation, le débiteur promettant debitum pro debito.

2º Un testateur lègue dix mille francs à un domestique. Entre l'héritier débiteur de cette somme et le légataire qui en est créancier intervient une convention, aux termes de laquelle l'héritier paiera, aux lieu et place du capital lé-

gué, une rente viagère de cinq cents francs 4.

3º Primus doit mille francs pour cause de loyer; il convient avec son créancier qu'il gardera cette somme à titre de prêt et qu'il la devra désormais à titre d'emprunteur. La dette est nouvelle, puisqu'elle a une cause toute diffé-

2. Ibid., p. 339.

^{1.} Supra, p. 161 et suiv.

^{3.} Laurent est d'un avis contraire : Principes, XVII, nºs 243 et 245 ; mais son opinion est restée isolée.

^{4.} Riom 12 décembre 1883, Le Droit du 20 février 1884. — Cpr. Orléans 3 mai 1883, Le Droit du 28 juin.

rente. Et cette substitution d'une dette à une autre peut présenter un grand intérêt à divers points de vue: 1° quant à la prescription, car les loyers se prescrivent par cinq ans (article 2277), tandis que les sommes prêtées se prescrivent par trente ans (article 2262), — 2° quant au caractère civil ou commercial de la dette, — 3° quant aux garanties de la dette, et l'article 1278 est ici applicable sans difficulté ¹.

II. Novation par changement de débiteur.

849. On la qualifie quelquefois de subjective. C'est la plus pratique. Le créancier reste le même, la dette reste la même, mais le débiteur change; il se forme un nouveau

rapport de droit.

La substitution d'un débiteur nouveau au premier, qui se trouve libéré, peut se produire de deux manières, et elle entraı̂ne des effets différents suivant les cas. Elle peut être le résultat: 1° d'une expromission,—2° d'une délégation, tantôt parfaite et tantôt imparfaite. Toutes ces expressions sont traditionnelles.

A. - EXPROMISSION.

850. L'expromission — vieille dénomination romaine — est un fait peu usuel. Un tiers s'engage à payer à la place du débiteur, qui est libéré. Le tiers qui survient n'est pas une caution; car l'expromission décharge le débiteur de son obligation, tandis que la caution s'oblige accessoirement

au débiteur principal 2.

Du moment que l'expromission entraîne la décharge du débiteur, elle ne peut avoir lieu sans le consentement du créancier (article 1271); le premier débiteur est libéré et remplacé par l'intervenant si le créancier y consent. Mais elle est possible sans le concours du débiteur (article 1274). Le droit pour l'intervenant de libérer ainsi le débiteur en s'obligeant à sa place dérive du droit qu'a toute personne de payer la dette d'autrui (article 1236)³; de même qu'un tiers peut payer pour autrui, de même il peut s'engager à la place d'autrui. Il n'y a pas de danger qu'on abuse d'une pareille faculté; et elle permet quelquefois de sauver un débiteur malgré lui.

1. Suprà, nº 844, p. 516 et 517.

3. Suprà, p. 474 et suiv.

^{2.} Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 76 et suiv.

Entre l'intervenant et le débiteur libéré par l'expromission, il se forme un rapport de gestion d'affaires 1, de même qu'en cas de paiement au nom et en l'acquit d'autrui 2.

B. - DÉLÉGATION.

851. La délégation est plus fréquente que l'expromission. Le débiteur présente à son créancier une tierce personne, pour lui être substituée dans l'obligation si le créancier y consent. L'opération suppose le concours de trois personnes: 1° le débiteur qui délègue, ou le déléguant, — 2° le créancier à qui on délègue, ou le délégataire, — 3º la tierce personne qui est l'objet de la délégation, ou le délégué.

Le plus souvent, le délégué sera débiteur du déléguant. Je dois mille francs à *Primus*, *Secundus* me doit mille francs. Habituellement, les choses se passent ainsi : Secundus me paie les mille francs qu'il me doit, et, mis en fonds de la sorte, je paie moi-même à *Primus* les mille francs que je lui dois. Pour abréger, je puis déléguer mon débiteur, afin qu'il devienne le débiteur de *Primus*, mon créancier. Par ce procédé simple, des séries d'obligations peuvent se trouver éteintes, en fin de compte, par un paiement unique. En cela consiste l'utilité du procédé.

La délégation contient une double novation. Entre moi, déléguant, et *Primus* délégataire, il y a novation par changement de débiteur, puisque *Secundus*, délégué, prend ma place ; entre moi, déléguant, et *Secundus* délégué, il y a novation par changement de créancier, puisque *Primus*,

délégataire, prend ma place.

délégataire, prend ma place.

852. Mais la délégation n'opère novation que si elle est parfaite, c'est-à-dire si elle libère le débiteur originaire, si le créancier consent à le tenir pour quitte.

On peut supposer, en effet, trois sortes de délégations.

a) Le débiteur peut avoir indiqué le délégué sans cesser lui-même de rester débiteur, le délégué n'étant désigné que comme chargé de payer à titre d'adjectus solutionis gratia:

« La simple indication faite par le débiteur d'une personne « qui doit payer à sa place, n'opère point novation », dit l'article 1277 alinéa 1. Il ne saurait y avoir novation dans ce

^{1.} Cass. 21 juin 4876, D. P. 4877.I.437, Sir. 4878.I.435, — 28 mars 4877, D. P. 4877.I.501, Sir. 4877.I.255, — Nancy 8 janvier 4897, D. P. 4898.II.448. 2. Suprà, p. 475.

cas, puisque la dette subsiste intégralement. L'opération qui intervient n'est pas une délégation ; et si on veut lui donner ce nom, il faut dire au moins que c'est une délégation

simple.

b) Le créancier, auquel le débiteur délègue son propre débiteur, peut accepter le délégué comme simple coobligé du déléguant, sans libérer celui-ci. Il y a adjonction, non substitution d'un débiteur nouveau au débiteur primitif. La délégation n'entraîne pas novation. C'est la délégation dite imparfaite.

c) Le créancier peut accepter le délégué comme seul obligé, ce qui implique qu'il libère le précédent débiteur. Il y a vraiment alors substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien et, par conséquent, novation. C'est la délégation parfaite.

La définition de la délégation parfaite est donnée par l'article 1275: « La délégation par laquelle un débiteur donne « au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créan- « cier n'opère point de novation, si le créancier n'a expressé- « ment déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a « fait la délégation. » Il faut donc que le créancier consente à la délégation et qu'il y consente expressément. En effet, on n'est pas censé renoncer facilement à son droit; pour accepter un débiteur aux lieu et place d'un autre, il faut être assuré que le débiteur nouveau vaut l'ancien.

L'article 1275 reçoit application notamment dans l'hypothèse suivante. Une société cède son portefeuille, autrement dit ses droits et ses obligations. En ce qui concerne les droits, l'opération est une cession de créances; elle vaut si les formalités prescrites par les articles 1689 et suivants ont été remplies. Quant aux obligations, il y a délégation. Cette délégation est-elle opposable aux créanciers? Non, à moins que ceux-ci n'y aient consenti. Cette solution a été souvent admise par la jurisprudence à propos des Compagnies d'assurances, qui, cessant d'exister, cèdent leur portefeuille. L'assuré n'a-t-il de droits que contre la Compagnie cessionnaire, ou conserve-t-il ses droits contre la Compagnie cédante? Tout dépend du point de savoir si l'assuré a eu connaissance de la cession, s'il a accepté la Compagnie cessionnaire comme créancière des primes et comme débitrice éventuelle de l'indemnité du sinistre 1.

^{1.} Sur le point de savoir dans quels cas et sous quelles conditions le paie-

853. Dans le cas de délégation parfaite, — c'est-à-dire lorsque le créancier, recevant le délégué comme seul obligé, renonce à ses droits contre le débiteur originaire, — celui-ci se trouve libéré d'une façon complète. Il ne répond pas du délégué; si ce dernier devient insolvable, le créancier délégataire supporte seul les conséquences de l'insolvabilité.

Cependant, l'article 1276 réserve, dans deux hypothèses, le recours du créancier délégataire contre le débiteur précédent, c'est-à-dire contre le déléguant, qui est considéré comme

restant caution.

La première hypothèse est celle où le recours a été expressément réservé. C'est une application de l'article 1134 et du principe de la liberté des conventions.

La seconde est celle où le délégué était déjà, lors de la délégation et à l'insu du créancier, en faillite ou en déconfi-

ture. Il y a eu alors erreur.

Mais, dans aucune de ces deux hypothèses, le créancier n'agit par l'ancienne action, laquelle est éteinte. Il exerce un recours en garantie, fondé sur le dommage que la délégation lui cause.

854. En définitive, la novation par changement de débiteur ne soulève que des questions de convention et d'interprétation de volonté 1.

III. Novation par changement de créancier.

855. Le débiteur reste le même, la dette reste la même, mais le créancier change. C'est encore un nouveau rapport d'obligation qui se forme.

ment des primes entre les mains de la Compagnie cessionnaire implique, de la part de l'assuré, acceptation de la cession du portefeuille, voy. Grenoble 17 novembre 1880, Sir. 1882.II.1, — Cass. 26 juin 1883, D. P. 1884.I.155, Sir. 1886.I.359, — 20 octobre 1890, D. P. 1891.I.261, Sir. 1890.I.536, — 11 novembre 1890, D. P. 1891.I.349, Sir. 1892.I.269.

1. D'après l'article 1279, au cas de novation par changement de débiteur, « les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer

« sur les biens du nouveau débiteur ».

Ce n'est là qu'une naïveté. Les privilèges et hypothèques qui existaient sur les biens du débiteur peuvent, si telle est la convention, subsister accessoirement à la nouvelle créance (article 1278). Mais il est clair qu'on ne peut les transporter sur les biens du nouveau débiteur au détriment des créanciers de celui-ci qui auraient des droits acquis. Le nouveau débiteur peut constituer de nouvelles hypothèques sur ses propres biens ; mais ces hypothèques ne seront pas celles qui existaient sur les biens de l'ancien débiteur.

Il se peut que le créancier change sans qu'il y ait novation. Ainsi en est-il au cas de cession de créance. La créance se déplace, mais elle n'est pas atteinte; elle est, avons-nous dit¹, transportée, non transformée: le cessionnaire exerce les droits qu'avait le cédant, il peut invoquer les causes de nullité et de résolution inhérentes à la dette.

Mais les parties veulent quelquesois faire davantage. Il se peut que le changement de créancier constitue une novation (article 1271-3°). Je dois mille francs à *Primus*; sur la demande de *Primus*, je promets cette somme à *Secundus*, qui devient ainsi mon créancier. Le plus souvent, *Secundus* sera le créancier de *Primus*. Il s'opère alors deux novations; deux paiements sont effectués en un seul ².

Pour que cette novation se produise, il faut que le créancier entende libérer le débiteur (article 1277 alinéa 2). L'article 1278 s'applique à cette hypothèse comme aux précédentes 3.

§ 3. — La remise de la dette.

856. La remise de la dette (articles 1282 à 1288) est l'abandon gratuit que le créancier consent de son droit au profit du débiteur qui accepte.

Si l'abandon n'est pas gratuit, il n'y a pas, à proprement parler, remise de la dette. L'abandon non gratuit peut être le résultat d'une transaction intervenue ou d'une novation consentie; quelquesois il est le résultat d'une datio in solutum: le créancier libère le débiteur sans avoir été payé de ce qui lui était dû directement. Il n'y a vraiment remise de la dette qu'au cas d'abandon gratuit.

Dès lors, la remise de la dette est une libéralité que le créancier fait au débiteur. Et il est de principe que les libéralités peuvent être faites: 1° entre vifs, — 2° par testament.

857. Faite entre vifs, la remise de la dette est une donation indirecte. D'où les conséquences suivantes.

^{1.} Suprà, p. 514 et 515.

^{2.} Il y a novation par substitution d'un nouveau créancier à l'ancien lorsque, en exécution d'un transport de créance, le débiteur cédé, qui est en compte avec le cédant et le cessionnaire, crédite ce dernier du montant de la créance transportée et en débite le cédant : Cass. 9 mars 1864, D. P. 1864. I.190, Sir. 1864, I.185.

^{3.} Suprá, p. 516 et 517, — p. 520, — p. 523, note 1.

1° Il y a lieu à rapport si le débiteur libéré succède au créancier.

2° Il y a lieu à réduction, si le créancier, en la consentant, a porté atteinte à la réserve.

3º L'opération exige la capacité spéciale de donner et de recevoir.

4° La remise implique, outre la volonté du créancier, l'adhésion du débiteur, qui joue le rôle de donataire. Nul n'est donataire malgré soi, nul n'est tenu d'accepter la dépendance d'un bienfait; le débiteur a toujours le droit de se libérer s'il y tient, et c'est comme garantie de ce droit qu'est établie la procédure d'offres et consignation ¹. En d'autres termes, la remise entre vifs n'est pas un acte unilatéral, émanant du créancier seul, comme les mots autorisent à le croire. Elle est une convention par suite de laquelle le créancier fait abandon gratuit de son droit au profit du débiteur qui accepte : c'est une convention libératoire, une « décharge conventionnelle », disent les articles 1285 et 1287, et l'expression est beaucoup plus exacte que celle de remise.

858. Si la remise est faite par testament, l'article 875 lui est

applicable.

Elle constitue un legs, le *legatum liberationis* des Romains. Dès lors, l'adhésion du débiteur est nécessaire, car tout legs devient caduc si le légataire le répudie (article 1043).

859. Tels sont les deux aspects de la remise de dette.

Dans quelle forme doit-elle intervenir?

Il n'y a pas de difficulté quand elle est faite par testament. Les formes du testament sont nécessaires.

Mais que décider quand elle est faite par acte entre vifs? Rigoureusement, l'article 931 devrait lui être appliqué: « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant « notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en res- « tera minute, sous peine de nullité. » Cependant, bien que la remise de dette constitue au fond une donation, jamais on ne l'a regardée comme assujettie aux règles de forme des donations. Si elle est une donation, elle est une donation indirecte, c'est-à-dire une libéralité résultant d'un acte juri-

^{1.} Suprà, p. 487 et suiv.

dique qui a sa nature propre. Or, en tant que remise, elle n'est soumise à aucune règle spéciale 1.

La preuve en est que le Code admet la remise tacite aussi

bien que la remise expresse.

La remise est expresse quand elle résulte d'une convention formelle, conclue verbalement ou par écrit. Les articles 1282 et suivants n'imposent aucune exigence quant aux formes de la remise expresse.

La remise est tacite quand elle résulte d'actes qui impliquent volonté de l'opérer de la part du créancier et du dé-

biteur.

Ainsi un billet biffé peut être considéré comme ne faisant plus titre au profit du créancier ou de ses héritiers ².

C'est encore à des cas de remise tacite que se rapportent

les articles 1282 à 1287 3.

a) Ecartons d'abord l'article 1286 : « La remise de la chose « donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer « la remise de la dette. » Disposition inutile ; il va de soi qu'une renonciation à la sûreté — solidarité, hypothèque, gage, cautionnement — n'implique en aucune manière renonciation à la créance 4.

- b) L'article 1282 est ainsi conçu : « La remise volontaire du « titre original sous signature privée par le créancier au dé-

« biteur fait preuve de la libération. »

La remise du titre fait preuve, dit le texte. Il y a là une induction légale fondée sur l'observation des faits. En remettant son titre au débiteur, le créancier se désarme; c'est donc de deux choses l'une: ou qu'il a été payé, ou qu'il entend ne plus se prévaloir de son droit; le débiteur est régardé comme libéré.

Pour produire cet effet, la remise doit avoir été volontaire. Elle ne le produirait pas, si elle avait été obtenue par fraude ou violence, par exemple si le titre avait été soustrait. Mais la charge de la preuve incombe au créancier, car l'irrégularité ne se présume pas ; le débiteur est détenteur du titre et défendeur au procès.

2. Cass. 8 décembre 1886, D.P. 1886, I.308.

^{1.} Cass. 16 août 1881, D. P. 1882.I.477, Sir. 1882.I.213.

^{3.} L'article 1288 a trait à un tout autre objet. Il énonce une règle très simple relative à l'extinction du cautionnement. Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, p. 709.

La présomption établie de la sorte est une présomption juris et de jure, car c'est une présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice (article 1352).

c) Aux termes de l'article 1283, « la remise volontaire de la « grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le

« paiement, sans préjudice de la preuve contraire ».

La remise volontaire de la grosse ne fait pas preuve; il en résulte seulement une présomption contre laquelle la preuve contraire est admise. En effet, les créanciers n'ont pas l'habitude de se dessaisir de leur titre exécutoire; si le créancier se dessaisit de son titre, il est probable ou qu'il a été payé, ou, s'il ne l'a pas été, qu'il entend ne pas exercer son droit. Toutefois, il ne se désarme pas; car il existe une minute, qui est toujours à sa disposition. Si l'acte avait été rédigé en brevet, la remise produirait le même effet que s'il s'agissait d'un acte sous seing privé. Ici encore, la remise doit ètre volontaire.

Les articles 1282 et 1283 ne disent que cela: la remise du titre tantôt prouve et tantôt fait présumer la libération. Ils constatent qu'il y a libération; mais ils ne disent pas d'où provient cette libération. Or elle peut provenir ou de ce que le créancier a été payé, ou de ce qu'il fait remise. Y a-t-il preuve ou présomption de paiement, ou bien de remise?

Ni l'article 1282 ni l'article 1283 ne le disent. Les deux points de vue sont également autorisés; c'est à celui qui se prévaut de l'un ou de l'autre à faire la preuve. Ainsi le créancier prétend obtenir une révocation de la remise de dette pour ingratitude ou survenance d'enfants; c'est à lui de prouver qu'il y a eu donation. Les héritiers du créancier qui a consenti la remise de dette demandent le rapport ou la réduction; c'est à eux de prouver qu'il y a eu libéralité. Il en est de même toutes les fois que se pose la question de rapport, de réduction, de révocation pour cause spéciale. Comme les libéralités ne se présument pas, il y a présomption que la remise est un paiement, sauf preuve contraire; d'autre part, l'article 1162 dit que les conventions s'interprètent en général en faveur du débiteur.

d) Les articles 1284, 1285 et 1287 ne présentent aucune difficulté. Ils sont l'application à la remise de dette des règles de la solidarité et du cautionnement ².

^{1.} A cette hypothèse se rapporte une partie de l'article 1284, relatif aux effets de la solidarité.

^{2.} Suprà, p. 434

860. Il faut noter enfin qu'il est une sorte particulière de remise de dette dont le Code civil ne s'occupe pas: celle que le débiteur commerçant obtient de ses créanciers au cas de concordat.

Elle présente deux particularités, qui la séparent profondément de la remise civile.

1º Elle n'est pas toujours volontaire de la part des créanciers. Elle peut leur être imposée; elle est acquise au débiteur (article 507 C. com.) par le seul consentement de la majorité des créanciers: majorité en nombre et majorité des deux tiers en sommes 1. Cette majorité fait loi, de sorte que la remise est forcée pour les créanciers de la minorité.

2º Elle n'éteint pas définitivement la dette. En effet, malgré la remise, le failli reste tenu naturellement ². Aussi les articles 604 et suivants du Code de commerce organisent-ils la procédure de réhabilitation ³.

§ 4. - La compensation.

861. Le Code s'en occupe dans la section IV (articles 1289 à 1299).

Cette quatrième cause d'extinction n'est qu'une application et une variété du paiement. La compensation est un paiement abrégé, qui consiste dans la balance entre les obligations dont deux personnes sont tenues l'une à l'égard de l'autre. Pierre doit mille à Paul, qui, de son côté, se trouve devoir pareille somme à Pierre; partant, ils sont quittes. Tel est le principe de la compensation. Le débiteur impute ce qu'il doit sur ce qui lui est dû; si les deux dettes sont égales, elles sont éteintes pour le tout; si elles sont inégales, elles sont éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible.

Dans un milieu où les affaires sont nombreuses, ce mode d'extinction peut avoir une importance pratique considérable. Par la compensation, les règlements de comptes se soldent finalement par des différences. C'est le principe des comptes courants , dans lesquels le crédit et le débit se

^{1.} Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 1029.

^{2.} Suprà, p. 334.

^{3.} Thaller, loc. cit., p. 1073 et suiv.

^{4.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2° édition, IV, p. 523 et suiv., — Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 798 et suiv.

compensent incessamment, de sorte qu'il n'est jamais dû

qu'un reliquat.

On comprend même qu'une personne ou une société fasse profession de centraliser, au point de vue de leur règlement, les opérations d'un grand nombre d'individus en relations d'affaires réciproques, de manière à liquider ces opérations les unes par les autres en les passant en compte et en les ramenant à une différence. C'est le principe des banques de compensation, dont la pratique actuelle fait un si large usage; leur développement, en restreignant d'une manière notable le rôle de la monnaie dans les règlements de comptes, a entraîné une diminution de sa valeur.

Nous ne saurions étudier ici la théorie des comptes cou-

rants et l'histoire des banques de compensation 1.

Le Code civil, laissant de côté les applications, ne relève que la notion théorique de la compensation : « Lorsque deux « personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, dit « l'article 1289, il s'opère entre elles une compensation qui « éteint les deux dettes.... » La compensation est donc la balance entre deux dettes qui se soldent réciproquement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ; c'est la balance entre les obligations dont deux personnes sont tenues l'une envers l'autre.

Les articles qui suivent ont trait aux conditions sous lesquelles la compensation s'opère et à la manière dont elle se réalise quand ces conditions sont réunies. On distingue à cet égard quatre sortes de compensations : la compensation légale, la compensation conventionnelle, la compensation facultative, la compensation judiciaire.

I. Compensation légale.

862. Les conditions auxquelles la compensation légale est soumise dérivent d'une idée simple. La compensation s'opère lorsque les parties, en ne payant ni l'une ni l'autre, se trouvent dans la même situation que si elles s'étaient réciproquement payé ce qu'elles devaient; quand un paiement réel et réciproque eût amené un résultat différent, la compensation ne se produit pas.

^{1.} Voy. Cauwės, Cours d'économie politique, 3° édition, II, p. 281 et suiv.

De là les cinq conditions de la compensation légale. Elles sont énoncées par les articles 1291, 1292 et 1296.

Première condition.

863. Il faut que les deux dettes existent entre deux personnes réciproquement créancières l'une de l'autre.

Cette condition est essentielle à l'idée même de la compensation. Aussi l'article 1291, relatif aux conditions nécessaires, ne l'énonce même pas; elle est renfermée dans la définition que donne l'article 1289. Il n'y a utilité à la relever comme condition distincte qu'en vue de quelques cas dans lesquels le doute est possible sur le point de savoir si elle est vraiment remplie.

864. En voici d'abord un qui est très pratique, et à propos duquel la solution admise a causé plus d'une déception. Un créancier, par exemple un bailleur non payé des loyers ou fermages qui lui sont dus, fait saisir et vendre les meubles de son débiteur, locataire ou fermier. Sur la mise aux enchères, il se rend acquéreur de ces meubles, de tous ou de quelquesuns. Il était créancier du saisi pour les fermages ou loyers dus; il devient débiteur du prix des meubles achetés aux enchères. Peut-il compenser le prix qu'il doit comme acheteur avec les loyers ou fermages qui lui sont dus comme bailleur? Non; car, malgré les apparences, les deux dettes n'existent pas entre personnes réciproquement créancières l'une de l'autre. En effet, l'acquéreur sur enchères doit son prix non pas au saisi, mais à l'officier public qui a procédé à la vente, lequel a le droit et le devoir de consigner ce prix dans l'intérêt de tous les créanciers (articles 625 et 657 C. proc. civ.); dès lors, le bailleur est créancier du saisi pour les loyers et fermages, mais il se trouve débiteur de l'officier public pour le prix des meubles achetés, de sorte que les deux dettes n'existent pas entre personnes directement créancières l'une de l'autre. La conséquence est que le bail-leur saisissant devra payer effectivement ce qu'il doit comme acheteur, sauf à toucher ensuite, à la distribution par contribution, ce qui lui est dû comme bailleur 1.

^{1.} En ce sens: Cass. 6 novembre 1860, D. P. 1861.I.87, Sir. 1861.I.15, — Nancy 28 août 1869, D. P. 1871.II.211, Sir. 1872.II.40, — trib. de la Seine 8 juillet 1884, La Loi du 27 octobre. — Contrà: Laurent, Principes, XVIII, nº 435.

865. En second lieu, l'article 1294 prévoit quelques applications à propos desquelles le doute eût été possible, en matière de cautionnement et de solidarité.

a) Aux termes du 1° de l'alinéa 1, la caution poursuivie peut opposer au créancier la compensation de ce que celuici doit au débiteur principal. En effet, la caution n'est tenue qu'accessoirement à l'obligation principale; si le créancier est devenu débiteur du débiteur principal, la dette s'est

éteinte, et la caution n'est plus tenue 1.

b) L'alinéa 2 prévoit le cas inverse : celui où la caution devient créancière du créancier. Y a-t-il compensation entre ce qu'elle doit comme caution et ce qui lui est dû en son propre nom ? En d'autres termes, le débiteur principal peut-il opposer la compensation du chef de la caution ? Non, évidemment. Les choses ne sont pas égales; la dette dont la caution est tenue n'est pas sienne, c'est celle d'un autre; la caution n'est pas débitrice, elle est caution et ne s'est engagée que pour le cas où le débiteur ne paierait pas.

Maintenant, si le créancier, après avoir discuté, poursuit la caution, celle-ci pourra-t-elle opposer la compensation?

Il n'y a pas de raison pour la priver de cette faculté.

c) Enfin, nous n'avons pas à revenir sur l'alinéa 3, dont la portée et les motifs ont été signalés à propos de l'article 1208. La compensation est classée parmi les moyens purement personnels que les débiteurs solidaires ne peuvent pas

invoquer les uns pour le compte des autres 2.

Primus et Secundus sont codébiteurs solidaires de cent envers Tertius. Tertius devient débiteur de Primus pour une somme égale. Primus est libéré. Or, Primus étant libéré, Secundus ne l'est-il pas aussi? Si Tertius s'adresse à Primus, celui-ci oppose la compensation et fait valoir que la dette est éteinte; et si Tertius s'adresse ensuite à Secundus, celui-ci l'éconduira. Mais si Tertius s'adresse à Secundus, celui-ci peut-il opposer la compensation de ce que le créancier doit au codébiteur? Non, dit l'article 1294 alinéa 3.

Pourquoi ? En effet, l'article 1290 dit que « la compensa-« tion s'opère de plein droit ».

Deux motifs expliquent la règle posée.

1. Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome 1, p. 84 et 85.

^{2.} Suprà, p. 423. — Cpr., en ce qui concerne la caution solidaire, Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 108 et suiv.

D'abord une considération de fait. On a voulu empêcher l'inquisition de l'un des codébiteurs dans les affaires de l'autre, les immixtions indiscrètes.

Puis une raison de droit. Chaque codébiteur solidaire est à la fois débiteur et caution : débiteur de sa part, caution de celle des autres. Or, aux termes de l'article 1294 alinéa 2, « le débiteur principal ne peut opposer la compensation de « ce que le créancier doit à la caution ». L'alinéa 3 s'explique par l'alinéa 2; aussi les rédacteurs de l'article ont-ils pris soin de rattacher, en la forme, les deux alinéas l'un à l'autre : « le débiteur solidaire ne peut pareillement.... »

La compensation peut-elle du moins être opposée pour la part que le codébiteur devenu créancier doit supporter dans la dette? La question est controversée. Toutefois, étant donnés les motifs de l'article 1294 alinéa 3, il faut la résoudre négativement.; il y aurait, là encore, intervention indiscrète et périlleuse 1.

Deuxième condition.

866. Aux termes de l'article 1291, il faut que les dettes à balancer soient toutes deux exigibles. Si l'une est exigible et l'autre non, le créancier de la première a le droit de poursuivre immédiatement, tandis qu'il n'est tenu de s'exécuter que plus tard; les positions ne sont pas égales, et la compensation ne s'opère pas.

Cependant, ajoute l'article 1292, « le terme de grâce n'est « point un obstacle à la compensation ». Nous avons vu pourquoi ². Le terme de grâce est une faveur fondée sur l'impossibilité où le débiteur se trouve de s'acquitter; or, l'existence d'une créance corrélative ouvrant au débiteur un moyen simple de se libérer, la faveur accordée n'a plus de raison d'être; elle doit donc disparaître.

Troisième condition.

867. Elle résulte encore de l'article 1291. Il faut que les

¹ En ce sens: Demolombe, Contrats, III, nºs 400 et 401, — IV, nº 554, — Laurent, Principes, XVII, nº 339, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 142 bis, — Lyon-Caen, note dans Sir. 1874.II.297; — Cass. belge 13 juin 1872, D. P. 1874.II.128, Sir. 1874.II.297. — Contrà: Aubry et Rau, 5º édition, IV, § 298 ter, p. 41, note 19, — Desjardins, De la compensation, nº 126.

^{2.} Suprà, p. 359.

deux dettes à balancer soient toutes deux liquides, c'est-àdire que leur objet soit déterminé quant à sa nature et à sa quotité. Si l'une d'elles seulement est liquide, celle qui est liquide doit être acquittée, l'autre ne pourra l'être qu'après avoir été liquidée. Elles ne peuvent se compenser pour le moment.

Quatrième condition.

868. Celle-ci encore résulte de l'article 1291. Il faut que les deux dettes aient toutes deux pour objet des choses fungibles 1, c'est-à-dire de telle nature qu'elles puissent se remplacer l'une par l'autre sans qu'aucun intérèt soit lésé. Les parties, en gardant chacune la chose qu'elle doit, sont dans la même position que si elles échangeaient les deux choses en

se les payant réciproquement.

La question de savoir si deux choses sont fungibles entre elles est une question de fait et d'interprétation de volonté. Le second alinéa de l'article 1291 dit : « Les prestations en « grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé « par les mercuriales, peuvent se compenser avec des « sommes liquides et exigibles. » Ces denrées, en effet, comme objets de spéculation, représentent des sommes d'argent; mais, à tout autre point de vue, il en est différemment ².

Cinquième condition.

869. Si les deux dettes ne sont pas payables au même endroit, il faut qu'il soit fait raison des frais de transport (article 1296), afin que les parties, en restant dans la position qu'elles occupent, soient dans la même situation que s'il y avait eu paiement réciproque.

870. Supposons les cinq conditions remplies.

Entre les personnes respectivement créancières l'une de l'autre, la compensation s'opère. Et l'article 1290 dit qu'elle

1. Dans l'article 1291, le mot est orthographié: fungible. Le Dictionnaire

de l'Académie écrit : fongible.

^{2.} Deux dettes de denrées différentes ne peuvent se compenser entre elles : Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 326, p. 373 note 4, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 242 bis XV, — Demolombe, Contrats, V, n° 508, — Laurent, Principes, XVIII, n° 393. — Contrà: Desjardins, De la compensation, n° 413.

s'opère « de plein droit ». C'est pour cela qu'on l'appelle la compensation légale ; elle s'opère légalement. Il n'y a inconvénient pour personne, puisque, étant donné les conditions réunies, les deux parties, en compensant leurs dettes, en gardant respectivement ce qu'elles doivent, se trouvent dans la même situation que si elles les acquittaient d'une manière effective.

Précisons le sens et la portée de la règle.

« De plein droit ». Cela veut dire que les dettes se soldent réciproquement *ipso jure*, et s'éteignent jusqu'à concurrence de leur quotité respective. Elles s'éteignent par cela seul et dès qu'elles coexistent, sans qu'il soit nécessaire que les juges prononcent la compensation, ni que l'une des parties la demande, même à l'insu des parties et par la seule force de la loi. Dès que l'hypothèse de la compensation se produit, la compensation s'opère.

De là plusieurs conséquences.

1° La compensation s'opère entre personnes incapables de payer — mineurs, interdits, etc. — comme entre personnes capables. L'incapacité n'a d'effet que relativement aux actes où la volonté intervient; or la volonté des parties ne joue ici aucun rôle, puisqu'il s'agit d'un effet de droit inhérent à une situation donnée. L'effet qui se produit se produit sans les parties; il est indépendant d'elles; leur incapacité n'y met donc pas obstacle.

2º Les intérêts des dettes compensables cessent de courir dès que la compensation est acquise. Les deux dettes, en effet, cessent d'exister à partir de ce moment. Si donc, par ignorance ou par oubli des faits qui ont amené la compensation, l'une des parties avait continué de payer les intérêts, il y aurait lieu à son profit à la condictio indebiti.

3º La prescription, relativement aux créances en présence,

3° La prescription, relativement aux créances en présence, cesse de courir dès le même instant. Le raisonnement est le même; les créances ont cessé d'exister. Supposons que quelques jours après, alors qu'il y a lieu de régler les suites de la compensation opérée, l'une des parties oppose que le droit de créance de l'autre est éteint par prescription; il suffira à l'autre partie de répliquer que la prescription n'était pas acquise au jour de la compensation pour que celle-ci ait pu s'opérer ¹.

^{1.} Demolombe, Contrats, V, nº 651, - Laurent, Principes, XVIII, nº 460,

4° Les parties ne peuvent pas renoncer à la compensation. Il y a un fait accompli, que la volonté humaine est impuissante à effacer ¹. Les parties peuvent créer, si cela leur convient, un nouveau rapport d'obligation; elles ne peuvent

pas faire revivre celui qui n'est plus.

5° Si l'une des parties vient à payer la dette, ignorant ou ayant oublié que la compensation s'est opérée, cela ne lui donnera ni ne lui rendra le droit d'agir en vertu de sa créance primitive, car celle-ci s'est éteinte ipso jure. Le solvens aura seulement la condictio indebiti, car il a payé l'indû en acquittant une dette qui n'existait pas ou qui n'existait plus. Cette conséquence peut être très grave pour le solvens. Par exemple, la créance primitive était munie de sûretés, personnelles ou hypothécaires ; la compensation, s'étant opérée, a éteint la créance et, en même temps, ses accessoires ; agissant en vertu d'un droit nouveau, par la condictio indebiti, le solvens n'a plus qu'une créance chirographaire.

Cette conséquence est strictement logique. Et elle est relevée en termes formels par l'article 1299: « Celui qui « a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compen« sation ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a « point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice « des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient at- « tachés...... » Rédaction défectueuse. Ce n'est pas son ancienne créance que le solvens exerce, mais une action en répétition de l'indû ; il faut lire : « en répétant la somme

« payée ».

La suite du texte cependant introduit un tempérament contraire au droit strict et jugé équitable: « à moins qu'il n'ait « eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser « sa dette. » Il faut que l'erreur soit explicable et plausible. Beneficium legis non debet esse captiosum. C'est une sorte de restitutio in integrum propter errorem.

[—] Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 328, p. 397;— Cass. 30 janvier 1855, D. P. 1855, I.420, Sir. 4855, I.430.

^{1.} Mais elles peuvent renoncer d'avance à la compensation: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 327, p. 394, texte et note 8,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 241 bis III, — Demolombe, Contrats, V, n° 604 et suiv.; — Gass. 11 mai 1880, D. P. 1880.I.470, Sir. 1881.I.107. — Contrà, Laurent, Principes, XVIII, n° 456.

871. En résumé, la compensation légale s'opère de plein droit lorsque les cinq conditions auxquelles elle est subordonnée se trouvent réunies.

La règle ainsi posée comporte cependant quelques exceptions. Nous en signalerons trois, dont deux reçoivent des applications diverses ¹.

PREMIÈRE EXCEPTION

872. Les créances en recouvrement de l'impôt ou des taxes assimilées à l'impôt échappent à la compensation. Un redevable ne saurait alléguer, chez le percepteur, qu'il a une créance contre l'Etat et prétendre, en conséquence, ne pas payer ses impôts ². L'intérêt public exige que l'Etat perçoive effectivement les ressources destinées à l'entretien des services publics ³.

Aucun texte ne formule ce principe; mais il a été proclamé au cours des travaux préparatoires 4. La compensation n'est possible entre l'Etat et les particuliers qu'autant que l'Etat est créancier à la manière des particuliers, en tant que personne civile et non en tant que puissance pu-

blique.

Il en est de même pour les départements et les communes 5.

DEUXIÈME EXCEPTION

873. Même les conditions étant réunies, la compensation ne s'opère pas au préjudice des droits des tiers.

De là l'article 1298 : « La compensation n'a pas lieu au « préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant « débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite « par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du sai- « sissant, opposer la compensation. » En effet, le débiteur, au cas de saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, ne peut plus payer (article 1242), car il y a droit acquis pour le saisissant ⁶;

2. Aubry et Rau, 5e édition, IV, § 327, p. 393, texte et note 6.

4. Locré, XII, p. 186.

^{1.} On en trouvera plusieurs autres dans Laurent, Principes, XVIII, nºs 481 et suiv.

^{3.} La compensation n'a pas lieu, en matière d'enregistrement, entre un droit à percevoir et un droit indûment perçu, mais non restituable. En ce sens, Wahl, note dans Sir. 1898.1.373.

^{5.} Voy. Desjardins, De la compensation, p. 488. — Le même principe est applicable aux associations syndicales autorisées, pour les taxes qui leur sont dues: Cons. d'Etat 40 janvier 4890, D. P. 4891.III.57.

^{6.} Suprà, p. 479.

il ne peut donc plus compenser, car la compensation est un paiement abrégé, et le paiement abrégé n'est pas possible

quand le paiement ordinaire ne l'est plus 1.

De là encore l'article 1295 : « Le débiteur qui a accepté « purement et simplement la cession qu'un créancier a fait « de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cession-« naire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, « opposer au cédant. A l'égard de la cession qui n'a point été « acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle « n'empêche que la compensation des créances postérieures « à cette notification. » En effet, aux termes de l'article 1690, la cession n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été acceptée ou notifiée. Si le débiteur accepte la cession d'une créance existant contre lui et éteinte par compensation, il adhère à la cession et perd le bénéfice de la compensation. C'est une exception à la règle d'après laquelle la compensation s'opère de plein droit. Sans cette exception, le cessionnaire risquerait trop d'être trompé; il y aurait lieu de craindre que le débiteur ne se mît d'accord avec le cédant pour le léser. Aussi la règle change-t-elle si la cession a été signifiée (article 1295 in fine).

De là enfin une dernière conséquence: la compensation légale ne peut plus se produire, en ce qui concerne les dettes d'un commerçant, à partir du jugement déclaratif de faillite. Rien de plus équitable. Les créanciers, en cas de faillite de leur débiteur, subissent la loi du dividende; celui qui serait payé par compensation aurait un privilège, car il serait intégralement désintéressé, tandis que les autres créan-

ciers ne recevraient qu'un tant pour cent 2.

1. Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 24 et 25.

^{2.} Ibid., tome 1, p. 496 et 197; — cpr. Lyon-Caen et Renault, Précis, II, p. 655, — et Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 987 et suiv.— La règle qui vient d'être énoncée, en vertu de laquelle le jugement déclaratif de faillite met obstacle à la compensation légale en ce qui concerne les dettes du failli, ne doit pas être confondue avec la règle inscrite dans l'article 446 alinéa 3 du Code de commerce, lequel déclare nuls, relativement à la masse, les paiements par compensation que le failli aurait faits depuis l'époque de la cessation des paiements et pendant les dix jours précédents. Il est admis communément que la nullité établie par ce texte ne vise que les paiements par compensation conventionnelle. Voy. Les sûretés personnelles et réelles, loc. cit., p. 197, note 1; — cpr. Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 920, — Lyon-Caen et Renault, Précis, II, p. 715.

TROISIÈME EXCEPTION

874. L'origine de la dette est quelquefois un obstacle à la compensation. En principe, il n'en est pas ainsi : « La com- « pensation a lieu, dit l'article 1293, quelles que soient les « causes de l'une ou l'autre des dettes...... ». Mais le texte, après avoir posé ce principe, signale trois cas dans lesquels le défendeur ne peut pas se prévaloir de la créance qu'il a luimême contre le demandeur. Et il faut ajouter un quatrième cas, beaucoup plus important.

Le premier cas est celui « de la demande en restitution « d'une chose dont le propriétaire a été injustement dé- « pouillé ». Dans cette hypothèse, il arrivera peu fréquemment que les choses soient fungibles; si elles le sont, la compensation ne se produit pas. C'est une application de la règle d'ordre public: spoliatus ante omnia restituendus.

Le deuxième cas est celui « de la demande en restitution « d'un dépôt et du prêt à usage ». Même observation. Il est rare que les choses dues soient fungibles; si elles le sont, pas de compensation. Le prêt et le dépôt sont des dettes d'honneur; les choses prêtées ou déposées doivent être rendues; on verra ensuite ce que le prêteur ou le déposant peut devoir.

Le troisième cas est celui « d'une dette qui a pour cause des « aliments déclarés insaisissables ». Le but de la pension alimentaire ne serait pas atteint au moyen d'un paiement par compensation. C'est une excellente chose d'être quitte

de ce qu'on doit ; mais cela ne suffit pas pour vivre.

Enfin il faut ajouter le cas prévu par l'article 4 de la loi du 12 janvier 1895 : « Aucune compensation ne s'opère au profit « des patrons entre le montant des salaires dus par eux à leurs « ouvriers et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes « pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature, à l'ex- « ception toutefois : 1º des outils ou instruments nécessaires « au travail, 2° des matières et matériaux dont l'ouvrier a la « charge et l'usage, 3° des sommes avancées pour l'acquisi- « tion de ces mêmes objets. »

Le salaire est nécessaire à la vie quotidienne du salarié et de sa famille, comme la pension alimentaire est indispensable à l'existence de celui à qui elle est due. Admettre la compensation entre le salaire et ce que le salarié peut devoir au patron, ce serait exposer le salarié à manquer de ressources. La compensation doit donc être écartée; le patron se remboursera autrement de ses avances.

Le texte admet quelques exceptions qui se justifient d'ellesmêmes. Les instruments de travail ont été fournis ou payés comme une sorte d'avance sur le salaire, et l'ouvrier a été dispensé de se les procurer; il est donc naturel que la compensation soit possible à cet égard.

II. Compensation conventionnelle.

875. Aucun texte ne fait spécialement allusion à cette deuxième espèce de compensation. Et cela tient à ce qu'elle n'est

qu'une application du droit commun des conventions.

L'idée est des plus simples. Si les conditions des articles 1291 à 1296 sont réunies, la compensation s'opère légalement, « par la seule force de la loi, dit l'article 1290, « même à l'insu des débiteurs ». Si, au contraire, deux personnes étant réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, une des conditions exigées pour la compensation légale fait défaut, la compensation ne s'opère pas de droit; mais rien ne s'oppose à ce que les parties, si elles en tombent d'accord, se tiennent réciproquement pour quittes. La convention intervenue à cet égard est valable et efficace comme toute convention (article 1134) 1.

La compensation s'opère alors non plus légalement, mais

par la volonté des parties. Elle est conventionnelle.

Supposons que les choses dues ne sont pas fungibles. La compensation conventionnelle consiste en réalité dans une double datio in solutum, réciproquement acceptée par les créanciers; elle produit les effets qu'il a plu aux parties d'y attacher.

III. Compensation facultative.

876. La compensation conventionnelle est facultative en un sens, puisque, au lieu de s'opérer de droit, elle ne s'opère que par l'effet d'un accord intervenu entre les parties. On appelle plus spécialement compensation facultative celle qu'une des parties peut opposer à l'autre sans que celle-ci puisse l'invoquer. Elle ne s'opère pas légalement; elle ne s'opère pas non plus parce que les parties en convien-

^{1.} Voy. la réserve faite précédemment (p. 537, note 1) et qui résulte de l'article 446 alinéa 3 C. com.

nent; il dépend de l'une d'elles de l'opposer, sans que l'autre puisse s'en prévaloir : elle est facultative de la part de l'une

des parties 1.

Il faut supposer que la compensation n'est écartée que dans l'intérêt de l'une des parties, de telle sorte que cette partie puisse, renonçant à son droit, se prévaloir de la compensation qui ne peut pas lui être opposée.

La loi du 12 janvier 1895 offre un exemple très saillant de cette situation: « Aucune compensation, dit l'article 4, ne « s'opère au profit des patrons ». Mais la compensation peut s'opérer au profit du salarié, si c'est lui qui veut qu'elle

s'opère.

Àutre exemple. Deux personnes étant réciproquement créancières l'une de l'autre, l'une des créances est exigible et l'autre à terme. En l'état, la compensation ne s'opère pas; le débiteur dont la dette est exigible ne peut pas opposer ce qui lui est dû à terme. Mais il dépend du débiteur à terme de renoncer au bénéfice du terme et de compenser ce qu'il ne devra que plus tard avec ce qui lui est dû actuellement. La compensation dépend de l'une des parties; elle est facultative et s'opère si celui dont elle dépend l'invoque.

Autre exemple encore. Même si les deux dettes sont également exigibles, liquides et de choses fungibles, il se peut que la compensation soit écartée dans l'intérêt de l'une des parties. C'est ce qui arrive dans les cas prévus par l'article 1293. Le volé, le déposant ou le prêteur, le créancier d'aliments peuvent exiger paiement quand même ils seraient eux-mêmes débiteurs; mais rien ne s'oppose à ce qu'ils excipent de la com-

pensation qui ne peut pas leur être opposée.

Voilà des cas de compensation facultative.

Or la faculté d'opposer ainsi la compensation peut être de grande importance pour la personne de qui la compensation dépend. Il est commode et parfois très avantageux de payer par compensation. C'est commode, car on se paie soi-même avec ce qu'on a dans la main. C'est avantageux; car la personne qui paie ce qu'elle doit par compensation avec ce dont

^{1.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 328, p. 196, texte et note 3, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 251 bis V, — Laurent, Principes, XVIII, n° 468 et suiv. — Voy. dans ce dernier auteur la critique d'un arrêt de la Cour de Rouen du 20 janvier 1853 (D. P. 1855. V. 91), qui a confondu la compensation légale avec la compensation facultative.

elle est créancière touche la totalité de sa créance, tandis que, quand on exerce sa créance sauf à payer ensuite ce qu'on doit, on est exposé, si le débiteur est insolvable, à ne toucher comme créancier qu'une partie de ce à quoi on a droit, sans être dispensé pour cela de payer l'intégralité de la dette dont on est tenu 1.

IV. Compensation judiciaire.

877. Elle peut se produire en cas de demande reconventionnelle. Aussi l'appelle-t-on indifféremment compensation ju-

diciaire ou compensation reconventionnelle.

Voici l'hypothèse. Le défendeur à une poursuite en paiement d'une dette exigible et liquide forme contre le demandeur une demande reconventionnelle. Si les deux affaires sont jugées séparément, aucune compensation ne s'opère; les deux instances se déroulent, sauf aux deux créances à se compenser, s'il y a lieu, après le jugement. S'il est statué par un seul et même jugement, le juge, tenant compte des dettes et les compensant, ne condamne qu'au paiement du reliquat. Or, en principe, les demandes incidentes, parmi lesquelles figurent les demandes reconventionnelles, doivent être jugées au préalable, c'est-à-dire avant qu'il ne soit statué sur le fond même de la demande (article 338 C. proc. civ.); il dépend cependant du juge, en général au moins, de les joindre à la demande principale, pour statuer sur le tout en même temps : elles sont jugées au préalable « s'il y a lieu », dit l'article 338. Il suit de là que la compensation judiciaire est abandonnée à l'arbitraire du juge ; elle ne s'opère que si elle est prononcée et à la date où elle l'est 2.

§ 5. - La confusion.

878. Le Code n'y consacre que les articles 1300 et 1301. La notion est des plus simples. Le mot « confusion » est consacré pour exprimer le fait de la réunion en la même personne de deux qualités qui se neutralisent l'une l'autre.

Il peut y avoir confusion en matière de droits réels et en

matière de droits de créance.

1. Cpr. ce que nous avons dit plus haut à propos de la faillite : suprà, p. 537, texte et note 1.

^{2.} Laurent, Principes, XVIII, nº 476, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 251 bis VIII, — Aubry et Rau, 5º édition, IV, p. 395; — Cass. 25 juillet 1892, D. P. 1892.I.488.

879. D'abord en matière de droits réels.

Ainsi, l'usufruit est un jus in re aliena; il suppose le passage entre les mains d'une personne autre que le propriétaire de deux des éléments de la propriété: le jus utendi et le jus fruendi. Si les qualités de nu propriétaire et d'usufruitier viennent à se réunir en la même personne, l'usufruit s'éteint en tant que droit distinct. Cette confusion s'appelle plus spécialement la consolidation (article 617).

De même, la servitude suppose un rapport entre deux fonds appartenant à des propriétaires différents, fonds dont l'un est dominant, l'autre servant. Si les deux fonds sont réunis aux mains d'un même propriétaire, la servitude s'éteint. L'article 705 relève le fait sans le qualifier d'un mot spé-

cial; c'est encore un cas de consolidation.

880. En matière de droits de créance, la confusion résulte de la réunion en la même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation. On ne peut ni se devoir à soi-même, ni être créancier de soi-même; donc le rapport d'obligation s'évanouit. C'est ce que constate, en termes assez incorrects, l'article 1300: « Lorsque les qualités « de créancier et de débiteur se réunissent dans la même « personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux « créances. »

« Une confusion de droit... » Non ; il se fait, de droit, une

confusion. Le résultat se produit ipso jure.

« Les deux créances... » La rédaction est certainement inexacte. Le texte veut dire : une confusion qui éteint le rapport d'obligation sous ses deux aspects actif et passif, la créance et la dette. Il n'y a pas là, en effet, deux créances, comme dans l'hypothèse de la compensation, mais seulement un rapport d'obligation ; c'est ce rapport d'obligation qui s'éteint, ensemble les deux qualités de créancier et de débiteur.

881. Cette coexistence en la même personne de deux qualités contradictoires ne s'établit jamais à l'origine; elle eût empêché l'obligation de naître. Mais elle peut se produire après coup, soit par l'acquisition que le débiteur fait de la créance, soit par la transmission de la dette au créancier.

Le plus souvent, elle se produit par l'effet d'une succession ; il y a confusion quand le débiteur succède au créancier, auquel cas il se devrait à lui-même, — ou quand le créancier succède au débiteur, auquel cas il serait créancier de lui-même. Peu importe que ce soit par transmission ab intestat ou par transmission testamentaire; dès qu'il y a dévolution per universitatem et, par suite, obligation de contribuer aux dettes, il se fait une confusion qui met obstacle à l'exécution de l'obligation.

Tel est le sens de l'article 1300. L'obligation s'éteint, en ce sens qu'elle cesse de pouvoir être exécutée et dans la

mesure où elle ne peut plus l'être.

882. Aussi la confusion est-elle moins une véritable cause d'extinction de la dette qu'un obstacle à son exécution. L'observation est ancienne; on la trouve déjà consignée dans le droit romain, qui la formulait ainsi: confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem¹. Et cette remarque n'est pas seulement doctrinale; elle a une portée pratique, qui est la suivante: là où l'impossibilité d'exécution s'arrête, là aussi s'arrêtent les effets de la confusion².

De cette observation découlent un certain nombre de con-

séquences.

Première consequence.

883. On s'est demandé, le rapport de droit s'éteignant par la confusion, si la créance ne doit pas cependant continuer de figurer dans la succession du créancier et la dette dans celle du débiteur.

La question n'est pas sans importance pratique.

a) Supposons que le créancier meurt et que le débiteur lui succède. La créance doit-elle, malgré la confusion qui s'opère, figurer dans le patrimoine du créancier pour le calcul des droits de mutation?

Il doit comprendre dans sa déclaration de succession la créance que le défunt possédait contre lui. L'héritier débiteur cesse de se devoir, parce qu'il aurait à se payer à luimême; mais la créance n'en figure pas moins dans le patrimoine laissé par le défunt, et la confusion, n'opérant que dans la mesure où elle met obstacle à l'exécution, n'empêche pas de tenir compte de la créance pour établir le montant de la succession à l'égard du fisc 3. Cette solution est

2. Voy. Les suretés personnelles et réelles, tome I, p. 70 et 116.

i. Fragm. 71, Dig., De fidejussoribus, XLVI, 1.

^{3.} Trib. de Chartres 25 mars 4859, D. P. 4859.III.80. — Voy. Laurent, Principes, XVIII, nº 489.

équitable ; si le débiteur héritier est libéré par la confusion, il a trouvé sa libération dans la succession et s'est, par

conséquent, enrichi d'autant.

b) Supposons la situation inverse. Le débiteur meurt et le créancier lui succède. Dans la mesure de sa part, l'héritier créancier perd son droit, puisqu'il aurait à se poursuivre luimême; mais la dette ne figure-t-elle pas au patrimoine du défunt, de telle sorte qu'il faille en tenir compte pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve, suivant la disposition de l'article 922?

Le raisonnement est toujours le même. Du moment que la confusion opère seulement dans la mesure où elle empêche l'exécution, elle ne fait pas obstacle à ce qu'il soit tenu compte de la dette pour calculer le montant exact de la succession

au point de vue des donataires et légataires.

Deuxième conséquence.

884. On s'est demandé si l'acceptation bénéficiaire met obstacle la confusion.

L'affirmative n'est guère douteuse '.L'article 802 dit en propres termes : « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner « à l'héritier l'avantage..... de ne pas confondre ses biens per « sonnels avec ceux de la succession, et de conserver contre « elle le droit de réclamer le paiement de ses créances. » La succession demeure donc débitrice, et l'héritier reste créancier. L'article 875 in fine confirme cette solution : « Sans « préjudice, néanmoins, des droits d'un cohéritier qui, par « l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté « de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme « tout autre créancier. »

Il faut même admettre que la confusion disparaît lorsque l'héritier revient sur son acceptation (article 783), ou quand il est exclu comme indigne (article 729). Le droit renaît avec tous ses accessoires; pour mieux dire, il est censé n'avoir jamais été éteint.

885. Une question analogue se pose en ce qui concerne

^{4.} Sic: Aubry et Rau, 4e édition, IV, § 330, p. 242, — VI, § 618, note 10, — Demolombe, Contrats, III, no 194, — Laurent, Principes, X, no 98, — XVIII, no 491; — Grenoble 28 mars 1835, Sir. 1836, II.47

la séparation des patrimoines (article 878). Met-elle obstacle à la confusion en ce qui concerne la dette dont l'héritier était tenu envers le défunt?

Par l'effet de la séparation des patrimoines, les créanciers de la succession ont droit sur tout ce qui compose l'actif héréditaire, par conséquent sur la créance que le défunt avait contre son héritier. Rien ne les empêche d'exercer leurs poursuites contre l'héritier débiteur; ce dernier ne peut pas invoquer la confusion pour se prétendre libéré ¹.

886. Enfin, les dettes dont un successeur irrégulier était tenu envers le défunt s'éteignent-elles par confusion? La solution dépend du point de savoir si les successeurs irréguliers succèdent à la personne ou simplement aux biens. Ceux qui admettent cette dernière opinion doivent admettre que la confusion ne s'opère pas ².

Troisième conséquence.

887. L'extinction par confusion peut être seulement partielle.

C'est ce qui arrive quand le créancier succède seulement pour partie au débiteur, ou le débiteur au créancier. Dans la mesure de sa part héréditaire, le créancier succédant au débiteur perd son droit, et le débiteur succédant au créancier est libéré; pour le surplus, la créance ou la dette subsiste: l'héritier agit contre ses cohéritiers ou leur répond comme représentant le défunt ³. L'impossibilité d'agir contre soi-même n'existe que dans la limite de la part héréditaire; la créance ou la dette subsiste pour le surplus.

Si la dette est indivisible, le créancier, bien qu'il soit devenu héritier du débiteur pour partie, peut demander le paiement intégral à ses cohéritiers (article 1223), sauf à leur tenir compte de la valeur de sa part héréditaire. Si la dette est solidaire, la confusion qui s'opère en la personne d'un des débiteurs ou d'un des créanciers n'éteint la créance que pour la

^{1.} En ce sens: Laurent, *Principes*, XVIII, nº 492, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, V, nºs 455 et 455 bis I.—Cpr. Cass. 10 juillet 1893, D. P. 1894.I.5 (note de M. de Loynes), Sir. 1894.I.177.

^{2.} Laurent, Principes, XVII, no 336.

^{3.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 330, p. 401, — Laurent, Principes, XVIII, nº 505.

part et portion de ce débiteur ou de ce créancier (article 1207); en effet, elle ne met nullement obstacle à l'exécution de l'obligation pour le surplus 1.

888. Ce sont autant de conséquences de la nature particulière de cette cause d'extinction.

Nous n'avons rien à dire sur l'article 1301. Il constate des résultats que nous avons déjà signalés² et que la logique juridique eût suffi à faire admettre.

§ 6. — La perte de la chose due.

889. Les articles 4302 et 1303, qui s'en occupent et forment la section VI, sont la paraphrase moderne de la règle romaine: debitor rei certæ rei interitu liberatur³, le débiteur est libéré par la perte fortuite de la chose due.

L'idée est d'ailleurs plus générale que les termes employés

ne l'indiquent.

Il aurait fallu dire que les obligations s'éteignent par l'impossibilité survenue fortuitement de les exécuter. En effet, cette cause d'extinction est applicable non seulement aux obligations de donner, qui ont pour objet une chose que le débiteur doit livrer, mais aux obligations de faire. Si les premières s'éteignent par la perte de la chose due, les secondes s'éteignent par l'impossibilité d'accomplir le fait promis; dans les deux cas, l'obligation s'éteint quand la prestation due devient irréalisable. C'est la conséquence de cette idée simple : à l'impossible nul n'est tenu.

890. L'article 1302 n'applique formellement l'idée qu'à une seule hypothèse : celle de l'obligation de donner. L'impossibilité d'exécution résulte alors de la perte fortuite de la

chose due.

Par « perte » il faut entendre : 1° la destruction, soit que la chose ait existé lors de la convention et vienne à périr, soit que la chose ait été envisagée comme chose future et ne se réalise pas,— 2° la disparition, ce qui revient au même, — 3° la détérioration, dans la mesure où elle

¹ Suprà, p. 414, note 1, - p. 422 à 424.

^{2.} Ibid., p. 425. — Cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 70 et 116.

^{3.} Voy. sur cette règle Girard, Manuel élémentaire, 1^{re} édition, p. 528 et les textes cités en note. — Cpr. suprà, p. 246.

vaut perte, — 4° la mise hors du commerce, résultant par exemple d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou d'une réquisition en temps de guerre, hypothèse que l'article 1302 rapproche formellement de celle d'une perte matérielle.

Il ne peut y avoir de dette sans objet. Le débiteur, ne pouvant plus payer, n'est plus tenu. Il remettra seulement ce qui reste de la chose: l'action en indemnité contre l'auteur du fait s'il y a lieu, ou l'indemnité qu'il aurait reçue luimême (article 1303).

891. Pour que la perte de la chose éteigne de la sorte, en totalité ou en partie, l'obligation de donner, deux conditions sont nécessaires.

4º Il faut que la chose à livrer soit un corps certain. Les obligations qui ont pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce ne sont pas, en général au moins, sujettes à ce mode d'extinction. Le débiteur d'une somme d'argent, chose in genere, n'est pas libéré, même par la perte

de tout ce qui lui appartenait.

Cependant, on peut concevoir que le genre entier auquel la chose appartient soit mis hors du commerce. On peut même prévoir le cas où l'espèce entière à laquelle appartient la chose due serait anéantie. Mais cela n'arrive guère. C'est pourquoi on dit communément: genera non pereunt. Le débiteur d'un genre n'est pas libéré tant qu'il existe un individu

de ce genre.

2° Il faut que la perte soit arrivée par cas fortuit, sans la faute du débiteur ou avant qu'il fût en demeure. S'il y a eu faute, le débiteur est responsable (article 1137); son obligation est bien éteinte, mais il reste obligé sous une autre forme, redevable de dommages-intérêts compensatoires ¹. Si, au contraire, la chose a péri sans la faute du débiteur, il est libéré (article 1302); à condition que ce soit avant la mise en demeure, car la demeure est une faute et elle déplace les risques, qui passent à la charge du débiteur (article 1138 alinéa 2) ².

Cependant, le second alinéa de l'article 1302 apporte à la disposition du premier alinéa un tempérament d'équité : « Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est

^{1.} Suprà, p. 263.

^{2.} Ibid., p. 241 et 247.

« pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le « cas où la chose fût également périe chez le créancier, si « elle lui eût été livrée. »

En effet, le retard du débiteur, dans ce cas, n'a causé au-

cun préjudice au créancier.

L'alinéa 4 fait application de cette idée; il dispose que celui qui a soustrait une chose n'est jamais dispensé d'en payer le prix, même en prouvant qu'elle aurait péri chez le propriétaire. Un voleur est toujours en demeure: odio furti et violentiæ. Règle critiquable; en effet, s'il convient de punir le voleur, il ne faut pas enrichir le propriétaire à ses

dépens.

A la faute il convient d'assimiler le fait imputable. L'article 1302, pris à la lettre, semble vouloir dire que la perte arrivée par le fait exempt de faute libère le débiteur. Mais la tradition est contraire ; et divers articles confirment la tradition, notamment l'article 1042, spécial au cas où la dette résulte d'un legs, — l'article 1147, qui généralise en parlant de « cause étrangère », — enfin l'article 1245, formel en ce qui concerne les détériorations. Le mot « faute » est pris dans le sens d'acte de la volonté.

892. L'application de ces règles est simple quand il s'agit de contrats unilatéraux. Elle est plus délicate quand il s'agit de contrats synallagmatiques. Que devient, en cas d'extinction d'une des obligations par la perte de la chose, l'obligation corrélative?

La réponse est dans la théorie des risques ². L'obligation corrélative subsiste quand les risques sont à la charge de celui qui est tenu de cette obligation. Ainsi, dans l'obligation de donner, si la chose vendue périt, l'acheteur ne reste pas moins débiteur du prix, conformément à l'article 1138, dont nous avons déjà rapproché l'article 1302 ³.

893. Voilà pour les obligations de donner.

Dans les obligations de faire, l'impossibilité de faire, dès qu'elle survient, produit le même effet que la perte de l'objet dans les obligations de donner 4.

3. Ibid., p. 246.

^{1.} Pothier, Obligations, no 625.

^{2.} Voy. suprà, p. 239 et suiv.

^{4.} Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 331, p. 406, texte et note 3, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 255 bis, — Laurent, Principes, XVIII, n° 509.

Ce peut être une impossibilité matérielle ; par exemple, un accident prive le débiteur des organes nécessaires à l'accomplissement du fait promis : un peintre s'est engagé à faire un tableau et devient aveugle ou paralytique. Ce peut être une impossibilité légale, ce qu'on appelait jadis et ce que l'on continue encore d'appeler le fait du prince.

Citons deux exemples entre plusieurs 1.

La jurisprudence a souvent fait application de l'idée qui nous occupe, après la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée, aux contrats d'assurance contre le recrutement. Ces contrats n'ont plus été possibles depuis la promulgation de la loi de 1872; mais que sont devenus ceux qui avaient été conclus auparavant? Les obligations provenant de ces contrats se sont trouvées éteintes par l'impossibilité légale de les exécuter ².

Il en est de même dans le cas suivant. Une commune et une congrégation enseignante se sont liées par contrat pour l'entretien d'une maison d'école; une décision émanant de l'autorité compétente laïcise l'école, ou bien une loi survient qui déclare les membres de cette congrégation incapables de tenir école (loi du 30 octobre 1886, article 17,— loi du 1^{er} juillet 1901, article 14, — loi du 7 juillet 1904). Il y a là un obstacle légal à l'exécution du contrat; les obligations qui en étaient nées s'éteignent.

Dans ces hypothèses, comme il n'est pas question de risques, la question des risques ne se posant qu'à propos des obligations de donner, l'obligation corrélative à celle qui se

trouve éteinte est détruite dans tous les cas 3.

§ 7. — Des nullités, rescisions ou résolutions.

894. Les textes relatifs à cette matière sont les articles 1304 à 1314, formant la section VII de notre chapitre.

Nous avons étudié ailleurs, afin de les rattacher aux sujets dont ils dépendent logiquement, tous les articles de

1. Voy. d'autres exemples dans Laurent, Principes, XVII, p. 464.

3. Laurent, Principes, XVIII, no 509.

^{2.} Cass. 20 novembre 1877, D. P. 1878. I. 222, Sir. 1878. I. 71. — La Cour de cassation avait attribué dejà le même effet à la loi du 10 août 1870 et au décret du 5 janvier 1871: Cass. 29 avril 1873, D.P. 1873. I. 423, Sir. 1873. I. 246, — 25 novembre 1874, Sir. 1875. I. 104.

cette section, sauf l'article 1304. C'est le seul dont nous

ayons à parler ici.

895. Dans ses termes, il n'a trait qu'à une question de prescription; il établit la prescription de dix ans pour les actions en nullité ou en rescision. Maintes fois nous l'avons cité à propos des diverses applications qu'il recoit.

Dans son esprit, par la place qu'il occupe, l'article 1304 se rapporte à une question beaucoup plus générale. Il a trait aux effets qu'entraînent la nullité, la rescision ou la résolution d'une convention, en un mot son infirmation, sur les obligations qui en sont nées.

896. Nous n'avons pas à rappeler dans quels cas il y

a lieu à nullité, rescision ou résolution.

Nous avons indiqué dans quels cas il y a lieu à nullité sous l'article 1108, en étudiant quelles conditions sont nécessaires à la validité des conventions, et sous quelles sanctions ¹.

Nous avons parlé de la rescision sous l'article 1118, en recherchant dans quels cas la lésion vicie les conventions ². Elle les vicie parfois à raison de la nature du contrat : vente, partage, etc.³ ; d'autres fois, elle les vicie à raison de la qualité des personnes, quand il s'agit des mineurs : les articles 1305 à 1314 indiquent les conditions sous lesquelles les mineurs sont restituables pour cause de lésion, et nous nous en sommes occupés d'abord au titre De la Tutelle ⁴, ensuite sous l'article 1118 ⁵.

Enfin, nous avons fait connaître dans quel cas il y a lieu à résolution à propos des articles 1183 et suivants ⁶.

Sur ces divers points, les explications nécessaires ont été

fournies précédemment.

897. Mais une question reste à résoudre, qui est la suivante. Quand une convention est annulée, rescindée ou résolue, qu'advient-il des obligations auxquelles cette convention avait donné naissance?

L'article 1304 ne vise à ce propos que la nullité et la rescision, mais il faut généraliser la disposition qu'il contient. En tête du chapitre V, l'article 1234 énumère les causes d'extinc-

^{1.} Suprà, p. 156 et suiv.

^{2.} Ibid., p. 145 et suiv. 3. Ibid., p. 148 et suiv.

^{4.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 515 et suiv.

Suprà, p. 151 et suiv.
 Ibid., p. 376 et suiv.

tion des obligations, puis les sections successives les reprennent; or la section VII (articles 1304 à 1314) correspond aux numéros 7 et 8 de l'énumération de l'article 1234, qui disent que les conventions s'éteignent par la nullité ou la rescision, puis par l'effet de la résolution; dès lors, d'une manière générale, la nullité, la rescision et la résolution d'une convention entraînent, par voie de conséquence, l'extinction des obligations qui en sont nées.

898. Sous un rapport, cette cause d'extinction des obliga-

tions diffère des précédentes.

Les causes d'extinction qui nous ont occupés jusqu'ici et qui font l'objet des sections I à VI du chapitre V — paiement, novation, remise de la dette, compensation, confusion, perte de la chose due, — atteignent l'obligation elle-même, l'atteignent directement. Elles s'appliquent, dès lors, à toutes les obligations, aussi bien à celles qui se forment sans convention qu'à celles qui résultent des conventions; toutes peuvent être payées, novées, compensées, etc.

La cause d'extinction que vise la section VII est d'une autre nature. Elle atteint moins l'obligation que la convention d'où l'obligation est issue; elle n'atteint l'obligation qu'indirectement, en agissant sur la convention. La nullité, la rescision et la résolution sont des causes d'extinction des obligations en ce sens que, lorsqu'une convention est annulée, rescindée ou résolue, l'obligation qu'elle avait engendrée s'évanouit. Ce n'est pas l'obligation qui est annulée, rescindée ou résolue, mais la convention, source de l'obligation; l'obligation n'est atteinte que par voie de conséquence.

Dès lors, l'extinction ici prévue n'est applicable qu'aux obligations conventionnelles et non à celles qui se forment sans convention. Aussi la rubrique de la section VII parlet-elle de la nullité ou de la rescision « des conventions ».

899. Cela dit, en quel sens la nullité, la rescision ou la résolution d'une convention est-elle une cause d'extinction

des obligations nées de cette convention?

900. Rigoureusement, l'infirmation n'est pas une cause d'extinction. Lorsqu'une convention est annulée, rescindée, résolue, elle ne disparaît pas seulement pour l'avenir, elle s'évanouit rétroactivement pour le passé; les effets de la convention ne cessent pas, ils sont considérés comme ne s'étant pas produits. En ce qui concerne l'obligation, l'événement a

pour résultat non pas qu'elle s'éteint, ce qui supposerait qu'elle existait légalement, mais qu'elle n'a point eu d'existence légale. Dès lors, l'infirmation n'est pas une cause d'ex-

tinction des obligations.

Tout au contraire, l'infirmation d'une convention est quelquefois l'origine et la cause d'obligations; elle a pour effet non d'éteindre des obligations, mais d'en faire naître. C'est ce qui arrive quand la cause d'infirmation survient alors que la convention annulable, rescindable, résoluble a

déjà été exécutée.

Si l'infirmation de la convention se produit avant que la convention ait été exécutée, alors que les effets de la convention ne sont pas encore réalisés, on peut dire, à la rigueur, que l'infirmation libère le débiteur et éteint le droit du créancier. C'est évidemment ce qu'entend l'article 1234 : les obligations s'éteignent par la nullité, par la rescision, par la résolution survenant avant l'exécution, en ce sens qu'il

n'y a plus à les exécuter.

Mais si la convention est infirmée alors qu'elle a été exécutée, l'événement fait naître une obligation : celle de remettre les choses en l'état, celle qui incombe au créancier de restituer ce qu'il a reçu en exécution de l'obligation infirmée. C'est ce que relève formellement l'article 1483 alinéa 2 à propos de la résolution. Il en est de même dans les cas de nullité ou de rescision, puisque la convention annulée ou rescindée tombe avec toutes ses suites, ce qui implique la remise des choses en l'état.

Donc, théoriquement, l'infirmation d'une convention par nullité, rescision ou résolution ne doit pas être considérée comme une cause d'extinction des obligations résultant de cette convention. Ou bien la convention avait été exécutée; alors l'infirmation engendre l'obligation de restituer. Ou bien elle ne l'avait pas été; alors l'infirmation n'éteint pas l'obligation, ce qui supposerait qu'elle existe; elle produit cet effet que l'obligation n'a jamais existé.

901. Il n'en est pas moins vrai que la convention, bien qu'annulable, rescindable ou résoluble, avait une existence de fait et même une existence légale. Par suite, les obligations découlant de cette convention existaient, elles aussi. D'où il résulte que la nullité, la rescision ou la résolution survenant mettent fin à un rapport de droit. On peut dire que l'infirmation de la convention éteint l'obligation; elle l'éteint avec

cette particularité qu'elle l'éteint rétroactivement.

C'est en ce sens, et en ce sens figuré seulement, que les articles 1304 et suivants voient dans la nullité et la rescision, auxquelles il faut ajouter la résolution, des causes d'extinction des obligations. Les conventions annulables, rescindables ou résolubles existent, quoique leur existence soit précaire ; l'annulation, la rescision et la résolution mettent

fin à un rapport de droit; donc elles l'éteignent1.

902. Quand il s'agit des conventions non pas annulables mais nulles de droit, non pas résolubles mais résolues de droit, toutes ces distinctions doivent être écartées. Il n'y a place alors ni pour l'action en nullité, ni pour l'action en résolution. L'article 1304 s'applique seulement aux conventions annulables ou résolubles 2. Tant que la nullité ou la résolution n'est pas prononcée, la convention tient et les obligations qui en découlent existent légalement; si bien que, non attaquée en temps utile, la convention devient inattaquable. Alors il est exact de dire que l'action, ou plutôt le jugement rendu, met fin au rapport de droit.

903. Toutes ces idées ne sont que le corollaire, la conséquence de notions précédemment exposées. La section VII sous-entend ces idées. Le seul point qu'elle touche directement est celui de savoir quelle est la durée des actions en nullité et en rescision. Tel est l'objet de l'article 1304.

Trois questions se posent sur cet article.

1º Quand s'applique-t-il?

2º Quel est le point de départ du délai qu'il assigne pour l'exercice des actions en nullité et en rescision ?

3° Quel est l'effet de l'expiration du délai?

Première question. - Quand s'applique l'article 1304?

904. En limitant à dix ans le temps d'exercice des actions en nullité et en rescision, l'article 1304 consacre une dérogation au droit commun, puisque l'article 2262 accorde trente ans, en principe, pour faire valoir les droits et exercer les actions qui y correspondent. La prescription de dix ans de l'article 1304 est donc une prescription spéciale ; c'est la plus importante de celles que vise l'article 2264 quand il

^{1-2.} Cpr. suprà, p. 163 et 166.

dit : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que « ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans « les titres qui leur sont propres. »

905. Du moment que l'article 1304 consacre une dérogation au droit commun, il s'applique exclusivement aux cas qu'il prévoit. Or il ne prévoit que les actions en nullité et en rescision des conventions. D'où les conséquences suivantes.

4° L'article 1304 ne s'applique pas aux actions résolutoires; celles-ci durent trente ans, et le délai court à partir du jour où s'est produit le fait qui leur donne ouverture. Tel est le cas de l'action en révocation d'une donation (article 953), de l'action en résolution d'une vente (article 1184), de l'action en révocation de la femme dotale (article 1560). Dans certaines hypothèses, le délai est inférieur à trente ans; par exemple, il est de cinq ans dans l'hypothèse prévue par l'article 1660: celle du réméré; il est d'un an dans l'hypothèse prévue par l'article 957: celle de la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Mais, sauf exception, les actions résolutoires durent trente ans; c'est le droit commun de l'article 2262, et nulle part il n'y est dérogé en ce qui les concerne.

2º L'article 1304 ne s'applique pas aux actions en nullité ou en rescision des actes autres que les conventions. En effet, il ne parle que des conventions. Il est donc sans application à l'action en nullité ou en rescision des actes qui émanent d'une volonté unique, comme les reconnaissances d'enfants naturels (article 339) 1 et les testaments. La pres-

cription est alors de trente ans.

De là une singularité, ou même une anomalie en ce qui concerne les partages d'ascendant. Ils peuvent être faits (article 1076) sous forme de donation ou sous forme de testament; et ils sont, dans les deux cas, annulables ou rescindables pour diverses causes. Le partage a-t-il été fait par testament, l'action en nullité ou en rescision dure trente ans (article 2262). A-t-il été fait par donation, l'action dure dix ans, car le partage a le caractère d'une convention, et l'article 1304 devient applicable. Pourquoi cette différence? Elle résulte des textes, c'est tout ce qu'on peut dire; il n'en saurait être donné aucune explication rationnelle.

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 213 et suiv.

3° L'article 1304 ne s'applique pas aux nullités d'actes, si l'on entend par actes les écrits constatant des conventions. L'acte est distinct de la convention ¹.

906. En résumé, l'article 1304 ne s'applique qu'aux actions en nullité ou en rescision des conventions.

Encore ne s'applique-t-il pas à toutes les conventions. Le texte dit, en effet : « Dans tous les cas où l'action en nul- « lité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à « un moindre temps par une loi particulière, cette action « dure dix ans. »

Il est des conventions qui sont régies par des règles spéciales au point de vue de la durée des actions en nullité. Les articles 180 et suivants posent des règles particulières en ce qui concerne les nullités de mariage ²; l'article 1622 limite à un an la durée de l'action en résiliation de la vente, dans le cas qu'il prévoit; l'article 1676 décide que l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion est recevable seulement pendant deux ans; l'article 1854 alinéa 2 établit une prescription de trois ans pour une action en nullité en matière de société. Ce sont autant de dérogations à l'article 1304, qui lui-même est déjà une dérogation au droit commun.

Toujours est-il qu'à moins de dispositions spéciales la règle de l'article 1304 reste la règle commune aux actions en nullité ou en rescision des conventions.

907. Il y a ainsi une grande variété dans la fixation des délais pendant lesquels les diverses actions prévues peuvent être exercées.

D'où vient et comment s'explique cette variété?

On en chercherait vainement une explication rationnelle. Elle ne s'explique que par d'anciens usages et par des influences historiques.

Le délai de trente ans du droit commun, il faut le reconnaître, est trop long pour notre époque, où l'on précipite toutes choses; on pourrait sans inconvénient, et avec grand

2. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 383 et suiv.

^{1.} La question est controversée. Dans le sens de l'opinion émise au texte, voy. Demolombe, Contrats, VI, nº 76, — Laurent, Principes, XIX, nº 16. — Contrà: Aubry et, Rau, 5º édition, IV, § 339, p. 450, texte et note 6, — Pau 4 février 1830, D. P. 1837.II.70, Sir. 1830.II.202, — Cass. 2 août 1898, D. P. 1898.I.553 (note de M. Glasson), Sir. 1899.I.176, Pandectes françaises périodiques, 1899.I.460.

avantage au point de vue de la stabilité des droits, généraliser le délai de dix ans de l'article 1304, aux lieu et place du délai de trente ans de l'article 2262. Mais il y a longtemps que ce délai de trente ans a été adopté ; il remonte au droit romain et se maintient par la force que le temps donne à tout ce qu'il consacre.

Dans l'ancien droit français jusqu'au Code civil, le délai de trente ans formait non seulement le droit commun, mais le droit général; il s'appliquait même aux actions en nullité. Le délai de dix ans s'est introduit à propos des actions en rescision; puis il a été étendu aux actions en nullité par

l'article 1304. Voici comment.

De nos jours, il n'y a plus qu'une différence de fait, presque une simple différence de langage, entre l'action en nullité et l'action en rescision. D'après la terminologie reçue, la lésion donne ouverture à la rescision ¹, et il y a lieu à nullité dans le cas où l'une des conditions exigées par l'article 1408 fait défaut ².

Dans l'ancien droit, la différence entre l'action en nullité et l'action en rescision était profonde. Elle paraît s'être introduite à la suite de la rédaction officielle des Coutumes au XVIe siècle. La rédaction eut un double effet : les Coutumes non admises dans la rédaction cessèrent d'avoir force légale, et les lois romaines n'eurent plus qu'une autorité de doctrine. Alors les légistes distinguèrent deux sortes de nullités. Celles qui découlaient du droit officiel, c'est-à-dire qui étaient admises par les Coutumes ou les Ordonnances royales, furent les vraies nullités ; les parties les invoquaient directement, les juges les appliquaient de plano. Celles qui résultaient du droit romain ou de l'équité ne pouvaient être invoquées qu'en vertu d'une autorisation spéciale du Roi, accordée spécialement dans chaque espèce; les parties s'adressaient au Roi afin qu'il donnât au juge, par lettre de chancellerie, l'ordre de rescinder le contrat. De là la rescision. Il y avait lieu à nullité en cas d'infirmation d'une convention par application du droit officiellement consacré, il y avait lieu à rescision en cas d'infirmation par faveur royale; la nullité était un moyen de droit, la rescision une faveur du prince. L'action en nullité, quant à la prescrip-

^{1.} Suprà, p. 147.

^{2.} Ibid., p 157.

tion, resta soumise au droit commun: trente ans; la rescision, à raison de son caractère particulier, fut assujettie à une règle spéciale: celle de la prescription décennale.

Avec le droit moderne, qui attribue l'autorité législative à la Représentation nationale et non plus au Roi, toutes ces distinctions ne tardèrent pas à disparaître; la loi des 7-11 septembre 1790 abolit les lettres de rescision (articles 20 et 21), et il n'y a plus désormais que des nullités. Si l'usage applique le mot rescision aux infirmations pour lésion, celui de nullité aux infirmations pour autres causes, ce n'est là qu'une distinction de fait. Toutes les infirmations sont soumises à une prescription unique, l'ancienne prescription des actions en rescision ou prescription de dix ans (article 1304).

Ainsi s'est établie, pour les actions en nullité et en rescision, une situation spéciale. De là la variété des règles rapprochées tout à l'heure. Si l'unité manque au système géné-

ral, c'est qu'il s'est constitué peu à peu 1.

908. Du reste, la prescription de dix ans établie par l'article 1304 est une prescription véritable et non un simple délai préfixe. Nous allons voir qu'elle doit être considérée comme une prescription fondée sur un motif particulier, sur une présomption de ratification ².

Cette remarque trouve son application dans une foule de cas. Rien n'arrête un délai, qui court forcément ; des causes diverses peuvent, au contraire, suspendre ou interrompre la prescription. Or les dix années de l'article 1304 constituent

une prescription.

Deuxième question. — Quel est le point de départ de la prescription de dix ans?

909. La prescription de l'article 1304 ne s'écarte pas seulement du droit commun par la durée du temps donné pour agir. Elle s'en écarte aussi par son caractère, par le point de vue qui lui sert de fondement et qui l'explique.

1. Voy. Pandectes françaises alphabétiques, vº Obligations, nºs 6260 et

suiv., spécialement nº 6265.

^{2.} Voy. infrå, n°s 909 et suiv. — Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes en ce sens: Aubry et Rau, 5° édition, II, § 214, p. 492, texte et note 9, — Laurent, Principes, XIX, n° 4, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 265 bis III à V; — Cass. 8 novembre 1843, D. P. 1843.I.473, Sir. 1844.I.129, — Agen 10 janvier 1851, D. P. 1851.II.53. Sir 1851.II.780.

La prescription ordinaire, celle de l'article 2262, repose sur une considération d'ordre public et d'intérêt général. Elle a été établie afin de mettre un terme aux contestations, en les empêchant de se produire à une époque où les éléments font défaut pour les bien résoudre ; la loi ne veut pas qu'on remette en question ce qui s'est accompli un grand nombre d'années auparavant ; au bout de trente ans, on ne revient plus sur les faits accomplis.

La prescription de l'article 1304 repose sur une idée toute différente. La loi considère que si la personne qui peut agir en nullité ou en rescision ne le fait pas dans le délai qui lui est imparti à cet effet, elle est censée avoir renoncé à son

droit, avoir confirmé la convention.

Les actions en nullité et en rescision restent ouvertes tant que la convention n'est pas validée. Or elle peut l'être de deux manières. D'abord, elle est validée quand celui qui pouvait l'attaquer l'a confirmée ou ratifiée¹; puis elle est validée quand celui qui pouvait l'attaquer a laissé passer sans agir le temps pendant lequel il aurait pu agir utilement : il est alors censé avoir renoncé tacitement à son action. L'article 1338 alinéa 3 prévoit la confirmation expresse, l'article 1304 la confirmation tacite résultant de l'inaction pendant dix ans.

Plusieurs textes font apparaître nettement cette idée. Notamment, l'article 1115 en fait application à l'action en nullité pour violence ; et cela suppose que le point de vue

est le même dans tous les autres cas semblables.

910. De là une différence caractéristique dans la fixation du point de départ du délai des deux prescriptions : celle du droit commun et celle de l'article 1304.

D'après le droit commun de l'article 2262, la prescription court du jour où se produit l'acte ou le fait d'où résulte l'action à exercer. Toutes actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans du jour où elles sont ouvertes, du jour où elles ont pu être exercées.

Il en est autrement dans le cas de l'article 1304. La prescription ne court ni de la date de la convention annulable ou rescindable, ni du jour où l'action a pu être exercée, mais seulement du jour où la partie qui peut agir a eu toute li-

^{1.} Cpr. suprà, p. 165 et suiv.

berté pour le faire (article 1304 alinéa 2). Cette règle est logique. Si l'action est prescrite au bout de dix ans, c'est que celui qui pouvait l'exercer est alors censé y avoir renoncé; or l'inaction, le silence ne peuvent être interprétés comme valant renonciation qu'autant qu'ils sont volontaires.

911. Ainsi s'expliquent les règles suivantes. Celles qui sont formelles servent à dégager la solution qui doit être admise

dans les cas que les textes ne prévoient pas.

4° En cas de nullité pour vice du consentement, le temps ne court que du jour où le vice a cessé ¹. Antérieurement à ce jour l'inaction de l'intéressé n'est pas intentionnelle et libre; on ne peut pas en induire une confirmation. S'agit-il d'erreur, le temps court du jour où l'erreur a été reconnue; de dol, du jour ou le dol a été découvert; de violence, du jour où la violence a cessé. Jusque-là, le silence n'est pas significatif; il ne peut être interprété comme valant ratification, et la prescription de dix ans ne court pas.

2° En cas de nullité pour incapacité, le délai ne court qu'à partir du jour où l'incapacité a cessé, sans qu'il y ait à distinguer entre les actions en nullité et en rescision (arti-

cle 1311).

a) S'agit-il d'un mineur, l'action en nullité appartient: pendant la minorité, au tuteur, — à compter de la majorité ou de l'émancipation, à l'ex-mineur. Dans ce dernier cas, l'article 1304 alinéa 3 donne, pour l'exercice de l'action, dix ans à partir de la majorité ².

b) S'agit-il d'un interdit, l'action en nullité appartient: au tuteur tant que dure l'incapacité,— à l'ex-interdit à partir de la mainlevée de l'interdiction. Dans ce dernier cas, l'article 1304 alinéa 3 donne, pour l'exercice de l'action, dix

ans à partir de la mainlevée de l'interdiction 3.

Quant aux aliénés non interdits 4, la loi du 30 juin 1838 va plus loin. Aux termes de l'article 39 de cette loi, « les actes « faits par une personne placée dans un établissement d'alié-« nés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que « son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront « ètre attaqués pour cause de démence, conformément à

1. Voy. suprà, p. 53 et suiv.

3. Ibid., p. 601.

^{2.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 516.

^{4.} Ioid., p. 620 et suiv.

« l'article 1304 du Code civil. ». L'article continue : « Les « dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la per- « sonne qui aura souscrit les actes, à dater de la signification « qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en « aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés ; et, « à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur « en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, « depuis la mort de leur auteur. Lorsque les dix ans auront « commencé de courir contre celui-ci, ils continueront de « courir contre les héritiers ¹. »

c) S'agit-il d'une femme mariée, l'idée reste la même : le délai de dix ans, dit l'article 1304 alinéa 2, court « du « jour de la dissolution du mariage ». La règle, toutefois, est ici moins explicite, et quelques hésitations sont possibles.

L'action en nullité pour défaut d'autorisation appartient à

la femme et au mari (article 225) 2.

En ce qui concerne la femme, l'application de l'article 1304 est simple. Il faudrait à la femme, pour agir au cours du mariage, braver l'autorité qu'elle a méconnue, avouer publiquement qu'elle a désobéi à la loi en ne demandant pas l'autorisation de son mari ; le législateur n'a pas cru pouvoir la contraindre à tant d'énergie; il lui a donné, pour agir en nullité, dix ans depuis la dissolution du mariage, ce qui revient à dire que la prescription est suspendue au profit de la femme ³. L'article 2254 pose le principe; l'article 2255 y apporte une exception, et il est complété par l'article 1304.

En ce qui concerne le mari, la situation est toute différente. Le mari est libre d'agir, aussi bien pendant le mariage que plus tard, dès qu'il connaît l'acte passé par la femme. Dès lors, le délai devrait courir, pour lui, du jour où il a eu connaissance de l'acte indûment passé. Cependant, le texte ne distingue pas ; par conséquent, les dix ans courent à partir

de la dissolution du mariage 4.

3. Ibid., p. 468 et 469.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome·II, p. 632 et suiv. 2. Ibid., tome I, p. 467.

^{4.} Ibid., p. 469. — La question, d'ailleurs, est controversée. Voy. dans le sens de l'opinion énoncée au texte: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 339. p.460, texte et note 33, — Demolombe, Contrats, VI, n° 150, — Demante et Colmet de Santerre, Cours anatytique, V, n° 265 bis II; — Montpellier 27 avril 4831, Sir. 1832.II.77. — D'après la jurisprudence la plus récente, le délai de l'action en nullité pour défaut d'autorisation court, relativement au mari, du

912. Cette difficulté n'est pas la seule que soulève l'application de l'article 1304 aux actes passés par la femme sans

autorisation. Il y en a deux autres.

La première est relative à l'effet que l'extinction de l'action du mari produit sur l'action de la femme ou réciproquement ¹. Par exemple, l'un des deux conjoints renonce à son droit; cela est possible ², car l'acte est seulement annulable, et l'annulabilité peut être couverte (article 1338). Le droit de l'autre conjoint reste-t-il intact?

Si c'est la femme qui renonce, le mari conserve certaine-

ment son droit.

Au contraire, si le mari renonce à son droit, il est douteux que la femme conserve le sien. Ce qui manquait à l'acte pour être valable, c'est que la femme fût autorisée; or elle se trouve l'être; donc elle n'a plus d'action: il y a extinction

du droit qu'elle avait d'agir en nullité 3.

Cependant, la solution n'est pas certaine. En effet, les droits du mari et de la femme n'ont pas le même fondement; le droit du mari est fondé sur la violation de son autorité, celui de la femme sur ce fait que la protection qui lui est due lui a fait défaut. Il y a donc un droit né au profit de deux personnes et qui doit subsister au profit de chacune d'elles.

La seconde difficulté est relative à l'effet, quant à l'un des époux, de la nullité obtenue par l'autre. La nullité n'est acquise qu'au regard de celui qui l'a obtenue (article 1351).

913. Sans insister sur ces questions de détail, revenons à l'idée générale. Toutes les dispositions de l'article 1304, nous l'avons constaté, démontrent que la prescription établie par ce texte repose sur une présomption de confirmation tacite. Aussi la prescription ne court-elle pas tant que la cause de la nullité subsiste; elle est suspendue jusqu'à ce que cette cause ait cessé d'agir₄.

jour même du contrat: Bordeaux 30 avril 1872, D. P. 1873.II.32, Sir. 1872. II.151, — Pau 14 juin 1898, Sir. 1898. II.280. — Quelques auteurs se prononcent dans le même sens; voy. notamment Laurent, *Principes*, XIX, nº 43.

1. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 469.

2. Ibid., p. 471.

3. Ibid., p. 471 à 473.

4. La Cour de Nîmes a eu à statuer (29 janvier 1890, D. P. 1891. II. 97) sur l'application de l'article 1304 dans l'hypothèse où la nullité est demandée à raison de l'état d'ivresse dans lequel se trouvait la partie au moment de l'acte. « Lorsqu'une action en nullité dirigée contre une convention, dit la « Cour, est fondée sur ce que le contractant était en état d'ivresse au mo-

C'est seulement quand la partie qui peut exercer l'action en nullité aura eu, dès la convention, toute liberté pour agir, que le point de départ du délai sera la date même de cette convention.

Il en est ainsi dans trois cas.

1° D'abord quand il s'agit de l'action en rescision ouverte au profit d'un majeur en matière de vente (article 1676) 1.

2º Il en est de même pour l'action en nullité à raison de

l'objet ou de la cause 2.

3° Enfin certains auteurs admettent que la règle est la même pour l'action en nullité ouverte au profit de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Tout acte passé par cette personne, postérieurement à la nomination du conseil et sans l'assistance de celui-ci, peut être attaqué par l'action en nullité (article 502) 3. Quel est le point de départ des dix années pendant lesquelles l'action peut être intentée? La plupart des interprètes raisonnent ainsi : l'article 502 assimile l'acte passé sans l'assistance du conseil à l'acte d'un interdit, - dès lors, l'article 1304, aux termes duquel « le temps ne court, à l'é-« gard des actes faits par les interdits, que du jour où l'in-« terdiction est levée », implique que le délai court, à l'égard des actes accomplis sans l'assistance du conseil judiciaire, à compter de la mainlevée du jugement qui a nommé le conseil 4. Mais l'opinion contraire a été soutenue ; ceux qui la soutiennent font observer que l'article 1304 retarde le point de départ du délai seulement en ce qui concerne l'interdiction, et ils ajoutent que la personne pourvue d'un conseil judiciaire

[«] ment de l'acte, la prescription de dix ans commence à courir du lendemain « du jour où la convention a été conclue, l'état d'ivresse ne pouvant être « qu'accidentel et temporaire. »

^{1.} Suprà, p. 148. — Une difficulté se présente, cependant, lorsque la vente a été faite sous condition suspensive. Dans ce cas, le délai de dix ans doit-il courir du jour de la vente, ou du jour où la condition s'est réa isée ? En faveur de la première opinion, voy. Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 358, p. 418. — En faveur de la seconde, voy. Laurent, Principes, XXIV, nº 444, — Guillouard, Vente, II, nº 712,

^{2.} Suprà, p. 93 et suiv., 110 et suiv.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 614.

^{4.} En ce sens: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 339, p. 459 et 460, texte et note 33, — Demolombe, Contrats, VIII, n° 766, — Laurent, Principes, XIX, n° 49, — Busnoir, Propriété et contrat, p. 729, — Vigié, Revue critique de droit, 1900, p. 75, — Cass. 8 avril 1891, D. P. 1891.I.454, Sir. 1891.I.149 et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.

n'a aucune raison pour ne pas agir tout de suite en nullité,

puisqu'elle n'a pas de représentant légal 1.

914. Ainsi, les deux prescriptions, celle du droit commun et celle de l'article 1304, ont des fondements différents. Et cette différence entraîne des règles particulières quant à la fixation du point de départ des délais dans les deux ans.

De là une conséquence inattendue, mais certaine. Il arrive parfois que les actions en nullité et en rescision, quoique soumises à une prescription dont la durée est inférieure à trente ans, peuvent, en fait, être exercées pendant un temps plus

long.

Prenons l'espèce suivante; mutatis mutandis, le raisonnement s'applique à tous les autres cas semblables. Une vente a été conclue; il y a eu erreur sur la substance de la chose, par exemple sur la provenance de la chose; cette erreur n'est reconnue que longtemps après, par exemple au bout de trente ans. L'acheteur a dix ans pour agir en nullité à compter de la découverte de l'erreur; l'action sera donc possible, en définitive, pendant quarante ans après la vente. La solution s'impose. Le délai de la prescription est inférieur à trente ans; mais, comme le point de départ est différent, le délai moindre peut aller au-delà du délai ordinaire dont le point de départ est fixe.

On a quelquefois nié l'exactitude de cette déduction. On a soutenu que la pensée des rédacteurs de l'article 1304 a été d'abréger les délais de la prescription dans l'hypothèse prévue par cet article, et qu'on ne saurait s'autoriser de la règle posée pour les étendre. Dès lors, il faudrait toujours, pour l'application de l'article 1304, sous-entendre l'article 2262; la prolongation du délai de la prescription, par application de l'article 1304, ne pourrait jamais conduire au delà de trente ans, puisque l'article 2262 dispose que « toutes les « actions » sont prescrites par trente ans.

Mais les textes n'autorisent pas cette manière de voir. Les deux prescriptions, qui diffèrent quant aux délais et quant au point de départ, diffèrent en outre par le caractère. La prescription de l'article 1304 repose sur une idée de confirmation tacite; dès lors, elle ne court pas tant que l'inaction n'est

En ce dernier sens, voy. les observations de Massé dans Sir. 1860.I.593.
 — Cpr. Angers 27 juillet 1859, Sir. 1860.II.29, — Cass. 6 juin 1860, D. P. 1860.I.339, Sir. 1860.I.593.

pas intentionnelle, et l'action reste possible, en vertu de l'article 1304, même après trente ans. En d'autres termes, l'article 1304 écarte ici l'application de l'article 2262.

Troisième question. - Quel est l'effet de l'expiration du délai?

915. Lorsque le délai accordé pour l'exercice de l'action est écoulé sans que celle-ci ait été intentée, elle est éteinte. La convention, qui était seulement annulable ou rescin-

dable, est désormais inattaquable (article 1115).

On s'est demandé toutefois si, malgré l'expiration du délai, le moyen de nullité ou de rescision, qui ne peut plus être opposé par voie d'action, ne peut pas l'être encore par voie d'exception. Le délai de dix ans, applicable à l'action en nullité, s'étend-il à l'exception fondée sur la nullité?

916. L'intérêt de la question se manifeste clairement

dans plusieurs hypothèses.

1° Circonvenu par dol, je contracte une obligation. Plus tard, je découvre le dol. Je puis agir en nullité. Le créancier, sachant que je puis user de ce droit, ne poursuit pas l'exécution, et, par suite de cette abstention, je n'exerce pas l'action en nullité; les choses restent en l'état, et dix ans s'écoulent. Le créancier peut encore poursuivre l'exécution, car il a trente ans à cet effet (article 2262); l'action en exécution dure vingt ans de plus que l'action en nullité. Il agit. Ai-je encore le droit d'invoquer le dol comme moyen d'exception?

2º Un interdit passe un acte ; il guérit, mais ne retrouve pas complètement la mémoire du passé. L'interdiction levée, dix ans s'écoulent sans qu'il intente son action en nullité. Peut-il opposer cette nullité par voie d'exception à la demande en exécution introduite par le créancier?

3° On peut ajouter le cas du mineur qui, devenu majeur depuis plus de dix ans, ignore le vice d'un acte passé par son tuteur.

917. La question est donc importante en pratique. Ni la jurisprudence ni la doctrine ne sont bien fixées.

^{1.} En ce sens: Valette, Duranton et Demante, consultation dans Sir. 1854. II.49, — Larombière, article 1304, nº 29, — Seligman, Revue critique, 1854, p. 447. — Contrà: Aubry et Rau, 5° édition, IV, § 339, p. 464 et 465, texte et note 42, — Paris 22 juillet 1853, D. P. 1855.II.155, Sir. 1854.II.49.

918. D'après les uns ', l'exception peut être opposée tant que dure l'action en exécution née du contrat, autrement dit pendant trente ans. C'était le syslème romain, lequel admettait la règle: quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum 2. On fait observer que ce système est satisfaisant au point de vue rationnel: tant que dure pour le créancier le droit d'attaquer, le droit de défense doit durer pour le prétendu débiteur. D'autre part, on invoque un argument de texte: l'article 1304 ne parle que de l'action, donc il n'est pas applicable à l'exception.

Cependant, trois raisons doivent faire préférer la doctrine

contraire 3.

a) La première est tirée du caractère spécial de la prescription décennale. L'expiration du délai est considérée comme emportant confirmation tacite de l'acte; une fois le délai expiré, le contrat devient inattaquable parce qu'il y a confirmation tacite (article 1115). Or l'article 1338 alinéa 3 est ainsi conçu: « La confirmation, ratification, ou exé-« cution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées « par la loi, emporte la renonciation aux moyens et excep-« tions que l'on pouvait opposer contre cet acte... » Comment la nullité pourrait-elle être invoquée, même sous forme d'exception, puisque l'obligé est censé y avoir renoncé?

b) L'article 1304 a vraisemblablement entendu reproduire l'ancien droit, l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), restée en vigueur jusqu'à 1804. Or cette ordonnance avait écarté la règle romaine, et soumis à une même durée l'action et

l'exception.

c) La loi du 30 juin 1838 achève de prouver que tel est le point de vue du législateur. Qu'a fait cette loi ? Pour les aliénés internés et non interdits, elle a changé le point de départ du délai accordé pour l'action en nullité: au lieu d'avoir, pour agir, dix ans à compter de leur sortie de l'asile, ils ont dix ans à compter du moment où l'acte est porté à leur connais-

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 339, p. 278, — VIII, § 771, p. 424, — Demolombe, Contrats, VI, n° 437.

^{2.} Fragm. 5, § 6, Dig., De doli mali et metus exceptione, XLIV, 4.

^{3.} Marcadé, sur l'article 1304, n° 3,— Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 265 bis VI et VII, — Laurent, Principes, XIX, n° 57 à 59, — Beauchet, note dans Sir. 1886, IV, 17, — Busnoir, Propriété et contrat, p. 738 et suiv.

sance ¹. Pourquoi ? Afin, a-t-il été dit ², que les aliénés ne soient pas exposés à se voir opposer des actes dont ils n'auraient pas eu connaissance. Mais si, d'après le Code civil, l'exception eût été perpétuelle, si du moins elle avait duré aussi longtemps que l'action née du contrat, ce danger n'aurait pas été à craindre. Le remède imaginé suppose un danger ; c'est donc que l'exception est temporaire. La loi de 1838 peut être considérée comme ayant interprété le Code civil à cet égard.

919. Sur cette grave question, la jurisprudence est variable. Plusieurs arrêts ont maintenu purement et simplement la règle quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum ³. La Cour de cassation, par deux arrêts de 1846 et de 1880 ⁴, a déclaré cette règle applicable, en matière de contrats translatifs de propriété, au profit de la personne qui, étant en possession et y ayant été laissée, ne s'est pas trouvée dans la nécessité d'exercer l'action en nullité. Voici l'espèce. Une vente n'est pas suivie d'exécution; le vendeur est laissé en possession; son silence, son inaction impliquent non pas ratification de l'acte, mais confirmation de l'état de choses existant en fait. La Cour de Caen, dans un arrêt du 17 novembre 1855, déclare, en outre, que la règle romaine est applicable seulement dans ce cas ⁵.

D'autres arrêts, généralisant la disposition de la loi de 1838, disent que l'exception de nullité périt avec l'action en nullité, quand le créancier, au moyen d'une sommation, a mis le débiteur en demeure d'intenter l'action 6.

920. Au point de vue législatif, cette dernière solution serait peut-être la meilleure. Le plus sûr, au point de vue de l'interprétation, est de soumettre les deux moyens à la même durée.

L'état et la capacité des personnes, tome II, p.634.— Cpr. suprà, p. 559.
 Voy. notamment le discours de M. Mottet, député, dans le Moniteur du 47 avril 1838, p. 929.

^{3.} Bordeaux 6 avril 1843, Sir. 1843. II. 422, — Toulouse 9 juillet 1859, D. P. 1859, II. 201, Sir. 1859. II. 407, — Cass. 21 juin 1880, D. P. 1881. I. 108, Sir. 1881. I. 297, — Agen 7 juillet 1886, Sir. 1886. II.189.

^{4.} Cass. 1er décembre 1846, D. P. 1847.I.15, Sir. 1847.I.289, — 21 juin 1880, D. P. 1881.I.108, Sir. 1881.I.297.

^{5.} Caen 47 novembre 4855, D. P. 4856.II.434, Sir. 4857.II.757. — Dans le même sens: Lyon 20 août 4869, Sir. 4870.II.424, — Bordeaux 27 juillet 4874, D. P. 4872.II.425, Sir. 4872.II.221.

^{6.} Riom 19 février 1845, Sir. 1846, II. 188.

A peine est-il besoin d'ajouter que cette importante question se pose par suite du défaut de concordance dans les délais. Si le délai de dix ans était généralisé et remplaçait le délai de trente ans de l'article 2262¹, la question ne se poserait plus.

1. Voy. suprà, p. 555 et 556.

CHAPITRE IV

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS

921. Les conventions produisent les effets qu'elles comportent entre les parties contractantes. Cela n'avait pas besoin d'être dit, et cela n'est écrit nulle part dans le Code. C'est l'application du principe général de l'article 1134 : « Les « conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux « qui les ont faites. »

Mais les effets des conventions se limitent-ils aux parties

elles-mêmes, ou s'étendent-ils à d'autres personnes?

L'article 1165 formule, à cet égard, une disposition absolue: « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties « contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne « leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » Cette règle est la traduction de l'adage res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest 1.

En apparence, rien de plus rationnel. Les conventions tirent leur force obligatoire du consentement; leurs effets se produisent entre les personnes qui ont consenti. Les tiers y sont demeurés étrangers; elles ne leur nuisent ni ne

leur profitent.

En réalité, rien n'est moins sûr et plus obscur que cette formule 2.

L'obscurité de la règle tient à deux causes.

Elle tient d'abord au vague que présente toujours le mot « tiers » dans les dispositions de la loi. Qu'est-ce exactement que les tiers quand on les oppose aux parties ?

Elle tient ensuite à la variété que présentent les conventions. Est-ce pour toutes ou seulement pour quelques-unes

que l'article 1165 est écrit?

^{1.} Fragm. 7, Dig., De regulis juris, L, 17.

^{2.} Voy. sur ce sujet Bufnoir, Propriété et contrat, p. 748 et suiv.

Mettons d'abord en relief un certain nombre de notions qui sont hors de conteste, notamment les trois points suivants.

Premier point.

922. Les effets des conventions s'étendent aux héritiers et successeurs des parties contractantes. Ils continuent activement et passivement les parties; ils ont été représentés par les parties, qu'on appelle leurs auteurs; ils ne sont pas des tiers au sens de l'article 1165, mais des ayants cause.

Tel est précisément le sens de l'article 1122: « On est « censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants « cause..... » Le mot stipuler est pris dans le sens de contracter. Beaucoup de textes font l'application de ce principe, notamment le titre Des successions tout entier, particulièrement les articles 724 et 1220.

L'article 1122 se termine par une réserve : « à moins « que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature « de la convention. »

Il y a des droits et obligations, résultant de conventions, qui sont intransmissibles par suite d'une clause formelle de la convention. On peut stipuler ou promettre pour soi, sans stipuler ou promettre pour ses héritiers.

Il y a des droits et obligations qui sont intransmissibles, indépendamment de toute manifestation de volonté, par suite de la nature même de la convention. Les articles 1514 alinéa 3,1795, 4865-3°, 2083 alinéa 3 en offrent des exemples.

Mais ce sont là des exceptions. En principe, les conventions produisent effet pour et contre les successeurs des parties, aussi bien que pour et contre les parties ellesmêmes.

Deuxième point.

923. Indépendamment des parties et de leurs représentants, les effets des conventions s'étendent aux personnes qui, sans avoir figuré dans la convention, personnellement ou par leurs auteurs, y ont été représentées.

Si le promettant et le stipulant sont des mandataires conventionnels ou des gérants d'affaires, la convention nuit et profite aux personnes pour le compte desquelles elle a été passée. On peutêtre obligé par la promesse, ou devenir créancier par la stipulation d'un mandataire conventionnel (article 1998) ou d'un gérant d'affaires (article 1375).

Il en est de même dans les hypothèses où la loi constitue telle ou telle personne mandataire d'un autre. Le mineur est tenu des engagements pris par son tuteur ¹. La femme est tenue des conventions passées par le mari dans la limite de ses pouvoirs. Enfin le concordat conclu entre le failli et la majorité de ses créanciers oblige la minorité; la majorité est considérée comme représentant l'ensemble des créanciers.

Troisième point.

924 Il résulte des deux propositions précédentes qu'il ne faut considérer comme tiers, au point de vue de l'article 1165, ni les ayants cause des parties, ni les personnes qui ont été représentées par elles.

Mais alors quels sont ces tiers auxquels les conventions pourraient profiter ou nuire, auxquels elles ne profitent ni

ne nuisent par application de l'article 1165?

Les tiers ne peuvent pas être les personnes qui n'ont aucun rapport d'intérêts avec les parties ; car le fait que ces personnes invoqueraient la convention ou que celle-ci leur nuirait n'entre pas dans les éventualités possibles. Ce sont les ayants cause des parties quand on les considère non plus en cette qualité et individuellement, mais dans leurs rapports entre eux. Sont tiers entre eux ceux qui ont traité avec le même auteur, qui sont les ayants cause d'une même personne. Une convention est passée entre *Primus* et *Secundus*, une autre entre *Primus* et *Tertius*; *Secundus* et *Tertius*, qui sont l'un et l'autre des ayants cause de *Primus*, sont tiers entre eux par rapport aux autres conventions passées par leur auteur.

925. Est-il vrai que les conventions ne leur nuisent ni ne leur profitent?

En prenant le mot tiers dans ce sens, il y a certainement des cas dans lesquels les conventions sont opposables aux tiers et produisent effet contre eux.

Il en est ainsi dans trois cas.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 478.

^{2.} Voy. Thaller, Traité élementaire, 3e édition, p. 1027.

Premier cas.

La règle de l'article 1165 est inapplicable aux conventions translatives de droits réels.

Par exemple, j'acquiers un immeuble, plus généralement un droit réel sur un immeuble. De la convention résulte à mon profit un droit que je puis opposer à la personne qui me l'a transféré. Ne puis-je pas l'opposer également aux ayants cause de mon auteur, qui sont des tiers par rapport à moi relativement à l'acquisition?

Autre exemple. Un débiteur constitue une hypothèque au profit d'un de ses créanciers. Le créancier qui s'est fait consentir cette hypothèque peut-il l'opposer aux autres créan-

La réponse ne peut être douteuse 1. Il est de l'essence du droit réel, droit indépendant de tout rapport de personnes et qui consiste dans une relation directe entre le titulaire du droit et l'objet, d'exister erga omnes et d'être opposable à tous dès qu'il existe. L'acquéreur peut opposer son titre d'acquisition à toute personne mettant obstacle à l'exercice de son droit, notamment aux autres acquéreurs de l'aliénateur. Les tiers ne pourraient pas se prévaloir de l'article 1165 et prétendre que la convention ayant donné naissance au droit réel ne leur est pas opposable 2.

La preuve, c'est que la loi du 23 mars 1855, dans l'intérêt de la sécurité et du crédit, subordonne à la formalité de la transcription 3 l'efficacité à l'égard des tiers des conventions translatives de droits réels immobiliers. D'autre part, l'article 2279 soustrait les tiers au droit de suite en matière de meubles: « En fait de meubles, la possession vaut titre. » Il faut signaler en outre l'article 1141 . Ce sont là des restrictions apportées, pour des raisons d'utilité, à l'effet normal des droits réels ; d'où il résulte que la convention donnant naissance

à de pareils droits produit des effets absolus.

Deuxième cas.

Il en est de même des conventions qui établissent entre les

2. Cpr. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 236 et suiv.

3. Suprà, p. 204 et suiv.

^{1.} Cass. 21 mars 1894, D.P.1894.1.240, Sir. 1894.I.360, - Nancy 22 avril 1896, Sir. 1897.II.101, - Orléans 11 mai 1898, Pandectes françaises alphabétiques, 1899. II.217.

^{4.} Ibid., p. 195 et suiv., - p. 203 et 204.

parties certaines situations permanentes prévues et définies par la loi.

Par exemple, deux personnes contractent mariage. Puis la femme conclut une convention sans avoir obtenu l'autorisation du mari ou de justice. Elle peut exciper de son incapa-

cité à l'égard des tiers 1.

L'exemple le plus saillant est celui du contrat de mariage. Un contrat de mariage transfère au mari des droits sur certains biens de la femme, comme cela se produit, par exemple, lorsque le régime adopté est le régime dotal; ou bien le contrat confère au mari des pouvoirs d'administration sur les biens de la femme; ces conversions diverses sont opposables aux tiers 2. Aussi la loi du 10 juillet 1850 a-t-elle organisé une sorte de publicité des contrats de mariage (articles 75, 76, 1391 et 1394 C. civ.).

Il faut en dire autant des sociétés. Et c'est pourquoi les sociétés commerciales sont soumises à la publicité (loi du 24 juillet 1867, articles 55 à 65) 3.

Troisième cas.

Enfin la règle de l'article 1165 est souvent inapplicable même quand il s'agit de conventions simplement productives d'obligations. Un créancier peut, à certains égards, opposer son droit de créance aux autres créanciers de son débiteur, bien que ceux-ci soient des tiers par rapport à lui. Sans doute le droit de créance, à l'inverse du droit réel, est un droit relatif, un jus adversus certam personam; toutefois il est susceptible, quand il existe, d'être opposé comme tel à des tiers, et alors l'article 1165, au moins dans son sens apparent, n'est pas applicable.

Donnons des exemples.

1º Primus a une créance contre Secundus, qui devient débiteur de Tertius. Celui-ci peut-il opposer son droit à Primus, et réciproquement, quoiqu'ils soient des tiers l'un par rapport à l'autre ? L'article 2093 4 ne permet pas d'en douter : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créan-« ciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution,

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 467 et suiv.

^{2.} Cass. 17 décembre 1873, D. P. 1874. I. 145, Sir. 1874. 1. 409. Voy. Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 206 et suiv.
 Voy. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 21 et suiv.

« à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de pré-« férence. »

2º Primus a des créanciers, et il vend l'immeuble sur lequel ceux-ci comptaient pour être payés. L'acquéreur peut opposer aux créanciers de Primus la convention qu'il a conclue avec lui, car le droit de gage général qui appartient aux créanciers sur les biens de leur débiteur ne rend pas ces biens indisponibles entre les mains de leur propriétaire.

3º Inversement, si Primus a des créanciers et acquiert un

immeuble, l'acquisition leur profite.

En résumé, les créanciers, étant les ayants cause de leur débiteur, ne peuvent être considérés comme des tiers relativement aux conventions passées par celui-ci. Aussi a-t-on fait remarquer depuis longtemps que les rédacteurs du Code civil ont certainement commis une méprise en présentant les règles inscrites dans les articles 1166 et 1167 comme les dérogations au principe posé par l'article 1165. « Les con-« ventions, dit l'article 1165, n'ont d'effet qu'entre les parties « contractantes... » L'article 1166 continue : « Néanmoins, les « créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur « débiteur... » Et l'article 1167 : « Ils peuvent aussi... » Cette manière de présenter les choses est inexacte; si les créanciers possèdent les deux facultés qui leur sont reconnues par les articles 1166 et 1167, ce n'est point par dérogation au principe posé par l'article 1165, mais tout simplement parce que les créanciers ne sont pas des tiers, au sens où l'article 1165 entend le mot.

926. Les trois notions qui précèdent sont hors de conteste. Mais alors que signifie, en définitive, l'article 1165? Rien qui valût vraiment la peine d'être formulé dans un article de loi.

Il signifie, d'abord, que nul ne peut, par son fait, donner naissance à un droit au profit d'une personne, ou engendrer une obligation à la charge d'une personne, sans la participation de celle-ci.

Il signifie, en second lieu, que nul ne peut, par son fait, soit seul, soit en se concertant avec d'autres, porter atteinte aux droits appartenant à autrui.

Voilà tout ce que signifie l'article 1165.

Les conventions ne profitent pas aux tiers. Donc je ne puis pas, par mon fait, faire naître soit une créance, soit un droit réel au profit d'autrui.

Les conventions ne nuisent point aux tiers. Donc je ne puis pas, par mon fait, créer une obligation à la charge d'une personne sans son adhésion; je ne puis pas, par mon fait, porter atteinte aux droits appartenant à autrui; en résumé, je ne puis pas disposer du droit d'autrui.

927. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, pensée qu'ils n'ont peut-être pas bien analysée, l'article 1165 n'est qu'une application, une répétition de trois autres articles aussi difficilement intelligibles que lui quant à leur portée pratique : les articles 1119, 1120 et 1121.

Les dispositions qu'ils renferment peuvent être résumées dans le principe suivant. Sauf exception, on ne peut ni promettre ni stipuler en son propre nom pour autrui : ni promettre en se constituant débiteur, ni stipuler en se constituant créancier. On ne peut pas promettre en son propre nom pour un tiers, dit l'article 1119 ; c'est l'idée que l'article 1165 exprime en ces termes : les conventions ne nuisent point aux tiers. On ne peut pas stipuler en son propre nom pour un tiers, ajoute l'article 1119 ; c'est l'idée que l'article 1165 exprime en ces termes : les conventions ne profitent pas aux tiers.

Reprenons les deux propositions.

Première proposition.

928. On ne peut pas promettre en son propre nom pour autrui (article 1119).

Lorsqu'une personne fait, en son propre nom, une promesse pour un tiers, cette promesse n'oblige ni le tiers pour lequel elle a été faite, ni la personne qui l'a faite.

La promesse n'oblige pas le tiers. Il peut dire, en effet, qu'il ne s'est pas engagé, et que, n'ayant pas promis, il n'est pas débiteur. La convention est, par rapport à lui, res inter alios acta, car le consentement est une condition essentielle des conventions.

La promesse n'oblige pas la personne qui l'a faite, car celleci n'a pas entendu s'obliger elle-même, mais obliger le tiers. La convention est nulle; elle ne se forme pas faute de lien. C'est la reproduction d'une règle romaine: De se quemque promittere oportet¹. On ne promet que pour soi. Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum².

929. L'idée est simple. Mais était-il bien la peine de rédiger un texte de loi pour exprimer une pareille vérité? Non, assurément. Aussi l'article 1119 ne paraît-il pouvoir s'expliquer

qu'historiquement.

Dans le droit romain classique, l'idée de la représentation d'une personne par une autre dans une convention n'était pas admise 3, notamment en ce qui concerne la stipulation, et c'est à propos de la stipulation que toutes les règles qui viennent d'être citées ont été posées. La convention se formait entre les personnes qui intervenaient à la stipulation, et qui ne pouvaient y intervenir qu'en leur propre nom; de sorte qu'on ne pouvait pas promettre pour autrui, même comme mandataire ou gérant d'affaires.

L'article 1119 reproduit cette tradition. Mais, depuis que la représentation par autrui est devenue possible, la formule romaine a perdu toute portée pratique. Elle n'a plus, dans

l'article 1119, qu'une portée historique.

930. Pour donner à cette formule un sens pratique, il faut la transposer et la formuler de la façon suivante. L'engagement qu'on prend pour autrui ne peut produire effet que dans deux cas.

1º Il produit effet quand la personne qui prend l'engagement figure à la convention comme mandataire ou gérant d'affaires d'un tiers, auquel cas celui-ci est lié (articles 1998 et 1375). Les cas de mandat et de gestion d'affaires sont en dehors de l'article 1119; car le mandataire et le gérant d'affaires promettent au nom d'autrui, et l'article 1119 suppose une personne promettant en son propre nom pour un tiers.

2º Il produit effet quand la personne qui prend l'engagement entend se lier elle-même, ce qui a lieu dans les cas prévus par les articles 1120 et 1121. Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligabitur, disait le droit romain 4.

4. Institutes, § 3, De inutilibus stipulationibus, III, 19.

Fragm. 83, Dig., De verborum obligationibus, XLV, 4.
 Institutes, § 3, De inutilibus stipulationibus, III, 49.

^{3.} Voy. la dissertation classique de M. Labbé, en appendice au tome III des *Instituts* d'Ortolan, 12° édition, p. 865 et suiv.

Les deux stipulations, se combinant, forment un tout d'où résulte la validité de chacune; les deux stipulations isolées seraient sans valeur, leur rapprochement les rend valables.

Se porter fort c'est s'engager soi-même à obtenir la ratification d'autrui ¹. Cela constitue une obligation de faire; elle se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution (article 1142) ², sans que le porte-fort soit jamais obligé d'exécuter aux lieu et place du tiers. L'intention de se porter fort sera évidente si le promettant s'est engagé à payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts dans le cas où le tiers ne ratifierait pas; hors de là, la question de savoir si cette intention existe est une question de fait, laissée à l'appréciation du juge.

Ainsi transposée, la disposition de l'article 1119 a un sens. Seulement, au point de vue pratique, l'hypothèse est inadmissible. On ne peut pas supposer que la personne qui promet pour un tiers ne soit pas le gérant d'affaires ou le mandataire de ce tiers, ou n'entende pas se porter fort pour lui;

sans cela l'acte de cette personne serait insensé.

L'article 1119 n'est donc qu'une reproduction mal avisée d'une formule romaine dont la raison d'être a disparu.

Seconde proposition.

931. On ne peut pas stipuler en son propre nom pour un tiers.

C'est encore la reproduction d'une règle romaine: Alteri stipulari nemo potest; inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest³.

Même ordre de déductions et d'idées.

Lorsqu'une personne stipule en son propre nom pour un tiers, la stipulation ne confère aucune action ni au tiers, ni au stipulant lui-même.

Elle ne confère aucune action au tiers, car le promettant ne s'est pas engagé envers lui. La stipulation est, par rapport à lui, res inter alios acta; en effet, le consentement

^{1.} Cpr. sur le porte-fort: L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 503, — Les sûretés personnelles et réelles, tome I, p. 78.

^{2.} Suprà, p. 260 et suiv.

^{3.} Institutes, § 19, De inutilibus stipulationibus, III, 19.

est la condition essentielle des conventions : n'ayant pas sti-

pulé, le tiers n'est pas créancier.

Elle ne confère aucune action au stipulant lui-même; car ce n'est pas à son égard que l'obligation a été envisagée, et il est sans intérêt.

La convention est nulle. Elle ne se forme pas faute de

lien pour l'un, faute d'intérêt appréciable pour l'autre.

932. L'idée est simple. Mais, ici encore, était-il nécessaire de rédiger un texte de loi pour l'exprimer? Ce texte ne s'explique qu'historiquement. Il est un vestige du système qui excluait la représentation, et n'a plus ni raison ni portée depuis que la possibilité de la représentation dans les actes

juridiques s'est généralisée.

Pour donner un sens à la règle, il faut, comme la précédente, la transposer de la façon suivante. La stipulation faite pour un tiers ne peut produire effet que dans deux cas : 1° quand l'auteur de la stipulation figure à la convention comme mandataire ou gérant d'affaires du tiers, mais alors la stipulation est faite au nom de ce tiers, et ce n'est plus l'hypothèse de l'article 1119, — 2° quand l'auteur de la stipulation a lui-même, dans la convention, un intérêt pouvant constituer un droit, et cet intérêt existe dans les deux hypothèses prévues par l'article 1121.

Première hypothèse.

La stipulation faite pour un tiers est la condition d'une stipulation que le stipulant fait pour lui-même, d'une convention où il a lui-même intérêt.

Par exemple, *Primus* vend un immeuble, et stipule comme prix une somme déterminée, plus une pension viagère qui sera payée à un tiers. En général, le stipulant a le droit de révoquer la stipulation tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter.

Autre exemple. Primus stipule d'une personne que, si elle ne répare pas la maison de Secundus, elle lui paiera, à

lui Primus, une certaine somme.

Il y a là deux stipulations qui ne se comprendraient pas isolées et qui, réunies, forment un tout susceptible d'exécution.

Seconde hypothèse.

La stipulation faite pour un tiers est la condition d'une

donation que le stipulant fait à une autre personne. Par exemple, je donne tel immeuble à Paul, à la condition qu'il servira une rente à Pierre. J'ai un droit, Pierre a un droit. Ici encore, le stipulant peut révoquer la stipulation tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter.

Ainsi entendue, la règle de l'article 1119 s'explique. Seulement les exceptions absorbent la règle. Au point de vue pratique, on ne comprend pas que la personne qui stipule pour un tiers ne soit pas le mandataire ou le gérant d'affaires de ce tiers, ou qu'elle n'ait pas à la stipulation un intérêt pécuniaire appréciable.

933. En résumé, l'article 1165 n'est que la reproduction des articles 1119 à 1121. Les conventions ne peuvent profiter ni nuire aux tiers, en ce sens qu'elles ne peuvent faire naître un droit à leur profit ou à leur charge, à moins que les parties à la convention n'y aient figuré comme mandataires ou gérants d'affaires. Or, comme cette dernière hypothèse est celle qui se produit toujours en fait, il se trouve que les articles 1119 à 1121 et 1165, textes profonds en apparence, n'ont guère de portée pratique 1.

1. Les développements très brefs qui viennent d'être présentés sont les seuls que les notes de M. Ch. Beudant, telles qu'elles nous sont parvenues, consacrent à la matière de la stipulation pour autrui. Nous nous expliquons mal ce laconisme; car, dans la partie du présent volume qui traite Des conditions nécessaires à la validité des conventions, la théorie de la stipulation pour autrui est indiquée (suprà, p. 42) comme devant être étudiée ultérieurement en détail. En tout cas, nous n'avons pas cru devoir combler la lacune; et nous nous contentons d'indiquer la bibliographie générale du sujet.

Voy. les deux thèses de doctorat soutenues à la Faculté de droit de Paris, en 1893, par MM. Champeau et Lambert, — Bufnoir, Propriété et contrat, p. 473, 503, 560 et suiv., — Planiol, Traité élémentaire, 1º édition, II, p. 382 et suiv., — Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation, p. 259 et suiv., — et les dissertations suivantes de M. Lablé: Sir. 1877.I.393, Sir. 1881.I.145, Sir. 1885.I.5, Revue pratique, 1889, p. 314. — Pour ce qui concerne spécialement l'application de la théorie de la stipulation pour autrui aux assurances, voy. Balleydier et Capitant, L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence, dans le Livre du centenaire du Code civil, 1, p. 517 et suiv. [R.B.]

QUATRIÈME PARTIE

DE LA PREUVE DES CONVENTIONS

934. C'est l'objet du chapitre VI et dernier du titre Des obligations (articles 1315 et suivants). Il est intitulé : De la preuve des obligations et de celle du paiement.

Cette rubrique est incomplète, car elle n'annonce pas tout l'objet du chapitre. Il contient, en réalité, les règles relatives à la preuve des actes et faits juridiques quelconques, constitutifs, translatifs ou extinctifs des droits, tant réels que de créance; en d'autres termes, il contient le système général des preuves. Dès lors, il ne fait qu'incidemment partie de la

matière des contrats et obligations.

Si la rubrique vise spécialement la preuve des obligations, cela s'explique par une raison spéciale. Les rédacteurs du Code ont réglementé la matière des preuves à propos des conventions; or les conventions sont surtout envisagées dans ce titre, nous l'avons observé¹, comme sources des obligations; par suite, le Code traite la matière des preuves dans une de ses applications, au lieu de la traiter dans sa généralité. S'il s'agit des obligations conventionnelles, la preuve de l'obligation se confond avec celle de la convention qui en est la source; s'il s'agit des engagements qui se forment sans convention, la preuve porte sur le fait générateur de l'obligation : quasi-contrat, délit ou quasi-délit; les deux cas sont, à la rigueur, prévus par les mots : De la preuve des obligations.

Ce qui est tout à fait inexact, c'est la fin de la rubrique : et de celle du paiement. Il n'y a pas de raison pour parler de la preuve du paiement plutôt que de la preuve de toute autre cause d'extinction dont le débiteur peut avoir à justifier:

^{1.} Suprà, nº 1, nº 27 et 28.

novation, remise de dette, compensation, confusion. On aurait au moins dû dire: De la preuve des obligations et de celle des diverses causes d'extinction.

La rédaction vicieuse qui a été adoptée s'explique par une circonstance matérielle. La rubrique du chapitre VI est une transformation maladroite de celle dont s'était servi Pothier, qui avait intitulé la quatrième partie de son traité Des obligations de la manière suivante: De la preuve tant des obligations que de leurs paiements. Les mots « leurs paiements » étaient au pluriel ; et Pothier désignait ainsi toutes les causes d'extinction des obligations.

935. Au surplus, peu importe la raison par laquelle s'explique la défectuosité des termes ou même le défaut de méthode. Il n'en est pas moins certain que le chapitre VI contient les règles relatives à la preuve en général. Si ces règles sont posées spécialement en vue de leur application aux obligations, elles doivent être étendues aux actes et faits juridiques quelconques, constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits quels qu'ils soient, réels ou de créance.

Dès le début du chapitre, l'intérêt de cette observation apparaît. L'article 1315 dispose: « Celui qui réclame l'exé« cution d'une obligation doit la prouver. » Il faut lire: celui qui excipe d'un droit quelconque, qui émet une prétention quelconque, doit prouver le fait juridique d'où résulte le bien fondé de sa prétention: onus probandi incumbit ei qui agit.

Le texte ajoute: « Réciproquement celui qui se prétend « libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'ex-« tinction de son obligation. » Il faut lire : celui qui prétend

que le droit n'existe plus doit prouver.... etc.

La théorie, bien que présentée dans son application aux obligations, est donc générale. Dans une classification rationnelle, les règles de la preuve auraient dû être détachées du titre Des obligations et faire l'objet d'un titre spécial, complémentaire de tous les titres où il est question de l'acquisition et de la transmission des droits, comme le titre De la prescription. Si l'on avait procédé de la sorte, les formules auraient été modifiées et rendues applicables en toute matière. Ce titre spécial aurait dû être placé à la fin du Code civil, après la réglementation des divers rapports de droit, car il n'en est aucun à propos duquel ne se pose la question de preuve.

Mais il suffit d'être prévenu pour transposer les textes, afin d'en généraliser la portée.

936. Le demandeur qui émet une allégation doit en fournir une preuve autorisée par la loi. C'est ce qu'exprime l'article 1315; et il convient d'étendre à tous les faits juridiques la règle posée par ce texte à propos des obligations. Quiconque prétend un droit, c'est-à-dire allègue un fait comme cause du droit prétendu, doit justifier de ce fait, autrement dit établir qu'il existe en produisant un élément de conviction autorisé dans l'espèce. Le statu quo, par cela même qu'il représente une situation acquise, a une raison d'ètre au moins provisoire; toute personne qui veut changer l'état de choses acquis doit justifier qu'elle a le droit de réclamer ce changement.

L'article 1315 ne fait que reproduire des formules anciennes. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat ¹; le demandeur a la charge de justifier sa prétention. Actore non probante reus absolvitur ²; si le demandeur ne fait pas la preuve, le défendeur ne peut être condamné, excepté si le

fait est supposé par présomption légale.

937. Par demandeur il faut entendre ici non pas précisément celui qui intente un procès, mais la personne qui avance quelque chose, qui émet une prétention, une allégation, quand même cette personne serait le défendeur au procès.

quand même cette personne serait le défendeur au procès.

L'article 1302 fait de cette règle une application caractéristique 3. Une personne allègue un droit de créance; elle doit le prouver, car les personnes sont naturellement libres d'obligations (article 1315). Si le débiteur, une fois le droit du créancier prouvé, allègue que l'objet de son obligation a péri par cas fortuit, c'est au débiteur de prouver la réalité de cette allégation (article 1302 alinéa 3), car il entend aller contre un état de choses établi; il était défendeur au procès, mais il devient demandeur au point de vue de l'allégation par lui produite: reus excipiendo fit actor. Si le créancier allègue, en réponse, que le débiteur était en demeure, il doit le prouver (article 1302 alinéa 1). Le débiteur allègue que, quoique en demeure, il n'est pas responsable du cas fortuit,

3. Voy., sur l'article 1302, suprà, p. 546 et suiv.

^{1-2.} Fragm 2, Dig., De probationibus et præsumptionibus, XXII, 3.

parce que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée; à lui de le prouver (article 1302 alinéa 2).

D'où vient cette attribution successive de la charge de prouver? De cette idée unique: toute personne qui émet une allégation tendant à faire modifier un état de choses actuellement établi, une situation acquise, doit prouver le bien fondé de cette allégation, jusque-là elle est non recevable à s'en prévaloir.

Appliqué aux droits réels, la formule conduit à la conséquence suivante. Le fait normal est qu'un droit réel appartient à qui l'exerce; donc la charge de la preuve incombe à celui qui revendique. La situation normale est la liberté de la propriété; donc ceux qui prétendent un jus in re aliena

ont la charge d'en établir l'existence.

938. Ainsi envisagée, dans son ensemble et non pas seulement dans une de ses applications, la théorie de la preuve a

une importance considérable dans la pratique.

Il est exact théoriquement de dire qu'un droit existe dès qu'il a été régulièrement acquis. Mais l'autorité publique ne prête son appui qu'aux droits dont l'existence est régulièrement démontrée. Par suite, au point de vue pratique, un droit non prouvé est comme inexistant, puisqu'il ne saurait être sanctionné.

De là l'importance de la matière la preuve.

939. Elle n'appartient que pour une partie au droit civil, au Code civil; elle appartient pour l'autre à la procédure, au Code de procédure. Les deux Codes s'occupent des preuves, mais en se plaçant à des points de vue différents.

C'est un axiome dans le droit actuel — et nous aurons à y revenir — que le juge saisi d'une contestation, quel qu'en soit l'objet, ne doit former sa conviction qu'au moyen des éléments de preuve admis par la loi. La preuve n'est faite que si elle est administrée dans les formes voulues par la loi; autrement, la décision, fût-elle d'ailleurs équitable et bien rendue, manquerait de base légale et devrait être réformée ou cassée comme non justifiée en droit.

Le Code civil détermine les modes ou éléments de preuve dont l'emploi est autorisé selon les cas; il arrête le degré d'autorité, la force probante de chacun d'eux. Le Code de procédure règle la manière d'administrer la preuve, autrement dit les formes dans lesquelles la preuve doit être administrée. A chaque mode de preuve dont le Code civil autorise l'emploi correspond la procédure à laquelle l'em-

ploi de ce mode de preuve donne lieu.

Ainsi, le Code civil arrête les conditions d'admission et l'autorité de la preuve littérale, celle qui résulte des actes écrits produits par les parties (articles 1317 et suivants); deux titres du Code de procédure y correspondent : celui De la vérification d'écritures s'il s'agit des actes sous seing privé (articles 193 et suivants), celui De l'inscription de faux s'il s'agit des actes authentiques (articles 214 et suivants). Ainsi encore, le Code civil arrête les conditions d'admission et l'autorité de la preuve testimoniale, celle qui résulte des témoignages humains (articles 1341 et suivants); un titre du Code de procédure y correspond : celui Des enquêtes ou auditions de témoins (articles 252 et suivants). De même, le Code civil arrête les conditions d'admission et l'autorité de l'aveu, c'est-à-dire de la preuve qui résulte de la reconnaissance du débiteur, plus généralement du défendeur (article 1354); un titre du Code de procédure y correspond : celui De l'interrogatoire sur faits et articles (article 324), moyen habituel d'arriver à l'aveu. Enfin, le Code civil arrête les conditions d'emploi du serment, preuve subsidiaire à laquelle on est réduit à recourir à défaut d'autre (article 1357); le Code de procédure règle les formes de la comparution personnelle à l'effet de prêter serment (articles 120 et suivants).

Les domaines respectifs du Code civil et du Code de procédure en cette matière sont donc nettement délimités. Le Code civil s'occupe des modes ou éléments de preuve, au point de vue des conditions d'admission et de la force probante; le Code de procédure traite de l'administration de la

preuve, de la procédure de la preuve.

940. Nous n'avons à nous occuper, puisque le domaine du Code civil est limité à cela, que des modes de preuve

autorisés et de la force probante de chacun d'eux.

Nous diviserons notre étude en deux parties. Nous réunirons d'abord quelques notions sur le système général du droit actuel en matière de preuve. Puis nous donnerons quelques détails complémentaires sur les divers modes de preuve considérés isolément.

CHAPITRE I

DE LA PREUVE EN GÉNÉRAL

941. Le mot « preuve » est employé, par les auteurs et

par les textes, dans deux acceptions.

942. Dans l'acception la plus générale du terme, acception un peu abstraite, la preuve est la démonstration judiciaire de l'exactitude d'un fait allégué comme cause d'un droit prétendu; elle tend à provoquer, à produire la conviction chez le juge saisi de la contestation. Prouver, en ce sens, c'est établir la vérité d'une proposition; c'est, relativement au fait allégué, en démontrer et en faire accepter l'exactitude ou la réalité contestée, finalement c'est justifier de la prétention émise et établir son droit.

Tel est le premier sens du mot. On dit, en ce sens : le fardeau de la preuve, de la démonstration nécessaire, incombe au

demandeur (article 1315).

On arrive à la certitude judiciaire par les deux procédés traditionnels du raisonnement : l'induction, qui est le fondement des preuves, — et la déduction, qui est le fondement

des présomptions.

943. Dans une autre acception, plus concrète que la précédente, la preuve n'est plus la démonstration poursuivie ou faite; les preuves sont les procédés à l'aide desquels cette démonstration peut être faite, les moyens ou éléments de conviction produits. C'est en ce sens qu'on distingue différentes preuves admissibles en justice: la preuve littérale, résultant d'un écrit, — la preuve testimoniale, résultant du témoignage, — l'aveu, le serment, les présomptions, autant de moyens par l'emploi desquels la démonstration à faire peut être réalisée, autant d'éléments possibles de conviction. Prouver, en ce sens, c'est soumettre au juge les éléments légaux de conviction propres à établir la réalité et l'exactitude d'un fait allégué, et indirectement le bien fondé d'une prétention'émise.

Cette seconde acception du mot est la plus habituelle dans les textes. Elle est la seule usitée dans la pratique.

944. Si l'on prend le mot preuve dans ce dernier sens, la théorie générale de la preuve soulève deux questions délicates.

1º Au point de vue législatif, dans quelle mesure la loi doit-elle intervenir pour réglementer les modes de preuve?

2° Au point de vue pratique, quels sont les éléments de conviction, autrement dit, quelles sont les preuves dont l'emploi est possible ou autorisé pour une démonstration judiciaire?

Les deux questions sont, d'ailleurs, inséparables. Elles ne

peuvent être étudiées autrement qu'ensemble.

945. Historiquement, c'est seulement assez tard, sous la pression des faits et de l'expérience, que la loi a entrepris de réglementer les modes de preuve et leur autorité. La plupart des législations primitives ne contiennent qu'un petit nombre de règles à cet égard. Le droit romain notamment,

même dans son dernier état, est très laconique 1.

La conviction chez le juge, qui est le but de la preuve, apparaît comme étant le résultat d'un travail intellectuel interne et, par suite, tout individuel; elle se fait, elle ne se commande pas, à plus forte raison ne se décrète pas. En conséquence, l'intéressé est laissé libre de prouver son droit, ou le fait d'où ce droit découle, comme il l'entend et comme il le peut, pourvu qu'il produise la conviction chez le juge; le juge, de son côté, est laissé libre d'admettre comme preuve tous les éléments de conviction qu'on lui soumet, pourvu que ces éléments suffisent à former la conviction dans son esprit. La certitude, avec cette conception de la preuve judiciaire, est un phénomène purement psychologique; prouver c'est convaincre, et, dès lors, tout ce qui suffit à éveiller la conviction est une preuve suffisante.

Ce système est souvent appelé système de la preuve morale. On le trouve généralement appliqué à l'origine des

sociétés.

Le droit français actuel l'admet en matière pénale. Il ne l'admet qu'avec des restrictions en matière correctionnelle et

^{1.} Voy. Faustin-Hélie, Traité de l'instruction criminelle, 2° édition, IV, p. 331 et 332.— Cpr. Maynz, Eléments de droit romain, 2° édition, I, p. 343 et suiv.

de simple police ; mais il l'admet d'une manière complète en matière criminelle proprement dite, c'est-à-dire dans les matières qui relèvent de la compétence des Cours d'assises et sont déférées au jury 1. Aux termes de l'article 342 du Code d'instruction criminelle, l'instruction suivante doit être affichée dans la chambre de délibération des jurés: « La loi « ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels « ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles « desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la « plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de « s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, « et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle « impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées « contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur « dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou « tel nombre de témoins ; elle ne leur dit pas non plus : Vous « ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve « qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, « de tant de témoins et de tant d'indices ; elle ne leur fait que « cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs « devoirs : Avez-vous une intime conviction? » Aussi les jurés n'ont-ils pas à motiver leur verdict.

946. Cette manière de comprendre la preuve présente un avantage incontestable. Elle laisse aux parties toute liberté de prouver leur droit comme elles l'entendent ou le peuvent; d'autre part, elle laisse au juge toute liberté de suivre sa conviction; en d'autres termes, elle respecte la liberté de la preuve chez les parties et chez le juge.

Mais elle présente un inconvénient non moins incontestable. Admettre la conviction comme preuve suffisante, c'est s'en remettre à l'appréciation discrétionnaire du juge, ce qui est, en définitive, la négation du droit. Le système serait parfait avec un juge idéal; il est dangereux avec un juge humain, forcément faillible; il deviendrait désastreux avec un juge partial ou prévenu: car on peut être ou se croire convaincu sans être éclairé ni même avoir songé à s'éclairer, et on peut se dire convaincu sans l'être en réalité.

Si le législateur français a conservé ce système en matière

^{1.} Voy. Garraud, Précis de droit criminel, 4° édition, p. 565 et 566, — Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, p. 545 et 546, — et Faustin-Hélie, loc. cit., p. 341 et suiv., spécialement p. 349 et suiv.

pénale, cela ne tient pas à ce qu'il le considère comme le meilleur, mais à ce qu'il n'a pas cru pouvoir faire autrement. Le législateur a admis le système en matière criminelle par crainte que les jurés ne fussent pas toujours en état d'analyser et de formuler les raisons de leur conviction ; puis le système, une fois admis en matière criminelle, a été étendu avec quelques atténuations aux matières correctionnelles et de police ¹.

947. L'inconvénient du système de la preuve morale est manifeste. On n'est jamais tranquille devant un juge dont la justice est faite d'impressions et de sentiments, et qui n'est pas tenu de dire pourquoi il pense d'une manière ou d'une autre.

Aussi est-ce un fait historique constant ² que l'application du système de la preuve morale, reposant sur l'idée de la seule conviction intellectuelle, a fait apparaître, par réaction et en haine de l'arbitraire, le système opposé, dit de la

preuve légale.

Dans ce système, la loi établit a priori les éléments de conviction pouvant valoir preuve. En outre, elle fixe a priori le degré de force probante de chaque preuve, sans laisser aucune place à l'appréciation du juge. La preuve devient une opération matérielle, presque mécanique; la certitude judiciaire résulte d'une opération externe. Afin d'écarter l'arbitraire du juge, on fait de la preuve une chose formaliste, invariablement arrêtée, légalement attachée à des éléments de conviction prévus où l'appréciation du juge n'a aucune part.

S'agit-il, par exemple, de la preuve testimoniale? On l'admet. Mais on calcule en chiffres et par fractions ce que valent les témoignages: celui d'un homme, d'un enfant, celui d'une femme, celui d'une personne de telle ou telle condition. On ne pèse pas les témoignages, on les compte, on les additionne; et, s'il résulte de l'addition plus d'un témoignage complet, il y a preuve acquise. Un témoin unique, quelque confiance qu'il inspire, ne suffit pas: testis unus testis nullus; mais un témoin et demi suffisent, quand même ils n'inspireraient au-

cune confiance 3.

^{1.} Voy. Faustin-Hélie, loc. cit., p. 346 à 340.

Ibid., p. 332 à 336. — Cpr. Esmein, loc. cit., p. 260 et suiv.
 Voy. Esmein, loc. cit.

948. Cette manière de comprendre la preuve offre un avantage certain. Elle soustrait les droits à tout arbitraire de la part du juge, en les soumettant à des données purement extérieures et matérielles.

Mais elle a un inconvénient non moins certain. Elle matérialise la preuve d'une manière absolue, ce qui n'est pas admissible au point de vue rationnel, et règle par de pures formes une opération où l'intelligence doit jouer un rôle. Dès lors, le système est aveugle; il expose la bonne foi des parties; il violente la sincérité du juge. En fait, suivant le mot très heureux de Bentham¹, le système de la preuve légale est trop souvent l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde, ou de tenir pour certain ce que chacun sait n'être pas vrai.

949. Le droit actuel — abstraction faite de ce qui concerne les matières pénales, surtout les matières criminelles, où le système de la preuve morale reste pratiqué ² — n'admet ni l'un ni l'autre des deux systèmes opposés dans ce qu'ils ont d'absolu. Il les combine, faisant une part à chacune des idées en présence, les maintenant l'une et l'autre, mais les atténuant à l'aide de précautions dictées par la prévoyance ou l'expérience. Il est éclectique; il avise à satisfaire aux exigences pratiques par l'application combinée de quatre idées, qui résument et caractérisent le système actuel en matière de preuve.

Voici quelles sont ces idées.

1° Toute décision judiciaire doit être motivée.

2º Elle ne peut être motivée que sur les éléments de preuve prévus et autorisés par la loi.

3° L'admission de ces éléments de preuve est quelquefois subordonnée à des conditions restrictives et formelles.

4º Leur force probante est tantôt réglée par la loi ellemême, tantôt abandonnée à l'appréciation du juge.

Ces quatre règles réunies marquent la position que le droit actuel a entendu prendre entre les deux systèmes opposés de la preuve morale et de la preuve légale.

Reprenons-les.

2. Voy. suprà, nº 945.

^{1.} Bentham, Traité des preuves judiciaires, 1, p. 12.

Première idée.

950. Quel que soit l'élément de conviction produit, que le juge ait seulement à en constater l'existence parce que c'est la loi qui en arrête la force probante, ou qu'il ait à en apprécier la valeur parce que la loi lui laisse ce pouvoir, la décision rendue doit être motivée (article 141 C. proc. civ., et loi du 20 avril 1810, article 7). Les jugements qui ne contiennent pas de motifs peuvent être infirmés sur appel et cassés sur pourvoi.

La position de cette règle est le moyen le plus sûr et le plus efficace pour écarter l'inconvénient du système de la preuve morale, en d'autres termes pour éviter que la conviction devienne une affaire d'impression; c'est le moyen de remédier à la précipitation, à l'influence des idées préconçues. La preuve est affaire de raisonnement; les raisons légales ou morales qui déterminent la conviction doivent être déduites avec assez de netteté et de précision pour être formulées. Il ne suffit pas au juge d'être convaincu; il faut qu'il démêle les motifs ou éléments de sa conviction avec assez de clarté pour pouvoir les exprimer. De là le contrôle exercé sur la manière dont les jugements sont motivés, et les cassations journalières qui interviennent pour défaut ou insuffisance de motifs, alors même qu'il s'agit de décisions justes et conformes à la loi.

Il n'y a pas là une atteinte grave à la liberté de la preuve.

Et la précaution est assurément utile.

Deuxième idée.

951. Le droit moderne consacre limitativement les éléments de conviction susceptibles d'être produits en justice et d'être pris en considération par le juge. Le juge saisi d'une contestation ne peut former sa conviction que sur les éléments de preuve admis par la loi; il ne doit tenir compte de la preuve que si elle est administrée suivant les formes voulues; autrement, la sentence, quoique motivée en fait, serait regardée comme non motivée en droit et devrait être cassée ¹.

^{1.} Cass. 28 avril 1874, D. P. 1874.I.240, Sir. 1874.I.320, — 31 décembre 1878, D. P. 1879.I.375, Sir. 1879.I.463, — 25 janvier 1881, D. P. 1881.I.111, Sir. 1881.I.196, — 2 mars 1886, D. P. 1886.I.358, Sir. 1886.I.204, — 26 juil-

En cela, le système moderne se rattache au système des

preuves légales.

952. Aussi n'est-il pas rare d'entendre adresser à ce système le reproche de porter atteinte à une liberté nécessaire : la liberté de la preuve. Tout individu, dit-on, doit être laissé libre de prouver son droit comme il entend et peut le faire ; le juge doit être laissé libre de former sa conviction comme il le croit bon. Certains publicistes parlent volontiers des effets désastreux de la limitation de la preuve et de la fatalité des erreurs auxquelles le système de la limitation condamne le juge 1.

Mais ce sont là des phrases, dont on ne peut être dupe que faute de réflexion. En effet, la limitation des moyens de preuve n'est qu'apparente. Pour peu qu'on y regarde de près, on reconnaît sans peine que le droit moderne admet, en définitive, tous les moyens de preuve possibles, au moins toutes les preuves connues, et il ne pouvait faire plus au point de vue pratique; à moins qu'on ne prétende en revenir au système des preuves morales, qui est la consécration de l'arbitraire du juge et la négation de l'idée de droit, on ne voit pas bien l'objet véritable des critiques adressées au Code de ce chef.

953. Le Code, disons-nous, admet toutes les preuves connues. Il est facile de s'en convaincre.

1° II admet la preuve littérale (articles 1317 et suivants). Il l'admet sous deux formes : celle de l'acte authentique et celle de l'acte sous seing privé, avec leurs nombreuses variétés. L'acte sous seing privé est un aveu écrit, constatant le droit invoqué; l'acte authentique est un aveu renforcé du témoignage de l'officier public rédacteur, qui est, en matière de conventions, le notaire.

Cette preuve est dite préconstituée. On nomme ainsi la preuve qui a été ménagée et établie à l'avance, quand le droit est né, afin d'être et de rester à la disposition des parties.

La preuve littérale est la meilleure. Elle échappe aux chances d'erreurs, de partialité, et assure la stabilité des droits.

2º Le Code admet la preuve testimoniale (articles 1341 et

1. Acollas, Manuel de droit civil, II, p. 926 et 927.

let 1887, D. P. 1888.I.151, Sir. 1890.I.375, — 3 août 1887, D. P. 1887, V. 351, Sir. 1887.I.320, — 43 avril 1892, Sir. 1895.I.359.

suivants), qui résulte du témoignage de l'homme, obtenu au

moyen des enquêtes.

Ce n'est plus une preuve préconstituée, ayant été ménagée dès le début. C'est une preuve simple, à laquelle on recourt à défaut de preuve préconstituée, en utilisant les éléments que les circonstances peuvent offrir.

Cette preuve est fragile, car les témoins passent et on ne les retrouve plus; elle est trompeuse ou peut l'être, car il y a des témoins qui se trompent et il y en a même qui trompent sciemment. Donc elle n'assure ni la stabilité ni la sûreté des droits. Mais, à défaut de preuve littérale, force est bien d'y recourir.

3° Le Code admet l'aveu de la partie (article 1354). L'aveu est encore une preuve simple, non préparée, non ménagée.

Il peut intervenir hors de la présence du juge (article 1355), auquel cas la personne qui s'en prévaut doit prouver qu'il est intervenu. Il peut intervenir en justice (article 1356). Il peut être spontané: c'est la reconnaissance de l'obliga-

Il peut être spontané: c'est la reconnaissance de l'obligation, plus généralement du fait allégué. Il peut être obtenu par un procédé spécial : l'interrogatoire sur faits et articles.

4° La loi autorise le serment (article 1357). On nomme ainsi l'affirmation solennelle, faite, suivant le sens historique et traditionnel du mot, en prenant Dieu à témoin de l'exactitude de l'allégation. La personne qui le prête est crue (article 1363); celle qui refuse de le prêter, quand elle est provoquée à le faire, se condamne elle-même (article 1361).

On l'appelle souvent le serment décisoire. Il constitue la ressource suprême à laquelle on recourt à défaut d'autre preuve ; et nous verrons qu'il peut se produire sous deux

formes.

5° La loi autorise le juge à tenir compte de tous les indices quelconques militant pour ou contre la prétention émise. Ce sont ces indices, variables à l'infini, que l'article 1353 appelle « les présomptions qui ne sont point établies par la « loi »; on les appelle souvent, dans l'usage, des présomptions du fait de l'homme

Il faut comprendre sous ce nom tous les éléments possibles d'induction que la loi ne qualifie pas particulièrement, et qui peuvent rendre vraisemblable l'allégation produite, conseiller de l'admettre comme justifiée. Ces présomptions sont de véritables preuves, au même titre que l'écrit et le témoignage, puisqu'elles sont tirées des circonstances de la cause, de faits ayant un rapport direct avec l'allégation produite; la seule différence est que la loi ne les indique pas isolément et nommément, qu'elle n'y attache pas une force probante déterminée, mais s'en remet au juge du soin de décider si et dans quelle mesure elles doivent être admises comme éléments de conviction d'après les lumières de l'expérience personnelle et les règles de l'induction: elles sont, en un mot, discrétionnaires et facultatives.

6° Le juge, pour éclairer et contrôler ses appréciations, quelles qu'elles soient, peut recourir à deux procédés : 1° les avis d'experts (article 302 C. proc. civ.), — 2° les descentes et vues de lieux (article 295 C. proc. civ.).

954. En définitive, la loi, tout en limitant les modes de preuve, les admet tous. Le système actuel peut être ainsi formulé. La loi énumère les éléments de conviction les plus usuels, préconstitués et simples, et elle déclare formellement les admettre; puis elle autorise, sous le nom de présomptions non établies par la loi, ou présomptions du fait de l'homme, tous les autres éléments de conviction, tous ceux qu'elle ne

qualifie pas autrement.

Il devient alors difficile de comprendre sur quoi est fondé le reproche adressé par quelques critiques au système du Code civil, auquel ils imputent d'avoir limité arbitrairement la liberté de la preuve. Le Code limite, il est vrai, les conditions sous lesquelles certains éléments de conviction sont admissibles, notamment la preuve testimoniale, dont l'expérience a démontré les dangers. Mais il admet toutes les preuves; il autorise les unes nommément : l'écrit, le témoignage, l'aveu et le serment ; il reconnaît les autres, en bloc, sous le nom de présomptions du fait de l'homme.

955. Il est vrai, cependant, que le droit actuel s'inspire directement, sous un rapport, du système des preuves lé-

gales.

En dehors des preuves, au sens propre du mot, il admet diverses présomptions légales (articles 1349 et suivants). Les présomptions sont des suppositions sur le fondement desquelles certains faits sont tenus pour établis sans preuve administrée : « La présomption légale, dit l'article 1352, dispense « de toute preuve celui au profit duquel elle existe. »

L'admission de ces présomptions est une dérogation à

l'article 1315: la loi tient certains faits pour établis, pour acquis, sans que les intéressés aient à en fournir la preuve. La preuve est fournie par les intéressés à l'appui de leur prétention; la présomption légale est établie par la loi. Nous verrons plus loin comment ces présomptions se justifient. En tant qu'il les admet, le législateur consacre le système de la preuve légale.

Troisième idée.

956. Si le droit moderne admet tous les modes connus de preuve, il en subordonne parfois l'emploi à des conditions restrictives. La loi porte alors une atteinte manifeste à la liberté de la preuve; et la légitimité de cette atteinte ne peut être appréciée qu'en tenant compte des besoins et des exigences de la pratique.

957. La preuve littérale, qui est la preuve par excellence, la plus sûre et la plus stable, peut être employée dans tous

les cas.

Le plus souvent, elle peut l'être sous ses deux formes : acte authentique, acte sous seing privé. Quelquefois, pour certains actes plus importants ou plus périlleux, dont la stabilité importe davantage, l'acte authentique est exigé; ces actes sont dits solennels, nous les avons signalés ¹.

958. A la différence de la preuve littérale, la preuve testimoniale n'est susceptible d'être employée que sous diverses restrictions. Du moins en matière civile; car il n'existe de restrictions à cet égard ni en matière criminelle, nous l'avons vu², ni en matière commerciale (article 109 C. com.) ³.

vu ², ni en matière commerciale (article 109 C. com.) ³.

Le législateur se méfie de la preuve testimoniale, l'expérience ayant révélé combien elle est fragile, trompeuse, et quels abus peuvent en être faits. Les articles 1341 et suivants règlent en quelles matières, sous quelles conditions et jusqu'à concurrence de quelle somme elle peut être admise; ils l'écartent quand il s'agit d'intérêts considérables, où le faux témoignage est plus à craindre. Elle n'est autorisée que si l'intérêt est inférieur à cent cinquante francs; sauf quelques exceptions (articles 1347 et 1348), en particulier s'il y a un commencement de preuve par écrit,

^{1.} Suprà, p. 138 et suiv.

 ¹bid., p. 585 et 586.
 Lyon-Caen et Renault, Traité, 2° édition, III, p. 44 et suiv.

et il faut alors un jugement qui admette la preuve testimoniale, car elle ne va pas de droit (articles 252 et 253 C. proc.

civ.).

Ces restrictions s'expliquent. Elles sont un obstacle à l'abus; le législateur a pensé que la prévision des réserves établies porterait les parties à se ménager la preuve littérale,

qui est la meilleure (article 1341).

959. Quant à l'aveu, il est recevable seulement quand il s'agit d'un fait personnel à la personne qui avoue. S'il est extra-judiciaire, il n'a de valeur que tout autant qu'il s'agit de prouver une allégation dont la preuve testimoniale serait

admissible (article 1355).

960. En ce qui concerne le serment, il faut distinguer le serment décisoire du serment supplétoire. Aux termes de l'article 1359, le serment décisoire « ne peut être déféré que sur un « fait personnel à la partie à laquelle on le défère ». Aux termes de l'article 1367, le serment supplétoire ne peut être déféré par le juge que sous deux conditions ; il faut : « 1° que « la demande ne soit pas pleinement justifiée, — 2° qu'elle « ne soit pas totalement dénuée de preuves. »

961. Restent enfin les présomptions du fait de l'homme. L'indétermination même de ces présomptions rend l'abus redoutable. De là les restrictions apportées à leur emploi.

Le pouvoir du juge est limité par deux règles.

1º Le juge ne doit admettre ces indices divers et innommés comme éléments de conviction que s'ils sont graves, précis et concordants (article 1353). Graves, c'est-à-dire s'il en résulte une probabilité sérieuse. Précis, c'est-à-dire s'ils sont plus qu'une vague apparence et ont un rapport direct avec le fait à prouver. Concordants, c'est-à-dire s'ils ne sont pas

détruits par d'autres.

Il n'y a pas là, d'ailleurs, une restriction proprement dite, du moins une restriction de droit; il y a une simple recommandation adressée au juge, et sans sanction possible. En définitive, les indices sont graves, précis et concordants quand le juge les trouve tels; le contrôle de la Cour de cassation ne peut pas s'exercer à cet égard, car il s'agit d'une pure question de fait. Le juge aura obéi à l'article 1353 par cela seul qu'il aura inscrit dans le jugement ou l'arrêt : « attendu qu'il « résulte de présomptions graves, précises et concordantes ». La formule est consacrée; elle satisfait à l'article 1353, mais

elle ne satisfait guère la loi de 1810, qui veut que les jugements soient motivés 1.

2° Ces indices innommés — ce qui est plus important au point de vue pratique — ne sont admissibles comme éléments de conviction que dans les cas où la preuve testimoniale est elle-même recevable, c'est-à-dire sous réserve des deux règles de l'article 1341, sauf les cinq exceptions signalées aux articles 1347 et 1348 °. Il serait illogique d'autoriser l'induction tirée de ces indices variables et innommés, et de repousser l'induction plus pertinente qui a pour base le témoignage. Les deux modes de preuve ne doivent être admis que dans les mêmes cas (article 1353).

Ici la restriction est précise; et le contrôle de la Cour de cassation reparaît. Si une décision était motivée sur des présomptions du fait de l'homme dans un cas où la preuve testimoniale n'est pas admissible, cette décision serait considérée comme non motivée et devrait être cassée pour dé-

faut de motifs.

L'article 1353 ajoute, limitant en quelque sorte la restriction: « à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de « fraude ou de dol ». Cette réserve finale n'a aucune portée; elle n'a puêtre faite que par inadvertance. En effet, le cas prévu est précisément un de ceux où la preuve testimoniale est toujours admissible. Les règles ci-dessus, dit l'article 1348, « reçoivent... exception toutes les fois qu'il n'a pas été pos-« sible au créancier de se procurer une preuve littérale de « l'obligation qui a été contractée envers lui ». Il s'ensuit que les faits de fraude ou de dol peuvent toujours être prouvés par témoins, quel que soit le chiffre des intérêts engagés, car ils sont manifestement de ceux dont on ne peut se procurer une preuve écrite; alors ils doivent être regardés comme pouvant être établis par présomption du fait de l'homme.

Quatrième idée.

962. La loi détermine quelquefois d'office la force probante des preuves ; d'autres fois, elle s'en remet sur ce point à l'appréciation du juge. Dans le second cas, aucune atteinte

Suprà, p. 589.
 Ibid., nº 958.

n'est portée à la liberté de la preuve relativement au juge; sauf l'obligation pour lui de déduire les motifs de la conviction formée et de les insérer dans sa décision. Dans le premier cas, au contraire, la liberté de la preuve reçoit une atteinte formelle.

Les preuves sont donc, à cet égard, de deux sortes. L'éclectisme du système moderne apparaît nettement; le Code, tenant compte de considérations de fait et des besoins de la pratique, a consacré quelques-uns des résultats du système des preuves légales, quelques-uns des résultats du système de la preuve morale.

963. De certaines preuves il appartient au juge d'apprécier en fait la force probante, l'autorité. Le juge du fait est sou-

verain à cet égard.

Sont de ce nombre les preuves suivantes.

1° La preuve testimoniale. Le juge pèse les témoignages, il ne les compte pas. Supposons qu'il y ait dix témoins, neuf d'un avis, un de l'autre; le juge peut accepter le point de vue du témoin unique. Tous sont du même avis; le juge peut récuser les témoignages.

2º Les présomptions du fait de l'homme. Le juge en tient

tel compte que bon lui semble.

964. Des autres preuves le juge n'a qu'à constater l'existence; la force probante est légale. Alors l'autorité de la preuve est non une question de fait, mais une question de droit, sur laquelle s'exerce le contrôle de la Cour de cassation.

Sont de ce nombre les preuves suivantes. 1° Les présomptions légales (article 1352).

2º La preuve littérale.

L'acte est-il authentique, la personne qui l'oppose n'a rien à faire pour en compléter l'effet; la personne à laquelle on l'oppose peut seulement l'attaquer par la voie de l'inscription de faux, au moins toutes les fois que la contestation soulevée met en cause la véracité de l'officier public qui a reçu l'acte. Pourquoi ? La règle est évidemment arbitraire. Le législateur a considéré comme nécessaire qu'il y ait pour les personnes prévoyantes une situation donnant toute sécurité. Seulement, la loi, pour justifier cette autorité qu'elle reconnaît à l'acte authentique, règle la forme de l'acte, la compétence de l'officier public, la responsabilité pénale encourue par lui en cas de fraude.

L'acte est-il sous seing privé, la foi qui y est attachée est moindre. Les parties rédigent les actes sous seing privé elles-mêmes; les fraudes sont donc plus faciles, la responsabilité pénale est moindre. Si l'acte est reconnu par celui à qui on l'oppose, l'article 1312 lui accorde la même foi qu'à l'acte authentique. Mais il suffit que la partie à laquelle l'acte est opposé méconnaisse, dénie la signature, pour que l'autre partie soit mise par là dans la nécessité de faire vérifier cette signature (article 1324); et elle jouera le rôle de demandeur à la procédure en vérification.

3º Le serment (article 1365), au moins le serment décisoire. Car il en est un autre, le serment supplétoire, dont le juge

tient tel compte qu'il veut.

4º Enfin l'aveu (article 1356), sauf qu'il faut le prendre tel qu'il est, et qu'il est indivisible.

965. Telles sont les quatre idées qui dominent le système

du Code en matière de preuve.

Le système consacré par la loi est un système éclectique. Le législateur de 1804 a combiné le système de la preuve morale et celui de la preuve légale, en conservant de l'un et de l'autre ce que la pratique avait consacré, en prenant des précautions pour pallier les inconvénients que l'expérience avait révélés. Le système admis participe du système de la preuve légale ; en effet, les moyens de conviction susceptibles d'être produits sont indiqués limitativement par la loi, et le degré de force probante qui y est attaché est fixé légalement, au moins pour quelques-uns. Il participe du système de la preuve morale ; en effet, sauf exceptions, le juge est chargé d'apprécier souverainement la valeur de l'élément de conviction produit au point de vue de la preuve. Le remède général contre la précipitation, le parti pris ou l'arbitraire est l'obligation toujours imposée au juge de déduire et de formuler les éléments de sa conviction, autrement dit de motiver sa sentence.

Les esprits absolus peuvent critiquer ce système, comme ils critiquent toute transaction. La pratique, quoique gênée quelquefois par lui, le trouve sage et prévoyant.

966. Ces notions générales étant réunies, nous pouvons

maintenant passer à l'étude détaillée des diverses preuves admises.

La division la plus générale est celle qui consiste à distinguer les preuves proprement dites, préconstituées ou non,

des présomptions.

Nous insisterons plus tard sur les différences qui séparent les preuves des présomptions. Contentons-nous pour le moment d'un aperçu provisoire. Les preuves sont des résultats d'induction; l'induction est tirée de faits connus, ayant un rapport direct avec le fait à établir. Les présomptions sont des solutions admises, dans un cas particulier, par déduction d'idées générales, comme répondant à certaines lois naturelles ou à certaines nécessités sociales, sans rapport direct avec le cas particulier.

CHAPITRE II

DES PREUVES PROPREMENT DITES

967. Les éléments de conviction qui constituent les preuves proprement dites sont, d'après l'article 1316, au nombre de quatre : un écrit, le témoignage, l'aveu et le serment.

Mais l'énumération n'est pas complète. Il faut ajouter l'expertise et la visite des lieux, qui sont moins, il est vrai, des preuves proprement dites que des moyens d'investigation par lesquels le juge cherche à s'éclairer. Nous renvoyons, en ce qui les concerne, aux articles 41 et suivants, 295 et suivants, 302 et suivants du Code de procédure.

968. On classe d'ordinaire les preuves en deux catégories : preuves préconstituées et preuves simples. Deux expressions que nous avons déjà rencontrées ², et dont il faut préciser le

sens.

a) La preuve préconstituée est celle qui a été ménagée et établie à l'avance, au moment de la naissance du droit, afin

d'être et de rester à la disposition des parties.

La preuve littérale est la preuve préconstituée par excellence. C'est la meilleure; elle échappe aux chances de corruption et d'erreur, qui rendent si dangereuses les preuves simples; en outre, elle assure la stabilité et, par là, l'efficacité des conventions. Les écrits sont des témoins muets, mais incorruptibles. Aussi la preuve littérale est-elle toujours admissible, en toutes matières, sous la seule réserve qu'elle est soumise à des formes particulières dans certains cas.

Mais il peut y avoir preuve préconstituée sans écriture, dès qu'il y a élément de conviction préparé à l'avance. Citons, par exemple, les tailles, sorte de preuve littérale rudi-

^{1.} Voy. Garsonnet, Traité de procédure, 1ºº édition, II, p. 583 et suiv., pour la descente sur lieux, — III, p. 82 et suiv., pour l'expertise. 2. Suprà, p. 590 et 591.

mentaire, qui consiste en des petites planches de bois sur les-

quelles on fait des coches (article 1333).

b) La preuve simple est celle à laquelle on recourt à défaut de preuve préconstituée, en utilisant comme base d'induction les éléments que les circonstances fournissent actuellement. Les preuves simples sont le témoignage, l'aveu, le serment.

La supériorité de la preuve préconstituée sur la preuve simple est manifeste et non contestée. Si la loi n'admet pas, dans tous les cas, l'emploi des preuves simples, c'est précisément pour inviter les parties à se ménager aussi souvent que possible une preuve préconstituée. Il n'y a pas de meilleure garantie contre la multiplicité des procès.

969. Reprenons successivement chacune des quatre preuves, afin de voir à propos de chacune d'elles : 1° en quoi elle consiste, — 2° dans quels cas et sous quelles conditions elle

est admissible, - 3º quelle en est la force probante.

SECTION I. - La preuve littérale.

970. Elle fait l'objet des articles 1317 à 1340, formant la

section I du chapitre VI.

Les dispositions de la loi sur ce point sont purement réglementaires, et elles ne s'expliquent, pour la plupart, que par des considérations d'utilité pratique. Il suffira de les classer, afin de dégager les aspects principaux du sujet; et la lecture attentive des textes fera le reste.

971. La preuve littérale est celle qui résulte des actes

ou des titres, plus généralement des écrits.

Le mot « acte » est le terme générique. On nomme ainsi tout écrit destiné à constater un fait juridique quelconque. Si l'écrit constate le fait générateur d'un droit, on le nomme plus spécialement titre; s'il constate un fait extinctif, on le nomme plus spécialement quittance; mais ce ne sont là que des termes d'usage, sans portée légale.

Les actes admissibles comme éléments de preuve sont de deux sortes: 1° les actes signés, c'est-à-dire qui n'ont d'autorité qu'à la condition d'être signés, — 2° les actes non signés, qui ont une valeur au point de vue de la preuve

quoique non signés.

§ 1. — Des actes signés.

972. Les actes signés, envisagés comme modes de preuve, sont très divers.

En la forme, ils peuvent être authentiques (articles 1317 et suivants) ou sous seing privé (articles 1322 et suivants).

A d'autres points de vue, ils peuvent être : 1° des originaux ou des copies (articles 1324 et suivants), — 2° des actes primordiaux, ou bien des actes récognitifs ou confirmatifs (articles 1337 et suivants), — 3° des actes ostensibles ou des contre-lettres (article 1321).

Reprenons successivement ces diverses distinctions.

 Distinction des actes authentiques et des actes sous seing privé.

973. Afin de résumer les règles qui concernent ces deux sortes d'actes, nous procéderons par comparaison entre eux.

Faisons d'abord une remarque. A propos des actes authentiques, nous parlerons presque exclusivement, pour simplifier, de ceux qui constatent des conventions, autrement dit des actes notariés. Il en existe une foule d'autres, depuis le procès-verbal dressé par le plus modeste officier de police judiciaire, jusqu'aux actes signés par les premiers fonctionnaires de l'Etat. N'envisageons ici que les actes notariés.

L'acte notarié et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre aux points de vue : 1° des personnes qui les rédigent, — 2° des formalités requises pour leur validité, — 3° de la force probante, — 4° de la foi due à la date, — 5° de

la force exécutoire.

I. L'acte authentique et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre au point de vue des personnes qui les rédigent.

974. L'acte sous seing privé — et son nom vient de là — est rédigé par les parties elles-mêmes. Ou bien il est rédigé par une personne du choix des parties, mais signé par elles.

Il ne faut reconnaître comme actes sous seing privé que les actes proprement dits, c'est-à-dire les écrits dressés en vue de constater quelque chose.

C'est pourquoi les lettres missives confidentielles ne peu-

vent pas être produites en justice, à moins que ce ne soit du consentement de leur auteur et du destinataire ¹. Toutefois, une exception est apportée à ce principe par l'article 324, en matière de filiation ². D'autre part, il est généralement admis que la règle qui interdit de livrer des lettres confidentielles à la publicité des débats judiciaires n'est pas applicable dans les instances en séparation de corps ou en divorce ³.

975. Il est, au contraire, de l'essence des actes authentiques d'être rédigés par un officier public. C'est l'intervention de l'officier public qui donne l'authenticité à l'acte (article 1317).

Ouand il s'agit de conventions, l'officier public est le notaire. Les notaires sont seuls compétents pour constater les contrats quand les parties veulent ou doivent leur donner l'authenticité; ils ont un monopole à cet égard (loi du 25 ventôse an XI, article 1). Mais nous avons déjà dit 4 que la dénomination d'acte notarié n'est pas synonyme de celle d'acte authentique. Il y a d'autres officiers publics que les notaires, par suite il y a d'autres actes authentiques que les actes notariés. Donnent l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent: les maires et adjoints, en ce qui concerne les actes de l'état civil, - les greffiers, quand ils constatent les jugements, et quelques autres actes comme la renonciation à succession (article 793), — les huissiers, en ce qui concerne les significations, — les agents de change, les avoués, les avocats à la Cour de cassation, les fonctionnaires publics dans la limite de leurs attributions.

Il. L'acte authentique et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre au point de vue des formalités requises pour leur validité.

976. En général, l'acte sous seing privé n'est assujetti à

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 760 ter, notes 3 et 12, — Bonnier, Des preuves, II, n° 694; — Cass. 3 février 1873, D. P. 1873.I.467, Sir. 1875. I.313, — 3 mai 1875, D. P. 1876.I.183, Sir. 1875.I.197, — trib. de la Seine 15 novembre 1887, Pandectes françaises périodiques, 1889.II.107, — Paris 16 juin 1888, Gazette des Tribunaux du 22 septembre 1888, — Orléans 14 février 1894, Pandectes françaises périodiques, 1895.II.134.

^{2.} L'élat et la capacité des personnes, tome II, p. 163,

^{3.} Ibid., p. 49. 4. Supra, nº 973.

aucune forme. Il est valable dès qu'il contient les éléments nécessaires en fait pour établir ce qu'il a pour but d'établir; et ces éléments varient selon les contrats.

Cette règle résulte a contrario de ce fait que la loi exige quelques formalités spéciales dans deux cas exceptionnels.

977. La première de ces formalités spéciales est celle dite du double original. Elle est exigée par l'article 1325.

L'original est l'exemplaire d'un acte qui satisfait aux con-

ditions requises pour la validité de cet acte.

« Les actes sous seing privé qui contiennent des conven-« tions synallagmatiques, dit l'article 1325 alinéa 1, ne sont « valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux « qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. » L'alinéa 2 ajoute : « Il suffit d'un original pour toutes les personnes « ayant le même intérêt. » L'original doit être fait double, triple, etc., afin que les parties soient dans des positions égales, et qu'un titre existe aux mains de quiconque peut avoir à invoquer le contrat.

« Chaque original, dit l'alinéa 3, doit contenir la mention « du nombre des originaux qui en ont été faits. » Cette mention a pour but d'établir que la formalité dite du double original a bien été remplie. Sans cette précaution, l'un des intéressés pourrait enlever à l'acte sa validité en supprimant l'original qui est entre ses mains, de sorte qu'il n'y aurait aucune sécurité pour personne; grâce à la mention, chacun des exemplaires de l'original porte en lui-même la preuve

que la formalité a été remplie.

Le défaut de mention peut être opposé comme une cause de nullité. « Néanmoins, dit l'alinéa 4, le défaut de men-« tion que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., « ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la

« convention portée dans l'acte. »

Pour en finir avec l'article 1325, il convient d'observer : 1° que l'article 1 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés, en fait une application, — 2° que l'article 1325 est généralement considéré comme inapplicable en matière commerciale 1.

^{1.} En ce sens: Aubry et Rau, 4º édition, VIII, p. 235, notes 49 et suiv., — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2º édition, III, p. 50, — Lyon 23 novembre 1889, *La Loi* du 4 avril 1890. — *Contrà*: Rouen 23 novembre 1846, Sir. 1847. II. 402.

978. La seconde formalité spéciale est celle dite du « bon et « approuvé ». Elle est exigée par les articles 1326 et 1327.

En règle générale, les actes sous seing privé sont valables par cela seul qu'ils portent la signature des parties. Mais l'article 1326 apporte une exception à cette règle quand il s'agit d'un billet ou d'une promesse « par lequel une seule partie « s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou « une chose appréciable ». Un pareil billet « doit être écrit « en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins « il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un bon « ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la « quantité de la chose ».

Cette formalité a été exigée pour garantir les parties contre le danger pouvant résulter de l'apposition négligente d'une signature. Quelquefois on signe sans lire, soit par laisseraller, soit par précipitation, soit pour marquer sa confiance à la personne qui a rédigé l'acte; or signer sans lire pourrait engager le signataire bien au delà de ce qu'il pense, si l'article 1326 ne lui imposait de préciser lui-même le montant de son engagement en l'énonçant d'une manière expresse.

La formalité du « bon et approuvé » garantit, à plus forte

raison, contre l'abus des blancs-seings.

Le défaut d'accomplissement de cette formalité est une cause de nullité de l'acte. Toutefois, la convention constatée par l'acte n'en est pas moins valable, sauf à être prouvée d'une autre manière ¹.

Terminons par deux observations.

a) L'article 1327 prévoit l'hypothèse où « la somme expri-« mée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au « bon ». Dans ce cas, dit-il, « l'obligation est présumée n'être « que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que « le bon sont écrits en entier de la main de celui qui s'est

^{1.} Cass. 20 octobre 1896, D. P. 1896.1.528, Sir. 1897.I.8. — L'acte peut même servir de commencement de preuve par écrit contre la partie qui l'a signé: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 756, note 83, — Demolombe, Contrats, VI, n° 493, — Laurent, Principes, XIX, n° 530, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 289 bis VI; — Cass. 30 novembre 1894, D. P. 1893.I.283, Sir. 1892.I.78, — 16 février 1892, D. P. 1892.I.248, Sir. 1893.I.409, — Aix 2 décembre 1895, Pandectes françaises périodiques, 1896. II.248, — Orléans 5 mai 1897, Sir. 1897.II.303, Pandectes, 1897.I.318, — trib. de la Seine 22 juin 1898, Pandectes, 1899.II.303, — Cass. 26 octobre 1898 D. P. 1899.I.16, Pandectes, 1899.I.107.

« obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'er-« reur ».

b) La formalité du « bon et approuvé » cesse d'être nécessaire, aux termes du dernier alinéa de l'article 1326, « dans « le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, « vignerons, gens de journée et de service ¹ ».

979. Si l'on excepte ces deux formalités, exigées dans des hypothèses particulières, l'acte sous seing privé n'est assu-

jetti à aucune forme quant à sa validité.

980. L'acte authentique, au contraire, est soumis à des formalités nombreuses nécessaires à sa validité. Il en est ainsi notamment des actes notariés ; ils ne sont valables que s'ils sont rédigés en forme. Cela ressort de l'article 1317 du Code civil, puis des articles 8 et suivants et de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

Ces conditions de validité des actes notariés, en la forme, sont au nombre de trois.

PREMIÈRE CONDITION.

981. Il faut que l'acte ait été reçu par un officier public compétent (article 1317). Et la compétence résulte ici de deux éléments.

Elle résulte, d'abord, de ce que l'acte a été reçu par le notaire dans la limite de ses attributions. Or les notaires n'ont, en principe, compétence que pour recevoir les actes volontaires; exceptionnellement, ils ont quelquefois compétence en ce qui concerne les sommations (article 154).

La compétence résulte, en second lieu, de ce que l'acte a été dressé dans le ressort de la circonscription territoriale du notaire (article 1317). En effet, les notaires ont une compétence territoriale : il y a des notaires de Cour, des notaires d'arrondissement, des notaires de canton. Jadis les notaires de Paris avaient le privilège de pouvoir instrumenter dans toute la France; mais la loi de ventôse les a soumis au droit commun.

^{1.} Cette exception ne s'étend pas, de plein droit, aux femmes de ces individus: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 243, — Demolombe, Contrats, VI, n° 485 et 486,— Laurent, Principes, XIX, n° 260, — Cass. 31 août 1859, D.P. 1859.I.349, Sir. 1860.I.47.

DEUXIÈME CONDITION.

982. Il faut que l'acte passé par le notaire ne concerne pas l'une des personnes auxquelles il est défendu à ce notaire de prêter son ministère (loi de ventôse, articles 8 et 10).

TROISIÈME CONDITION.

983. Il faut que les solennités requises aient été accom-

plies. Et ces solennités sont de deux sortes.

984. Les unes sont exigées à cause de la nature spéciale de l'acte dont il s'agit : donation entre vifs (articles 931 et suivants), contrat de mariage (articles 1394 et suivants), etc. Nous ne pouvons à cet égard que renvoyer aux divers actes et aux explications qui seront fournies à propos de chacun d'eux.

985. Les autres tiennent au caractère même de l'acte notarié. Elles sont relatives notamment aux objets suivants.

1° Les actes notariés doivent être rédigés en langue française (décret du 2 thermidor an II et arrêté du 24 prairial

an X) 1.

2º Les actes notariés doivent être rédigés en minute (loi de ventôse, article 20). La minute est un original, écrit minutis litteris, qui doit rester aux archives du notaire, les parties ne recevant que des expéditions. La rédaction en minute est un moyen d'assurer la conservation de l'acte. La minute étant à la disposition des parties, la formalité du double original, exigée par l'article 1325 quand il s'agit d'actes sous seing privé, se trouve rendue inutile.

Quelquefois, les actes notariés sont rédigés en brevet, c'est-à-dire que l'original est remis aux parties. Il en est ainsi pour certains actes énumérés par l'article 20 in fine de la loi de ventôse; ce sont les actes destinés à n'avoir qu'une

utilité momentanée.

3° Les actes notariés, dit l'article 9 de la loi de ventôse, « seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté « de deux témoins... » Plus il y a de personnes coopérant à la rédaction, plus les garanties de sincérité sont grandes. On a recours à deux notaires dans les localités où il y en a plusieurs, ailleurs à un notaire assisté de deux témoins.

4° L'article 14 de la loi de ventôse ajoute: « Les actes « seront signés par les parties, les témoins et les nôtaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte.

« qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. »

^{1.} Cette exigence est empruntée à l'ordonnance d'août 1539.

5° Indépendamment des quatre formalités précédentes, qui sont prescrites à peine de nullité, il y a des formalités réglementaires extrinsèques, qui sont exigées non à peine de nullité, mais sous la seule sanction de peines disciplinaires (articles 11, 12, 13, 15 et 16 de la loi de ventôse).

986. Parmi ces formalités, il en est une qui a soulevé des difficultés. C'est celle qui consiste dans la présence du notaire

en second ou de deux témoins en tenant lieu.

Cette formalité est ancienne, car elle remonte à une ordonnance de Philippe IV, en date de 1304, fréquemment rappelée dans l'ancienne France et dont on n'a jamais pu assurer le respect. La résistance des notaires étant demeurée irréductible, des arrêts de règlement de 1681 et 1703 finirent par admettre que l'acte pouvait être rédigé par un seul notaire, à charge par lui de le faire signer en second par un confrère.

La loi de ventôse rétablit l'ancienne obligation.

Cependant les notaires continuèrent à rédiger les actes seuls, sauf à les envoyer ensuite chez un confrère, pour y faire apposer une signature de pure forme. Puis on fit de même pour les deux témoins destinés à remplacer le notaire en second dans les localités où il n'y a qu'un notaire : le notaire

recevait l'acte tout seul, et le faisait signer après coup.

Ces pratiques présentaient des inconvénients. D'abord, elles constituaient une violation flagrante de la loi. Ensuite, elles étaient peu morales; on déclarait un acte passé par devant tel notaire et son collègue, quoique le collègue n'eût jamais vu les parties, en présence de tels témoins, quoique ces témoins n'eussent assisté à rien. Enfin, ces pratiques détruisaient toutes les prévisions de la loi; les garanties de véracité disparaissaient et cependant la force probante attachée à l'acte à raison de ces garanties subsistait.

Légalement il y avait une sanction à ces abus dans l'article 68 de la loi de ventôse: « Tout acte fait en contra« vention aux dispositions contenues aux articles.... 9....
« est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les
« parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de
« toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme
« écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a
« lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contreve« nant. » Mais la jurisprudence hésita, tantôt considérant les

actes comme nuls ou non authentiques, tantôt les regardant comme valables sous prétexte qu'ils avaient été passés sur la foi d'une pratique consacrée par l'usage. Cependant, il est manifeste que le nombre des contraventions à une loi ne saurait les légitimer. Aussi la Cour de cassation, par divers arrêts 1, se prononça-t-elle finalement pour la nullité, attendu que l'usage suivi était contraire à la loi et ne pouvait prévaloir contre elle. De sorte que les articles 9 et 68 de la loi de ventôse se trouvèrent remis en pleine vigueur.

Sur ces entrefaites, au moment où la jurisprudence rendait à la loi son empire, une loi vint consacrer l'usage condamné. Les notaires, qui avaient tous plus ou moins cédé à l'usage, protestèrent contre la jurisprudence de la Cour de cassation, faisant valoir que des intérêts graves se trouvaient exposés par un retour aussi complet à une loi tombée en désuétude; et la loi du 21 juin 1843 vint fixer le sens dans lequel il fallait entendre l'article 9 de la loi de ventôse.

Le législateur de 1843 avait le choix entre deux solutions rationnelles: ou bien n'exiger qu'un notaire, ou bien revenir au système de la loi de l'an XI. Or aucune de ces deux so-

lutions n'a prévalu.

L'article 1 de la loi a été rédigé pour calmer les inquiétudes des notaires et des parties : « Les actes notariés passés depuis « la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent « être annulés par le motif que le notaire en second ou les « deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents « à la réception desdits actes. »

Puis les articles 2 et 3 statuent pour l'avenir.

Aux termes de l'article 2 alinéa 1, la présence du notaire en second ou des deux témoins qui en tiennent lieu est exigée à peine de nullité pour certains actes notariés particulièrement importants: actes « contenant donation entre-vifs, « donation entre époux pendant le mariage, révocation de « donation ou de testament, reconnaissance d'enfants natu-« rels, et les procurations pour consentir ces divers actes ».

Mais l'alinéa 2 ajoute : « La présence du notaire en se-« cond ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de

^{1.} Cass. 25 janvier 1841, Sir. 1841.I.105, - 16 novembre 1841, Sir. 1842. I.128.

« la lecture des actes par le notaire et de la signature par les « parties ; elle sera mentionnée, à peine de nullité. »

L'article 3 continue: « Tous autres actes continueront à « être régis par l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, tel « qu'il est expliqué dans l'article 1er de la présente loi. » Les conventions sont au nombre des actes auxquels ce texte s'applique. Elles peuvent être reçues par un notaire et sans témoins, mais à la condition d'énoncer dans l'acte que cet acte a été reçu par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, et de faire apposer ensuite les signatures nécessaires pour donner à cette fausse déclaration l'apparence de la vérité.

Enfin l'article 4 termine ainsi la loi : « Il n'est rien in-« nové aux dispositions du Code civil sur la forme des testa-« ments. »

Législation déplorable. Il fallait adopter l'une ou l'autre des deux solutions rationnelles entre lesquelles on avait le choix ; rien ne pouvait être pire que de consacrer ainsi la

fourberie comme principe légal.

La réforme de cette loi de 1843 s'est fait longtemps attendre. Elle a été réalisée par la loi du 12 août 1902, qui a modisié de la façon suivante l'article 9 de la loi de ventôse : « Les actes notariés pourront être reçus par un seul notaire, « sauf les exceptions ci-après : — 1° Les testaments et les no-« tifications d'actes respectueux resteront soumis aux règles « spéciales du Code civil ; - 2º Les actes contenant donation « entre vifs ou donation entre époux, autres que celles insé-« rées dans un contrat de mariage, acceptation de donation, « révocation de testament ou de donation, reconnaissance « d'enfant naturel, et les procurations ou autorisations pour « consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, re-« çues par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux « témoins. - La présence du second notaire ou des deux té-« moins n'est requise qu'au moment de la lecture de l'acte « par le notaire et de la signature des parties, ou de leurs « déclarations de ne savoir ou de ne pouvoir signer, et la « mention en sera faite dans l'acte à peine de nullité. — 3º Les « actes dans lesquels les parties ou l'une d'elles ne sauront « ou ne pourront signer, seront soumis à la signature d'un « second notaire ou de deux témoins. — Dans le cas ci-dessus « prévu, paragraphe 2, les témoins instrumentaires devront « être français et majeurs, savoir signer et avoir la jouissance « de leurs droits civils. Ils pourront être de l'un ou de l'autre « sexe, mais le mari et la femme ne pourront être témoins « ensemble dans le même acte ¹. »

La loi de 1902 modifie en outre, d'une manière profonde, la plupart des autres dispositions de la loi de ventôse : articles 5, 41, 31, 32, 35 à 44. Quant à la loi du 21 juin 1843, elle est abrogée, à l'exception de l'article 1, adopté en 1843 sous l'empire de préoccupations dont nous avons parlé.

987. Telles sont les trois conditions auxquelles est subordonnée la validité des actes authentiques.

Qu'arrive t-il si quelque irrégularité se produit ?

En ce qui concerne le notaire, l'omission d'une formalité extrinsèque peut donner lieu à des peines disciplinaires. L'omission d'une formalité intrinsèque peut engager la responsabilité du notaire, conformément à l'article 68 de la loi de ventôse.

En ce qui concerne l'acte lui-même, deux hypothèses doi-

vent être distinguées.

S'il s'agit d'un cas où l'authenticité est rigoureusement requise², la convention ne valant que par l'acte et l'acte étant nul, la convention ne se forme pas. Tel est le cas pour la donation entre-vifs, le contrat de mariage, la constitution d'hypothèque.

Dans le cas contraire, autrement dit s'il ne s'agit pas d'un acte solennel, la nullité de l'acte ne met pas obstacle à la validité de la convention, pourvu que les intéressés aient le moyen d'en prouver l'existence autrement qu'au moyen de l'acte nul.

Même, il peut arriver que l'acte, nul en tant qu'acte authentique, soit susceptible d'être invoqué comme acte sous seing privé. D'abord et bien entendu, l'acte authentique, dépourvu de valeur comme tel, vaut comme acte sous seing privé si les parties ont observé les conditions prescrites pour la validité des actes sous seing privé : si l'acte a été signé par

2. Suprà, p. 138 et suiv.

^{1.} Cette dernière disposition a été empruntée par le législateur de 1902 à la loi du 7 décembre 1897, ayant pour objet d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général.

elles, et si elles ont rempli, dans les cas indiqués par les articles 1325 et 1326, les formalités du double original et du « bon et approuvé ». Mais il est invraisemblable que ces conditions soient remplies; car les parties, ayant l'intention de faire un acte authentique, ne suivent pas les formes prescrites pour les actes sous seing privé i. Et il n'arriverait jamais qu'un acte, nul en tant qu'acte authentique, pût être invoqué comme acte sous seing privé, si l'article 1318 n'avait établi une règle particulière : « L'acte qui n'est point au-« thentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, « ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, « s'il a été signé des parties. » Dans les trois cas visés par le texte (incompétence et incapacité du notaire, puis défaut de forme), la signature des parties suffit pour que l'acte puisse être invoqué comme acte sous seing privé, alors même que les formalités prescrites par les articles 1325 et 1326 n'auraient pas été observées 2; l'intervention du notaire et sa signature ont été regardées par le législateur comme une garantie suffisante contre les fraudes et dangers que les formalités des articles 1325 et 1326 ont pour objet de prévenir 3.

III. L'acte authentique et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre au point de vue de la force probante, de la foi due à l'écriture.

- 988. La différence, à ce point de vue, est caractéristique.
- 989. L'acte authentique fait foi de ce qu'il relate jusqu'à ins-

2. Cpr. l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, suprà, p. 607.

3. Aubry et Rau, loc. cit., p. 217 et 218, - Planiol, Traité élémentaire,

1re édition, II, p. 47.

L'intervention du notaire et sa signature étant la raison d'être de la faveur établie par l'article 1318, il faut décider que l'acte reçu par le clerc d'un notaire, en l'absence de ce dernier, ne peut valoir comme acte sous seing privé s'il n'a pas été fait double, même dans le cas où le notaire y aurait apposé sa signature après coup et l'aurait mis au rang de ses minutes. En ce sens: Aubry et Rau, loc. cil., p. 218, texte et note 71, — Demolombe, loc. cit., n° 254,— Laurent, loc. cit., n° 148, — Nancy 5 décembre 1867, D. P. 1868.II.45, Sir. 1868.II.3.— Contrà: Cass. 27 janvier 1869, D.P. 1869.I. 152, Sir. 1870.I.169, — 40 décembre 1884, D. P. 1885.I.66, Sir. 1885.I.166, — Pau 13 juillet 1886, D. P. 1887.II.180, Sir. 1887.II.63.

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 217, notes 67 et 68, — Demolombe, Contrats, VI, n° 246, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 280 bis III, — Laurent, Principes, XIX, n° 417.

cription de faux, c'est-à-dire sans que l'intéressé ait à corroborer l'acte de quelque manière que ce soit, et nonobstant toute preuve contraire qui ne serait pas présentée suivant les formes requises pour l'inscription de faux, formes qui sont indiquées par les articles 214 et suivants du Code de procédure civile ¹.

Jusqu'à inscription de faux, avons-nous dit. Cette formule est consacrée par l'usage. L'idée qu'elle exprime est rendue sous une autre forme par l'article 1319 alinéa 1: « L'acte « authentique fait pleine foi de la convention qu'il ren- « ferme... ». Les rédacteurs de ce texte se sont souvenus qu'ils parlaient de la force probante des actes authentiques à propos des conventions; mais le texte doit être généralisé: l'acte authentique fait pleine foi du fait quelconque qui y est attesté.

On exprime parfois la même idée en disant que « provi-« sion est due au titre authentique ». On entend par là que la personne qui en excipe n'a pas à en établir la sincérité; c'est à la personne à laquelle l'acte est opposé qu'incombe la charge de l'attaquer et d'en démontrer la fausseté.

990. Mais l'acte authentique ne possède cette autorité considérable que sous réserve des deux observations suivantes.

PREMIÈRE OBSERVATION

991. L'acte authentique ne fait preuve jusqu'à inscription de faux que des faits que le notaire affirme avoir été accom-

plis par lui ou s'être passés en sa présence.

La loi ne le dit pas expressément; mais cela résulte de la tradition ² et du plus simple bon sens. La force probante reconnue aux actes authentiques s'explique par l'autorité qui s'attache aux allégations des officiers publics; et cette autorité elle-même se justifie par ce fait que l'officier public s'exposerait, en manquant de véracité, à encourir les peines portées contre le faux en écriture publique par les articles 145 et

^{1.} Voy. Garsonnet. Traité de procédure, 1^{re} édition, II, p. 452 et suiv.
2. Voy. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 755, p. 210 et suiv., — Demolombe, Contrats, VI, n°s 274 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 282 bis IV et suiv., — Laurent, Principes, XIX, n°s 133, 142 et suiv., 451 et suiv., — Cass. 23 juillet 1895, D. P. 1896.I.178, Sir. 1896.I.176, — 10 mars 1896, D. P. 1896.I.201, Sir. 1896.I.493, — 4 janvier 1897, D. P. 1897.I.126, Sir. 1898.I.309, — 45 février 1897, D. P. 1897.I.582, Sir. 1898.I.86, — 25 mai 1898, D. P. 1898, I. 380.

suivants du Code pénal. Or l'affirmation d'un fait que l'officier public sait pertinemment être inexact constitue seule un faux ¹; la peine ne pouvant être prononcée que dans cette limite, la présomption de véracité ne peut pas être étendue davantage ².

992. Quant aux déclarations qui ont été faites par les parties, l'acte authentique qui les énonce n'en fait foi que d'une manière provisoire. La preuve résultant de l'acte peut être écartée par la preuve contraire, dans la mesure où cette preuve ne porte pas atteinte à la véracité de l'officier public.

Encore importe-t-il de distinguer à cet égard. Un acte peut contenir des énonciations plus ou moins nombreuses, suivant le laconisme ou la prolixité de la personne qui le rédige. Les mentions qui peuvent être insérées dans un acte

doivent être divisées en trois catégories.

a) La première catégorie comprend les mentions qui sont relatives à l'objet même de l'acte. Elles forment la partie fixe de l'acte; elles en sont le but et on ne peut pas en supposer l'absence. L'attention des parties a dû nécessairement porter, d'une manière spéciale, sur ces mentions; elles ont été faites d'une façon volontaire et raisonnée. Dès lors, elles font foi.

b) La seconde catégorie comprend les mentions relatives à des faits qui, sans être l'objet même de l'acte, ont un rapport direct avec lui, et que l'on a cru devoir y insérer. Ce ne sont pas des parties dispositives, mais des parties énonciati-

ves de l'acte.

Par exemple, un prêt a été fait, le terme fixé pour le remboursement est échu, et les parties font un acte de renouvellement. Voilà le but de l'acte. Fréquemment on le rédige ainsi : « Primus renouvelle le prêt à intérêt dont le rem- « boursement est échu et dont les intérêts ont été payés jus- « qu'à présent. » Cette mention finale est relative à un fait dont la constatation n'est pas le but que les parties se proposaient en rédigeant l'acte.

Ou bien, dans une quittance, on énonce que le paiement

est fait par mains et deniers du débiteur.

Quelle est la force probante de pareilles mentions? « L'acte, « soit authentique, soit sous seing privé, dit l'article 1320,

1. Garraud, Traité de droit pénal, 2º édition, III, p. 608 et suiv.

^{2.} Voy. l'application que nous avons faite de cette idée à propos des actes de l'état civil : L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 218.

« fait foi.... même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes « énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct « à la disposition. » Ainsi les mentions énonciatives ne font preuve qu'autant qu'il existe un rapport direct entre ces mentions et l'objet de l'acte. La question de savoir si ce rapport existe est une question de fait; pour qu'il soit considéré comme existant, il faut : 1º que la mention énonciative ait avec l'objet de l'acte un rapport tel qu'on puisse les comprendre, les englober dans une même vue, - 2º que la mention ait trait à un fait intéressant les diverses parties et ayant dû, dès lors, provoquer leur attention.

c) La troisième catégorie d'énonciations comprend ce qu'on appelle les énonciations étrangères, n'ayant pas un rapport direct avec l'objet de l'acte. L'esprit ne les prévoit pas par là même qu'il envisage l'objet principal. On peut supposer que les parties, absorbées par les énonciations qui concernent l'objet principal, n'ont pas apporté une attention suffisante aux énonciations étrangères ; les surprises sont à craindre ; aussi l'article 1320 in fine décide-t-il que de telles énonciations « ne peuvent servir que d'un commencement de preuve « par écrit », et nous verrons, sous l'article 1347, quelle peut être l'utilité de ce commencement de preuve 1.

Soit, par exemple, une vente. Primus vend à Secundus le fonds « qui lui provient de telle succession ». Cette dernière mention étant étrangère à l'acte, on ne pourrait pas dire qu'il y a là une preuve que Primus a eu le fonds par succession; il v a seulement un commencement de preuve.

SECONDE OBSERVATION

993. L'article 1319 dit que « l'acte authentique fait pleine « foi de la convention qu'il renferme entre les parties contrac-« tantes et leurs héritiers ou ayants cause ». Cette manière de parler n'est pas exacte. La force probante de l'acte existe erga omnes. Ce qui est relatif et n'a d'existence que dans les rapports des parties contractantes et de leurs héritiers ou avants cause, c'est l'effet de la convention. Encore avonsnous dit qu'il y a beaucoup de distinctions à faire entre les conventions en ce qui concerne leurs effets à l'égard des tiers; de sorte qu'à cet égard même la rédaction de l'article 1319 est trop absolue: car il y a des conventions dont

^{1.} Voy. infrà, p. 624, p. 633, et nº 1042.

l'effet n'est pas limité aux parties et à leurs ayants cause 1.

994. L'acte sous seing privé produit le même effet que l'acte authentique dans deux cas: 1º lorsqu'il est reconnu par le débiteur qui l'a signé, - 2º lorsque le créancier l'a fait reconnaître après une vérification préalable 2. Dans ces deux cas,

l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux.

En dehors de ces deux cas, l'acte sous seing privé n'est tenu pour exact qu'à la condition que celui qui le présente en établisse la sincérité par une vérification (article 1322). Il cesse d'être tenu pour vrai dès que la personne à laquelle on l'oppose le conteste, ce qui met le porteur de l'acte dans l'obligation d'en prouver la sincérité en le faisant vérifier. Provision n'est pas due à l'acte sous seing privé (articles 1323 et 1324).

Dès lors, dans les deux procédures d'inscription de faux et de vérification d'écriture, le rôle de demandeur, avec ses charges, appartient à deux personnes différentes. S'agit-il d'un acte authentique, le rôle de demandeur est joué par la personne à laquelle l'acte est opposé; s'agit-il d'un acte sous seing privé, le rôle de demandeur est rempli par la personne

qui se prévaut de l'acte.

Pour l'une comme pour l'autre action, la force probante disparaît quand l'acte, quel qu'il soit, est déclaré faux. D'autre part, la force probante est suspendue dans l'hypothèse pré-

vue par l'article 250 du Code de procédure civile.

995. Ajoutons enfin que la force probante de l'acte sous seing privé ne s'attache pas sans distinction à toutes les énonciations ou mentions que cet acte peut contenir. La distinction faite précédemment entre les énonciations relatives à l'objet même de l'acte, les mentions énonciatives et les mentions étrangères s'applique aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques. L'article 1320 le dit expressément.

1. Voy. suprà, p. 568 et suiv.

^{2.} Sur la procédure de vérification d'écriture, voy. les articles 193 et suivants du Code de procédure civile. - Cpr. Garsonnet, Traité de procédure civile, 1 . édition, II, p. 440 et suiv.

IV. L'acte authentique et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre au point de vue de la foi duc à la date.

996. Les distinctions sont les mêmes qu'à propos de la

force probante.

997. L'acte authentique, tant que la fausseté n'en est pas établie par l'adversaire, fait foi de sa date comme de son contenu entre les parties, leurs ayants cause, et vis-à-vis des tiers (article 1319). Il fait foi de tout ce qu'il contient, sans restriction, de la date comme du reste.

998. Il en est autrement de l'acte sous seing privé. Il fait foi de sa date dans les mêmes conditions que de ce qu'il contient, autrement dit à la condition que l'écriture en ait

été reconnue ou vérifiée.

Il fait foi de la sorte entre les parties, leurs héritiers ou

avants cause.

Mais, à l'égard des tiers, il ne fait jamais foi de sa date par lui-même. Et la raison d'être de cette règle est facile à deviner; elle a été posée par crainte des antidates, auxquelles il serait trop facile de recourir quand il s'agit d'actes sous seing privé. Il est rationnel de mesurer l'autorité de la preuve aux garanties de sincérité qu'elle offre; on ne peut pas imposer aux tiers une preuve que les parties peuvent avoir combinée contre eux.

999. De là l'article 1328 : « Les actes sous seing privé n'ont « de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, « du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont « souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans « des actes dressés par des officiers publics, tels que procès- « verbaux de scellés ou d'inventaire. »

L'enregistrement consiste dans une mention de l'acte, par extrait, sur un registre public, et dans l'apposition sur l'acte d'un timbre qui constate l'accomplissement de la formalité; l'intervention du fonctionnaire public préposé à la tenue du registre écarte toute possibilité de fraude, et l'acte sous seing privé enregistré peut être considéré, sans péril pour personne, comme faisant foi de sa date à l'égard des tiers au jour de l'enregistrement. Pour la même raison, l'acte sous seing privé peut être regardé sans danger comme faisant foi de sa date à l'égard des tiers du jour où la substance de cet acte a

été constatée dans un acte dressé par un officier public; la véracité de cet officier est suffisamment garantie par la gravité même des peines que lui ferait encourir un faux. Enfin et plus évidemment encore, le décès de l'un des souscripteurs d'un acte sous seing privé est la preuve que l'acte n'a pas pu être dressé postérieurement à cette date, laquelle peut, dès lors, être tenue pour certaine même à l'égard des tiers.

1000. Par tiers il faut entendre ici toutes les personnes qui, n'ayant pas figuré dans l'acte ou n'y ayant point été représentées, possèdent des droits que l'acte compromettrait s'il

pouvait leur être opposé.

Donnons quelques exemples.

1° Aux termes de l'article 1410, « la communauté n'est « tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage « par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte au- « thentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la « même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, « soit par le décès d'un ou plusieurs signataires dudit acte 1 ».

2º Nous avons déjà rencontré ² l'article 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 « en 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. »

Le propriétaire d'un meuble le vend successivement à deux personnes. Laquelle sera préférée? Si l'un des deux acheteurs acquiert de bonne foi la possession du meuble vendu, l'autre sera sacrifié même si le titre de l'acquéreur mis en possession est postérieur en date à celui de l'autre acquéreur. Si aucun d'eux n'a la possession, la préférence sera donnée à l'acquéreur premier en date, autrement dit à celui dont l'acte d'acquisition aura reçu le premier date certaine.

En matière de droits réels immobiliers, l'intérêt de cette

2. Suprà, p. 195 et suiv., - et p. 204.

^{1.} L'article 1410 n'est pas tellement absolu qu'il soit exclusif de tout autre mode de preuve. Ainsi, l'aveu du mari suffit à établir la date certaine antérieure à la célébration du mariage: Cass. 9 décembre 1856, D. P. 1856.I. 452, Sir. 1857.I.353, — Besançon 4 mars 1878, D. P. 1879.II.48, Sir. 1879.II.144.

De même, l'absence d'un titre authentique ou ayant date certaine n'empêche pas le créancier de prouver par témoins la validité et l'antériorité de l'engagement contracté par la femme pour une somme inférieure à cent cinquante francs. Voy. Aubry et Rau, 4° édition, V, § 508, note 19, — Laurent, Principes, XXI, n° 412.

règle a disparu depuis la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. La préférence est établie désormais, en matière

immobilière, par la priorité de transcription 1.

3° Aux termes de l'article 1558 alinéa 4, « l'immeuble « dotal peut... être aliéné... pour payer les dettes de la femme « ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont « une date certaine antérieure au contrat de mariage ».

4° L'article 1743 est ainsi conçu: « Si le bailleur vend la « chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le « locataire qui a un bail authentique ou dont la date est « certaine.... »

1001. Mais l'article 1328 comporte deux exceptions.

D'abord il n'est pas applicable en matière commerciale 2. Puis, même en matière civile, on est d'accord pour ne pas l'appliquer aux quittances, c'est-à dire aux actes constatant une libération. Voici deux hypothèses dans lesquelles l'idée trouve son application. Au cas de saisie-arrêt, les quittances sous seing privé peuvent être opposées au saisissant et font foi de leur date tant que la fausseté de celle-ci n'a point été prouvée par le créancier 3. Au cas de cession de créance, le débiteur cédé peut opposer la quittance au cessionnaire; celle-ci fait foi de sa date jusqu'à ce que la fausseté de cette date ait été prouvée par le cessionnaire. Rigoureusement, l'article 1328 devrait être regardé comme applicable dans ces hypothèses, car il est conçu en termes généraux, mais il n'est pas d'usage de faire enregistrer les quittances, et l'article 1328 est réputé s'appliquer seulement aux actes qu'on a l'habitude de soumettre à l'enregistrement.

1. Suprà, p. 210 et suiv.

^{2.} Sic: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 756, p. 262, — Delamarre et Lepoitvin, Droit commercial, 1, n° 139, — Demolombe, Contrats, VI, n° 581, — Renouard, Faillites, I, p. 521, — Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2° édition, III, n° 58, — VII, n° 478, — Valéry, note dans D.P. 1899.II.65; — Cass. 7 mars 1849, D.P. 1849.1.77, Sir. 1849.1.397, — Douai 49 février 1866, D. P. 1866. V.375, Sir. 1866.II.83, — Alger 18 février 1888, Sir. 1889.II.115, — Lyon 10 août 1888, Sir. 1890.II.113, — Bordeaux 9 mars 1896, D. P. 1899.II.65, Sir. 1899.II.273 (note de M. Wahl).

^{3.} En ce sens: Roger, Saisie-arrêt, n° 568, — Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 756, note 122, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 291 bis IV, — Demolombe, Contrats, VI, n° 551, — Garsonnet, Traité de procédure, 1° édition, III, p. 754; — Lyon 3 juillet 1873, Sir. 1874.II. 227, — Cass. 29 octobre 1890, D. P. 1891.I.475, Sir. 1891.I.305. — Contrà: Laurent, Principes, XIX, n° 324, — Huc, Droit civil, VIII, n° 251, — Balleydier, note sur l'arrêt de Cass. du 29 octobre 1890, dans Sir. loc. cit.

V. L'acte authentique et l'acte sous seing privé diffèrent l'un de l'autre au point de vue de la force exécutoire.

1002. On appelle force exécutoire la propriété que peut avoir un titre de conférer par lui-même le bénéfice de l'exécution forcée. Le créancier dont le titre est exécutoire peut de plano faire saisir les biens de son débiteur; il s'adresse directement à l'huissier qui procède à la saisie. Le propriétaire qui a un titre exécutoire peut se faire mettre manu militari en possession de la chose qui lui appartient. En un mot, le titre exécutoire autorise ipso jure l'emploi des voies d'exécution 1.

La force exécutoire résulte de l'insertion dans l'acte de la formule exécutoire. Elle peut être apposée par les greffiers pour les jugements, par les notaires pour les actes conventionnels. Voici le texte de cette formule : « Le Président de « la République française mande et ordonne à tous huissiers « sur ce requis de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement.., « etc...) à exécution, aux procureurs généraux et aux pro- « cureurs de la République près les tribunaux de première « instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers « de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en se- « ront légalement requis ². »

1003. Or l'acte sous seing privé n'est jamais exécutoire par lui même, les agents d'exécution ne devant pas obéissance à la personne qui l'a rédigé. L'acte sous seing privé ne dispense pas d'obtenir du juge la condamnation du débiteur. Il n'a force exécutoire qu'en ce qui concerne la saisie conservatoire (article 557 C. proc. civ.). Pour le surplus, le créancier ne peut recourir aux voies d'exécution qu'à la condition de commencer par prendre un exécutoire (article 545 C.

proc. civ.).

Au contraire, l'acte notarié, quand il constate des obligations, attribue force exécutoire aux conventions qu'il renferme, en ce sens que le créancier peut recourir tout de suite aux voies d'exécution forcée (loi du 25 ventôse an XI, article 19).

1. Voy. suprà, p. 257 et 258.

^{2.} Cette formule a été fixée par le décret du 2 septembre 1871, article 2.

S'agit-il d'un acte reçu en brevet, cet acte a force exécutoire. L'acte a-t-il été reçu en minute, une seule copie, appelée grosse ¹, possède la force exécutoire : « Les grosses seules « seront délivrées en forme exécutoire, dit l'article 25 de la « loi de ventôse ; elles seront intitulées et terminées dans les « mêmes termes que les jugements des tribunaux. » L'article 26 ajoute : « Il doit être fait mention, sur la minute, de « la délivrance d'une première grosse, faite à chacune des « parties intéressées ; il ne peut lui en être délivré d'autres, « à peine de destitution, sauf une ordonnance du président « du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe « à la minute. »

Mais la règle en vertu de laquelle l'acte authentique a force exécutoire subit deux restrictions.

En premier lieu, les actes notariés n'ont force exécutoire qu'à la condition d'avoir été légalisés dans les cas prévus par l'article 28 de la loi de ventôse. Aux termes de cet article, la légalisation est nécessaire: pour les actes des notaires de Cour d'appel, lorsqu'on veut s'en servir au delà des limites de leur ressort, — pour les actes des autres notaires, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur département. L'article 28 alinéa 2 disait: « La légalisation sera faite par le président du tribunal « de première instance de la résidence du notaire, ou du lieu « où sera délivré l'acte ou l'expédition »; mais, depuis la loi du 2 mai 1861, la légalisation est donnée par le juge de paix qui siège au chef-lieu de l'arrondissement ².

En second lieu, la force exécutoire est suspendue au cas de plainte en faux principal (article 19 alinéa 2 de la loi de ventôse, article 1319 alinéa 2 C. civ.). La suspension se produit de plein droit dans certains cas; dans d'autres, elle est facultative pour le juge et doit être prononcée par jugement 3.

^{1.} Voy. in/ra, p. 622 et 623.

^{2.} Les actes notariés doivent être enregistrés dans des délais qui varient suivant la nature des actes (loi du 22 frimaire an VII, article 20). Mais le défaut d'enregistrement donne lieu au paiement d'un double droit, sans mettre obstacle aux effets de l'acte.

^{3.} En ce qui concerne la suspension de la force exécutoire des actes authentiques, il importe de relever une anomalie. Aux termes de l'article 250 du Code de procédure, l'exercice de l'action publique suspend la force probante de l'acte argué de faux. Aux termes de l'article 19 de la loi de ventôse et de l'article 1319 alinéa 2 du Code civil, la force exécutoire n'est suspendue que par la mise en accusation. Dès lors, un acte peut avoir force exécutoire sans avoir force probante. La proposition contraire se comprendrait, [mais

II Distinction des actes originaux et des copies d'actes.

1004. Cette distinction est faite par les articles 1334 à 1336, On appelle acte original l'écrit dressé au moment où s'est produit le fait juridique, et précisément afin de servir à prouver ce fait dans l'avenir. La copie est la reproduction de l'original, faite afin d'en faciliter aux intéressés la production et de conjurer éventuellement les risques de perte 1.

1005. Les copies ne méritent pas foi par elles-mêmes. Elles peuvent être l'occasion d'erreurs matérielles, de surprises volontaires ou involontaires. Il y a lieu de s'en méfier,

au moins dans certains cas.

Des distinctions s'imposent, et l'idée générale qui domine ces distinctions est la suivante. En principe, l'original seul fait foi ; la copie n'a de valeur que comme représentation de l'original ; dès que la fidélité de la reproduction est révo-

quée en doute, la copie perd toute espèce de valeur.

1006. De cette idée générale découle une première règle. Tant que l'original subsiste, la copie n'a de valeur que si la personne à laquelle on l'oppose consent à ne pas en nier l'exactitude; si la négation se produit, l'original seul mérite créance et il faut le représenter. C'est ce que dit l'article 1334: « Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne « font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la repré« sentation peut toujours être exigée. »

Dans ces conditions, à quoi sert une copie? A deux choses. 1° Si elle est fidèle, il n'est pas probable que la personne à

laquelle on l'oppose la récuse.

2º Souvent, on peut s'assurer à l'avance que le débiteur n'exigera pas la représentation de l'original. On n'a pour cela

celle-ci est un non-sens. Le Code civil aurait dû s'occuper simplement de la force probante et le Code de procédure de la force exécutoire; or c'est l'inverse qui s'est produit. La force exécutoire est vaine, dépourvue d'effet, sans la force probante; on ne comprendrait pas qu'on exécutât un acte qui ne

fait pas foi de son contenu.

^{1.} Il importe d'éviter ici une confusion. De ce qu'un acte est reproduit plusieurs fois, il ne faut pas conclure qu'il y ait des copies. Si chacun des écrits dressés remplit toutes les conditions voulues pour se suffire à lui-même, ces écrits sont tous des originaux du même acte ; l'article 1325 fournit un exemple (suprà, p. 603). Il semble, au premier abord, qu'il ne puisse jamais y avoir qu'un seul original, tous les autres actes qui le reproduisent n'étant que des copies ; mais on entend ici par original tout exemplaire qui satisfait aux conditions requises pour la validité de l'acte.

qu'à faire tirer la copie avec le consentement réciproque et constaté des deux parties; celles-ci se trouvent dès lors liées, par application de l'article 1134, aux termes duquel « les « conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux

« qui les ont faites ».

Une seule exception est apportée par la loi à la règle que formule l'article 1334. Elle concerne les copies des actes de l'état civil et résulte de l'article 45 : « Les extraits déli- « vrés conformes aux registres et légalisés par le prési- « dent du tribunal de première instance ou par le juge qui le « remplacera feront foi jusqu'à inscription de faux. » Nous avons indiqué précédemment la raison d'être de cette exception apportée au droit commun ¹.

Sauf cette exception, la règle subsiste. La copie, si l'ori-

ginal existe, n'a qu'une force probante facultative.

1007. Aussi la loi, quand elle fixe la valeur probante des copies, ne se place-t-elle pas dans l'hypothèse où l'original existe, mais dans celle où il est perdu. « Lorsque le titre « original n'existe plus, dit l'article 1335, les copies font foi « d'après les distinctions suivantes... »

Supposons donc que l'original d'un acte ait été perdu et qu'une partie présente, à l'appui de son droit, une copie de

cet acte.

Elle devra d'abord, bien entendu, prouver la réalité de la perte de l'acte original.

Une fois cette preuve faite, la copie pourra faire foi, mais

seulement d'après certaines distinctions.

1008. Quelles sont les distinctions à faire?

La force probante des copies varie suivant leur forme. Il y a des copies qui font même foi que l'original; il y en a qui ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit; il en est enfin qui ne peuvent être admises qu'à titre de simples renseignements.

A. Copies faisant même foi que l'original.

Il en existe quatre espèces.

1º Les grosses ². La grosse est la première copie d'un acte rédigé en minute. On la nomme ainsi parce qu'elle est écrite

2. Cpr. suprà, p. 620.

^{1.} Voy. L'élat et la capacité des personnes, tome I, p. 220 et suiv.

en gros caractères, par opposition à la minute, qui est écrite en petits caractères, *minutis litteris*. Le mot « grosse » est employé dans les pays du midi; on dit plutôt » première ex-« pédition » dans les pays du nord. La grosse est destinée à être revêtue de la formule exécutoire.

Elle fait foi complète. Règle bien naturelle, car la grosse est le seul titre qui soit remis aux parties, la minute restant chez le notaire; sous peine de diminuer beaucoup l'autorité des actes notariés, il fallait accorder à la grosse la même foi qu'à l'original. D'ailleurs, il y a peu de chances d'erreur ou d'altération volontaire. « Les grosses ou premières expédi- « tions, dit l'article 1335-1°, font la même foi que l'origi- « nal... »

2° Les copies en forme. L'article 1335-1° ajoute : « Il en « est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité « du magistrat, parties présentes ou dûment appelées... » Les copies visées par ce texte sont les secondes grosses. En principe, il n'est jamais délivré qu'une seule grosse de l'acte rédigé en minute. Toutefois, les articles 844 et 845 du Code de procédure autorisent exceptionnellement la délivrance d'une seconde grosse et déterminent les formes dans lesquelles cette délivrance peut avoir lieu; la partie qui veut l'obtenir doit présenter « à cet effet requête au président du « tribunal de première instance; en vertu de l'ordonnance « qui interviendra, elle fera sommation au notaire pour faire « la délivrance... » Cette surveillance de l'autorité judiciaire est une garantie suffisante d'exactitude.

Si le notaire refuse de délivrer la seconde grosse réclamée, il peut y être contraint au moyen de la procédure organisée par les articles 839 et suivants du Code de procédure.

3º Les copies tirées par la volonté des parties présentes, veillant elles-mêmes à leurs intérêts. Les parties ne laisseront pas opérer d'altérations ; d'ailleurs, en fût-il autrement, les parties sont libres de modifier leurs conventions primitives.

Que la force probante de ces copies soit égale à celle de l'original, cela résulte de l'article 1335-2°. Ce texte s'occupe, comme nous le verrons bientôt, des copies tirées sans l'autorité du magistrat et sans le consentement des parties, et il ne les considère comme équivalentes à l'original, au point de vue de la force probante, qu'à certaines conditions; d'où l'on

peut conclure que les copies tirées par la volonté des parties présentes ont en principe la même force probante que l'original.

Au cas de refus du notaire, les parties ont recours à la procédure des articles 839 et suivants du Code de procédure.

4° Les copies tirées depuis plus de trente ans par le notaire dépositaire de la minute (article 1335-2° alinéas 1 et 2). Il faut lire: plus de trente ans avant l'usage que les intéressés veulent faire de la copie. La falsification, s'il y en a eu une, ne peut pas avoir été préméditée; on ne prépare pas une fraude de si loin.

B. Copies pouvant servir de commencement de preuve par écrit.

L'utilité de ce commencement de preuve est indiquée par les articles 1347 et 1367. L'existence d'un commencement de preuve par écrit autorise l'usage de la preuve testimoniale au-dessus de cent cinquante francs, et du serment supplétoire¹.

Les copies pouvant servir ainsi de commencement de preuve sont de trois espèces: 1º les copies tirées depuis moins de trente ans par le dépositaire légal de la minute (article 1335-2º alinéa 3), — 2º les copies tirées, à quelque époque que ce soit, par un autre que par le dépositaire légal (article 1335-3º), — 3º les reproductions sur des registres, dans les cas et sous les trois conditions indiqués par l'article 1336.

C. Copies ne pouvant être admises qu'à titre de simple renseignement.

L'utilité qu'elles présentent ressort des articles 1353 et 1367. Ce sont celles qui sont tirées sur de précédentes copies. Plus on s'éloigne de l'original, plus les chances d'altération volontaire ou involontaire sont à craindre (article 1335-4°).

III. Distinction des actes primordiaux et des actes récognitifs ou confirmatifs.

1009. Nous n'avons guère, à cet égard, qu'à extraire quelques définitions des articles 1337 à 1340.

^{1.} Voy. suprà, p. 614, - infrà, p. 633, et nº 1042.

- 1010. L'acte primordial n'est pas autre chose que l'acte initial, celui qui a été rédigé à l'origine, l'acte primitif. On l'appelle original quand on l'oppose aux copies ¹, primordial quand on l'oppose aux actes récognitifs ou confirmatifs. Pure affaire d'usage.
- 1011. L'acte confirmatif est celui qui est dressé pour constater la confirmation ou ratification d'une obligation annulable ou rescindable (article 1338).
- 1012. Nous avons vu précédemment ², sous les articles 1108 et suivants, dans quels cas une convention est susceptible de confirmation et de quelle manière la confirmation peut se faire. Les conventions peuvent être confirmées quand elles sont annulables, non quand elles sont nulles. Et la convention annulable peut être confirmée de trois manières: 1° tacitement, par l'exécution volontaire (article 1338 alinéa 2), 2° virtuellement, par l'expiration du délai pendant lequel l'action en nullité est recevable (articles 1115 et 1304), 3° expressément, lorsque la personne qui pouvait l'attaquer renonce à l'action ouverte à son profit.

Cette renonciation peut intervenir dans une forme quelconque; et le fait qu'elle est intervenue peut être prouvé conformément au droit commun en matière de preuve. Souvent, afin de rendre la preuve plus facile et plus sûre, la convention de renonciation est constatée par écrit, dans un acte confirmatif.

Pour éviter les surprises possibles et à titre de précaution, l'article 1338 alinéa 1 soumet l'acte confirmatif à certaines prescriptions de forme : « L'acte de confirmation ou ratifica- « tion d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action « en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y « trouve la substance de cette obligation, la mention du motif « de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur « lequel cette action est fondée. »Il s'agit d'abdiquer un droit important; la loi exige que la volonté de faire cette abdication soit indiquée d'une manière nette.

1013. Une fois l'acte confirmatif passé, quels effets produit la confirmation? L'article 1338 alinéa 3 répond : « La confirma- « tion.... emporte renonciation aux moyens et exceptions

^{1.} Voy. suprà, nº 1004.

^{1.} Suprà, p. 164 à 166, - p. 553 et suiv.

« que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice « néanmoins du droit des tiers. »

Ce texte renferme une partie très claire. La confirmation efface le vice dont la convention annulable était entachée, de telle sorte que la convention vaut comme si ce vice n'avait jamais existé; en conséquence, l'intéressé ne peut plus ni agir par voie d'action pour faire tomber la convention, ni opposer par voie d'exception le vice dont la convention était entachée, afin de se soustraire aux poursuites de la personne qui réclame l'exécution.

Mais le texte ajoute une restriction beaucoup moins claire : « sans préjudice... du droit des tiers ». Essayons de détermi-

ner le sens exact de ces mots.

La partie qui renonce à l'action en nullité ou en rescision, autrement dit la partie qui confirme, se dessaisit d'un droit que la convention primitive lui avait laissé. Ainsi, je vends un immeuble, et la vente est entachée d'un vice du consentement, par exemple d'une lésion; la vente existe; néanmoins j'ai le moyen de la faire tomber, et, si j'exerce mon action, je n'aurai pas vendu; de sorte que l'acte confirmatif est une cession du droit conditionnel qui me restait, cession qui affermit, en le complétant, le droit déjà cédé.

Or, pour que je cède efficacement ce droit conditionnel, il faut que je l'aie conservé; si je l'ai cédé à un tiers, je ne puis plus compléter le droit de mon acheteur. Par exemple, Primus, qui est mineur, vend un immeuble à Secundus; la vente est annalable. Devenu majeur, il le vend à Tertius; cette seconde vente est valable. Puis il confirme la première. La confirmation rétroagissant en principe, Secundus serait acheteur complet et pourrait évincer Tertius; mais la confirmation n'a pas été possible, parce que Primus, à l'époque où elle a eu lieu, était complètement dépouillé de son droit sur l'immeuble. Or, s'il était libre de renoncer à une faculté qui lui était propre, il ne pouvait pas enlever à un tiers les droits que celui-ci possédait.

Si, dans l'intervalle entre l'acte et sa confirmation, l'immeuble a été grevé d'une servitude, la confirmation est valable, mais Secundus devra respecter la servitude établie.

En résumé, la confirmation n'opère que sous réserve des droits valables qui auraient pu être constitués au profit de tiers sur l'objet du contrat, entre la convention primitive et la ratification. A moins, bien entendu, que les tiers ayant acquis ces droits n'adhèrent à la confirmation, cas auquel ils ne sont

plus des tiers.

1014. L'acte récognitif a un tout autre caractère. Il intervient pour constater une reconnaissance. L'acte primordial est celui qu'on a rédigé lors de la formation du contrat. L'acte récognitif est nécessairement postérieur; il ne diffère même

du premier que par la date.

L'acte récognitif se distingue de la copie. Celle-ci reproduit l'acte uniquement pour en faciliter l'usage. L'acte recognitif le reproduit afin de ménager une nouvelle existence à un titre que la prescription menace; il rajeunit le titre primitif. C'est l'idée qu'exprime l'article 2248: « La prescription « est interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou « le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescri- « vait. » Et l'article 2263 fournit une application: « Après « vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une « rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre « nouvel à son créancier ou à ses ayants cause. »

1015. En principe, l'acte récognitif ne dispense pas de représenter l'acte primordial, pas plus que la copie ne dispense de représenter l'original. L'acte primordial contient la convention ; l'acte récognitif rajeunit le titre ; c'est toujours le

titre primitif qui est la source du droit.

Ce principe est formulé par l'article 1337 alinéa 1 : « Les « actes recognitifs ne dispensent point de la représentation du « titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spéciale- « ment relatée. » L'alinéa 2 ajoute : « Ce qu'ils contiennent « de plus que le titre primordial, ou qui s'y trouve de diffé- « rent, n'a aucun effet. » Enfin l'alinéa 3 s'exprime ainsi : « Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances confor- « mes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente « ans de date, le créancier pourrait être dispensé de repré- « senter le titre primordial. »

Ces règles sont prévoyantes. L'usage des actes récognitifs présente, en effet, des dangers graves, que le législateur a dû

s'efforcer de conjurer.

4° Si le titre récognitif était suffisant, on pourrait parvenir à faire disparaître le vice d'un contrat au moyen d'une reconnaissance pure et simple. Or tel ne doit pas être le but d'un acte récognitif, dont l'objet propre est d'interrompre la prescription et non de permettre des surprises.

2º La loi craint qu'on ne parvienne à supposer un titre fait à une époque où il était possible de le faire, alors que cette

possibilité n'existe plus.

3° La loi craint que le débiteur, en payant, ne retire pas la reconnaissance et ne prenne que le titre primordial, ce qui laisserait possible une nouvelle action. En exigeant la pro-

duction des deux actes, on supprime ce danger.

4° La loi craint que les intéressés, usant d'adresse, ne fassent inscrire dans l'acte récognitif des clauses nouvelles. On apporte, à signer une reconnaissance, moins d'attention qu'à signer un titre primordial; il semble qu'on ne change pas sa position; l'adresse et la fraude peuvent aisément profiter de ces dispositions. C'est au moyen de pareils procédés que beaucoup de seigneurs, sous le régime féodal, parvinrent abusivement à augmenter les redevances qui leur étaient dues ¹. Or celui qui fait une reconnaissance entend constater ce qui est, mais non pas créer ce qui n'était pas, ou modifier ce qui était : non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solum animo recognoscendi, unde simplex titulus novus non est dispositorius ².

De là les deux règles posées par l'article 1337: 1° la production de l'acte récognitif ne dispense pas de produire l'original, — 2° ce que l'acte récognitif contient de plus ou de différent est nul, à moins que l'intention de faire une novation

n'apparaisse.

1016. Notons pour terminer que ces deux règles ne sont pas toujours applicables. Il est des cas où les dangers signalés ne sont pas à craindre, et où, dès lors, les précautions sont

superflues: le titre récognitif fait foi à lui seul.

Îl fait foi à lui seul s'il relate la teneur du titre primordial (article 1337 alinéa 1). Cela garantit que le débiteur a agi en connaissance de cause. Cette relation est la reproduction littérale du titre; de sorte qu'on se trouve en présence d'une copie sur l'acte valant preuve, et d'une reconnaissance.

Il fait foi de la même manière s'il est fortifié par d'autres titres récognitifs dont l'un a plus de trente ans, et si, en outre, le porteur du titre est en possession (article 1337). On ne prépare pas de fraudes de si loin ; la longue possession

est une garantie de sincérité.

^{1.} Sur les actes récognitifs dans l'ancien droit, voy. Dalloz, Répertoire, v° Obligations, n° 4441 et suiv., — v° Propriété féodale, n° 427 et suiv. 2. Dumoulin, cité par Pothier, Obligations, n° 744.

III. Distinction des actes ostensibles et des contre-lettres.

1017. La distinction est faite par l'article 1321.

Au sens grammatical et courant du mot, on appelle contrelettre tout écrit rédigé contre un autre, qui vient en modifier un autre. Les articles 1396 et 1397 prennent l'expression en ce sens.

Mais elle est employée d'ordinaire, et particulièrement par l'article 1321, dans une acception plus étroite. On entend par contre-lettre un acte destiné à demeurer secret, et par lequel on déroge, en tout ou en partie, à un acte ostensible. L'expression « contre-lettre » désigne alors : 1° la convention dérogatoire elle-même, — 2° l'écrit qui la constate.

1018. L'article 1321 dit: « Les contre-lettres ne peuvent « avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles

« n'ont point d'effet contre les tiers. »

Le texte ne distingue pas suivant que l'acte ostensible est authentique ou sous seing privé. Sans doute l'article 1321 est placé au paragraphe du titre authentique, et cela parce que la contre-lettre est plus usitée en pareille matière; mais cela n'a rien d'exclusif: la théorie des contre-lettres figure ici comme complément de ce que nous avons dit sur les deux catégories d'actes.

1019. Ainsi envisagée, la contre-lettre comporte bien des

applications.

D'abord, on s'en sert pour modifier le caractère apparent d'un acte, pour lui rendre son vrai caractère. Par exemple, la contre-lettre efface le caractère onéreux de l'acte patent, et manifeste qu'il s'agit d'une libéralité qu'on a voulu faire en secret (article 911). Ou bien et en sens inverse, la contre-lettre corrige une libéralité apparente en imposant une charge au prétendu donataire.

En second lieu, la contre-lettre est employée pour éviter dans l'acte ostensible des détails inutiles. Elle intervient particulièrement de la sorte dans les contrats de mariage, pour contredire la quittance de la dot donnée dans l'acte

ostensible.

Enfin, les particuliers trouvent dans la contre-lettre un moyen d'éluder les droits d'enregistrement. Les droits, pour les ventes d'immeubles, sont de 7 0/0, outre décimes ; la

^{1.} Loi du 22 avril 1905, article 2.

vente d'un immeuble de cent mille francs est passible d'un droit principal de sept mille francs. Dans l'acte ostensible, on indique que l'immeuble vaut quatre vingt mille francs, ce qui permet de ne payer que cinq mille six cents francs.

En définitive, la contre-lettre est un acte destiné à rester secret et à déroger aux conventions portées dans l'acte ostensible, soit pour en changer la nature, soit pour en modi-

fier les clauses de détail.

1020. La loi doit-elle reconnaître les contre-lettres, surtout les valider?

Elles impliquent toujours un détour, un déguisement, quelquesois une fraude. Pourquoi les admettre? Aussi la loi du 22 frimaire an VII les proclamait-elle nulles à tous les points de vue, au moins dans un cas spécial, établissant même une amende pour le cas où une contre-lettre viendrait à être découverte (article 40).

L'article 1321 modifie cette loi et admet les contre-lettres, mais en en limitant l'effet. Il est impossible de les empêcher; d'ailleurs, elles sont parfois légitimes et avouables.

Cinq règles résument ce qu'il est indispensable de savoir

sur ce point.

1° Si les parties ont eu recours à une contre-lettre pour faire une dissimulation frauduleuse, notamment en ce qui concerne le caractère véritable de l'acte ostensible, on tient compte de la contre-lettre pour redresser les faits. Par exemple, si une donation a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou faite à une personne interposée afin de gratifier un incapable, la contre-lettre établissant la dissimulation pourra être invoquée à l'effet de faire déclarer nulle la libéralité (article 911). L'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII énonce une règle analogue en matière d'enregistrement.

2° Les contre-lettres produisent un effet complet entre les parties et leurs héritiers ou ayants cause, à leur profit et con-

tre eux. C'est l'application directe de l'article 1321.

3° Elles produisent également un effet complet au profit des tiers; et il faut entendre ici par tiers tous les ayants cause à titre particulier. Soit, par exemple, un acte ostensible de vente portant que le prix est de quatre-vingt mille francs, et une contre-lettre établissant que le prix véritable est seu-lement de cent mille francs. Les créanciers du vendeur peu-

vent, au moyen de l'article 1166, se prévaloir de la contrelettre à l'effet de contraindre l'acheteur à payer cent mille francs.

4° A l'encontre des tiers, en tant que la contre-lettre leur nuirait, l'acte ostensible peut seul être invoqué. Ils ne connaissent que l'acte ostensible, et on les traite en conséquence, sans quoi leur attente serait trompée. Soit, par exemple, une vente d'immeuble, puis une contre-lettre la déclarant fictive; l'acheteur, exhibant l'acte ostensible, a obtenu d'un tiers un prêt moyennant une hypothèque constituée sur l'immeuble. L'hypothèque est-elle valable? Si le vendeur le conteste en s'appuyant sur la contre-lettre, le créancier hypothécaire pourra répondre victorieusement que la contre-lettre ne lui est point opposable.

5° En matière de cession d'offices ministériels, la jurisprudence décide que les contre-lettres sont nulles et rendent nuls les traités qu'elles modifient ¹. Cette nullité étant d'ordre public, la contre-lettre ne peut pas même donner naissance à une obligation naturelle ², et l'acquéreur qui a payé le supplément de prix en vertu du traité secret est recevable

à le répéter contre son vendeur 3.

§ 2. — Des actes non signés.

1021. Indépendamment des actes signés, que nous venons de passer en revue, il existe un certain nombre d'actes qui valent preuve, dans une mesure déterminée, bien qu'ils ne soient pas signés.

Ce sont: 1º les livres de commerce, — 2º les registres et

^{1.} Voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Office, n° 45 et suiv., — Pandecles françaises alphabétiques, v° Office, n° 230 à 330.

^{2.} Voy. suprà, p. 336.
3. Cass. 3 janvier 1849, D. P. 1849.I.139, Sir. 1849.I.282, — 21 janvier 1853, D. P. 1853.I.217, Sir. 1853.I.349, — 28 mai 1856, D. P. 1856.I.377, Sir. 1856. I.587, — Metz 29 mars 1859, Sir. 1859.II.541, — Cass. 13 juillet 1885, D. P. 1886.I.263, Pandectes françaises périodiques, 1886.I.23, — trib. de la Seine 23 février 1889, ibid., 1890, II.41, — Bourges 18 novembre 1890, D. P. 1892. II.21, — Nancy 27 janvier 1894, D. P. 1893.II.93, Sir. 1894.II.69, Pandectes françaises périodiques, 1895.II.46, — Cass. 18 mars 1895, D. P. 1895.I.346, Sir. 1896.I.11, — Lyon 19 février 1896, Journal du notarial, 1896, p. 568, — Caen 14 mars 1898, ibid., 1898, p. 403, — Paris 29 novembre 1899, D. P. 1903.II. 197, Sir. 1901.II.121, Pandectes françaises périodiques, 1900.II.44, — Dijon 3 avril 1900, D. P. 1902.II.41 (note de M. Glasson), — trib. de Largentière 28 juin 1900, Le Droit du 29 juillet.

papiers domestiques, — 3° les énonciations mises après coup sur les actes, — 4° les tailles.

Il en faut rapprocher certains signes employés dans l'usage pour établir certains faits juridiques: les bornes qui marquent les limites des champs, les marques de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté. Si l'écriture n'est pas autre chose que l'expression matérielle de l'idée, tous ces signes, exprimant l'idée, sont de véritables écritures.

Enfin il existe, en matière commerciale, quelques modes particuliers de preuve littérale. Mais nous ne pouvons que renvoyer sur ce point à l'article 109 du Code de commerce et aux commentaires de ce Code ¹.

Ne nous occupons ici que des quatre espèces d'actes non signés que nous avons énumérés plus haut. Encore allonsnous donner seulement quelques indications générales, laissant de côté les détails, qui présentent sans doute un certain intérêt pratique, mais sont dépourvus d'importance doctrinale.

I. Les livres des commerçants.

1022. Les articles 1329 et 1330 y sont consacrés 2.

L'obligation de tenir des livres est imposée aux commercants par l'article 8 du Code de commerce.

Ces livres retracent au commerçant le mouvement de ses affaires, le progrès ou le déclin de ses opérations, l'avertissent qu'il est temps de s'arrêter ou de prendre une autre voie; toutes indications utiles pour lui et pour les autres. De plus, les livres servent au commerçant à justifier sa conduite auprès de ses créanciers en cas de faillite.

Aussi la tenue des livres est-elle obligatoire. S'ils ne sont pas tenus, ou s'ils sont mal tenus, le commerçant est privé d'un moyen de preuve facile et précieux que les livres lui procurent, — puis il s'expose, en cas de faillite, à être poursuivi comme banqueroutier (article 586-6° C. com.).

L'article 11 du Code de commerce prescrit certaines formalités en vue de rendre toute fraude impossible.

1023. Cela dit, quelle est l'autorité des énonciations contenues dans les livres des commerçants ?

La loi distingue deux hypothèses.

^{1.} Voy. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 2° édition, III, p. 44 et suiv.

^{2.} Voy. ibid., I, p. 254 et suiv.

La première est celle où une contestation surgit entre deux commerçants pour faits de commerce. Aux termes de l'article 12 du Code de commerce, les livres peuvent être admis par le juge pour faire preuve; cette admission est facultative pour le juge. Si les livres des deux parties sont conformes, le témoignage qui en résulte est suffisant; s'ils sont contraires, ils se neutralisent, et le juge doit chercher ailleurs un moyen de conviction.

La seconde hypothèse est celle où une contestation s'élève entre un commerçant et un non-commerçant pour faits de commerce.

Les livres font preuve contre le commerçant au profit du non-commerçant, dit l'article 1330; la seule réserve est la suivante : « celui qui en veut tirer avantage ne peut les di-« viser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. » Seulement la règle d'après laquelle les livres font foi contre le commerçant a un caractère exceptionnel, de sorte qu'elle ne doit point être appliquée en dehors des cas précis pour lesquels elle a été édictée. Les livres des commerçants font preuve en ce qui concerne les faits de commerce et les fournitures de marchandises; hors de là, ils peuvent tout au plus servir de commencement de preuve autorisant l'usage de la preuve testimoniale au-dessus de cent cinquante francs et le serment supplétoire ¹.

Inversement, les livres ne font pas preuve au profit du commerçant contre le non-commerçant, dit l'article 1329. On ne peut pas se créer un titre à soi-même; le non-commerçant, qui n'a pas de livres, ne pourrait pas contredire avec un avantage égal les preuves de son adversaire; l'assertion écrite ne vaut pas plus que l'assertion verbale, sans quoi la mauvaise foi arriverait toujours à ses fins. Le texte ajoute: « sauf ce qui sera dit à l'égard du serment »; les livres peuvent servir au commerçant de commencement de preuve

l'autorisant à déférer le serment supplétoire 2.

II. Les registres et papiers domestiques.

1024. L'article 1331 en détermine la force probante, mais n'en précise pas la nature. On désigne sous ce nom tous les écrits que les particuliers rédigent pour aider leurs propres souvenirs. Tout homme soigneux tient des papiers de ce

^{1-2.} Voy. suprà, p. 614 et 624, — infrà, nº 1042.

genre, afin de constater ce qu'il doit et ce qui lui est dû.

En principe, les registres et papiers domestiques sont de simples renseignements: « Ils ne font point un titre pour « celui qui les a écrits », dit l'article 1331. Mais si j'ai tenu des papiers et si j'y ai inséré des énonciations qui me sont défavorables, ma bonne foi ne peut pas être suspectée; ces papiers peuvent être admis à faire foi contre moi.

Il en est ainsi, aux termes de l'article 1331-1°, « dans tous « les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ». Par exemple il y est dit que le prêt consenti par moi à *Primus* a été remboursé tel jour ; cela constitue un aveu écrit.

Il en est de même, aux termes de l'article 1331-2°, « lors-« qu'ils contiennent la mention expresse que la note a été « faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au

« profit duquel ils énoncent une obligation ».

En résumé, la force probante des registres et papiers domestiques n'est pas sans analogie avec celle des livres de commerce, Mais une différence importante les sépare. Les registres des commerçants peuvent être écrits par un commis; au contraire, les registres et papiers domestiques n'ont de valeur qu'à la condition d'avoir été écrits par la personne même contre laquelle on prétend trouver dans ces papiers la reconnaissance ou la preuve d'un droit 1.

III. Les énonciations mises après coup sur les actes.

1025. L'article 1332 est ainsi conçu : « L'écriture mise par « le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est « toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée « ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du « débiteur. — Il en est de même de l'écriture mise par le « créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double « d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit « entre les mains du débiteur. »

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 758, p. 276, — Demolombe, Contrats, VI, n° 632, — Laurent, Principes, XIX, n° 345, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 295 bis I, — Cass. 9 novembre 1842, Sir. 1843.1.704. Mais il en est autrement si les registres sont tenus ou les notes écrites par un mandataire chargé de ce soin. Ainsi, les registres d'un notaire sont considérés comme son œuvre personnelle et peuvent lui être opposés pour établir qu'il a reçu les sommes qui s'y trouvent portées, encore que l'écriture soit de la main de son clerc: Cass. 11 juin 1872, D. P. 1872.I. 464, Sir. 1872.I. 261,

Le titre est l'acte qui constate le fait générateur du droit; il est, entre les mains du créancier, un moyen de faire valoir son droit. Si le créancier mentionne sur ce titre même que le paiement a été effectué, il paralyse l'effet du titre, car on ne peut pas supposer que le créancier ait fait une pareille mention sans avoir été payé. De là la disposition du premier alinéa de l'article 1332.

Mais l'effet de la mention faite par le créancier ne se produit que si l'acte est toujours resté en la possession du créancier et a été destiné par celui-ci à rester en sa possession. Si l'acte a été destiné à passer entre les mains du débiteur, la mention de la libération du débiteur est dépourvue de valeur tant que la condition à laquelle cette mention est subordonnée ne s'est pas produite, autrement dit tant que la libération n'est pas un fait accompli ; il en est ainsi quand la mention est signée, à plus forte raison quand elle ne l'est pas. Par exemple, j'ai entre les mains un effet de commerce ; je l'acquitte et je signe l'acquit, puis je le remets à un garçon de recettes qui va en toucher le montant ; tant que l'effet n'est pas remis au débiteur, la mention « pour acquit » reste inefficace : elle n'est qu'un projet, non une réalité.

IV. Les tailles.

1026. Les tailles sont un mode de constatation un peu primitif. Elles restent cependant fort usitées pour établir des fournitures journalières, en particulier celles qui sont faites

par les boulangers.

Le procédé est assez connu pour qu'il soit inutile d'insister. De deux morceaux de bois, semblables l'un à l'autre, le premier, qu'on appelle la taille, reste au fournisseur, tandis que le second, appelé la contre-taille ou l'échantillon, demeure aux mains du client. Lors de chaque fourniture, on rapproche les deux morceaux, et on fait, avec une lame tranchante, une coche, qui marque sur les deux morceaux. « Les « tailles corrélatives à leurs échantillons, dit l'article 1333, « font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de conse tater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en dé- « tail .»

Ce mode de constatation prète à bien des fraudes. D'abord il peut arriver que le fournisseur fasse deux coches au lieu d'une; tant pis pour le client qui n'y prend pas garde. Puis il peut arriver que le fournisseur fasse une coche sur l'échantillon sans couper la taille, ou réciproprement; et dans ce cas il n'y a pas preuve, car la force probante n'existe qu'autant qu'il y a corrélation entre la taille et l'échantillon.

SECTION II. — La preuve testimoniale.

1027. De la preuve testimoniale, comme de toutes les preuves, il est question à la fois au Code civil et au Code de procédure. Le Code de procédure règle la façon dont la preuve est administrée; elle l'est au moyen de l'enquête (articles 252 et suivants). Le Code civil indique en quoi elle consiste et quand elle est admissible (articles 1341 à 1348). Nous n'avons à envisager le sujet que sous ce dernier aspect.

1028. La preuve testimoniale est une preuve simple, non préconstituée. C'est celle qui résulte des témoignages. Les témoins déposent sur ce qu'ils ont vu, entendu, appris personnellement quant aux faits en question; leurs dépositions deviennent l'élément de conviction, le fait connu d'où peut se

dégager l'inconnue, la preuve.

Il existe un autre mode de preuve qui a beaucoup d'analogie avec la preuve testimoniale et qu'il ne faut cependant pas confondre avec elle : c'est la preuve par commune renommée. L'élément de conviction est alors le ouï-dire rapporté, le bruit qui circule, sans qu'on sache comment il s'est formé ni d'où il vient. Rien de plus dangereux ; car rien n'est moins sûr, souvent moins fondé que ces rumeurs rapportées par l'écho des foules. Aussi, la preuve par commune renommée n'est-elle admise que dans des cas très rares, à titre de protection exceptionnelle pour certaines personnes, plus exactement à titre de peine contre les personnes qui n'ont pas obéi aux prescriptions de la loi quant à la constatation de certains faits (articles 1415, 1442, 1504).

La preuve testimoniale proprement dite consiste en ce que des témoins déposent de ce qu'ils ont connu personnellement, ou entendu, ou appris. On y recourt à défaut de preuve littérale, plus généralement à défaut de preuve préconstituée.

1029. Entre la preuve littérale et la preuve testimoniale il

existe deux différences notables.

Première différence.

1030. La loi fixe elle-même le degré de force probante de la preuve littérale, selon qu'elle résulte d'actes authentiques ou

sous seing privé 1.

Il en est autrement de la preuve testimoniale. La loi s'en remet absolument au juge du soin d'en apprécier la valeur et d'en déterminer l'autorité. Les témoignages se pèsent et ne se comptent pas ; la preuve peut résulter de la déclaration d'un seul témoin; l'unanimité de cent témoins peut être regardée comme non probante ².

Seconde différence.

1031. La preuve littérale est admise toujours et en toute matière. La loi subordonne parfois la validité des actes à certaines conditions; mais, sous une forme ou sous une autre, elle admet toujours la preuve littérale. Il n'en est pas de plus sûre ni de meilleure ³.

La preuve testimoniale, au contraire, n'est admise qu'exceptionnellement. Il y a des cas dans lesquels elle ne l'est pas du tout; dans les autres, elle ne l'est que sous certaines conditions. On peut vraiment dire qu'elle n'est pas une preuve de droit commun.

1032. Le législateur a cru devoir décider ainsi pour plu-

sieurs raisons, qui ont une grande force.

1º Les témoins peuvent avoir été subornés. Un vieux dicton, imaginé par quelque misanthrope, s'exprime ainsi : « qui mieux abreuve, mieux preuve » 4.

2º Les témoins peuvent s'être trompés, et avoir pris des

apparences pour des réalités.

3° Ils peuvent être timides, et croire, par un sentiment mal raisonné, qu'on n'est pas obligé de déposer sincèrement.

4° Ils peuvent, abusés par leur imagination, changer complètement les proportions des choses. Rien de plus fréquent que ce phénomène psychologique; fingunt simul creduntque,

1. Suprà, p. 611 et suiv.

2. Ibid., no 963. - Voy. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 761, note 8.

Il a été jugé que les tribunaux français ne sont pas tenus d'appliquer, même entre Musulmans, la règle testis unus testis nullus adoptée par la loi musulmane. Cass. 20 juin 1864, D. P. 1864.I.391, Sir. 1864.I.328.

^{3.} Suprà, p. 599.

^{4.} Loysel, Institutes coutumières, livre V, titre V, article 1.

dit Tacite. Il faut un tact supérieur pour distinguer le vrai du faux. Combien de témoins qui, de la meilleure foi du monde, sont guidés non par leurs souvenirs, mais par leur imagination! Deux hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas souvent d'une manière très différente ce qu'ils ont également vu ou entendu?

5º La preuve testimoniale s'altère avec le temps, et disparaît avec les personnes qui peuvent témoigner. Elle ne mé-

rite donc que peu de crédit.

6° Enfin elle est coûteuse, parce que les témoins ont droit à une taxe, en dédommagement des frais qu'ils font pour venir témoigner. Sans compter qu'elle fait traîner les procès en longueur, car il n'est rien de minutieux et d'interminable commme les procédures d'enquête.

Pour ces divers motifs, la preuve testimoniale est vue avec

défaveur et méfiance par le législateur.

1033. Aussi bien cette méfiance est-elle, dans le droit français, beaucoup plus ancienne que le Code de 1804. Elle date de l'ordonnance de Moulins (février 1566) 1.

Antérieurement à cette ordonnance, la preuve testimoniale avait été admise d'une manière illimitée; on lui donnait même la préférence sur la preuve littérale, et l'on exprimait cette préférence par l'adage: « Témoins passent lettres ». La faveur dont on entourait ainsi la preuve testimoniale tenait à deux causes. D'abord, la grande majorité des hommes ne sachant pas écrire, force était bien de se contenter des témoignages. Puis, au sortir de l'époque où la preuve s'était administrée à coups d'épée dans le duel judiciaire, la preuve par témoins apparaissait comme un progrès et comme un bienfait.

Mais l'expérience ne tarda point à en révéler amplement les dangers. Il en fut fait un tel abus au xvi° siècle que les Parlements envoyèrent des députés au roi Charles IX pour exprimer des plaintes à cet égard. Et l'ordonnance de Moulins, renversant l'adage traditionnel, y substitua la maxime : « Lettres passent témoins. »

Tel est encore le principe du droit moderne, au moins en matière civile ; la preuve testimoniale n'est admise que par exception. Mais il est bon de noter en passant qu'il n'en est

^{1.} Voy. Viollet, Histoire du droit civil français, 3º édition, p. 647.

pas de même en matière pénale, où cette preuve est presque toujours de droit 1.

1034. Ces idées générales une fois exposées, il ne reste qu'une seule question à étudier d'une manière spéciale à propos de la preuve par témoins: celle de savoir quelles sont au juste les limites apportées à son emploi par la loi. Trois propositions doivent être formulées à cet égard.

Première proposition.

1035. Il y a des matières dans lesquelles la preuve testimoniale n'est admissible dans aucune mesure. L'article 1715 l'écarte en ce qui concerne le louage des choses, l'article 2044, en ce qui concerne la transaction, l'article 2085 en ce qui concerne l'antichrèse ², et la loi du 25 juin 1841 (article 6) en ce qui concerne les transmissions d'offices ministériels.

Deuxième proposition.

1036. Il y a des catégories de faits qui ne peuvent pas être prouvés par témoins, au moins qui ne peuvent l'être que sous certaines conditions.

Ce sont d'abord les faits relatifs à l'état civil. Ces faits se prouvent par les actes de l'état civil, auxquels il ne peut être suppléé par la preuve testimoniale que dans des cas spéciaux (article 46) 3.

Ce sont, en second lieu, certains faits relatifs à la filiation (articles 323 et 344) 4.

Troisième proposition.

1037. Dans les matières où la nature des faits à prouver comporte la preuve testimoniale, elle n'est admise que sous plusieurs restrictions.

Par suite, quand une partie demande à faire entendre des témoins il est nécessaire, au point de vue de la procédure, qu'elle fasse rendre un jugement d'avant-dire-droit, jugement interlocutoire (articles 252 et 253 C. proc. civ.), cons-

Voy. Ortolan, Droit pénal, 5° édition, II, p. 543 et suiv.
 Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 185.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 224 et suiv.

^{4.} Ibid., tome II, p. 159 et suiv. pour le cas de l'article 323, — p. 232 et suiv. pour le cas de l'article 341.

tatant que la preuve des faits est pertinente et admissible.

Les restrictions annoncées sont au nombre de deux. Et les règles qui les consacrent sont considérées comme étant d'ordre public, si bien que les parties ne peuvent pas y déroger. En édictant ces règles, le législateur s'est proposé un double but: mettre un frein à la mauvaise foi et à l'inconsistance de la mémoire, — puis inciter les parties à se ménager une preuve littérale toutes les fois que la chose est possible, c'est-à-dire une preuve fidèle et à l'abri des atteintes du temps. Ce qui concerne la preuve testimoniale, comme les preuves en général, est d'intérêt public '.

Voici quelles sont ces deux restrictions.

Première restriction.

1038. La preuve testimoniale n'est admise, en principe, qu'au-dessous de cent cinquante francs. D'un côté, la modicité des intérêts en cause rend improbable que le témoin fasse un mensonge après avoir prêté serment de dire la vérité. D'un autre côté, les parties sont excusables de ne pas avoir fait rédiger un écrit pour une affaire aussi peu importante.

De sorte que la prohibition de la preuve testimoniale se trouve être la règle en matière civile. Car il est rare qu'on fasse un procès pour une somme inférieure à cent cinquante

francs.

1039. Cette règle est formulée dans les termes suivants par l'article 1341 : « Il doit être passé acte devant notaires ou « sous signature privée de toutes choses excédant la somme « ou valeur de cent cinquante francs...... »

Le texte dit : « Il doit être passé acte. » Sous quelle sanction ? La sanction ne consiste pas dans la nullité de la convention, mais dans l'exclusion de la preuve testimoniale, d'au-

tres preuves restant possibles.

^{1.} La question est controversée. Voy. dans le sens de l'opinion exprimée au texte: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 761, texte et note 5, — Demolombe, Contrats, VII, n° 213, — Laurent, Principes, XIX, n° 397 et suiv., — Faustin-Hélie, Revue critique, XI, p. 496, — Marcadé, article 1348, n° 8, — Caen 30 avril 1860, D. P. 1861.II.56, Sir. 1861.II.93, — trib. de Luxembourg 23 mars 1892, Sir. 1893. IV. 23. — En sens contraire, Carré et Chauveau, Lois de la Procédure, question 976, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 325 bis II, — et Cass. 24 août 1880, D. P. 1880. I. 447, Sir. 1880. I. 413, — 1er juin 1893, D. P. 1893. I. 445, Sir. 1893. I. 285, — 23 avril 1894, D. P. 1894. I. 327, Sir. 1898. I. 442.

Le texte ajoute : « de toutes choses excédant la somme ou « valeur de cent cinquante francs. » L'expression « toutes « choses » est vague, et a été choisie à dessein, afin qu'elle fût très large. Elle comprend tous les faits juridiques invoqués comme ayant donné naissance à un droit ou entraîné l'extinction d'un droit.

Si le fait invoqué est relatif à un droit ayant pour objet une somme d'argent, la question de savoir si l'intérêt en jeu excède ou non cent cinquante francs est facile à résoudre. L'article 1342 tranche la seule question qui pût se poser : « La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, « outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, « réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante « francs. »

Quand le fait invoqué est relatif à un droit ayant pour objet une chose ou un fait, il appartient au juge d'évaluer. Ce qu'il faut considérer, ce n'est pas le montant de la demande, mais le quantum réel et intégral de l'intérêt prétendu. Si la valeur est indéterminée, la tendance de la jurisprudence est d'exclure la preuve testimoniale; on ne peut pas dire, en effet, qu'on soit au-dessous de cent cinquante francs, et, dans le doute, il faut revenir au principe, qui est l'exclusion de la preuve testimoniale. La jurisprudence procède de même qu'en matière d'appel, où elle considère le second degré de juridiction comme ouvert toutes les fois que la valeur de l'objet litigieux est indéterminée.

En résumé, la preuve testimoniale est admise quand l'in-

térêt en jeu est inférieur à cent cinquante francs 2.

1040. Qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou bien d'une chose ou d'un fait, les articles 1343 à 1345, prévoyant certaines hypothèses particulières, posent des règles destinées à éviter des controverses qui auraient pu être soulevées. Règles de détail et de bon sens, que la lecture des textes fait assez connaître.

Aux termes de l'article 1343, « celui qui a formé une de-« mande excédant cent cinquante francs ne peut plus être

41

^{1.} Voy. Metz 31 janvier 1821 et Bordeaux 26 juillet 1831, cités dans Dalloz, Répertoire, v° Obligations, n° 4681. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, eodem verbo, n° 1911, — et Cass. 1° avril 1890, D. P. 1891.I.181.

2. Voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Obligations, n° 1909 et suiv.

« admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa

« demande primitive ».

L'article 1344 est ainsi conçu: « La preuve testimoniale, « sur la demande d'une somme même moindre de cent cin-« quante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est « déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus « forte qui n'est point prouvée par écrit. »

Ensin voici l'article 1345: « Si dans la même instance une « partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titres « par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme « de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut « être admise, encore que la partie allègue que ces créances « proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personmes différentes. »

1041. Un dernier point doit être noté: celui de savoir à quel moment il faut se placer pour apprécier si l'intérêt en

cause excède ou non cent cinquante francs.

La règle est celle-ci: pour que la preuve testimoniale soit admissible, il faut que l'intérêt en cause ne soit pas supérieur à cent cinquante francs lors de la poursuite à laquelle il donne lieu, et n'ait jamais été supérieur à cette somme, soit quand il a pris naissance, soit plus tard ¹.

1042. Tel est le principe: pas de preuve testimoniale audessus de cent cinquante francs. Mais il y a des cas exceptionnels dans lesquels la preuve testimoniale est admise

au-dessus de cette somme.

Ces cas sont au nombre de quatre.

PREMIER CAS

« Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois « relatives au commerce », dit la dernière phrase de l'article 1341. L'article 109 du Code de commerce ² dit en effet : « Les achats et ventes se constatent..... par la preuve testi-« moniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admet-« tre. »

2. Cpr. suprà, p. 632.

^{1.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 762, note 24, — Demolombe, Contrats, VII n° 33, — Laurent, Principes, XIX, n° 442 et 452, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 315 bis X et suiv. — Cpr. Cass. 5 janvier 4875, D. P. 4877. I. 39, Sir. 4875. I. 72.

Cette particularité s'explique par deux motifs. D'abord, les commerçants, par la nature même de leur profession, sont amenés à faire le plus grand nombre possible d'opérations dans le moindre temps possible ; ils ne s'accommodent pas des allures lentes et circonspectes du droit civil et concluent leurs marchés promptement, sans avoir habituellement le loisir de dresser des actes. D'autre part, le commerce ne connaît guère les conventions de longue durée, ce qui exclut l'un des dangers les plus graves de la preuve testimoniale.

La disposition de l'article 109 du Code de commerce est

donc rationnelle 1.

DEUXIÈME CAS.

Il est prévu par l'article 1347: « Les règles ci-dessus, dit « l'alinéa 1, reçoivent exception lorsqu'il existe un commen- « cement de preuve par écrit. » Au-dessus de cent cinquante francs, la preuve testimoniale ne peut pas fournir à elle seule une preuve entière et complète; le commencement de preuve par écrit est considéré comme faisant disparaître ce que la preuve testimoniale a de suspect.

Que faut-il entendre par ces mots : « Un commencement

« de preuve par écrit » ?

L'article 1347 alinéa 2 fournit une définition: « On appelle « ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre le- « quel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et « qui rend vraisemblable le fait allégué.» Il résulte de ce texte que trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit. Il faut d'abord qu'il y ait un écrit. Il faut, en second lieu, que cet écrit rende vraisemblable le fait allégué, ce qui est une question d'appréciation. Il faut enfin que l'écrit émane de la personne à laquelle on l'oppose. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'écrit soit de la main de la personne à laquelle on l'oppose ou porte sa signature lorsqu'il émane de fonctionnaires ayant qualité pour constater quelle est la personne de qui l'acte émane ²; d'autre part, en

2. On peut citer comme exemples :

^{1.} Sur l'article 109 C. com., voy. Lyon-Caen et Renault, Traité, 2° édition, III, nos 53 et suiv.

¹º Les réponses consignées dans un interrogatoire sur faits et articles: Cass.
2 janvier 1872, D. P. 1872.1.119, Sir. 1872.I.129, — Rennes 26 février 1879,
D. P. 1880.II.91, Sir. 1880.II.214, — Lyon 8 mai 1879, D. P. 1881.II.26, Sir. 1881.II.118.

²º Les aveux d'un prévenu à l'instruction : Cass. 9 juill. 1857, D. P. 1857. I.359, Sir. 1858.I.249, — Limoges 26 février 1885, Sir. 1886.II.43, — Orléans

matière de filiation, l'article 324 apporte une exception à la règle et fait résulter le commencement de preuve par écrit « des titres de famille, des registres et papiers domestiques « du père ou de la mère, des actes publics et même privés, « émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui « y aurait intérêt si elle était vivante 1 ».

Le Code fournit des exemples d'hypothèses où il y a commencement de preuve par écrit. Aux termes de l'article 1320, les mentions simplement énonciatives contenues dans un acte « ne peuvent servir que d'un commencement de preu« ve » ². Aux termes de l'article 1335-2° alinéa 3, certaines copies ayant moins de trente ans « ne peuvent servir que de « commencement de preuve par écrit » ³.

Il est facile d'en indiquer d'autres : d'abord les lettres missives 4, puis les actes sous seing privé qui n'ont point été fait doubles dans le cas prévu par l'article 1325 5, enfin les actes sous seing privé ne portant pas la mention « bon » ou « approuvé » dans le cas prévu par l'article 1326 6.

TROISIÈME CAS

La règle d'après laquelle la preuve testimoniale n'est point

17 novembre 1888, Sir. 1890.II.91.

3° Les déclarations contenues soit dans une requête, soit dans des conclusions signées par un avoué: Cass. 9 février 1880, D. P. 1881, I.373, Sir. 1880, I.200, — 5 janvier 1883, D. P. 1883, I.366, Sir. 1885, I.405, — 18 décembre 1895, D. P. 1896, I.134, Sir. 1896, I.164.

1. Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 163.

2. Suprà, p. 614.

3. Ibid., p. 624.

4. Cass. 17 décembre 1872, D. P. 1873.I.154, Sir. 1872.I.421, — 9 juillet 1890, D. P. 1891.I.381, Sir. 1892.I.527, — 14 décembre 1892, D. P. 1893.I.

489, Sir. 1896.I.524.

5. Suprà, p. 603. — Voy. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 756, note 38, — Laurent, Principes, XIX, n° 529, — P. Pont, Revue critique, XXV, p. 481, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 488 bis X, — Hue, Droit civil, VIII, n° 241 et 242; — Cass. 28 novembre 1864, D. P. 1865.I.405, Sir. 1865.I.5, — Lyon 13 mai 1876 et Cass. 23 avril 1877, D. P. 1877.I.366, Sir. 1878.I.399, — Douai 25 janvier 1899, Sir. 1900.II.25. — Contrà: Demolombe, Contrats, VI, n° 426 et suiv.

6. Suprà, p. 604.— Voy. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 756, note 83,—Demolombe, Contrats, VI, n° 493, — Laurent, Principes, XIX, n° 330, —Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 289 bis VI, — Huc, Droit civil, VIII, n° 247; — Cass. 30 novembre 4891, D. P. 4893.I.285, Sir. 4892.I.78, — 16 février 1892, D. P. 4892.I.248, Sir. 4893.I.409, — Aix 2 décembre 4895, Pandectes françaises, 1896.II.348, — Orléans 5 mai 4897, Sir. 4897.II.303, Pandectes françaises, 1897.I.318, — trib. de la Seine 22 juin 4898, ibid., 4899.II. 303, — Cass. 26 octobre 4898, D. P. 4899.I.16, Pandectes françaises, 1899. I. 107.

admissible au-dessus de cent cinquante francs reçoit exception, dit l'article 1348 alinéa 1, « 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 ». Dans ce cas, en effet, le défaut d'écrit n'est pas imputable aux parties ; et la preuve testimoniale est le seul moyen d'établir le fait générateur du droit. Dès lors, les mots « toutes choses », dans l'article 1341, désignent seulement les faits dont les parties peuvent se procurer une preuve écrite au moment où il s'accomplissent.

L'impossibilité dont parle l'article 1348 alinéa 1 peut être

physique ou morale 1.

L'alinéa 2 donne des exemples. Cette exception, dit-il, « s'applique : 1º aux obligations qui naissent des quasi-con-« trats et des délits ou quasi-délits ; — 2° aux dépôts néces-« saires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte et naufrage, « et à ceux faits par des voyageurs, en logeant dans une « hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les « circonstances du fait ; — 3° aux obligations contractées en « cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir « fait des actes pas écrit..... »

Mais cette énumération n'a rien de limitatif. L'exception apportée à la règle par l'article 1348 est la plus large de

toutes.

QUATRIÈME CAS

La preuve testimoniale est admissible au-dessus de cent cinquante francs dans l'hypothèse prévue par l'article 1348 alinéa 2-4°: celle « où le créancier a perdu le titre qui lui « servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, im-

« prévu et résultant d'une force majeure ».

Cette hypothèse est présentée par la loi comme une application du principe posé par l'article 1348 alinéa 1. Mais elle n'a manifestement aucun rapport avec ce principe. En effet, le principe suppose que le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale; or, dans l'hypothèse prévue par l'alinéa 2-4°, le créancier s'était procuré une preuve littérale, mais a perdu son titre dans la suite 2.

1. Rennes 26 février 1879, D. P. 1880.II.91, Sir. 1880.II.214, - trib. de Nogent-le-Rotrou 8 mars 1895, D. P. 1896.II.275.

^{2.} Nous venons d'indiquer quatre cas dans lesquels la preuve testimoniale est admissible au-dessus de cent cinquante francs. A ces quatre cas il faut en ajouter un cinquième dans l'opinion de ceux qui pensent que les règles

Seconde restriction.

1043. Elle est introduite par la deuxième phrase de l'article 1341 : « 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 d'une valeur moindre de cent cin-« quante francs. » La fin du texte n'est pas rédigée d'une manière assez large ; il faut lire : même au-dessous de cent cinquante francs, et même dans les cas où la preuve testimoniale est admise exceptionnellement au-dessus de cette somme.

La raison d'être de cette restriction est la suivante.

D'abord, la preuve littérale est considérée traditionnellement comme supérieure à la preuve testimoniale. Lettres

passent témoins, dit le vieil adage 1.

D'autre part, quand les parties ont pris soin de rédiger un acte, il est probable qu'elles l'ont rédigé d'une manière exacte. Une fois que l'acte existe, aucun témoignage ne peut être produit à l'effet soit d'en élargir, soit d'en restreindre la portée.

1044. La restriction établie par le texte est double.

En premier lieu, il interdit de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu d'un acte. Par exemple, l'acte dit que *Primus* est débiteur de cent francs, et celui-ci prétend ne devoir que cinquante francs; il ne peut pas le prouver

par témoins 2.

En second lieu, le texte interdit de recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu d'un acte. Par exemple, une donation a été faite, et le donataire offre de prouver par témoins qu'une clause de préciput, convenue entre les parties, a été omise dans l'acte; ou bien il s'agit d'un prêt d'argent, et le prêteur offre de prouver par témoins qu'une stipulation d'intérêts, conclue entre les parties, a été omise dans l'acte. La preuve offerte est irrecevable.

relatives aux conditions de recevabilité de la preuve testimoniale ne sont pas d'ordre public, et que l'application peut en être écartée par la convention des parties. La personne contre laquelle il s'agit d'administrer la preuve consent à ce que la preuve testimoniale soit admise au-dessus de cent cinquante francs. Ce consentement rend-il la preuve testimoniale admissible? Nous avons résolu la question dans le sens de la négative, mais en indiquant que l'opinion contraire prévaut en jurisprudence. Voy. suprà, p. 640.

1. Suprà, p. 638.

^{2.} Cass. 10 mai 1842, Sir. 1842.1.797, — 23 juin 1851, D. P. 1851.1.269, — 31 mai 1875, D. P. 1876.1.496.

1045. La règle est fort simple dans son énoncé général.

Mais il faut se garder d'en exagérer la portée.

D'une part, l'article 1341 ne fait pas obstacle à ce que les intéressés administrent par témoins la preuve de faits postérieurs à l'acte produit et qui constituent un mode d'extinction du droit constaté par cet acte. Soit, par exemple, un acte établissant que Primus est débiteur de cent francs : Primus est recevable à faire entendre des témoins pour établir que sa dette a été payée, novée, éteinte par compensation 1.

D'autre part, la jurisprudence admet — et bien des hésitations de détail se produisent à cet égard - que les intéressés peuvent recourir à la preuve testimoniale soit pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës d'un acte, soit pour fixer la portée des énonciations plus ou moins vagues qu'il ren-

ferme 2.

En résumé, les seuls faits dont la preuve ne puisse pas être administrée par témoins sont ceux qui sont constitutifs de conventions additionnelles à l'acte, et non ceux qui peuvent entraıner extinction des droits constatés par cet acte 3, ou en éclairer et préciser le sens.

1046. Tel est le système général du Code en ce qui concerne la preuve testimoniale. Il est permis de penser que tout ce système est empreint de trop de méfiance à l'égard du témoignage. On peut même aller jusqu'à dire que la règle posée est condamnée par l'expérience; en effet, il a été fait exception à cette règle, pour des raisons particulières, en matière commerciale, et il est hors de doute que l'emploi de la preuve testimoniale en cette matière n'a pas entraîné les inconvénients redoutés en 1804 par le législateur. Dès lors, on se demande s'il ne vaudrait pas mieux renoncer à la prohibition établie, et étendre aux matières civiles le régime dont le commerce s'est toujours bien trouvé.

^{1.} Aubry et Rau, 4º édition, VIII, § 761, p. 312, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 315 bis XX, — Garsonnet, Traité de procédure, Ire édition, II, p. 496; - Cass. 23 avril 1860, D. P. 1860, I.228, -19 janvier 1870, D. P. 1870, I. 302.

^{2.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 322, — Dalloz, Répertoire, v° Obligations, n° 4729, — Rennes 5 décembre 1879, D. P. 1881.II.218, — Cass. 23 mai 1881, D. P. 1882. I.170, Sir. 1881.I.396, — 31 mars 1886, D. P. 1887. Sir. 1886.I.260, — Paris 4 mars 1887, D. P. 1888.II.65, Sir. 1890.II.60.
 Cass. 28 mai 1888, D. P. 1888.I.481, Sir. 1888.I.424, — Alger 23 décem-

SECTION III. - L'aveu.

1047. L'aveu est encore une preuve simple, non préconstituée. Il consiste dans la reconnaissance d'un fait par une personne, avec l'intention qu'une autre personne puisse s'en prévaloir. La partie adverse peut s'emparer de cette reconnaissance comme d'un titre.

Rien n'est plus naturel. Car la déclaration par laquelle une personne fait abstraction de son intérêt personnel en se reconnaissant débitrice d'une autre personne a une grande probabilité de vérité.

Cependant, il ne faut encore voir dans l'aveu qu'un fait

connu, permettant de conclure par induction.

En effet, l'aveu n'engendre pas une certitude. La pratique offre des exemples, assurément extraordinaires, mais indéniables, d'aveux faits à tort, intentionnellement ou non. Quelquefois la crainte trouble la pensée; d'autres fois, l'auteur de l'aveu fait un faux calcul et compte, en se montrant accommodant, se concilier les bonnes grâces de l'adversaire; parfois enfin, il se rencontre des hommes faisant sciemment de faux aveux pour se ménager ensuite le plaisir de prouver que la justice s'est trompée: étrange état d'esprit, car il n'en résulte pas qu'elle se soit trompée, mais qu'on l'a trompée. En résumé, l'aveu n'écarte pas toute possibilité d'erreur. Aussi, en matière pénale, où la preuve est morale 1, le juge n'est pas lié par un aveu.

1048. L'aveu peut être fait dans des desseins divers.

Il peut intervenir: 1° pour valider une preuve et en assurer l'efficacité (articles 1323 C. civ. et 193 C. proc. civ.), — 2° pour interrompre une prescription, et il est alors consigné dans un acte récognitif (article 2248)², — 3° pour établir l'existence d'un fait générateur ou extinctif de droit.

Incidemment, il figure comme mode de preuve. Les arti-

cles 1354 à 1356 s'en occupent à ce point de vue.

L'aveu fait preuve en toutes matières, excepté dans trois cas: 1° dans le cas où l'aveu emporterait perte d'un droit

2. Ibid., p. 627.

bre 1895, D. P. 1897.II.453, Pandectes françaises, 1899.II.157, — Cass. 8 mars 1898, D. P. 1898.I.504, Pandectes, 1899.I.157.

^{1.} Suprà, p. 585 et 586.

auquel il est défendu de renoncer (article 1453), — 2° quand il porte sur un fait dont la loi prohibe la reconnaissance, comme par exemple dans l'hypothèse de l'article 342¹, — 3° quand un texte formel l'exclut, tel par exemple l'article 870 du Code de procédure.

1049. Aucune forme n'est prescrite pour l'aveu. Toute reconnaissance vaut aveu, pourvu qu'elle soit faite sciem-

ment et dans l'intention qu'elle vaille preuve.

Mais les circonstances dans lesquelles l'aveu intervient influent sur son efficacité. A cet égard, on distingue : 1° l'aveu extrajudiciaire verbal, — 2° l'aveu extrajudiciaire écrit, — 3° l'aveu judiciaire, qui constitue le véritable aveu.

I. Aveu extrajudiciaire verbal.

Cet aveu consiste dans une reconnaissance qui a lieu hors de la présence du juge, ou en dehors d'un acte judiciaire, et de vive voix, sans qu'un écrit la constate.

Deux questions se posent en ce qui le concerne.

1° Quand est-il admissible comme mode de preuve? Si la partie qui l'a fait reconnaît l'avoir fait, la réitération équivaut à un aveu, et aucune difficulté ne s'élève. Mais si la partie qui l'a fait le dénie ultérieurement, la partie adverse peut-elle prouver cet aveu extrajudiciaire verbal? La loi ne

l'admet pas toujours.

Aux termes de l'article 1355, « l'allégation d'un aveu « extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois « qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne « serait point admissible ». Le motif qui a inspiré cette disposition est facile à comprendre. Dès que l'aveu est extrajudiciaire et verbal, le juge ne peut en avoir connaissance que par l'intermédiaire des témoins qui ont pu l'entendre. Or des témoins ne peuvent être admis à rapporter l'aveu qu'autant qu'ils seraient admis à rapporter le fait prétendu avoué; s'ils ne sont pas recevables à établir le fait, ils ne sauraient l'être à établir l'aveu. L'aveu extrajudiciaire verbal a donc un effet limité aux matières qui comportent la preuve testimoniale.

2° Si l'aveu extrajudiciaire verbal est dûment constaté, dans les cas où il peut l'être, quel en est l'effet? La loi ne le

^{1.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 287,

dit pas; elle entend, dès lors, laisser toute liberté à l'induction du juge. C'est qu'en effet l'aveu peut être intervenu dans des circonstances très variables. S'il est sérieux, s'il a été fait en réponse à une question précise, il a une portée considérable; s'il a été fait légèrement, au cours d'une conversation, en présence de tiers non intéressés, le juge peut n'en tenir aucun compte. Qui sait s'il n'a pas été le résultat d'une surprise, ou si le défendeur ne s'est pas laissé circonvenir par son adversaire? Admettre l'aveu comme preuve sans avoir égard aux circonstances serait dangereux. L'aveu extrajudiciaire verbal a donc une force probante facultative pour le juge.

II. Aveu extrajudiciaire écrit.

Il est fait, par exemple, dans une lettre, dans un procèsverbal de conciliation.

Cet aveu est toujours admissible (article 1355, a contrario). Il ne se confond pas avec la preuve littérale¹, car l'écrit constate l'aveu et non la convention; s'il constatait la convention, ce serait un acte.

Quel est l'effet de l'aveu extrajudiciaire écrit ? La réponse est la même que pour l'aveu extrajudiciaire verbal. La loi est muette à cet égard ; d'où l'on conclut généralement qu'elle a entendu laisser le juge libre de déterminer, d'après les circonstances, l'effet de l'aveu. Le juge sera naturellement porté à tenir compte d'un aveu extrajudiciaire écrit plus facilement que d'un aveu extrajudiciaire verbal, car la légèreté et la surprise sont moins probables. Si l'aveu extrajudiciaire est consigné dans un écrit à ce destiné, il fera foi ; s'il intervient incidemment, dans un écrit qui n'a point cette destination, la portée qu'on devra lui donner sera déterminée par les circonstances.

III. Aveu judiciaire.

C'est celui qui est fait en justice ou dans un acte judiciaire. Peu importe la juridiction : tribunal civil, tribunal administratif, tribunal arbitral, etc.

L'efficacité de l'aveu judiciaire n'est pas facultative, comme celle de l'aveu extrajudiciaire: « Il fait pleine foi

^{1.} Voy. suprà, p. 600.

« contre celui qui l'a fait », dit l'article 1356 alinéa 2. En

effet, on ne peut pas douter qu'il ne soit sérieux.

Mais si l'aveu judiciaire possède, au point de vue qui vient d'être indiqué, plus d'autorité que l'aveu extrajudiciaire, il apparaît, à un autre égard, comme ayant des effets moins étendus.

L'aveu extrajudiciaire régulièrement prouvé produit un effet complet. Il vaut reconnaissance et a cette valeur d'une

manière générale et absolue.

L'aveu judiciaire, au contraire, n'a qu'un effet relatif. Intervenant au cours de l'instance à laquelle une contestation donne lieu, il n'a d'effet que dans cette instance et au regard des personnes qui y sont parties, autrement dit des personnes qui peuvent se prévaloir du jugement rendu et fondé sur l'aveu. Étant un élément de l'instance, il ne saurait avoir plus d'effet que la sentence à laquelle il sert de base ¹. Comment la personne qui ne pourrait pas invoquer le jugement pourrait-elle se prévaloir de l'aveu sur lequel le jugement est fondé? Aucun texte ne consacre la règle, mais la jurisprudence est formée en ce sens ².

1050. Cette distinction des trois sortes d'aveux étant faite, il reste à formuler en ce qui concerne l'aveu — et sans plus s'occuper du point de savoir s'il s'agit d'un aveu judiciaire ou extrajudiciaire — deux propositions importantes : 1° l'aveu est indivisible, 2° l'aveu est irrévocable.

1. L'aveu est indivisible.

1051. L'article 1356 alinéa 3 formule la règle à propos de l'aveu judiciaire. Et il a tort de ne pas la formuler d'une manière plus générale, car elle s'applique sans aucun doute à l'aveu extrajudiciaire quand il est admis comme preuve 3.

L'application de cette règle suppose que l'aveu renferme deux ou plusieurs déclarations, dont l'une est favorable à la partie qui avoue et l'autre défavorable. L'adversaire ne peut,

1. Voy. infrà, p. 686 et suiv.

3. Infrà, nº 1054.

^{2.} Cass. 27 novembre 1883, D. P. 1884.I.77, Sir. 1885.I.66, — 13 décembre 1886, D. P. 1887.I.386, Sir. 1887.I.176, — 9 janvier 1889, D. P. 1890.I.125, Sir. 1889.I.118, — 25 janvier 1893, D. P. 1893.I.82, Sir. 1893.I.244.

en invoquant comme acquise la déclaration qui confirme sa prétention, rejeter l'autre comme fausse. La règle est assurément rationnelle. En avouant le fait qui lui est nuisible, la partie fait preuve de sincérité, et cela rend vraisemblable ce qu'elle ajoute dans son propre intérêt ; la réponse totale émanant de la même personne, il y aurait contradiction à fonder le jugement sur une partie de la réponse et à rejeter l'autre. L'aveu divisé ne serait plus l'aveu tel qu'il a été fait; du moment qu'on se prévaut d'un aveu, il faut le prendre tel qu'il est.

Cette situation se présente notamment dans le cas de l'aveu résultant d'un interrogatoire sur faits et articles. Dans un interrogatoire de ce genre, les questions posées peuvent être multiples; les réponses doivent être complétées et interprétées les unes par les autres; on ne peut pas les isoler. La règle est simple, rationnelle. Mais l'application en est parfois délicate.

1052. On distingue, au point de vue de la règle de l'indivisibilité de l'aveu, trois sortes d'aveux.

1º L'aveu simple. — C'est celui qui reconnaît le fait allégué tel qu'il est allégué, sans plus ni moins. La question de l'indivisibilité ne se pose pas en ce qui le concerne, car il n'a qu'un seul objet.

2º L'aveu qualifié. — C'est celui qui reconnaît le fait allégué, mais en lui assignant un caractère et une portée expli-

Un héritier réclame à son cohéritier une somme qui aurait été remise à celui-ci par le défunt. Le défendeur reconnaît la matérialité du fait de la remise, mais affirme que la somme est venue entre ses mains à titre de don manuel. La déclaration du défendeur ne peut être divisée ; le fait n'est reconnu que qualifié d'une certaine manière 1.

Autre exemple. Le demandeur réclame une somme prêtée, et en outre les intérêts. Le défendeur reconnaît le prêt, mais affirme qu'il a été consenti sans stipulation d'intérêts. L'aveu est indivisible.

3º L'aveu complexe. — C'est celui qui reconnaît le fait allégué, mais conjointement avec d'autres qui l'expliquent ou en précisent les effets.

^{1.} Pau 12 janvier 1874, D. P. 1875.II.113, Sir. 1876.II.2, — Orléans 6 mars 1895, D. P. 1896, II. 213, Pandectes françaises, 1896, II. 179.

Ainsi, *Primus* allègue un prêt qu'il prétend m'avoir été consenti. Je reconnais le fait du prêt, mais j'ajoute que j'ai payé. L'aveu porte sur deux faits: le prêt et le paiement ultérieur. Le demandeur ne pourrait pas isoler le premier fait du second et répliquer au défendeur: « Vous reconmaissez le prêt, prouvez le paiement. » Cette solution se retrouve dans l'article 1924 en matière de dépôt.

Autre exemple. Le porteur d'un billet avoue que la cause qui y est indiquée est simulée, mais il affirme que le billet a

telle autre cause 2.

1053. Toutefois, la règle de l'indivisibilité de l'aveu n'est admise que sous réserve de diverses restrictions, que la ju-

risprudence a admises et qu'il importe de signaler.

Première restriction. — Pour qu'il y ait indivisibilité entre les diverses énonciations d'un aveu, il faut que celles-ci soient en rapport direct, en connexité les unes avec les autres. Lorsque deux faits étrangers l'un à l'autre sont avoués en même temps, il y a en réalité deux aveux; or, si l'article 1356 alinéa 3 s'oppose à ce qu'on divise les diverses mentions d'un même aveu, il ne met pas obstacle à ce qu'on divise deux aveux.

La question de savoir si deux faits, avoués en même temps, sont connexes ou étrangers l'un à l'autre, est parfois délicate. Il appartient au juge, en cas de contestation, de tran-

cher la difficulté 3.

Donnons un exemple. Primus se reconnaît débiteur de Secundus; seulement il ajoute: « Vous me devez pareille somme, « de sorte que ma dette est éteinte par compensation. » Secundus peut lui répondre : « Prouvez l'existence de votre « créance, car les deux prêts ne sont pas connexes. »

Deuxième restriction. — Le principe de l'indivisibilité de l'aveu ne met pas obstacle à ce que les juges du fait rejettent une partie de l'aveu lorsque cette partie constitue une im-

1. Cass. 24 juin 1863, D. P. 1863.I.404, Sir. 1863.I.341.

^{2.} Il en est de même — et l'aveu est également indivisible — lorsqu'une personne reconnaît avoir vendu verbalement un immeuble, mais en ajoutant que cette vente n'était faite que sous la condition d'être réalisée devant notaire dans un délai déterminé: Cass. 24 février 1896, D. P. 1897.I.33, Sir. 1896.I.485.

^{3.} Cass. 41 août 4851, D. P. 1852.I.35, Sir. 1854.I.742, — 14 mars 1876, Sir. 1876.I.276, — 14 mars 1883, D. P. 1884.I.24, Sir. 1885.I.376, — Agen 30 avril 1884 et Cass. 26 octobre 1886, D. P. 1887.I.105, Sir. 1887.I.153, — Cass. 3 juillet 1889, D. P. 1890.I.249, Sir. 1892.I.379.

possibilité, ou une invraisemblance équivalant à une impossibilité.

Troisième restriction. — En matière d'aveu judiciaire, la règle de l'indivisibilité n'est applicable que lorsque le juge se fonde exclusivement sur l'aveu pour rendre sa sentence. L'aveu peut être divisé lorsque la décision rendue s'appuie en même temps sur d'autres circonstances, comme des présomptions graves, précises et concordantes (article 1356)².

Quatrième restriction. — La règle de l'indivisibilité de l'aveu n'est pas applicable aux réponses consignées dans un interrogatoire sur faits et articles, si le juge les considère comme

un simple commencement de preuve par écrit 3.

II. L'aveu est irrévocable.

1054. L'article 1356 alinéa 4 est ainsi conçu : l'aveu judiciaire « ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il « a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être ré-

« voqué sous prétexte d'une erreur de droit ».

Comme la règle de l'indivisibilité, celle de l'irrévocabilité est posée par l'article 1356 à propos de l'aveu judiciaire ; de même que le législateur a eu tort de ne pas formuler la première règle d'une manière plus générale 4, de même il aurait dû généraliser la seconde. Extrajudiciaire ou judiciaire, l'aveu est toujours irrévocable ; une fois fait, il est acquis au profit de celui qui l'a obtenu et à l'encontre de celui qui l'a fait, et ne peut plus être révoqué par une déclaration contraire.

1055. Plus exactement, l'article 1356 alinéa 4 dit que l'aveu ne peut pas être révoqué « sous prétexte d'une erreur « de droit ».

L'erreur de droit 5 est celle qui porte sur les suites légales

2. Suprà, p. 591 et 592. — Voy. Cass. 21 février 1882, Le Droit du 2 juillet, Sir. 1884.I.70, — 5 décembre 1881, D. P. 1883.I.206, Sir. 1882.I.55, —

trib. de Lyon 25 janvier 1884, Gazette du Palais, 1884.II. 150.

^{1.} Cass. 19 avril 1877, *Le Droit* du 21 avril. — Voy. des espèces analogues dans les décisions suivantes : Cass. 22 novembre 1869, D. P. 1870.I.273, Sir. 1870.I.339, — Paris 13 juin 1872, D. P. 1873.II.169, Sir. 1874.II.37, — Cass. 4 janvier 1892, D. P. 1892.I.431, Sir. 1892.I.84.

^{3.} Suprà, p. 643 et 644. — Voy. Cass. 2 janvier 1872, D. P. 1872.I.119, — Rennes 26 février 1879, D. P. 1880.II.91, Sir. 1880.II.214, — Cass. 9 décembre 1884, Le Droit du 15 décembre 1884, — Limoges 26 février 1885, Gazette du Palais, 1885.I.535.

^{4.} Suprà, nº 1051. 5. Ibid., p. 65.

soit de l'aveu, soit du fait avoué. Vainement la partie qui a avoué alléguerait-elle qu'elle ignorait les suites légales soit de son aveu, soit du fait avoué; vainement prétendrait-elle qu'elle n'a avoué qu'en vue de conséquences sur lesquelles elle s'est méprise. Cela ne permet pas de rétracter l'aveu. La réalité d'un fait est indépendante des conséquences que la loi y attache 1.

Par exemple, Primus réclame à Secundus une somme de cent francs, et Secundus invoque la prescription. Primus objecte qu'il en a réclamé le remboursement; Secundus avoue, de sorte qu'il y a eu interruption de la prescription. Secundus ne sera pas admis à dire: « Je ne savais pas que mon « aveu aurait pour effet de faire regarder la prescription

« comme interrompue. »

1056. L'erreur de fait, au contraire, est considérée par l'article 1356 alinéa 4 comme une cause de révocation de l'aveu. La partie a découvert, depuis sa déclaration, des circonstances de nature à changer son opinion sur l'exactitude du fait avoué. L'aveu est la manifestation d'une croyance; or toute croyance change quand les faits sur lesquels elle était fondée sont reconnus faux ². Seulement la loi impose à l'auteur de l'aveu l'obligation de prouver cette erreur; il ne faut pas que ce soit un caprice de sa part ³.

1057. L'erreur de fait est la seule cause de révocation de l'aveu qui soit indiquée par l'article 1356 alinéa 4. Mais ce n'est pas la seule qui soit admise par la loi ; l'article 352 du

Code de procédure civile en admet une autre.

Pour comprendre en quoi elle consiste, il faut se rappeler que l'aveu peut être fait de deux manières : par la partie elle-même, ou par un fondé de pouvoirs. Dans cette dernière hypothèse, l'aveu n'est valable que si le pouvoir est exprès et spécial (articles 1988 C. civ. et 352 C. proc. civ.); s'il ne l'est pas, la personne au nom de laquelle l'aveu a été fait peut désavouer, autrement dit révoquer l'aveu.

2. Cass. 13 février 1836, D. P. 1838.I.246, Sir. 1836.I.219, — 7 juillet 1858, D. P. 1858.I.367, Sir. 1859.I.76, — Cass. belge 3 mai 1867, *Pasicrisie belge*, 1867.I.320, — Cass. 20 mars 1877, D. P. 1877.I.328, Sir. 1877.I.259.

^{1.} Voy. Pandectes françaises alphabétiques, v° Aveu, n° 393, — Bonnier, Traité des preuves, n° 355, — Larombière, Obligations, article 1356, n° 26, — Laurent, Principes, XX, n° 181.

^{3.} Pandectes françaises alphabétiques, v° Aveu, n° 398, — Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 473, — Demolombe, Contrats, VII, n° 540, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 335 bis II.

SECTION IV. - Le serment.

1058. Le serment dont il est question dans les articles 1357 à 1369 est le serment judiciaire, prêté en justice à propos d'une contestation déterminée. Il est prêté lors d'une comparution personnelle à la barre du tribunal.

Or le serment peut se présenter sous une autre forme : la

forme promissoire.

De sorte qu'il existe deux sortes de serments : le serment promissoire, et le serment affirmatif.

1059. Le serment promissoire consiste dans la promesse sous serment d'accomplir loyalement une mission déterminée.

1° C'est celui que prêtent les témoins, soit en matière civile (article 262 C. proc. civ.), soit en matière pénale (articles 75 et 155 C. d'inst. crim.). Aucune formule n'est obligatoire; habituellement, on prête serment en levant la main droite et en répondant à une question posée: « Je le jure ». Le caractère religieux du serment ne résulte que du sens traditionnel affecté au mot jurer; rien, soit dans la question posée aux témoins, soit dans la réponse qu'ils doivent faire, n'indique expressément ce caractère; mais il n'en est pas moins certain, quoiqu'il soit latent.

2° Le serment promissoire est encore celui que prêtent les experts, en matière civile (articles 42 et 305 C. proc civ.) et en matière pénale (article 44 C. d'inst. crim.). Ici encore, rien ne relève expressément le caractère religieux du serment; il n'y a pas de formule consacrée; l'article 44 du Code d'instruction criminelle dit seulement: « en leur honneur

« et conscience ».

3° Les jurés des Cours d'assises prêtent un serment promissoire (article 312 C. d'inst. crim.). Dans ce cas, la formule est légale; et elle marque formellement le caractère religieux du serment: « devant Dieu et devant les hommes ».

4° Le serment promissoire est prêté par certains fonctionnaires et par les personnes exerçant certaines professions ¹.

^{1.} Par exemple les magistrats (décret du 22 mars 1852, article 8), — les juges consulaires (article 629 C. com.), — les greffiers (décret des 16-24 août 1790, articles 1 et 5), — les avocats (ordonnance du 20 novembre 1822, article 38), — les huissiers (décret du 4 juin 1813, article 12), — les avoués (loi du 22 ventose an XII, article 31).

C'est le serment dit professionnel. La personne qui le prête dit : « Je le jure ».

Tel est le serment promissoire. Nous venons de voir qu'il

vise toujours des faits à venir.

1060. Le serment affirmatif consiste dans l'affirmation sous serment de la loyauté d'une déclaration faite, de l'exactitude d'une allégation produite.

Il intervient dans un grand nombre de cas. Voici les prin-

cipaux.

1° C'est celui que prête l'héritier lors de l'inventaire (article 943-8° C. proc. civ.).

2º C'est celui dont parle l'article 2275 du Code civil.

3° C'est celui que prête le chef du jury lisant le verdict (article 348 C. d'inst. crim.).Ici,le caractère religieux de l'acte résulte des mots : « Sur mon honneur et ma conscience, « devant Dieu et devant les hommes. »

4º C'est enfin le serment judiciaire, autrement dit le serment

employé comme preuve, celui de l'article 1357.

Il n'est soumis à aucune forme. Il se prête à l'audience, en présence du juge; de là son nom (articles 55, 120, 121 C. proc. civ.). Il exige la comparution personnelle de la personne qui le prête. Les termes en sont libres; son caractère religieux ne se marque donc point par les mots employés: « Vous jurez, — je le jure ».

Le serment judiciaire est la preuve subsidiaire et dernière, celle à laquelle on recourt quand on n'en a pas d'autre, comme moyen de mettre fin à un débat qui, sans cela, serait sans

issue.

1061. Il se présente sous trois formes : 1° le serment décisoire, ou litisdécisoire, — 2° le serment supplétoire, — 3° le serment en plaids, ou *in litem*.

I. Serment décisoire.

Il est ainsi nommé parce qu'il décide la cause et tranche le débat. Le demandeur, comme le défendeur, peut terminer le débat en s'en remettant au serment de l'adversaire. Le demandeur dit : « Je n'ai pas de preuve, mais jurez que vous « ne devez pas et je m'arrête. » Ou bien c'est le défendeur qui dit : « Je ne crois pas devoir, mais jurez que je vous dois « et je me tiens pour battu. »

La délation du serment est l'offre d'une partie de s'en

remettre au serment de l'autre. Comme toute offre, elle ne lie pas et peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée ;

mais elle lie quand elle est acceptée (article 1364) 1.

L'adversaire, acculé au serment, doit ou le prêter ou le référer (article 1361). Référer le serment, c'est sommer la personne qui l'a déféré de le prêter elle-même. Si elle le prête, l'article 1363 dispose que l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté; c'est une transaction forcée. En cas de refus, il y a aveu par la partie de l'inexistence du droit qu'elle prétendait.

Le serment peut être déféré ou référé en tout état de cause

(article 1360), sous trois conditions.

a) Il faut que le fait dont on cherche a établir la preuve soit personnel à la personne qui est mise en demeure de prêter le serment (article 1359). Elle ne peut affirmer qu'à cette condition. Aussi le serment ne peut-il être référé que si le fait est commun aux deux parties (article 1362). Il y a cependant un serment particulier qui peut être déféré sur des faits non personnels, c'est le serment de crédibilité ou de crédulité (article 2275 alinéa 2) ².

b) Il faut que la contestation soit susceptible de transaction ou d'aveu. Donc le serment est impossible s'il s'agit de

droits auxquels on ne peut pas renoncer.

c) Il faut que la partie qui le défère ou le réfère soit capa-

ble de transiger 3.

Ajoutons enfin que les juges, d'après l'opinion commune, ne sont pas obligés d'ordonner le serment décisoire que l'une des parties défère à l'autre. Ils ont la faculté de le rejeter ou de l'admettre selon les circonstances ⁴.

1. Suprà, p. 42 et suiv.

^{2.} L'exception apportée à la règle de l'article 1359 par l'article 2275 alinéa 2 est limitative et ne peut être étendue à d'autres personnes qu'à celles désignées dans le texte : Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 753, note 23, — Laurent, *Principes*, XX, n° 249, — Cass. 17 juillet 1876, D. P. 1877.1.276, Sir. 1877.1.17.

^{3.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 184 et suiv., — Demolombe, Contrats, VII, n° 583, — Laurent, Principes, XX, n° 234, — Toulouse 25 mai 1885, Sir. 1889.II.41, — Paris 15 avril 1893, sous Cass. 13 novembre 1895, D. P. 1896.I. 267, Sir. 1897.I.262.

^{4.} Cass. 8 janvier 1890, D. P. 1890.I.23, Sir. 1890.I.112, — 31 octobre 1893, D. P. 1894.I.108, Sir. 1894.I.16, — 30 juin 1896, D. P. 1897.I.12, Sir. 1897.I.40, — 22 avril 1898, D.P.1898.I.391, Pandectes françaises, 1898.I.326. — La doctrine se prononce généralement en sens contraire: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 753, p. 191, — Demolombe, Contrats, VII, n° 614, — Laurent, Principes, XX, n° 258.

II. Serment suppletoire.

C'est celui que le juge provoque lorsque, n'étant pas complètement convaincu, il entend corroborer les probabilités acquises (articles 1366 et 1367). Le serment décisoire peut être déféré en l'absence de toute preuve ; le serment supplétoire ne peut l'être ni si la prétention est prouvée, ni si elle est dénuée de toute preuve.

En quoi doit consister le commencement de preuve qui est nécessaire pour que le serment supplétoire soit possible? S'il s'agit d'un fait susceptible d'être prouvé par témoins, le juge a toute latitude; il décide souverainement. S'il s'agit d'une contestation qui n'admet pas la preuve testimoniale, le commencement de preuve doit résulter d'un écrit (article 1347) 1. La solution est contestée, mais elle n'est guère contestable 2.

L'autorité du serment supplétoire est loin d'être la même que celle du serment décisoire 3. Il peut être combattu par la preuve contraire 4. Il n'est qu'une mesure d'instruction; le juge en tire telle conséquence qu'il croit convenable. Il puise sa force dans le caractère de celui qui le prête; aussi ne peut-il pas être référé (article 1368).

III. Serment en plaids.

C'est une modalité du serment supplétoire⁵. Le juge le défère sur la valeur de la chose qui fait l'objet du procès, lorsque cette valeur ne peut pas être constatée autrement.

L'article 1366 distingue très bien le serment en plaids du

2. En ce sens: Aubry et Rau, 4º édition, VIII, § 767, p. 360, - Demolombe, Contrats, VII, nº 694, - Laurent, Principes, XX, nºs 285 et 288; -Cass. 6 juin 1883, D.P. 1883.I.454, Sir. 1883.I.342, - 7 novembre 1893, D.P. 1894.I.15, Sir. 1894.I.182, — 10 février 1896, D. P. 1896.I.351, Sir. 1896.I.72.

4. Voy. Aubry et Rau, 4º édition, VIII, p. 363, - et Garsonnet, Traité, 1re édition, II, p. 608.

^{1.} En matière commerciale, la preuve testimoniale étant toujours admissible, les juges peuvent, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, déférer le serment supplétoire, s'ils déclarent que la demande, sans être complètement établie, n'est pas cependant dénuée de preuve : Cass. 26 octobre 1886, D. P. 1887.I.105, Sir. 1887.I.153.

^{3.} Aussi, le refus de prêter le serment supplétoire n'entraîne-t-il pas nécessairement condamnation de la partie à laquelle il a été déféré ; l'article 1361 n'est pas applicable. Voy. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 767, p. 362, texte et note 17, - Demolombe, Contrats, VII, nº 720, - Laurent, Principes, XX, nº 293. - Il en est de même, d'ailleurs, de l'article 1363 : Aubry et Rau, ibid., note 20, - Marcadé, Explication, article 1368, no 3, - Cass. 20 janvier 1843, Sir. 1843.1.659.

^{5.} Aussi la force probante est-elle la même dans les deux cas.

serment supplétoire : « Le juge peut déférer à l'une des « parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision « de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de « la condamnation. »

L'hypothèse est la suivante. Le demandeur a justifié sa prétention; mais la valeur de la chose qui fait l'objet du procès reste incertaine. Le juge, alors, s'en rapporte à la déclaration que le demandeur fait sous serment. Par exemple, un voyageur dépose sa valise dans un hôtel, et elle est égarée ou volée; le vol est constant ou établi, l'hôtelier le reconnaît; le doute ne porte plus que sur le montant de la condamnation; le juge défère le serment au demandeur relativement à la valeur qu'il attribue à l'objet volé.

Cela est assez dur pour le défendeur. Aussi l'article 1369 ne permet-il au juge de recourir ainsi au serment que lorsqu'il est impossible de constater autrement la valeur de la

chose litigieuse.

1062. Le faux serment, dans les trois variétés du serment judiciaire, constitue une infraction spéciale, prévue et pu-

nie par l'article 366 du Code pénal.

Cette disposition implique que la fausseté du serment peut être prouvée, ce qui paraît en contradiction avec la règle posée par l'article 1363, aux termes duquel la preuve de la fausseté du serment décisoire n'est pas recevable. Toutefois, l'antinomie n'est qu'apparente. Au point de vue civil, c'est-à-dire en ce qui concerne les intérêts engagés, la délation du serment équivaut à une transaction; mais il en est autrement au point de vue pénal.

1063. Nous n'insisterons pas davantage sur le rôle du serment comme moyen de preuve. Mais nous ne pouvons abandonner cette matière sans signaler certaines difficultés que la pratique du serment a fait naître, et qui, peut-être, aboutiront un jour à la transformation, sinon même à la suppression complète du serment.

1064. A diverses reprises 1, nous avons insisté sur l'idée que le serment a un caractère religieux par lui-même, in-dépendamment des termes auxquels les parties recourent,

^{1.} Suprà, p. 656 et 657.

volontairement ou par la volonté de la loi, pour le prêter. Le serment est un acte religieux non parce que la formule employée lui imprime ce caractère, mais parce que la nature du serment est telle. Le Dictionnaire de l'Académie le définit de la manière suivante: « Affirmation ou promesse « en prenant à témoin Dieu, ou ce que l'on regarde comme « saint, comme divin. » L'homme qui prête serment cherche un point d'appui au delà et au-dessus de l'humanité; il s'élève jusqu'à l'idéal de justice et de vérité que le sentiment universel a personnifié dans l'idée de Dieu. Jurer, c'est affirmer par serment en prenant Dieu à témoin.

Compris de la sorte, le serment n'est ni une simple affirmation, ni une simple promesse. Et l'autorité que la loi attache au serment est une conséquence de son caractère religieux, si bien que la disparition de ce caractère ferait écrouler tout le système légal; l'invocation à la Divinité est regardée comme unegarantie de sincérité, de loyauté, par suite comme autorisant plus de créance. Aussi le faux serment, ou parjure, n'est-il pas considéré seulement comme un mensonge; la loi en fait une infraction, qui est punie, nous

venons de le voir 1, par le Code pénal.

1065. Or les difficultés auxquelles la pratique du serment a donné naissance tiennent précisément à son caractère religieux, à ce que le serment n'est pas une affirmation ou une promesse quelconque, mais offre une garantie spéciale parce

qu'il est fait en prenant Dieu à témoin.

Ces difficultés se sont manifestées d'abord à propos d'une secte religieuse qui a eu longtemps des adeptes dans les Vosges, celle des Anabaptistes, lesquels, comme les Quakers anglais, se refusent à prêter serment. Mais les incidents qui se sont élevés à leur sujet n'ont pas fait beaucoup de bruit, car il s'agissait de gens calmes et conciliants.

D'autres incidents ne devaient pas tarder à attirer plus vivement l'attention. Il s'est trouvé des personnes qui se sont refusées à prêter serment en donnant comme motif à leur refus qu'elles n'admettaient pas l'existence de Dieu et ne

croyaient pas pouvoir le prendre à témoin.

Ces incidents paraissent s'être élevés seulement dans deux cas spéciaux: 1° à propos du serment promissoire des jurés

^{1.} Suprà, nº 1062.

en Cour d'assises, par application de l'article 312 du Code d'instruction criminelle, — 2° à propos du serment affirmatif du chef du jury, par application de l'article 348 du même Code. Il s'est rencontré, en particulier, des jurés se refusant, par scrupule de conscience, à jurer « devant Dieu », et plaçant leur refus sous l'égide d'un principe qui doit être respecté dans son intégrité: le principe de la liberté de conscience ¹.

On a tenté d'écarter la difficulté en contestant la réalité des scrupules de conscience invoqués par les personnes qui refusent de jurer, en leur imputant des pensées d'affectation, de défi à l'idée religieuse. Le procédé est mauvais et dangereux qui consiste à contester, dans une controverse,

la sincérité de ses adversaires.

Puis, on a cru pouvoir se tirer d'embarras en autorisant à passer sous silence les mots que certaines personnes se refusaient à prononcer, ou en autorisant ces personnes à joindre au serment qu'elles prêtaient des réserves expresses: « Je jure, seulement je proteste ». Mais la Cour de cassation a rendu l'expédient impossible en décidant que l'omission d'une partie de la formule légale, ou l'adjonction d'une réserve quelconque, soit dans le serment des jurés, soit dans la déclaration du chef du jury, doit être considérée comme entraînant la nullité des débats ². La question se trouvait ainsi posée en termes impératifs.

Si elle s'est posée à propos des deux cas que nous avons signalés — serment des jurés et des chefs du jury — cela tient évidemment à ce que le caractère religieux du serment apparaît avec une netteté toute particulière dans ces deux cas; il ne résulte pas seulement de la nature de l'acte, mais des termes dans lesquels le serment doit être prêté 3. Toutefois, le conflit ne pouvait pas rester limité à ces deux cas; en effet, tout serment peut soulever à cet égard les mêmes scrupules, puisqu'il est de l'essence du serment — répétons-

Voy. par exemple les incidents qui se sont produits à la Cour d'assises de la Seine le 16 mars 1882, dans la Gazette des Tribunaux du 17.
 Cass. 20 mai 1882, D. P. 1882.I.388, Sir. 1884.I.41.

La Cour de cassation a posé en principe que la pénalité de l'article 396 C.inst. crim. est encourue par ce seul fait que le juré refuse, sous prétexte qu'il ne croit pas en Dieu, de prêter le serment exigé par la loi à peine de nullité, et se met ainsi dans l'impossibilité de remplir sa mission. Cass., 43 févr. 1886, Bull. crim., n° 57.

^{3.} Suprà, p. 656 et 657.

le 1 - d'être une attestation devant Dieu, que le nom de

Dieu figure ou non dans la formule employée.

Aussi la question n'a-t-elle pas tardé à être posée d'une manière beaucoup plus large, comme il était logique qu'elle le fût. Elle a été posée à propos du serment en général, non plus seulement en vue de parer à des scrupules de conscience, mais au nom d'une thèse philosophique et dans le dessein nettement avoué de consacrer ce qu'on a appelé les franchises de l'athéisme.

1066. La question posée de la sorte, diverses tentatives ont été faites pour la résoudre. Et nous allons signaler deux faits notables qui se rapportent à cet ordre d'idées.

Premier fait.

1067. Le 24 juin 1882, la Chambre des députés a adopté un projet de loi ² qui se compose de trois articles. Nous n'avons pas à parler du troisième, qui a trait à un ordre d'idées tout différent; les deux autres seuls ont trait au serment.

Le second porte : « Dans les articles 312 et 348 du Code « d'instruction criminelle, et dans tous autres articles et for- « mules analogues, les mots : devant Dieu et devant les

« hommes sont et demeurent supprimés 3. »

Le premier porte: « Dans les cas prévus par les arti-« cles 75, 155, 189, 317 du Code d'instruction criminelle, « 1347 et 1369 du Code civil, 55 et 121 du Code de procédure « civile, et dans tous les autres cas où il y a lieu à prestation « de serment, la formule du serment sera pour les magis-« trats: Sur votre honneur et votre conscience, jurez, et pour « le prestataire: Sur mon honneur et ma conscience, je le « jure. »

L'intention du législateur est bien apparente; il s'est proposé de laïciser le serment, de le transformer en une affirmation solennelle au nom de l'honneur, en un serment laïque. L'état civil, dit-on, a été sécularisé depuis de longues années 4; le serment doit cesser à son tour d'être religieux, devenir un acte purement civil, et ne plus garder d'autre sanc-

^{1.} Cpr. suprà, nº 1064.

^{2.} Voy. les Annales de la Chambre des députés, débats parlementaires, session ordinaire de 1882, p. 620 et suiv.

^{3.} On peut noter en passant que les mots supprimés n'existent dans aucun autre article que les articles 312 et 348.

^{4.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 168 et suiv.

tion que les pénalités édictées par l'article 366 du Code pénal. Le mot « serment » a désigné jusqu'ici une attestation faite au nom de Dieu; il n'exprimera plus désormais qu'une attestation sur l'honneur et la conscience.

1068. Cette innovation, toute simple qu'elle paraisse,

est loin d'être inattaquable.

a) D'abord, dépend-il vraiment du pouvoir législatif de changer le sens qu'une langue donne à un mot? Un mot exprime une certaine notion ; est-il possible de changer la notion en prétendant conserver le mot? La loi, a-t-on dit, sera notifiée à l'Académie française, qui changera le sens des mots « serment » et « jurer ». Mais l'Académie serait en droit de répondre que les lois du développement de la langue française sont au-dessus de l'autorité législative.

b) Et puis et surtout, comment pourront se justifier désormais, si le serment n'est plus qu'une affirmation ordinaire, les effets spéciaux qui y ont été attachés sur la foi d'une autorité plus haute et plus grande? Pourquoi le serment conserverait-il une force probante particulièrement énergique si on lui enlevait ce qui a expliqué jusqu'ici cette force

probante spéciale?

Un fait prouve que les craintes, à cet égard, ne sont point chimériques. Il se rattache à la question de savoir si l'on peut exiger que le serment soit prêté more judaïco quand il s'agit d'Israélites. Voici l'hypothèse. Une personne plaide contre un Israélite ; faute de preuve, le demandeur défère le serment; peut-il exiger que le défendeur, vu la religion qu'il professe, prète serment more judaïco? On s'est fréquemment trompé à ce propos. Dans les débats légis-latifs, on a présenté l'admission du serment more judaïco comme un hommage à la liberté de conscience. C'est une erreur de fait. La question n'est pas de savoir si l'Israélite peut réclamer le droit de jurer more judaïco; elle est de savoir si l'adversaire peut exiger de lui le serment sous cette forme. Cette question s'est posée dans un procès mémorable en 1846 1. Un Israélite, auquel le serment a été déféré, jure qu'il ne doit pas ; le demandeur soutient que le serment est nul parce que son adversaire n'a pas juré more judaïco,

^{1.} Voy. Cass. 3 mars 1846, D. P. 1846.I.103, Sir. 1846.I.193.— Cpr. Besancon 15 janvier 1847, D. P. 1847.IV.441, Sir. 1847.II.142, — Cass. 18 novembre 1847, Sir. 1848.I.175, — 16 juin 1869, D. P. 1870.I.198, Sir. 1869.I.377.

et il finit par triompher en cassation; le défendeur, astreint cette fois à jurer suivant sa loi religieuse, reconnaît qu'il doit, et déclare n'attacher aucune importance au serment prêté sous une autre forme.

N'est-ce pas la preuve que le serment possède, à cause de son caractère religieux, une force que n'a pas la simple affirmation? Et peut-on conserver le système de la loi si on

supprime ce qui en est le fondement?

c) Enfin, la réforme adoptée par la Chambre des députés aurait-elle vraiment la vertu de calmer toutes les susceptibilités ? On n'a rencontré personne, au moins jusqu'ici, qui ait nié l'honneur. Mais il y a des gens qui nient la conscience ; ne va-t-il pas falloir, pour eux, modifier la nouvelle formule ?

Depuis que la Chambre des députés a voté son projet, un fait singulier s'est produit au Conseil des prud'hommes de Paris 1. Ce n'est plus cette fois le nom de Dieu qui choque certaines susceptibilités, mais l'invocation même de la loi. Deux prud'hommes ouvriers ont refusé de prêter serment de fidélité aux lois: « Nous estimons qu'en cons-« cience on ne doit prêter serment que sur une chose qu'on « respecte, que l'on ne voudrait pas trahir pour quoi que ce « soit. Le serment n'a de valeur qu'à cette condition ; donc « pour prêter serment de fidélité aux lois, il faudrait les ap-« prouver dans toute leur étendue. En conséquence, nous prê-« terons serment devant notre conscience, devant les hom-« mes, nous le prêterons devant la Révolution, mais jamais « nous ne prêterons serment de fidélité à une loi qui est faite « par la classe bourgeoise contre la classe prolétarienne. » Du moment qu'on se place sur le terrain des préférences ou des fantaisies individuelles, les deux ouvriers dont nous signalons la manifestation paraissent dans leur droit. Par cela même qu'ils réclament, d'autres pourront réclamer à leur tour sur d'autres points, et il deviendra impossible d'arriver à une formule commune. Une déclaration, si édulcorée qu'on la suppose, trouvera encore des réfractaires pour lesquels il faudra la modifier, sans compter les intransigeants purs qui ne voudront pas de déclaration du tout. Conformera-t-on la nouvelle législation à cette nouvelle fantaisie?

^{1.} Voy. la relation de cet incident, qui s'est produit le 16 mai 1883, dans le journal Le Temps du 18 mai 1883.

1069. Tel est le projet qu'a voté la Chambre des députés. A ce projet, le Sénat en a substitué un autre très différent.

Il ne se compose que d'un seul article, ainsi conçu: « L'ar« ticle 312 du Code d'instruction criminelle est modifié par
« l'addition du paragraphe suivant: Néanmoins, si un des jurés
« en avait fait la demande par écrit au président de la Cour
« d'assises avant l'ouverture de l'audience, le président modi« fiera ainsi qu'il suit, en ce qui concerne ce juré, les termes
« du discours ci-dessus: « Vous jurez et promettez d'examiner
« avec l'attention la plus scrupuleuse, etc. ». Dans le cas où
« l'auteur de cette demande deviendrait chef du jury, les dé« clarations de lui requises par l'article 348 ci-après seront
« ainsi conçues: Sur mon honneur et ma conscience, la décla« ration du jury est..... » Cet article a été adopté par le Sénat
dans sa séance du 26 février 1883 ¹.

Donc rien n'est changé quant à la forme des serments autres que ceux des jurés et des chefs du jury. En ce qui concerne ces serments là, voici quel est le système complexe

que consacre le texte voté par le Sénat.

On s'est proposé de conserver, autant que possible, les garanties du serment traditionnel, tout en donnant satisfaction aux scrupules des personnes que l'idée de Dieu inquiète. Désormais le serment peut, au gré des parties, avoir deux caractères différents. Le serment actuel subsiste en principe, avec son caractère religieux traditionnel, méritant dès lors la créance qui lui est attribuée; et c'est le droit commun. Mais il dépend des parties d'enlever au serment ce caractère et de substituer au serment religieux un serment simplement laïque. Dans le projet de la Chambre des députés, le caractère laïque du serment était absolu; dans le projet du Sénat, il devient facultatif.

La réforme ne vise directement que le serment des jurés et chefs du jury. Mais il serait inévitable, si la réforme prévalait, qu'elle rejaillît sur tous les autres cas où il y a lieu à prestation de serment, quoiqu'il ne soit rien changé à la formule usitée dans ces cas ; en effet, dès que la loi autorise dans une hypothèse le prestataire d'un serment à dire « Je le jure » sans que l'emploi de ces mots constitue une invocation religieuse, le prestataire de tout serment quel-

^{1.} Voy. les Annales du Sénat, débats parlementaires, session ordinaire de 1883, p. 212 et suiv.

conque peut attacher le même sens à ces mots ; en changeant un article du Code d'instruction criminelle, on introduit une signification nouvelle du mot à côté de sa signification tradi-

tionnelle, et chacun peut choisir.

En d'autres termes, les mots « Je le jure », d'après le texte voté par le Sénat, ont un double sens, au gré des parties. Ils conservent leur signification religieuse, mais ne la possèdent plus d'une manière essentielle ; chacun y attache le sens qu'il veut; de la sorte, nul ne peut plus être blessé dans ses convictions. La loi ne laïcise pas le serment ; elle permet aux parties de le laïciser à leur gré.

1070. Ce système n'échappe pas à la critique que nous avons dirigée contre le projet voté par la Chambre des députés. C'est toujours le système du serment laïque, sauf que le serment, au lieu d'être toujours laïque, ne l'est que facul-

tativement.

En outre, il se heurte à deux objections qui lui sont

propres.

1º On ne peut nier qu'il y ait quelque chose de singulier dans ce système, qui subordonne le caractère d'un fait juridique aux préférences particulières de chacun. Avec un pareil système, on ne sait plus ce qu'est le serment; il est ce qu'il plaît aux parties qu'il soit. Cependant il a toujours le même effet. N'est-ce pas là une contradiction?

2° L'application d'un pareil système ne peut manquer de devenir, devant les tribunaux, l'occasion de manifestations d'audience, de professions de foi. La justice n'y perdra-t-elle

pas de sa dignité?

1071. Au surplus, ni la Chambre des députés ni le Sénat ne paraissent avoir attaché une véritable importance aux deux projets différents que nous venons d'analyser. Le texte voté par la Chambre haute le 26 février 1883 n'a été transmis à la Chambre basse que le 14 juin 1898 , sans qu'il soit possible de discerner la cause de cet énorme retard ; et, depuis cette transmission, le projet semble bien n'avoir fait l'objet d'aucun examen à la Chambre des députés.

Second fait.

1072. La question ne pouvait manquer d'être soulevée de

^{1.} Voy. les Annales de la Chambre des députés, documents parlementaires, session ordinaire de 1898, p. 1163.

nouveau lorsque s'est produit le mouvement d'idées qui devait conduire à la séparation des Eglises et de l'Etat.

On sait que la Chambre des députés a nommé, le 18 juin 1903, une commission chargée d'examiner diverses propositions concernant la séparation des Eglises et de l'Etat¹. Cette commission, après un rapide échange de vues, a chargé son rapporteur, M. Briand, de rédiger un avant-projet²; dans cet avant-projet figure un article 33 ainsi conçu: « La formule du serment judiciaire est libre. Nul ne peut être tenu « de prêter serment sur un emblème philosophique ou reme ligieux, ou dans des termes susceptibles de porter atteinte « à la liberté de sa conscience ³. »

L'idée est la même qu'en 1882 et 1883. On s'imagine à tort que le caractère religieux du serment résulte des termes employés et qu'il suffit de changer les termes pour modifier ce caractère. Puis on prétend conserver la force probante spéciale du serment, alors qu'on enlève au serment le caractère à raison duquel cette force spéciale lui a été attribuée.

Le texte qui vient d'être rapporté n'a point passé, d'ailleurs, dans la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Églises et de l'Etat. A peine la commission de la Chambre avait-elle entamé la discussion de l'avant-projet Briand, qu'un projet de loi était déposé par le ministère Combes et renvoyé à la commission le 10 novembre 1904; ce projet ne contient aucune disposition relative au serment 4. Il en faut dire autant du projet déposé, le 9 février 1905, par le ministère Rouvier 5, et autant de la loi elle-même, qui est muette à cet égard 6.

1073. Tel est, au point de vue législatif, l'état de la question du serment.

Quelle sera l'issue de tout ce mouvement d'idées ?

Le principe de la neutralité de la loi en matière religieuse devait conduire inévitablement à ce que la question fût posée⁷.

^{1.} L'énumération et l'analyse sommaire de ces propositions sont données dans le rapport de M. Briand, publié en un volume in-12, chez l'éditeur Cornély, sous ce titre: La séparation des Eglises et de l'Etat. Voy.p. 224 à 231.

^{2.} Voy. Briand, loc. cit., p. 233.

^{3.} Ibid., p. 241.

^{4.} Voy. le texte du projet Combes dans Briand, loc. cit., p. 243 et suiv.

^{5.} Voy. ibid., p. 255 et suiv.

^{6.} Cpr. sur ces divers points Grunebaum-Ballin, La séparation des Eglises et de l'Etat, Paris, 1905, p. 361 et 362.

^{7.} Voy. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 4° édition, p. 235 et 236.

Mais on arrive à se demander s'il ne vaudrait pas mieux supprimer le serment que le transformer ainsi? N'est-ce pas le supprimer que supprimer ce qui explique les effets qui y ont été attachés par la loi? La question va se poser pour tout le monde comme elle s'est posée pour le serment more judaïco. Un plaideur peut-il être contraint d'accepter les suites du serment prêté par son adversaire, quand ce serment a été prêté dans des conditions qui ne sont pas conformes à la nature propre et traditionnelle du serment?

Aussi est-il permis d'entrevoir comme probable la disparition du serment. Seulement cette disparition produira un grand vide dans l'organisation judiciaire, où la garantie du serment intervient à chaque instant comme un complément

du système de la preuve.

CHAPITRE III

DES PRÉSOMPTIONS

1074. Le Code consacre aux présomptions la section III du chapitre relatif aux preuves (articles 1349 à 1353).

Les présomptions, au sens général du mot, sont des preuves car elles sont des moyens de démonstration judiciaire, des motifs suffisants de décision. Or tel est le caractère de la preuve. La preuve, dans l'acception abstraite du mot, est la démonstration judiciaire d'un droit, plus exactement de l'acte ou fait juridique d'où le droit découle ; dans l'acception concrète, c'est le procédé ou moyen de démonstration. Preuve, moyen de preuve, les présomptions, en définitive, ne sont pas autre chose ¹.

Si on veut isoler et opposer preuves et présomptions, en quoi diffèrent-elles, soit quant à leur nature, soit quant à leurs effets? Quels sont leurs caractères distinctifs? C'est un point de la théorie des preuves qui est toujours resté incertain, sinon obscur. Heureusement, si la question présente un incontestable intérêt doctrinal, elle n'offre, à vrai dire,

aucun intérêt pratique.

1075. Quelquefois, prenant les mots au pied de la lettre, dans leur sens grammatical et usuel, on dit que preuves et présomptions diffèrent au point de vue de la force probante qui y est attachée. Les preuves prouvent, dit-on, en d'autres termes elles établissent réellement la vérité et l'exactitude du fait avancé; les présomptions font seulement présumer le fait, le rendent probable, vrai par provision, à moins que le contraire ne soit prouvé. De sorte que la force probante des présomptions serait inférieure à celle des preuves, au moins dans une mesure à établir.

Cela semble bien résulter des termes consacrés pour exprimer les deux idées. Mais ce n'en est pas moins une erreur certaine. Le point de vue légal est tout autre.

^{1.} Suprà, p. 584.

1076. Sous le rapport de la force probante, une présomption légale vaut toujours au moins autant qu'une preuve. L'article 1352 alinéa 1 est ainsi conçu: « La présomption « légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle « existe. » Cet effet s'attache même aux présomptions dites simples; ce qui est présumé, admis par présomption légale, est réputé exact par provision, tant que le contraire

n'est pas prouvé.

Quelquefois même, une présomption vaut mieux qu'une preuve. L'article 1352 alinéa 2 est ainsi conçu : « Nulle « preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lors- « que, sur le fondement de cette présomption, elle annule « certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle « n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur « le serment et l'aveu judiciaire. » Cet effet s'attache seulement aux présomptions dites juris et de jure.

Or toutes les preuves, sauf une, admettent la preuve con-

traire.

La preuve littérale, qui est la meilleure et la plus sûre, peut être combattue. Résulte-t-elle d'un acte authentique, elle peut être détruite par l'inscription de faux (article 1319) 1. Résulte-t-elle d'un acte sous seing privé, elle peut l'être par le simple désaveu du débiteur, ce qui met le créancier dans l'obligation d'agir en vérification d'écriture (articles 1323 et 1324) 2.

La preuve testimoniale peut aussi être contredite. A l'en-

quête on répond par la contre-enquête.

L'aveu a une force plus grande. Il ne peut pas être révoqué pour erreur de droit, mais il peut l'être pour erreur de fait (article 1356 in fine) 3.

Le serment décisoire seul a une force probante absolue

(article 1363) 4.

Donc, en principe, les preuves et les présomptions ont la même autorité probante, et quelquefois les présomptions l'emportent. La présomption vaut toujours autant et quelquefois mieux que la preuve.

Il faut chercher ailleurs le fondement de la distinction en-

tre les présomptions et les preuves.

^{1.} Suprà, p. 611 et suiv.

Ibid., p. 615 et suiv.
 Ibid., p. 654 et 655.

^{4.} Ibid., p. 658.

1077. L'incertitude qui règne sur ce point tient surtout à trois causes.

1° Elle tient à ce que le Code civil reconnaît et admet deux espèces de présomptions. Or elles ont des caractères et des effets très différents. De là une équivoque possible.

a) Le Code reconnaît, en premier lieu, des présomptions que l'article 1353 appelle « les présomptions qui ne sont point éta-« blies par la loi », qui sont « abandonnées aux lumières et à « la prudence du magistrat ». On les nomme plus communément présomptions du fait de l'homme. Ces présomptions là ne sont pas, à vrai dire, des présomptions, mais des preuves. Sont admissibles sous ce nom, avons-nous dit 1, tous les indices quelconques tirés des circonstances, toutes les inductions qui militent pour ou contre la prétention émise. Elles ne peuvent être prises en considération par le juge que si elles sont produites par les parties, suivant la règle de l'article 1315; elles s'ajoutent à la preuve testimoniale et ne sont admissibles que si celle-ci l'est elle-même (article 1353); le juge en apprécie l'autorité, afin de les faire entrer dans les motifs de sa décision. Ce ne sont pas des présomptions, mais plutôt des moyens de démonstration que les parties invoquent, à charge d'en justifier, et qui sont, comme la preuve testimoniale, abandonnés, quant à leur efficacité probante, à l'appréciation des tribunaux.

b) Les seules vraies présomptions sont les présomptions établies par la loi, les présomptions légales, faisant l'objet du paragraphe 1 de la section III (articles 1350 à 1352) : celles sur le fondement desquelles la loi tient d'office pour vrai ce qui est présumé. L'intéressé est dispensé de fournir aucune preuve, la démonstration étant considérée comme faite à son profit ; et l'article 1315 cesse d'être applicable : celui qui émet une prétention doit la justifier, à moins que la loi ne la tienne pour acquise par présomption. C'est à propos de ces présomptions là seulement que l'article 1352 dit : « La présomption légale dispense de toute preuve celui

« au profit duquel elle existe. »

2º L'incertitude vient de ce que le Code civil a rangé parmi les présomptions deux moyens de démonstration judiciaire qui sont de véritables preuves: l'aveu et le serment.

^{1.} Suprà, p. 591 et 592, - p. 594 et 595; - Cpr. infrà, p. 677.

L'article 1350 dit : « La présomption légale est celle qui « est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à cer- « tains faits ; tels sont :.... 4° La force que la loi attache à l'a-« veu de la partie ou à son serment. » En dépit du texte, il y a là une erreur. L'aveu et le serment sont des modes de preuve '; ils portent sur les faits générateurs du droit prétendu : obligation ou libération ; la loi en autorise l'emploi sous certaines conditions; les parties en usent à leur gré: on provoque un aveu, on défère un serment, comme on réclame une enquête ; la loi en règle la force probante. C'est tout le système des preuves. L'incertitude sur la distinction entre les preuves et les présomptions s'augmente de ce que la classification est défectueuse.

3º L'incertitude vient de ce que le législateur s'est avisé de définir la présomption, ce qui n'était pas de son domaine. Nulle part il n'a défini la preuve ; il se contente de prévoir et de réglementer les modes de preuve. Mais l'article 1349 porte : « Les présomptions sont des conséquences que la loi « tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Autrement dit, ce sont des inductions. Or il se trouve que c'est là une erreur. Cette définition est celle non des présomptions, mais des preuves. En effet, ce qui distingue les deux moyens de démonstration judiciaire — la preuve d'une part, la présomption de l'autre - c'est uniquement le procédé de raisonnement mis en œuvre dans chacun des deux cas. La preuve est une démonstration par induction; elle conclut du connu à l'inconnu. La présomption est un raisonnement par déduction ; elle tire certaines conclusions d'idées générales admises a priori 2.

1078. Vérifions cette idée générale. Car elle est le point de départ de tout le système des présomptions.

1079. La preuve judiciaire, qui est une démonstration par induction, ne porte que sur des faits, sur les actes ou les faits juridiques invoqués comme cause du droit prétendu. L'induction est la base nécessaire des démonstrations judiciaires, comme elle est la base des connaissances historiques. On n'établit pas a priori la réalité d'un fait, comme il peut arriver qu'on établisse la légitimité d'une idée ; on

2. Suprà, p. 598.

^{1.} Voy. suprà, p. 648 et suiv., 656 et suiv., - infrà, p. 676.

y conclut. Dans l'ordre des faits, si rien n'était connu, rien ne pourrait être prouvé; mais, quand certains faits sont connus, il est possible d'induire de ces faits connus la réalité de certains autres faits. C'est pourquoi la preuve, en général, n'est pas autre chose qu'une induction tirée d'un fait connu à un fait inconnu. Le fait inconnu est la prétention émise, ou plutôt le fait allégué comme étant la cause génératrice du droit prétendu; le fait connu, ce sont les éléments légaux de conviction; quant à la preuve, elle consiste dans l'induction tirée de l'un à l'autre.

Cela est vrai de toutes les preuves.

Ainsi les parties, lorsque le fait générateur du droit s'est produit, ont rédigé un écrit. Le fait connu, c'est l'écrit présenté. Prouve-t-il, au sens rigoureux du mot? Non, car il peut être simulé, erroné, ou même faux. Cependant, étant donné le cours régulier des choses, étant données les précautions prises pour éviter les abus, si l'écrit n'établit pas rigoureusement le fait contesté, il le rend au moins vraisemblable, et il n'est pas téméraire de conclure par induction que le fait est réel, en un mot d'aboutir à la certitude judiciaire. La loi tire cette induction avec plus ou moins de rigueur selon qu'il s'agit d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé. Dans tous les cas, la preuve littérale est une conséquence que la loi tire d'un fait connu pour arriver à un fait inconnu; l'autorité de cette preuve n'est que le résultat d'une induction.

De même et plus visiblement encore pour la preuve testimoniale. Les parties ne se sont pas ménagé une preuve préconstituée, mais des personnes dignes de foi attestent avoir été témoins du fait allégué. Le fait connu, c'est le témoignage. Prouve-t-il, au sens rigoureux du mot? Non, car il peut être erroné ou faux. Aussi la loi n'en tire pas une induction directe; mais elle autorise le juge à en induire, s'il y a lieu, l'exactitude de l'allégation.

Mêmes données à propos de l'aveu, du serment et surtout des indices ou présomptions du fait de l'homme. Ces éléments prouvent-ils, au sens rigoureux du mot? Non, car ils peuvent n'être pas conformes à la vérité. L'aveu peut avoir été surpris, le serment n'être qu'un parjure, les indices peuvent être trompeurs ; ce sont seulement des éléments qui autorisent des inductions, plus ou moins plausibles selon les

cas, et la loi tantôt fait ces inductions elle-même, tantôt autorise le juge à les faire.

En résumé, les preuves ne sont et ne peuvent être que des inductions, permettant de conclure d'un fait connu à un fait inconnu. Les preuves ne prouvent pas, elles rendent vraisemblable; la preuve judiciaire ne peut être que le résultat d'une induction plus ou moins fondée. Si l'esprit peut avoir des certitudes, la justice humaine doit se contenter de vraisemblances.

Les preuves étant, de la sorte, des données fournies par induction, l'administration de la preuve n'est possible que si le fait connu allégué est précis, déterminé, et de plus s'il a un rapport direct avec le fait à prouver. Aussi, dans l'opération intellectuelle qui constitue la démonstration judiciaire ou la preuve, on ne distingue pas l'induction du fait qui lui sert de base. Les preuves sont tirées des circonstances mêmes, telles qu'elles sont révélées par l'écrit, le témoignage, l'aveu, le serment, les indices.

1080. La présomption procède tout autrement. Elle est une démonstration par déduction; elle est la conséquence d'idées admises à priori. Il y a certaines lois naturelles et constantes, certaines nécessités d'ordre public, certaines utilités sociales; la loi les consacre et y souscrit, à raison de leur constance s'il s'agit des lois naturelles, de leur utilité ou de leur nécessité s'il s'agit des lois sociales; puis elle en déduit quelques corollaires qu'elle tient pour acquis au profit des intéressés, sans que ceux-ci aient aucune justification à produire.

C'est pour cela que l'article 1352 dit: « La présomption « légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle « existe. » Et c'est pour cela que les présomptions se présentent, en droit, comme des dérogations à l'article 1315 : celui qui émet une prétention doit la prouver, à moins que la loi ne la tienne d'office pour prouvée sur le fondement d'une présomption légale. On n'a pas à prouver la loi, on en excipe 1.

Ces présomptions, en dépit de l'article 1349, ne sont pas des conséquences que la loi tire par induction d'un fait connu à un fait inconnu. Ce sont des solutions déduites comme corollaires de certaines données d'ordre général, sans rapport

^{1.} Aubry et Rau, 4º édition, VIII, p. 152. - Cpr. suprà, p. 672.

précis et direct avec le fait particulier à prouver, mais regardées comme motivant d'une manière suffisante ou comme nécessitant la solution admise quant à ce fait.

1081. Les présomptions ainsi comprises sont infiniment variées parce qu'elles se déduisent de données d'ordre général

infiniment variables.

Quelquefois la déduction sera tirée de la constance de lois regardées comme naturelles: lois physiques, intellectuelles ou morales. L'observation révèle que telle conséquence découle habituellement du cours naturel des choses; la loi civile conclut de ce qui est vrai généralement à ce qui doit être regardé comme étant vrai dans le cas particulier, et elle tient le fait pour acquis sans que l'intéressé ait à l'établir.

D'autres fois, la déduction sera tirée de certaines lois de nécessité ou d'utilité sociale, qui sont regardées comme devant prévaloir, au nom de l'ordre public. La loi considérant qu'une chose doit être, d'une manière générale, conclut qu'elle existe dans chaque hypothèse particulière, sans que l'intéressé ait à établir qu'elle existe dans le cas spécial qui

l'intéresse.

1082. Voilà quelle est la nature des présomptions. Les preuves sont des démonstrations par induction, et la définition de l'article 1349 leur convient; les présomptions procèdent par déduction, et la définition de l'article 1349 ne leur convient en aucune manière; au lieu d'être tirées d'éléments ayant un rapport direct avec l'allégation émise, en d'autres termes des circonstances du fait, elles sont tirées de données d'ordre général, sans rapport direct avec la conséquence admise.

La différence entre les présomptions et les preuves étant telle, c'est mal à propos que l'article 1350 range l'aveu et le serment parmi les présomptions 1. La classification est erronée. On provoque un aveu, on défère un serment, comme on réclame une enquête ou une descente sur les lieux; l'aveu et le serment portent sur les faits générateurs du droit prétendu; dès lors, il y a induction tirée de faits ayant un rapport direct avec la prétention élevée. Ce sont des preuves, non des présomptions. D'ailleurs cela résulte de l'article 1316, qui rectifie à cet égard l'article 1350.

^{1.} Suprà, p. 672 et 673.

C'est également à tort que l'article 1353 appelle présomptions les « présomptions qui ne sont pas établies par la loi », les indices dont les parties peuvent se prévaloir comme probants et dont le juge peut tenir compte ·. Ils ne peuvent résulter que des circonstances du fait ; l'induction est tirée de faits qui ont un rapport direct avec le fait inconnu à dégager. Ce sont encore des preuves, non des présomptions.

1083. Cela dit, dans quels cas la loi procède-t-elle par présomptions, de telle sorte que les faits soient regardés comme acquis sans que l'intéressé ait à les prouver?

Les présomptions légales sont nombreuses.

1084. Il en est que la loi établit dans des matières qui n'ont pas trait à des intérêts pécuniaires, ou qui du moins

n'y ont pas trait directement.

Par exemple, les articles 312 et suivants établissent des présomptions de paternité en matière de filiation légitime. L'article 312, en particulier, établit une présomption de paternité à l'égard du mari de la mère. Le fait normal est que l'enfant dont une femme mariée accouche a pour père le mari ; cette donnée est conforme à l'ordre ; il est de nécessité sociale qu'il en soit ainsi. La loi conclut à la paternité du mari sans qu'il y ait à la démontrer ; sous réserve de la preuve contraire par l'action en désaveu ².

Autre exemple. L'article 720 établit des présomptions de survie dans l'hypothèse des commorientes. L'idée d'où ces présomptions découlent est que, dans un péril commun, celui qui est plus fort a des chances pour avoir résisté plus longtemps que celui qui est plus faible. Les articles 720 et suivants déduisent de là des présomptions de survie, sauf preuve con-

traire.

D'après le même procédé de raisonnement, l'article 2268 dispose qu'en matière de prescription la bonne foi se présume et est regardée comme acquise, à moins que le contraire ne soit prouvé.

1085. Il est d'autres présomptions — et c'est le plus grand nombre — qui sont établies à propos de questions de pro-

priété ou d'obligations.

L'article 1350, qui les classe, est ainsi conçu: « La

1. Suprà, p. 672.

^{2.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 138.

« présomption légale est celle qui est attachée par une loi « spéciale à certains actes ou à certains faits : tels sont, « — 1° les actes que la loi déclare nuls, comme présumés « faits en fraude de ses dispositions d'après leur seule qua- « lité ; — 2° les cas dans lesquels la loi déclare la propriété « ou la libération résulter de certaines circonstances déter- « minées ; — 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée ; « — 4° la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à « son serment. »

Les termes de cette formule sont restrictifs. En conséquence, deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait

présomption légale.

1° Il faut une loi établissant la présomption. Le juge ne peut admettre aucune présomption, si plausible qu'elle paraisse, en dehors de celles qui sont établies par les textes. En effet, toutes sont des dérogations à l'artiele 1315 ¹. Cet article impose à quiconque avance une prétention l'obligation de la prouver; or, aux termes de l'article 1352 alinéa 1, la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe; donç on n'en peut admettre aucune en dehors des cas prévus.

2º Il ne suffit pas d'une loi ; il faut une loi spéciale, c'est-àdire un texte rédigé à cet effet. On ne doit jamais admettre l'existence d'une présomption par analogie ; celles qui sont établies par la loi ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre ; elles sont, comme on dit, strictissimæ interpretationis. La raison est la même: les présomptions sont des dé-

rogations au droit commun de l'article 1315.

1086. En fait, quelles sont les présomptions qui sont admises par la loi à propos de questions de propriété ou d'o-

bligations?

Elles sont éparses dans les lois, notamment dans le Code civil. Sur chacune d'elles, il y aurait à se demander : 1° quelle est l'idée générale dont elle procède et qui la justifie, — 2° quelle en est la portée. Nous ne pouvons, à cet égard, que renvoyer aux diverses matières où les présomptions se rencontrent. Si nous procédions autrement, le Code civil rentrerait presque tout entier dans cette section.

L'article 1350 cité seulement à titre d'exemples des hypothèses collectives. Il groupe les présomptions sous quatre

^{1.} Cpr. suprà, p. 672 et 675.

idées principales, de sorte qu'on peut dire qu'il y a quatre

espèces de présomptions.

1087. En premier lieu, l'article 1350 mentionne les présomptions sur le fondement desquelles la loi déclare certains actes nuls d'après leur seule qualité. Ce sont les présomptions de fraude.

Les principales sont les suivantes.

1º La présomption d'interposition de personne en matière de dispositions à titre gratuit (articles 911 et 1100). L'interposition, qui fait que le donataire apparent n'est pas le donataire véritable, peut toujours être prouvée; dans certains cas, la loi la présume. Comment cela s'explique-t-il? La loi, considérant qu'il y a ordinairement interposition dans certaines hypothèses de fait, conclut qu'il en est ainsi dans un cas déterminé, sans que l'intéressé ait à le prouver spécialement; il est naturel de tenir comme acquis ce qui a lieu le plus souvent, à moins de preuve contraire. L'intéressé n'a rien à établir; la loi le fait pour lui 1.

2° Les nullités de certains actes accomplis par un commerçant aux approches de la faillite (articles 446 et suiv.C.com.). De droit commun, tout créancier peut attaquer les actes consentis par son débiteur en fraude de ses droits (article 1167), à charge de prouver le consilium fraudis et l'eventus damni². Ici, les actes sont réputés faits en fraude de la masse.

3° Les présomptions d'influence illicite établies par l'article 472 en ce qui concerne les traités passés entre le tuteur et le mineur avant l'apuration du compte de tutelle 3, et par

l'article 1597 dans une hypothèse particulière.

4° Les présomptions d'incapacité des mineurs, des interdits, des femmes mariées non autorisées. Ce ne sont, en effet, que des présomptions. Il y a des mineurs tout aussi capables, au sens usuel du mot, que des majeurs; mais, dans un intérêt très appréciable, afin d'éviter des difficultés qui seraient insolubles et des questions d'espèce, l'incapacité est présumée d'une manière générale 4.

Ce sont là toutes présomptions sur le fondement desquel-

^{1.} Il faut signaler, dans le même ordre d'idées, les présomptions d'interposition de personne établies par l'article 17 de la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association.

^{2.} Suprà, p. 303 et suiv.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 527.

^{4.} Ibid, tome I, p. 99.

les la loi annule certains actes, d'après leur seule qualité, tenant compte des circonstances dans lesquelles ils intervien-

nent, concluant du général au particulier.

1088. En second lieu, l'article 1350 mentionne les présomptions sur le fondement desquelles la loi « déclare la « propriété ou lali bération résulter de certaines circonstan- « ces déterminées ».

a) La propriété. — Donnons des exemples.

1º Aux termes de l'article 553, les constructions faites sur un fonds sont réputées faites par le propriétaire de ce fonds : omne quod inœdificatur solo cedit ¹. Il en est habituellement ainsi ; ce qui est le fait général est établi comme règle, à moins de preuve contraire.

2º Les articles 653 et suivants établissent, par application

d'idées analogues, des présomptions de mitoyenneté.

3º D'autres présomptions sont établies pardes lois spéciales. Ainsi, l'article 33 de la loi du 20 août 1881 décide que les chemins d'exploitation qui servent à la communication entre divers héritages « sont présumés appartenir aux riverains », chacun pour moitié. Ainsi encore, la jurisprudence a conclu de divers textes que les francs-bords d'un canal sont présumés appartenir au propriétaire du lit du canal ².

4º On peut ajouter la prescription acquisitive (article 2229). Propriété et possession sont généralement concomitantes; il est utile de conclure de l'une à l'autre dans l'intérêt de la

stabilité de la propriété.

b) La libération. — Nous avons rencontré déjà le cas de la remise du titre (articles 1282 et 1283)³. Signalons, en outre, le cas de la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts (article 1908)⁴. Ajoutons, enfin, la prescription libératoire (article 2219); il n'est pas dans l'usage des créan-

1. Instit., § 29, De divisione rerum, II, 1.

^{2.} Voy. Pandectes françaises alphabétiques, vo Canaux, nos 85 et suiv. — Au reste, cette présomption n'est pas irréfragable; elle disparaît non seulement devant les titres, mais aussi devant des circonstances de fait suffisamment précises et caractéristiques: Poitiers 7 juillet 1862, D. P. 1862.II.187, Sir. 1864.II.107, — Cass. 1er juillet 1886, Pandectes françaises périodiques, 1887.I.32, — 4 décembre 1888, Sir. 1890.I.105, — Paris 28 janvier 1890, Gazette du Palais, 1890.I.406.

^{3.} Suprà, p. 526 et 527.

^{4.} La présomption de libération établie par l'article 1908 est inapplicable lorsque le débiteur a reconnu et déclaré expressément ne pas avoir payé les intérêts: Cass. 13 janvier 1875, D. P. 1875.1.117, Sir. 1875.1.244.

ciers de négliger d'exercer leurs droits, et il importe de mettre un terme à la négligence, dans l'intérêt de la stabilité.

Dans tous ces cas, la loi fait une règle de ce qui est vrai généralement. Elle admet comme prouvé dans un cas spécial ce qui se produit d'ordinaire dans des cas semblables; elle conclut du général au particulier.

1089. En troisième lieu, l'article 1350 indique comme étant une présomption légale « l'autorité que la loi attribue à la

« chose jugée ».

Le caractère de la présomption, par opposition à la preuve, est plus apparent ici que nulle part ailleurs. La chose jugée est-elle effectivement la vérité ? Oui, le plus souvent. En tout cas, il importe de l'admettre. D'une part, un jugement nouveau n'offrirait pas plus de garanties que le précédent; il faut s'arrêter la première fois, sous peine de ne s'arrêter jamais. D'autre part, l'ordre social exige que le premier jugement soit regardé comme conforme à la vérité; sans cela, les contestations judiciaires ne pourraient jamais aboutir, et ce serait la négation même de la justice. De là l'adage traditionnel: res judicata pro veritate habetur.

Sur le fondement de cette présomption, la loi dénie l'action en justice à quiconque prétend remettre en question devant un tribunal ce qui a été antérieurement jugé d'une manière définitive. La loi donne au défendeur l'exception de chose jugée pour faire repousser la demande; c'est une fin de

non-recevoir absolue.

Quel rapport l'idée générale d'où procède notre principe présente-t-elle avec le fait particulier à établir, c'est-à-dire avec la question de savoir si l'action exercée est recevable ou non? Aucun rapport direct. Cependant cette idée générale est regardée comme un motif suffisant, sinon comme un motif déterminant de la solution admise dans le cas particulier. On voit apparaître ici d'une manière très nette le raisonnement par déduction, partant d'une idée générale pour en déduire un corollaire dans un cas particulier.

1090. En quatrième lieu, l'article 1350 ajoute: « la force que « la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. » Nous avons déjà dit et répété ² que cette classification est erronée. L'aveu et le serment constituent non des présomptions, mais

^{1,} Fragm. 207, Dig., De regulis juris, L, 47.

^{2.} Suprà, p. 672 et 673, p. 676.

des preuves, des moyens de démonstration par induction directe.

1091. Tels sont, en abrégé, les cas de présomption.

Dans ces divers cas où des présomptions sont admises, quel en est l'effet?

Cet effet est double. Nous retrouvons ici une notion déjà

indiquée ', et qu'il faut compléter.

D'abord, toutes les présomptions ont un effet commun. Elles valent preuve²; toutes, par suite, dispensent de preuve la personne au profit de laquelle elles existent (article 1352 alinéa 1).

En outre, quelques présomptions produisent un effet plus complet. Car les présomptions, eu égard à leur force probante, sont de deux sortes. La distinction est faite par

l'article 1352 alinéa 2.

1° Les unes sont des présomptions légales simples, ou, comme on les appelle communément, dans un langage emprunté à la pratique ancienne et conservé par l'usage, des présomptions juris tantum. Juris, c'est-à-dire légales; mais rien de plus: tantum. Leur caractère distinctif est le suivant. Elles tiennent bien lieu de preuve, elles valent, au point de vue de la force probante, autant qu'une preuve, et l'article 1352 alinéa 1 leur est applicable; mais elles ne valent pas plus, car, de même que les preuves, elles peuvent, dans l'espèce particulière où application en est faite, être combattues par la preuve contraire. Cette preuve contraire peut être administrée par les moyens que la loi autorise et que comporte la nature du litige: preuve par écrit, preuve par témoins si elle est admissible, aveu, serment, et même présomptions de l'homme si le litige en légitime l'emploi.

2° Les autres sont des présomptions absolues. On les appelle, toujours dans le langage qui est un legs de l'ancienne pratique, des présomptions juris et de jure. Juris, c'est-à-dire légales; et de jure, qui tiennent lieu de droit et qui, par suite, sont absolues. Leur caractère distinctif est le suivant. De même que les précédentes, elles tiennent lieu de preuve et dispensent de toute justification la personne qui les invoque dans un cas particulier; en outre, elles

^{1.} Suprà, p. 671.

^{2.} Ibid., p. 672, 675, 678.

valent, quant à la force probante, mieux et plus qu'une preuve, mieux que la plus efficace des preuves : nulle preuve n'est admise pour en ébranler l'autorité. C'est à ces présomptions que l'article 1352 alinéa 2 fait allusion quand il dit : « Nulle peuve n'est admise contre la présomption de la loi, « lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule « certains actes ou dénie l'action en justice..... »

Donc il faut distinguer les présomptions simples ou juris tantum, et les présomptions absolues ou juris et de jure ¹.

Cette distinction est d'une grande importance pratique. Sur quoi est-elle fondée? A quoi reconnaît-on les deux espèces de présomptions légales?

1092. Théoriquement, le fondement de la distinction est simple. La loi confère un caractère absolu à certaines

présomptions sous l'influence de deux idées.

1° Quelquefois, elle le fait parce que la présomption dont il s'agit repose sur d'impérieuses considérations d'ordre public et apparaît comme la consécration de certaines nécessités sociales contre lesquelles rien ne doit être admis à prévaloir. La loi peut dire alors : « Il faut que ce qui doit « être soit ». Par suite, elle n'admet pas qu'il en puisse être autrement ; la présomption qu'elle établit ne comporte pas la preuve contraire, ou ne la comporte que dans une mesure restreinte, précisée par la loi elle-même.

2° D'autres fois, la loi rejette la preuve contraire parce que la présomption apparaît comme particulièrement fondée. Dans toute présomption, la loi conclut de ce qui est généralement à ce qui doit être regardé comme étant dans un cas particulier; en d'autres termes, elle fait l'application d'une idée générale à un cas particulier. Or, si l'expérience atteste que le rapport entre l'idée générale et le cas particulier est constant en fait, et si la raison veut que cette constance soit

^{4.} D'où viennent ces deux locutions latines employées pour désigner les deux catégories de présomptions légales, et plus usitées que les expressions françaises correspondantes? Elles sont très anciennes. Il faut avoir quelque bonne volonté pour admettre qu'elles ont un sens appréciable. Ce sont de ces locutions dont l'origine échappe et que l'usage conserve par routine. Voici l'explication présentée par un vieux jurisconsulte du XVI° siècle, Menochius, dans son Tractatus de praesumptionibus, livre I, question 3. Praesumptio juris sic vocatur quia a lege introducta est. En ce sens, toutes les présomptions légales sont des présomptions juris. L'auteur ajoute: la présomption juris et de jure est ainsi appelée quia super tali praesumptione lex inducit firmum jus et habet eum pro veritate.

regardée comme une nécessité rationnelle, il est naturel que la loi fasse du rapport une présomption juris et de jure.

Voilà le fondement théorique de la distinction. Toute présomption légale vaut preuve; la présomption vaut plus et exclut la preuve contraire, si la constance des lois générales qui lui servent de base est absolue, ou si la nécessité sociale qui l'a fait admettre est tout à fait impérieuse.

1093. Maintenant, au point de vue pratique, à quoi reconnaître si telle présomption établie comporte ou non la

preuve contraire?

Afin d'éviter l'arbitraire des appréciations judiciaires, l'article 1352 use d'un procédé empirique; il procède par énumération. Donc, au point de vue pratique, la distinction est affaire de texte.

De droit commun, les présomptions légales sont simples, c'est-à-dire comportent la preuve contraire. Sont seules absolues celles dont l'article 1352 alinéa 2 donne la formule : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi « lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle an-« nule certains actes ou dénie l'action en justice..... »

Donc il y a deux sortes de présomptions juris et de jure. 1° Celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes. Ce sont toutes les présomptions se rattachant à une idée de fraude 1. Les articles 472,911,1100, 1597 du Code civil et 446 du Code de commerce en fournissent des exemples. Sur le fondement de la présomption, la loi annule certains actes; la présomption est absolue, et aucune preuve contraire n'est possible. Il faut ajouter les présomptions d'incapacité des mineurs, des interdits, etc. (article 1125)².

2º Celles sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice. Il s'agit des cas dans lesquels la loi admet des fins de non-recevoir contre une action : l'autorité de la chose jugée3, la prescription4, l'effet de la remise du titre 5 sont des présomptions sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice. Dans un ordre d'idées plus spécial, la présomption de paternité du mari de la mère (article 312) est une présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie

^{1.} Suprà, p. 679.

^{2.} Ibid., p. 82 et suiv. — Cpr. p. 679.

^{3.} Ibid., p. 681.

^{4-5.} Ibid., p. 680.

l'action en justice au mari qui voudrait établir que l'enfant né de la mère n'est pas issu de ses œuvres '.

Pourquoi ces présomptions-là plutôt que les autres ? Ce sont celles où, dans la pratique, apparaissent avec le plus de netteté les deux caractères qui expliquent théoriquement le rejet de la preuve contraire.

- 1094. Voilà en quoi consiste la distinction. Toutefois, elle n'a pas une portée illimitée. Elle est admise avec plus ou moins de rigueur selon les cas. L'article 1352, après avoir formulé la règle, ajoute deux réserves: à moins que la loi « n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera « dit sur le serment et l'aveu judiciaires ».
- a) Le texte dit: à moins que la loi « n'ait réservé la preuve « contraire ». Au cas où cette réserve a été faite, la présomption dont il s'agit, bien qu'elle rentre dans la définition que la loi donne des présomptions juris et de jure, comporte la preuve contraire. Ainsi, la prescription est une présomption juris et de jure, car la loi, sur le fondement de cette présomption, dénie l'action en justice; cependant, dans quelques cas, par exemple dans celui de l'article 2275, la personne à laquelle la prescription est opposée peut déférer le serment à celui qui l'oppose, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Ainsi encore, la présomption de paternité établie par l'article 312 peut être ébranlée par l'action en désaveu, dans les cas exceptionnels où le désaveu est autorisé ².

b) Le texte ajoute : « sauf ce qui sera dit sur le serment et « l'aveu judiciaires. » Quel est le sens de ces mots ?

Les uns³ voient dans la phrase citée la persistance du point de vue inexact où se sont placés les rédacteurs de l'article 1350 en faisant figurer l'aveu et le serment parmi les présomptions⁴. Le texte aurait la signification suivante: en ce qui concerne l'aveu et le serment, considérés par la loi comme des présomptions, la preuve contraire est quelquefois réservée. La preuve contraire est recevable contre le serment dé-

^{1.} Supra, p. 677. — Cpr. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 138 et 139, p. 169 et 170.

^{2.} Ibid., p. 170 et suiv.

^{3.} Voy. Larombière, Obligations, article 1352, nº 11.

^{4.} Suprà, p. 672 et 673, p. 676, p. 681.

féré d'office 1; quant à l'aveu, il peut être révoqué pour erreur de fait (article 1356 in fine) 2.

Cette interprétation n'a pas prévalu.

D'après l'opinion qui triomphe, le membre de phrase qui nous occupe apporte une restriction beaucoup plus générale à l'idée que les présomptions absolues ne comportent pas la preuve contraire. Il a la signification suivante. Contre les présomptions même absolues, au moins contre quelques-unes d'entre elles, il y a deux preuves contraires qui restent toujours possibles: l'aveu et le serment; de sorte que l'article 1352 alinéa 2 exagère quand il dit: « nulle preuve « n'est admise... » L'usage de ces deux preuves semble ordinairement sans danger, puisqu'elles laissent la question au jugement de celui qu'elle intéresse. Puis il ne faut pas pousser trop loin l'autorité de ces déductions légales qu'on appelle des présomptions; n'y aurait-il pas quelque chose d'excessif à les maintenir quand les intéressés viennent les déclarer non fondées ? 3.

Donc le serment et l'aveu restent possibles. Toutefois, ils ne le restent que contre les présomptions d'intérêt privé, non contre les présomptions d'intérêt public, qui sont des présomptions absolues dans toute la force du terme. Aucune preuve contraire n'est admise contre les présomptions d'intérêt public, comme la chose jugée et la prescription; mais il en est autrement de celles qui ne sont que d'intérêt privé, comme les présomptions des articles 911 et 1100. De sorte que les derniers mots de l'article 1352 limitent considérablement la règle inscrite dans le début du texte.

1095. Finalement, il existe trois classes de présomptions légales: 1° celles qui admettent la preuve contraire d'une façon générale, — 2° celles qui n'admettent la preuve contraire que par aveu et serment, — 3º celles qui sont tout à fait absolues.

1096. A ces notions se réduit le système des présomptions légales, tel qu'il résulte des articles 1350 à 1352. Quant aux

^{1.} Suprà, p. 659, note 4.

^{2.} Ibid., p. 654 et 655.

^{3.} En ce sens : Aubry et Rau, 4º édition, VIII, § 750, note 11, - Demolombe, Contrats, VII, nº 277, - Laurent, Principes, XIX, nº 621, - Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, nº 324 bis; - Cass. 13 janvier 1875, D. P. 1875.I.117, Sir. 1875.I.244.

diverses présomptions, nous avons déjà dit ine pouvoir que renvoyer aux sujets auxquels elles se rapportent. Cependant, il est une présomption à propos de laquelle le Code pose quelques règles dans la section relative aux présomptions, parce qu'il n'en parle et n'a l'occasion d'en parler nulle part ailleurs, attendu que cette présomption se rattache à des questions d'organisation judiciaire et de procédure. C'est la présomption de chose jugée, à laquelle est consacré l'important article 1351.

L'autorité qui est attachée à la chose jugée constitue une présomption légale ²; la personne au profit de laquelle un jugement a été rendu n'a pas à prouver son droit; la présomption établie dispense de toute preuve celui au profit de qui il existe. C'est une présomption juris et de jure, car la loi, sur le fondement de cette présomption, dénie l'action en justice; la personne qui a le bénéfice d'un jugement peut opposer à toute demande nouvelle l'exception de chose jugée, qui a pour effet de faire repousser de plano la demande.

Quelques indications spéciales doivent être présentées sur cette présomption. Elle a beaucoup d'importance en pratique.

1097. Le sujet, comme en général tous ceux qui se rapportent aux preuves, appartient à la fois au Code civil et au Code de procédure.

1098. Le Code de procédure indique, dans les articles 116 et suivants, quelles sont les conditions nécessaires pour

qu'une décision judiciaire ait force de chose jugée.

1º Il faut que le jugement ait été rendu par un tribunal français. Les jugement émanant de tribunaux étrangers n'ont force de chose jugée que lorsqu'ils ont été rendus exécutoires par un tribunal français (article 546 C. proc. eiv.) 3.

2° Il faut que le jugement ait été rendu en matière contentieuse, c'est-à-dire sur une contestation, sur un litige déféré à l'autorité judiciaire, par opposition aux matières de juridiction volontaire ou gracieuse 4. Ainsi les jugements qui

4. Cass. 7 janvier 1878, D. P. 1878.I.13, Sir. 1879.I.462, — 27 novembre 1883, D. P. 1885, I.39, Sir. 1884.I.161, — 25 janvier 1887, D. P. 1887, I.473,

^{1.} Suprà, nº 1086. 2. Ibid., p. 681.

^{3.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 414, — Laurent, Principes, XX, n° 3. — Pau 17 janvier 1872, D. P. 1872.II.193, Sir. 1872.II.223, — Cass. 6 janvier 1875, Sir. 1875.I.308. — Cpr. les indications données sur les jugements étrangers à propos de l'hypothèque judiciaire: Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 106 à 110.

confirment une adoption ¹, qui accordent l'envoi en possession des biens d'un absent ², qui accordent l'envoi en possession en matière de succession en déshérence, qui autorisent la vente des biens d'un mineur ³ ou celle d'un immeuble dotal, qui prononcent une adjudication dans une vente judiciaire, ne sont pas des actes de juridiction contentieuse. Aucune de ces décisions n'est un acte de justice; ce sont des actes d'administration, qui ne sauraient, par conséquent, avoir force de chose jugée. La preuve en est que ces actes, lorsqu'ils sont entachés de nullité, ne peuvent pas être attaqués par la voie de l'appel, c'est-à-dire par une voie de recours, mais par une action principale.

3º Il faut que le jugement soit en dernier ressort, ou que

les délais des recours ordinaires soient écoulés.

Moyennant ces trois conditions, la décision a force de chose jugée. Nous nous bornons, sur ce sujet, à ces indications générales, renvoyant pour le surplus au Code de procédure et aux commentaires de ce Code ⁴.

1099. Quant au Code civil, il indique dans quelles conditions et dans quelle mesure la décision judiciaire, lorsqu'elle a force de chose jugée, a en outre autorité de chose jugée, c'est-à-dire peut être opposée, par voie d'exception, à une demande nouvelle qui serait formée. Tel est l'objet de l'article 1351.

La chose jugée n'a autorité de chose jugée et ne constitue une fin de non-recevoir contre une demande nouvelle

que sous trois conditions.

L'article 1351 les résume d'abord en une seule formule : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui « a fait l'objet du jugement. » En d'autres termes, pour que le défendeur puisse exciper de la chose jugée, il faut que la demande actuellement intentée soit bien celle sur laquelle il a déjà été statué.

Puis l'article 1351, analysant et détaillant les conditions nécessaires, ajoute : « Il faut que la chose demandée soit la

1. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 309.

2. Ibid., p. 276 et suiv.

3. Ibid., p. 495.

Sir. 1890.1.434, — Limoges 17 juillet 1890 et Cass. 4 novembre 1891, D. P. 1892.1.287, Sir. 1895.I.490. — Voy. encore, pour les jugements d'adjudication, Cass. 29 juillet 1890, D. P. 1894.I.200, Sir. 1894.I.11.

^{4.} Voy. Garsonnet, Traité, 1re édition, III, p. 239 et suiv.

« même, que la demande soit fondée sur la même cause, « que la demande soit entre les mêmes parties, et formée « par elles et contre elles en la même qualité. » En d'autres termes, il faut, comparant la demande actuelle à la décision antérieure, que l'on trouve : 1° identité d'objet (eadem res), — 2° identité de cause (eadem causa petendi), — 3° identité de personnes (eaedem personae).

I. Identité d'objet.

1100. Cette condition est la plus simple des trois.

L'objet d'un jugement n'est pas autre chose que l'objet de la demande sur laquelle il est rendu ; en d'autres termes, c'est le droit exercé par le demandeur, ce sont les conclusions qu'il a posées. Pour qu'il y ait chose jugée, il faut que la demande actuelle ait le même objet que le jugement précédemment rendu ; sans cela, la question soulevée ne serait pas celle qui a été jugée, et il n'y aurait pas, quant à elle, chose

jugée.

Par exemple j'ai revendiqué un immeuble, et un jugement a repoussé ma demande; je revendique ensuite l'usufruit de ce même immeuble; évidemment, il n'y a pas eadem res. J'ai prétendu sur un fonds une servitude de passage et jai échoué; puis je prétends sur le même fonds une servitude d'aqueduc; il n'y a pas davantage identité d'objet. J'ai demandé la nullité d'une convention et un jugement a repoussé ma demande; puis j'en demande la résolution; on ne peut pas dire davantage qu'il y ait eadem res petita.

Dans tous ces cas, comparant la demande actuelle avec le

jugement déjà rendu, on constate que l'objet diffère 1.

L'ajournement, qui est l'acte par lequel s'ouvre l'instance, doit contenir l'objet de la demande (article 61 C. proc. civ.). Il suffit donc de comparer la demande actuelle et le dispositif du jugement rendu pour voir s'ils ont le même objet. Les difficultés d'application et de fait peuvent être grandes; l'idée générale est simple.

^{1.} De même, les décisions au possessoire n'emportent pas chose jugée au pétitoire : Cass. 6 janvier 1891, D. P. 1891.I.479, Sir. 1895.I.28, — 23 janvier 1895, D. P. 1895.I.366, Sir. 1897.I.188.

II. Identité de cause.

1101. Cette deuxième condition est moins simple que

la première.

La cause, ici¹, est le fondement juridique de la prétention émise, le fait d'où découle le droit prétendu, le fait qui est allégué comme étant la source de ce droit ². Pour qu'il y ait chose jugée, il faut que la demande actuelle ait pour fondement la cause sur laquelle le jugement rendu a déjà statué; sans cela, la question soulevée ne serait pas celle qui a été jugée, et il n'y aurait pas chose jugée quant à elle.

Par exemple, un acte est attaqué pour incapacité; le demandeur échoue. Peut-il ensuite attaquer ce même acte pour vice de forme? Oui; l'objet de la demande est le même: la nullité; mais la cause est différente; il n'y a pas eadem causa

petendi.

Autre exemple. Je revendique un immeuble, me fondant sur une vente qui aurait été conclue à mon profit; j'échoue. Puis-je revendiquer ce même immeuble en alléguant que j'ai hérité du propriétaire? Evidemment oui; il y a eadem res, mais non pas eadem causa petendi. Il n'y a de jugé que ce qui a été déduit en justice et tranché par le jugement; la demande autrement causée est une demande nouvelle 3.

1102. La règle est simple. Toutefois, pour en compléter l'intelligence, il faut ajouter que la cause d'une demande est indépendante des moyens, c'est-à-dire des raisons, arguments et preuves apportés à l'appui des conclusions prises '. Une demande fondée sur la même cause devrait être rejetée, bien que soutenue par des moyens nouveaux.

Par exemple, j'agis en remboursement d'un prêt; la cause de ma prétention est le prêt; une enquête a lieu et j'échoue. J'offre de faire la preuve par écrit; je ne le puis pas, car il est évident que la cause est la même, quoique soutenue

par un moyen différent.

1. Cpr. suprà, p. 110 et suiv.

3. Cpr. Cass. 10 août 1885, D. P. 1886.I. 163, Sir. 1889.I.23. - 20 octobre

1885, D. P. 1886, 1.253, Sir. 1889, 1.23.

^{2.} Aubry et Rau, 4º édition, VIII, p. 392, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, p. 627. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, vº Chose jugée, nº 98.

^{4.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 769, p. 392 et 393, et note 88, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 328 bis X, — Demolombe, Contrats, VII, n° 320 et suiv.

1103. Cette distinction entre la cause d'une demande et les moyens invoqués à l'appui de cette demande est importante pour l'exacte application de l'article 1351. Elle est souvent délicate, notamment en ce qui concerne les actions en nullité, rescision ou résiliation des conventions ou des autres actes juridiques.

Voici pourquoi. La nullité d'un acte peut être demandée pour des raisons multiples. Quand une des raisons possibles a été déduite en justice, les autres doivent-elles être considérées comme ayant été réservées, ou comme englobées dans

la sentence rendue?

Prenons des exemples.

1° Aux termes de l'article 1108, quatre conditions sont requises pour la validité des conventions¹; et il faut en ajouter quelquefois d'autres, notamment la rédaction d'un écrit². La nullité de l'acte a été demandée pour incapacité. La demande est rejetée. La nullité du même acte peut-elle être demandée pour vice du consentement, pour vice de forme, ou à raison de l'objet?

2º Si la nullité a été demandée pour absence de consentement, une nouvelle demande en nullité peut-elle être inten-

tée pour incapacité?

3° La nullité d'une convention a été demandée pour dol. La demande est rejetée. La nullité peut-elle être ultérieure-

ment demandée pour cause d'erreur ou de violence?

4º Il s'agit d'un testament public. La nullité en est demandée pour vice de forme, par exemple à raison de l'incapacité d'un des témoins, qui était mineur. Le demandeur échoue. La nullité peut-elle être ultérieurement demandée pour un autre vice de forme, tiré, par exemple, de ce qu'un des témoins n'était pas français?

Sur ces diverses questions les auteurs ont accumulé les

distinctions et les controverses 3.

Dans un premier système, on soutient que la cause d'une action en nullité consiste dans la nullité elle-même et que les vices invoqués à l'appui de la demande en nullité cons-

Suprà, p. 33 et suiv.
 Ibid., p. 138 et suiv.

^{3.} Pour l'exposé complet des divers systèmes et les références aux auteurs, voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Chose jugée, n° 98 à 103. — Cpr. sur cette question Planiol, Traité élémentaire, II, 1° édition, p. 52 et 53, — 3° édition, p. 23 et 24.

tituent seulement des moyens. Dès lors, si la nullité d'une vente a été demandée pour dol, le demandeur, ayant échoué, n'est pas recevable à demander la nullité pour un autre vice, quel qu'il soit : erreur, violence, incapacité, vice de forme ¹.

Dans un second système, on fait une distinction entre la causa proxima et la causa remota, distinction traditionnelle, faite par l'ancien droit et qu'on prétend avoir été sous-entendue par les rédacteurs de l'article 1351. Soit une demande en nullité d'une convention pour dol; la causa proxima de cette demande est le défaut de consentement valable; le vice de dol, spécialement allégué, est seulement la causa remota. Dès lors, toute nouvelle demande en nullité pour défaut de consentement devra être écartée; au contraire, une demande nouvelle fondée sur l'incapacité ou sur un vice de forme serait recevable ².

Mais aucun de ces deux systèmes n'est acceptable ^a. Lorsque la nullité d'une convention est demandée pour dol, la sentence du juge porte exclusivement sur le point de savoir s'il y a eu dol, et le juge doit s'abstenir de rechercher s'il existe d'autres raisons pour prononcer la nullité; dès lors, il y aurait excès manifeste à dire qu'une nouvelle demande, tendant à l'annulation pour erreur ou pour violence, doit être regardée comme irrecevable; à plus forte raison y aurait-il excès à déclarer irrecevable une demande en nullité fondée sur l'incapacité ou sur un vice de forme. La vérité est qu'il existe autant de causes séparées qu'il y a de raisons distinctes pour demander la nullité; il n'y a de jugé que ce qui a été déduit en justice ⁴.

La jurisprudence est assez obscure à cet égard, parce que les sentences rendues par les tribunaux contiennent des décisions d'espèces plutôt que des décisions de principes. Il ne semble pas que les tribunaux aient envisagé les solutions théoriques qui viennent d'être exposées et aient fait un

^{1.} Griolet, De l'autorité de la chose jugée, p. 111 et suiv., — Bonnier, Traité des preuves, 5° édition, II, n° 876.

^{2.} Ce système est adopté par la majorité des auteurs. Voy. notamment: Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 392 et suiv., — Larombière, Obligations, VII, article 1351, n°s 79 et suiv.

^{3.} Voy. l'argumentation présentée par Laurent, Principes, XX, nº 74.

^{4.} Sic, Laurent, loc. cit.

^{5.} Voy. les arrêts rapportés dans Dalloz, Supplément au Répertoire, loc. cit., $n^{\circ z}$ 104 et suiv.

choix entre elles ; statuant en fait, ils considèrent la nouvelle demande comme irrecevable lorsque la cause alléguée pour obtenir la nullité est identique à celle qui avait été alléguée dans une instance précédente, et c'est donc, en définitive, au système indiqué par nous comme le meilleur que la juris-

prudence paraît se rallier 1.

Toutefois, la jurisprudence s'écarte de cette manière de voir en ce qui concerne les nullités pour vices de forme. Par crainte de l'esprit de chicane, afin qu'une personne, partie à une convention et voulant s'y soustraire, ne puisse pas s'efforcer de la faire tomber en invoquant, dans des instances toujours renouvelées, des vices de forme toujours nouveaux, les tribunaux décident qu'une sentence intervenue sur une demande en nullité pour vice de forme rend irrecevable toute demande nouvelle fondée sur un autre vice de forme 2. On reconnaît ici la distinction de la causa proxima et de la causa remota: la causa proxima consiste dans l'invalidité de la convention en la forme, la causa remota dans l'irrégularité qui engendre cette invalidité. Encore faut-il ajouter que ce principe n'a pas été posé sous l'empire de considérations théoriques; les tribunaux ont simplement voulu, comme on l'a fort bien dit, « empêcher le renouvellement des procès « vexatoires qu'on pourrait multiplier presque à volonté 3 ».

III. Identité de personnes.

1104. Des trois conditions requises, celle-ci est de beau-

coup la plus complexe.

Lorsqu'il y a identité d'objet et de cause, on peut dire que la question soulevée est bien celle qui a été jugée; il y a eadem quaestio. Mais cela ne suffit pas. Pour qu'il y ait chose jugée, il faut, en outre, que le litige soit soulevé entre les personnes qui ont été parties au jugement antérieur. En d'autres termes, l'autorité de la chose jugée est relative.

^{4.} Voy. Planiol, *loc. cit.*, 4r° édition, p. 53, — 3° édition, p. 24. — Cpr. Cass. 23 décembre 4854, D. P. 4854.IV.142, — Chambéry 34 août 4861, D. P. 4862.II.459, Sir. 4862.II.298, — Cass. 20 octobre 4885, D. P. 4886.I.253, Sir. 4889.I.23, — Alger 9 juin 4900, D. P. 1901.II.42.

^{2.} Paris 10 mai 1850, D. P. 1851.II.125, Sir. 1851.II.712, - Pau 21 avril

^{1868,} D. P. 1870, II. 125.

^{3.} Planiol, loc. cit., 1re édition, p. 53, - 3e édition, p. 24.

Cette règle est consacrée par la tradition : Res inter alios

judicata aliis neque prodesse neque nocere potest 1.

Elle est éminemment rationnelle. Le plaideur actuel ne saurait être tenu par la décision qu'a laissé rendre un autre plaideur, alors qu'il n'a pas été appelé à défendre ses droits. La limitation des effets du jugement aux parties est une condition essentielle de la liberté civile; sans cela, les droits qu'une personne possède, ou qu'elle prétend avoir, risqueraient d'être compromis par suite de faits auxquels cette personne est restée étrangère, ce qui détruirait toute sécurité.

Donc les jugements ont un effet purement relatif; ils n'ont effet qu'entre les parties. On entend par là les personnes qui ont figuré à l'instance, et celles qui, sans y avoir figuré, y ont été représentées. Quant aux autres, le jugement demeure, par rapport à elles, res inter alios judicata; elles ne peuvent pas l'invoquer et elles peuvent en décliner l'effet; il

n'a été rendu ni pour elles ni contre elles.

1105. Cette idée est essentielle. Cependant, il y a des décisions judiciaires qui ont un effet absolu, c'est-à-dire qui peuêtre invoquées par tout le monde et être opposées à tout le monde. Elles échappent, dès lors, à l'article 1351. Cet article vise les décisions judiciaires qui interviennent pour reconnaître et déclarer entre particuliers un droit préexistant qui était litigieux, autrement dit les décisions déclaratives de droits; ces décisions, qui sont les seuls vrais jugements, ne valent qu'entre parties. L'article 1351 ne vise que ces décisions-là. Dès lors il ne s'applique pas aux trois sortes de décisions suivantes.

1º Il ne s'applique pas aux décisions qui confèrent un droit, qui créent une situation nouvelle, qui sont constitutives de droits et non déclaratives. Celles-là ont une autorité absolue, autrement dit peuvent être invoquées par tous et opposées à tous ². A cette catégorie appartiennent les jugements de séparation de corps ou de biens, de divorce, de faillite, d'interdiction, etc. Ce sont moins des jugements que des actes de l'autorité publique. L'état de droit créé existe à l'égard de tous; il peut être opposé à tous et invoqué par tous. Aussi

2. Griolet, De l'autorité de la chose jugée, p. 139.

^{1.} Fragm. 16, Dig., Qui potiores in pignore, XX, 4, — fragm. 63, Dig., De re judicata, XLII, 1.

ces jugements, et même quelquesois la demande qui les précède, sont soumis à la publicité dans l'intérêt des tiers (articles 501, 1445 C. civ., — 866, 872, 880, 896, 897 C. proc. civ.) ¹, preuve bien manifeste qu'ils ont este à l'égard des tiers et que l'article 1351 n'est pas applicable en ce qui les concerne.

2º L'article 1351 ne s'applique pas davantage, en tant qu'il consacre le caractère relatif des jugements, aux décisions rendues par les juridictions répressives; ce qui est jugé par elle est acquis à l'égard de tous, même quant aux conséquences civiles que le jugement entraîne. La nature et le but de ces tribunaux veulent qu'il en soit ainsi. Ils sont chargés de prononcer, dans l'intérêt de la société, sur l'existence des crimes ou délits dont la répression est poursuivie devant eux, sur la culpabilité des accusés ou prévenus, sur l'application de la loi pénale aux faits reconnus constants 2; quand ils prononcent, leur jugement revêt, à l'égard de tous, l'autorité de la chose jugée. Les articles 2, 3, 358, 366 et 463 du Code d'instruction criminelle ne laissent aucun doute à cet égard ; bornons-nous à renvoyer à ces textes. Ainsi un individu condamné à une peine criminelle perpétuelle encourt l'incapacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit 3; il l'encourt à l'égard de tous, et tout le monde peut la lui opposer.

3° Enfin l'article 1351 comporte quelques exceptions résultant de textes divers. Ainsi, la loi du 5 juillet 1844 (article 37) porte qu'une nullité de brevet, prononcée à la requête

du ministère public, est absolue 4.

1106. Mais ce sont là des exceptions, en dehors des-

1. Voy. en ce qui concerne la publicité à donner aux décisions portant interdiction ou dation d'un conseil judiciaire, L'état et la capacité des person-

nes, tome II, p. 590 et suiv.

^{2.} Aubry et Rau, 4° édition, VIII, p. 405. — Cass. 14 février 1860, Sir. 1860. I.193,—23 décembre 1863, D.P. 1865.I.80, Sir. 1865.I.187,—3 août 1864, D.P. 1864.I.430, Sir. 1864.I.395, — Bourges 25 février 1891 (motifs), et Cass. 28 juin 1892, Sir. 1894.I.330, — Cass. 5 février 1895 (motifs), D. P. 1895.I. 200, Sir. 1897.I.125. — Toutefois, ce principe ne s'applique qu'aux décisions définitives; les arrêts rendus par contumace ne revêtent ce caractère qu'une fois expirés les délais de prescription de la peine: Cass. 24 juin 1896, D. P. 1897.I.534, Sir. 1899.I.129, — 5 janvier 1898, D. P. 1898.I.36, Sir. 1899.I.129.

^{3.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 108.

^{4.} Voy. Pouillet, Trailé des brevets d'invention et de la contrefaçon, p. 350, nº 364.

quelles la règle subsiste. Peu importe qu'il s'agisse de questions relatives à l'état des personnes ¹, ou de questions relatives aux biens. La chose n'est jugée qu'eu égard aux personnes qui étaient parties ou représentées à l'instance. A l'égard de tous autres elle est res inter alios judicata.

Pour l'application de cette règle, il est facile de déterminer quelles sont les personnes qui ont été parties à une instance. Mais il est moins aisé de discerner quelles personnes y ont

été représentées. Que faut-il entendre par là?

1107. Il existe, à cet égard, deux règles certaines. Une personne qui n'a pas été partie à l'instance est regardée

comme y ayant été représentée dans deux cas.

1° Quand elle a succédé à l'une des parties. Les héritiers et autres successeurs universels peuvent invoquer les jugements rendus en faveur de leur auteur; on peut leur opposer ceux qui ont été rendus contre lui. Ils prennent la condition du défunt; ce qui a été jugé pour ou contre lui l'est pour ou contre eux².

2º Quand elle a été représentée par l'une des parties en vertu d'un mandat soit conventionnel, soit légal, soit judi-

ciaire.

Cela va sans dire en ce qui concerne le mandat conventionnel; le mandataire représente le mandant au point de vue des jugements de même qu'au point de vue des conventions. Et la règle est la même relativement au mandat légal ou judiciaire. Les jugements rendus pour ou contre le tuteur en cas de minorité ou d'interdiction³, pour ou contre le mari administrateur des biens de la femme, pour ou contre le représentant d'une personne civile, pour ou contre le syndic d'une faillite, etc., le sont pour ou contre le mineur ou l'interdit, la femme, la personne civile, les créanciers de la faillite. Il faut en dire autant du curateur à une succession vacante, des envoyés en possession des biens de l'absent⁴, des

2. Sur la chose jugée contre l'héritier apparent, voy. Demolombe, Contrats,

VII, p. 333.

^{1.} C'est du moins l'opinion dominante, mais la question est controversée. — Voy. Griolet, Autorité de la chose jugée, p. 140 et suiv., — Raymond Bufnoir, De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes (thèse de Paris, 1893), — Demolombe, Paternité et filiation, n° 307 et suiv. — Cpr' L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 279 et suiv.

^{3.} L'état et la capacité des personnes, tome II; p. 426 et 596. 4. Ibid., tome I, p. 279.

créanciers ou débiteurs solidaires ¹, etc. Dans tous ces cas, le tuteur, le mari, le syndic, etc., ne figurent à l'instance que « ès-qualités ». A vrai dire, c'est le représenté que le jugement concerne.

1108. Ces deux règles sont certaines. Mais faut-il s'arrèter là? Que décider des simples ayants cause des parties, des successeurs à titre particulier? Sont-ils représentés par leur auteur, de telle sorte que ce qui a été jugé pour ou con-

tre lui le soit pour ou contre eux?

Il existe, à cet égard, de nombreuses incertitudes. Elles proviennent de l'équivoque perpétuelle qu'amène l'emploi des mots « tiers » et « ayant cause ». La chose jugée est dépourvue d'effet vis-à-vis des tiers, mais conserve toute son autorité quant aux ayants cause des parties. A quoi reconnaître les tiers des ayants cause ? Autant d'espèces où la question se pose, autant de solutions.

En général, on peut dire ceci. Le tiers est la personne qui exerce un droit qu'elle possède de son propre chef, à propos duquel elle ne se présente pas comme le tenant d'un autre. L'ayant cause est la personne qui se prévaut d'un droit

qu'elle tient d'autrui.

Voici des exemples.

1° Un bien a été vendu. Le jugement rendu pour ou contre le vendeur a-t-il autorité pour ou contre l'acheteur? L'acheteur n'a qu'un droit transmis; il est donc ayant cause du vendeur, et le jugement aura autorité pour ou contre lui, à la condition, toutefois, que le jugement soit antérieur à l'acquisition. L'acquéreur n'acquiert le droit que dans l'état où il se trouvait aux mains de l'aliénateur au moment de la transmission; donc les jugements relatifs à ce droit produisent effet quant à lui.

C'est un immeuble qui a été vendu. Antérieurement à la vente, un jugement avait reconnu à un tiers un droit de servitude sur l'immeuble. Ce jugement est opposable à l'acquéreur, qui, relativement au droit acquis, a été représenté

par son vendeur.

C'est une créance qui a été cédée. Antérieurement à la cession, un jugement avait déclaré la créance nulle. Ce jugement est opposable au prétendu cessionnaire, qui se trouve n'avoir rien acquis du tout.

^{1.} Suprà, p. 413 et suiv., 419 et suiv.

Si le jugement est postérieur à l'acquisition, il n'est point opposable à l'acquéreur. Car alors l'aliénateur dessaisi n'avait plus qualité pour figurer à l'instance, et l'acheteur ne peut se voir opposer, à titre d'ayant cause, une décision non opposable à son auteur.

2º Quant aux créanciers, ce qui a été jugé pour ou contre

le débiteur l'est-il quant à eux?

L'affirmative est certaine 1. Les créanciers ont tous un droit égal contre le débiteur; ils n'ont de droits sur ses biens que dans l'état où ces biens se trouvent. Par suite, tous les actes qui sont relatifs au patrimoine du débiteur sont efficaces en ce qui concerne les créanciers. La chose jugée leur est op-

posable, comme le serait la chose contractée 2.

Mais la règle n'est telle qu'à une condition: il faut que le jugement ne porte pas atteinte à un droit acquis et possédant, dès lors, une existence indépendante, par exemple à un droit réel appartenant au créancier. Aussi les créanciers hypothécaires, relativement à l'hypothèque, sont-ils des tiers par rapport au débiteur. Un créancier a une hypothèque; un tiers fait juger contre le débiteur que l'immeuble n'appartient pas à ce débiteur; le jugement n'est pas opposable au créancier ³, à moins que le tiers ne mette ce créancier en cause et ne fasse juger la question quant à lui ⁴.

3° Un jugement rendu contre un commerçant failli est-il opposable au syndic? Le syndic n'est pas l'ayant cause du failli; il est le représentant de la masse des créanciers. Donc

le jugement ne lui est pas opposable.

Les hypothèses varient à l'infini. La question se présente toujours la même. Qu'est-ce qu'un tiers et qu'est-ce qu'un ayant cause pour l'application de l'article 1351? On peut discuter à perpétuité sur ce sujet. Tenons-nous en à la formule générale. Sont des tiers ceux qui exercent un droit qu'ils ont de leur chef, à propos duquel ils ne se présentent pas comme le tenant d'une des parties à l'instance. Sont des ayants cause ceux qui exercent non un droit qu'ils ont de

4. Demolombe, Contrats, VII, nos 343 et 344.

Demolombe, Contrats, VII, no 357, — Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 769, p. 374, — Laurent, Principes, XX, no 102 et 103.
 Suprà, p. 572 et 573.

^{3.} Cass. 28 août 1849, D. P. 1850.I.57, Sir. 1850.I.49.

leur propre chef, mais qu'ils tiennent d'une personne partie au procès.

1109. Telles sont les conditions sous lesquelles la chose jugée a autorité de chose jugée, et devient, par suite, fin de non-recevoir contre une demande ultérieure. Il faut, comparant la demande actuelle avec une décision antérieure, qu'on trouve dans l'une et dans l'autre : eamdem rem, eamdem causam petendi, easdem personas.

1110. Pour en finir avec ce sujet, faisons une dernière remarque. Il importe peu, quant à la chose jugée, que la décision émane d'une juridiction ou d'une autre. Les divers ordres de juridictions ne sont que les organes d'un pouvoir unique, le pouvoir judiciaire; donc ce qui a été jugé par une juridiction a autorité de chose jugée devant les autres.

Notamment ce qui a été jugé au civil a autorité au criminel ¹. En principe, la chose jugée au civil est sans influence au criminel ²; mais il peut arriver que la question tranchée par le tribunal civil soit préjudicielle ou bien à l'action publique elle-même, ou bien au jugement à rendre par le tribunal de répression ³, et c'est alors que la chose jugée au civil a autorité au criminel ⁴. Réciproquement, ce qui a été jugé au criminel a autorité au civil ⁵; d'une manière plus précise, le jugement rendu en matière pénale a autorité au civil en tant qu'il prononce sur l'existence ou la non-existence de l'infraction, sur la culpabilité ou la non-culpabilité de l'inculpé ⁶.

1. Voy. sur ce point Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Chose jugée, n° 382 à 390, — Pandectes françaises, eodem verbo, n° 2047 à 2101.

^{2.} Voy. Morin, Dictionnaire du droit criminel, vo Chose jugée, article 3, — Bertauld, Questions préjudicielles, nos 1 et suiv., — Garraud, Précis de droit criminel, 4° édition, p. 798 et 799; — Cass. 6 mars 1857, D. P. 1857.I.180, Sir. 1857. I.636, — 10 août 1878, Sir. 1879.I.481, — 23 décembre 1880, Sir. 1882.I.435.

^{3.} Voy., pour l'indication des cas où il en est ainsi, Garraud, loc. cit., p. 548 et suiv. — Cpr. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 266 et suiv.

^{4.} Cass. 8 août 1857, D. P. 1857. I. 408, Sir. 1857. I. 625, — 28 janvier 1881, Sir., 1884. I. 301.

^{5.} Voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, loc. cit., nº 391 à 480, — Pandectes françaises, loc. cit., nº 2102 à 2386.

^{6.} Voy. Ch. Beudant, Influence du criminel sur le civil, dans la Revue critique, 14° année, XXIV, p. 492 et suiv. — Cpr. Aubry et Rau, 4° édition, VIII, § 769 bis, p. 405 et suiv., — Griolet, Chose jugée, p. 336 et suiv., — Demolombe, Contrats, VII, n°s 408 et suiv.; — Cass. 3 mars 1879, D. P. 1879. I.472, Sir. 1880.I.117, — 18 août 1879, D. P. 1880.I.179, Sir. 1880.I.247, —

C'est un point sur lequel on a beaucoup hésité, beaucoup disserté, et qui n'est plus contesté aujourd'hui. Si aucun texte n'établit la règle énoncée, plusieurs en font application et l'impliquent par là même; ainsi, l'article 198 reconnaît à une décision rendue au criminel autorité au civil 1. La preuve en est, d'ailleurs, dans le système des questions préjudicielles; en certains cas, une juridiction saisie doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'un point spécial, préalable à la question principale, soit tranché par la juridiction compétente: la décision sur le point spécial lie donc le juge de l'action principale.

Donc, les décisions rendues par une juridiction ont auto-

rité de chose jugée pour toute autre juridiction.

1111. Mais à une condition. Il faut que la question qu'on prétend porter devant une juridiction soit bien exactement celle qui a été jugée par l'autre. La réserve est importante, car souvent la question portée devant une juridiction sera différente de celle qui a été déjà tranchée par une autre, quoi-

que relative au même fait.

Ainsi, une personne a été traduite en Cour d'assises pour un fait déterminé: meurtre, coups et blessures, etc., et elle est acquittée; la victime ou prétendue victime peut-elle agir au civil pour obtenir des dommages-intérêts? Oui, sans aucun doute. La déclaration de non-culpabilité éteint l'action publique, mais laisse subsister l'action civile (article 358 C. d'inst. crim.); l'acte commis peut être dommageable, quoique non criminel. Réciproquement, l'acte peut être criminel, quoique non dommageable, par exemple quand il s'agit d'une tentative; de sorte que la condamnation n'assure pas le succès de l'action civile.

Montpellier 4 décembre 1890, Pandectes françaises périodiques, 1891.II.122,—Cass. 5 février 1895, D. P. 1895.I.200, Sir. 1897.I.125.

1. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 483.

Citons encore l'article 246, aux termes duquel, lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232 (condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante), le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. — Donc, a contrario, dans le cas de l'article 232, la décision émanant de la juridiction répressive s'impose au tribunal civil.

De même, les articles 727 et 955 attachent à certaines condamnations pénales prononcées contre un héritier ou un donataire une sanction qui consiste soit dans l'indignité, soit dans la révocation d'une donation pour ingratitude. Les tribunaux civils font purement et simplement application de la condamnation pénale en prononçant la sanction.

Supposons, au contraire, que le fait relève de la police correctionnelle. Le jugement correctionnel déclare que le prétendu délit n'a pas été commis ou que le prévenu n'en est pas l'auteur; la poursuite au civil n'est plus possible.

Toutes les fois donc que l'exception de chose jugée est soulevée devant une juridiction à raison d'une décision déjà rendue par un autre tribunal, il y a lieu de se demander si la question soulevée est bien celle qui a déjà été jugée, de sorte qu'on risquerait, en statuant, de se mettre en contradiction avec la sentence rendue antérieurement.

APPENDICE

DES SOURCES DES OBLIGATIONS AUTRES QUE LES CONVENTIONS

1112. Les explications qui vont être présentées sur les sources des obligations autres que les conventions sont le complément de deux idées qui ont été exposées précédemment, et qu'il importe de rappeler d'abord, afin de déterminer avec précision l'objet de cet Appendice 1.

Première idée.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas su distinguer avec une netteté suffisante la théorie des obligations de celle des conventions; ils ont soudé les deux théories l'une à l'autre sous le titre *Des obligations*. Au lieu de considérer la création des obligations comme un des effets possibles des conventions², et la convention comme une des sources possibles des obligations³, les articles 1101 à 1369 n'envisagent l'obligation que sous la forme conventionnelle et la convention que comme génératrice d'obligations⁴.

Cette confusion des deux théories n'est d'ailleurs qu'apparente; elle ne réside pas dans le fond des choses, mais seulement dans l'ordonnance des matières et dans la manière de présenter les idées. D'une part, nous avons vu qu'il existe, au titre Des obligations, nombre d'articles qui concernent des

2. Suprà, p. 10 et 11.

^{1.} Voy. le plan tracé suprà, p. 17 et 18.

^{3.} Ibid., p. 4 à 7, 13, 18, 250.

^{4.} Ibid., p. 1, 12 à 15, 173, 174, 579.

conventions non pas génératrices d'obligations, mais translatives de droits réels ¹. D'autre part, nous avons indiqué que l'existence d'obligations non conventionnelles est indiquée par le Code lui-même, dans le titre qui fait suite à celui Des obligations et dont la rubrique est ainsi conçue: Des engagements qui se forment sans convention (articles 1370 à 1386); ces engagements dérivent des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et de la loi; plus brièvement et plus exactement, ils dérivent tous de la loi ².

Seconde idée.

Si les obligations conventionnelles et non conventionnelles diffèrent les unes des autres au point de vue de la source d'où elles dérivent, elles sont, à tous autres égards, soumises aux mêmes règles ³. Du moins en est-il ainsi d'une manière générale, sous réserve de certaines particularités, dont nous avons signalé plusieurs chemin faisant ⁴.

1113. Ces deux idées fort simples une fois rappelées, il apparaît que les développements présentés en ce qui concerne les obligations conventionnelles suffisent à caractériser le régime légal des obligations non conventionnelles, sauf en ce qui concerne les sources. L'objet du présent Appendice est précisément de compléter la théorie générale des obligations en faisant connaître comment prennent naissance celles des obligations qui n'ont pas leur source dans la convention. En d'autres termes, nous allons compléter les indications sommaires que nous avons fournies sur les quasi-contrats, les délits et quasi-délits, enfin sur la loi, envisagés comme sources d'obligations ⁵.

1114. Le catalogue des sources des obligations autres que la convention est présenté par l'article 1370. Il mentionne d'abord la loi, puis les quasi-contrats, délits et quasi-délits.

Cette classification est traditionnelle; admise déjà par le droit romain 6, elle a été conservée par le droit moderne. Et ce n'est pas à dire qu'elle soit satisfaisante. On peut légiti-

^{1.} Suprà, p. 10, 11, 185 et suiv.

^{2.} Ibid., p. 5 à 7, 18.

^{3.} Cpr. ibid., p. 7, 14, 15, 174, 250, 579.

^{4.} Voy. par exemple suprà, p. 471, 472, 551, 579.

^{5.} Suprà, p. 5 à 7.

^{6.} Voy. Instit., § 2, De obligationibus, III, 13.

mement reprocher aux jurisconsultes romains qui l'ont inventée, et au législateur de 1804 qui l'a adoptée, d'avoir sacrifié aux apparences. Nous l'avons déjà donné à entendre en indiquant à deux reprises 1 que les diverses sources des obligations non conventionnelles se ramènent à une seule : la loi; et cette idée directrice va se dégager nettement d'une étude plus approfondie du sujet.

1115. Commençons par jeter un regard d'ensemble sur le

titre où le sujet est traité. C'est le titre IV du livre III.

Nous avons déjà signalé ² que la rubrique Des engagements qui se forment sans convention emploie mal à propos le mot engagement, comme si le législateur avait voulu marquer que les seules obligations proprement dites sont les obligations conventionnelles, alors que la nature du lien juridique est la même dans les deux cas ³.

Le corps du titre n'est pas toujours rédigé plus heureuse-

ment que la rubrique.

Il s'ouvre par l'article 1370, dont l'alinéa 1 est conçu en termes tout à fait incorrects: « Certains engagements se « forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la « part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel « il est obligé. » La phrase aurait dû être arrêtée après le mot convention. Les mots qui viennent ensuite sont inintelligibles; toutefois la pensée du législateur se laisse apercevoir en dépit des termes par lesquels il l'obscurcit; il faut lire: « sans qu'il intervienne aucune convention entre les, deux « sujets de l'obligation, le débiteur et le créancier. »

L'alinéa 2 divise les engagements qui se forment sans convention en deux catégories : « Les uns résultent de l'autorité « seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à « celui qui se trouve obligé. » Puis les alinéas 3 et 4 définissent respectivement chacune des deux catégories d'engagements. « Les premiers, dit l'alinéa 3, sont les engagements for « més involontairement, tels que ceux entre propriétaires « voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs « qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. » L'alinéa 4 poursuit : « Les engagements qui naissent d'un « fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des

2. Ibid., p. 6.

^{1.} Suprà, p. 5 à 7, et nº 1112 in fine.

^{3.} Ibid., nº 1112 in fine.

706 APPENDICE

« quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la ma-

« tière du présent titre. »

De ces derniers mots il résulte que le titre IV, après avoir distingué quatre sources d'obligations autres que la convention — la loi, les quasi-contrats, les délits et quasi-délits — laisse de côté les obligations légales pour ne s'occuper que des quasi-contrats, puis des délits et quasi-délits. Le chapitre I (articles 1371 à 1381) traite des premiers, le chapitre II (articles 1382 à 1386) des seconds. Cette méthode surprend au premier abord; car on s'attend à trouver non pas seulement deux chapitres, mais trois, le premier consacré aux obligations légales. Elle est cependant défendable; les cas où il existe des obligations légales sont indiqués par le Code à propos des diverses matières dans lesquels ces cas se rencontrent; et il n'y avait pas lieu de présenter à cet égard une théorie générale, comme à l'égard des contrats, puis des délits et quasi-délits.

1116. Cet inventaire des textes une fois fait, il nous faut reprendre ces quatre sources d'obligations autres que la convention, afin de rechercher en quel sens la loi, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit sont des sources d'obligations.

1117. La loi d'abord.

On s'accorde à reconnaître que la tradition s'est méprise en mettant la loi au nombre des sources d'obligations, qu'elle a sacrifié aux apparences. En effet, la loi ne crée ni droits ni devoirs : elle se borne à sanctionner, à consacrer les droits et devoirs dont la source est ailleurs, en dehors et au-dessus d'elle: regarder la loi comme source d'obligations est un procédé non seulement empirique, mais dangereux : une loi qui créerait des obligations dont la cause n'existerait pas en dehors d'elle serait arbitraire, sinon tyrannique. Donc la source des obligations que la loi consacre doit être cherchée ailleurs que dans la loi. Les engagements qui semblent être des créations de la loi sont certains devoirs sociaux ou d'équité naturelle, devoirs dont la loi constate l'existence et dont elle déduit les conséquences civiles. C'est prendre la forme pour le fond que d'attribuer à la loi le rôle de créer ce qu'elle se borne à sanctionner.

Cependant, cette réserve faite au point de vue théorique, il n'y a rien d'incorrect, au point de vue pratique, à dire que la loi soumet les personnes à certaines obligations, par suite et au nom de diverses considérations d'ordre social, quelquefois d'ordre politique.

Le plus souvent, la loi soumet les personnes à ces obligations dans l'intérêt public; les obligations sont alors des

charges publiques. Citons des exemples.

1º L'impôt, sous ses diverses formes. L'Etat joue le rôle de créancier, le contribuable celui de débiteur. L'impôt est une obligation comme une autre. Nous avons vu, sous l'article 1293, que cette obligation ne peut pas s'éteindre par compensation1.

2º Les nombreuses prohibitions légales qui sont autant

d'obligations de ne pas faire.

3º On peut ajouter le devoir militaire, qui, en définitive, malgré son caractère tout particulier de grandeur, n'est, au point de vue du droit, qu'une simple obligation de faire.

D'autres fois, la loi soumet les personnes à diverses obligations dans l'intérêt des particuliers. Citons des exemples.

1º Elle impose aux parents l'obligation d'élever et d'entretenir leurs enfants (article 203 et loi du 28 mars 1882)².

2º Elle consacre, à la charge de certaines personnes, l'obligation de servir une pension alimentaire (articles 205 et suivants) 3.

3º Elle reconnaît des charges de famille, par exemple la

tutelle 4.

4º Elle assujettit les propriétaires voisins à diverses obligations dites obligations de voisinage, dont il est traité particulièrement au titre Des servitudes 5.

Ce sont toutes là obligations que la loi consacre et sanctionne et qui ont leur source dans diverses considérations. En apparence, elles ont leur source dans la loi; ce sont des

obligations ex lege, des obligations légales.

1118. Telle est la première source signalée par l'article 1370 ; l'obligation résulte, dit l'alinéa 2, « de l'autorité « seule de la loi ». Les trois autres sources indiquées -- quasicontrat, délit, quasi-délit - ne diffèrent pas, en réalité, de la précédente. Dans ces diverses hypothèses, dit toujours l'ar-

1. Voy. suprà, p. 536.

3. Ibid., tome I, p. 501 et suiv.

^{2.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 355 et suiv.

^{4.} Ibid., tome II, p. 427 et suiv. 5. Cpr. infrå, nos 1189 et 1190 et suiv., — et Capitant, Des obligations de voisinage, dans la Revue critique de droit de 1900.

ticle 1370 alinéa 2, l'obligation résulte « d'un fait personnel

« à celui qui se trouve obligé ».

En doctrine, on ne saurait concevoir qu'un fait oblige. Si certains faits sont regardés par la loi comme sources d'obligations, c'est en ce sens qu'ils impliquent, de la part des personnes qui les accomplissent, ou bien l'intention de s'obliger, ou bien le devoir de réparer les suites du fait acompli. Dans le premier cas, la loi déduit les conséquences de l'intention probable; dans le second, elle consacre, au nom de l'équité, le devoir de réparation; c'est en ce sens que les faits obligent. Par suite, les obligations dont il s'agit sont encore légales. Seulement, les faits à propos desquels la loi les consacre sont d'autre nature.

Ces faits, auxquels la loi attache l'effet de produire des

obligations, sont de trois sortes.

1119. Si le fait est volontaire et licite, on l'appelle quasicontrat (article 1371). Les parties, l'une d'elles ou toutes les deux, sont liées, quoiqu'il n'y ait pas eu de contrat, comme s'il y en avait eu un. Les Romains disaient qu'elles étaient liées comme elles l'auraient été s'il y avait eu contrat, quasi ex contractu; d'où la langue courante a tiré l'expression quasicontrat.

L'article 1371 en donne la définition: « Les quasi-contrats « sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il « résulte un engagement quelconque envers un tiers et quel- « quefois un engagement réciproque des deux parties. » Il omet de signaler un des caractères constitutifs du quasi-contrat, qui est d'être un fait licite. Nous appellerons donc quasi-contrat tout fait licite et volontaire que la loi considère comme source d'obligation, soit par suite d'une induction de volonté, soit par suite d'une considération d'équité: source d'obligation tantôt à la charge de la personne de qui le fait émane, tantôt à la charge d'une autre personne, celle qui a toléré l'action, tantôt enfin à la charge de ces deux personnes à la fois.

Il y a un assez grand nombre de quasi-contrats. C'est par l'idée de quasi-contrat qu'on explique l'existence d'obligations dans les hypothèses suivantes.

1º On explique par l'idée de quasi-contrat que l'héritier soit tenu des dettes du défunt. Le fait volontaire et licite d'où résulte l'obligation de l'héritier est l'acceptation de la succes-

sion (article 775). Ce fait, volontaire et licite, implique la volonté de payer; donc il y a quasi-contrat.

2º On explique par la même idée que les tuteurs soient tenus de diverses obligations au regard des mineurs ou interdits 1. Le fait volontaire et licite est l'acceptation des fonctions de tuteur, laquelle implique la volonté de se lier. Aussi l'article 1370 alinéa 3 considère-t-il les obligations du tuteur comme naissant de la loi et non d'un quasi-contrat lorsqu'il s'agit d'un tuteur qui ne peut pas refuser la fonction à lui déférée 2; on ne trouve plus alors un fait volontaire et licite constituant le quasi-contrat.

3º De même pour les diverses obligations réciproques dont les co-propriétaires indivis sont tenus les uns à l'égard des autres. Le fait volontaire et licite est le maintien de l'état d'indivision, qui n'est pas un état obligatoire (article 815).

4° C'est encore par l'idée de quasi-contrat qu'on explique souvent les obligations dont les pères et mères sont tenus à l'égard des enfants, les obligations de paternité 3. Le fait volontaire et licite est la paternité, la procréation. L'article 203 dit que « les époux contractent ensemble, par le fait « seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et éle-« ver leurs enfants ». Rédaction incorrecte; en effet, aucune convention n'intervient entre les parents; ils se trouvent obligés à l'égard des enfants, et dans une certaine mesure à l'égard l'un de l'autre par le fait de la procréation des enfants ; de sorte qu'il faut dire, pour être exact, que les époux quasicontractent.

5° C'est par la même idée de quasi-contrat que le Code explique les obligations naissant de la gestion d'affaires (arti-cles 1372 à 1375) et du paiement de l'indu (articles 1376 à 1381). Un tiers s'immisce dans mes affaires, fait volontaire, licite, souvent utile ; de là naissent diverses obligations, qui sont quasi-contractuelles. Une personne paie ce qu'elle ne doit pas et, par conséquent, une autre personne reçoit ce qui ne lui est pas dû; fait volontaire, licite, qui impose l'obligation quasi-contractuelle de rendre. La gestion d'affaires et le paiement de l'indu sont les deux quasi-contrats les plus impor-

2. Suprà, p. 707.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 482 suiv.

^{3.} L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 417 et 418, - tome II, p. 357 et 358.

tants, les deux seuls dont le Code s'occupe dans notre titre.

Dans tous ces cas, une personne est tenue de la même manière que si elle se fût engagée, par suite d'un fait qui implique cette intention. Il y a quasi-contrat.

1120. Si le fait est volontaire, illicite et dommageable, on l'appelle délit (article 1382). Le délit est une autre source d'obligation ; il impose l'obligation de réparer les suites du

dommage causé.

1121. Enfin, si le fait est illicite et dommageable, mais non intentionnel, on l'appelle quasi-délit (article 1383). Le quasi-délit est encore une source d'obligation ; il impose

l'obligation de réparer les suites du dommage causé.

1122. Ces trois sources d'obligations — quasi-contrat, délit, quasi-délit — se ressemblent en ceci : les obligations que la loi sanctionne se forment à l'occasion d'un fait accompli, et la pratique les regarde comme nées de ce fait. L'article 1370 alinéa 2 vise cumulativement ces trois sources, dans sa seconde phase : « Les autres naissent d'un fait personnel à

« celui qui se trouve obligé ».

1123. En résumé, toutes les obligations non conventionnelles ont leur source dans la loi. Tantôt la loi consacre certaines obligations au nom de considérations d'équité ou de nécessités sociales; tantôt elle les consacre à l'occasion de faits émanant des parties; toutes sont légales, en ce sens que la loi les relève et les sanctionne. Cependant, les unes semblent plutôt être des créations de la loi, les autres semblent plutôt résulter de certains faits accomplis. La classification peut être critiquée; il n'en est pas moins vrai, si l'on se place au point de vue pratique, qu'il y a des obligations légales, quasi-contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles.

1124. Ces idées générales une fois signalées, il reste à pé-

nétrer dans l'examen plus approfondi des textes.

A l'exemple du Code, nous ne procéderons pas à une étude spéciale des obligations légales. Dans un premier chapitre, nous dirons un mot des obligations quasi-contractuelles; puis nous insisterons, dans un second chapitre, sur les obligations délictuelles et quasi-délictuelles.

CHAPITRE I

DES QUASI-CONTRATS

1125. Les seuls quasi-contrats dont le Code s'occupe d'une manière spéciale sont la gestion d'affaires et le paiement de l'indu. Il consacre au premier les articles 1372 à 1375, au second les articles 1376 à 1381. Voici l'analyse sommaire des règles édictées par ces textes.

SECTION I. - La gestion d'affaires.

1126. La gestion d'affaires est le fait d'une personne qui s'immisce dans les affaires d'autrui sans avoir reçu aucun

mandat, exprès ou tacite.

La personne dont l'affaire est gérée est appelée le maître par les articles 1373 et 1375. L'article 1372 l'appelle le propriétaire. Les romains l'appelaient le dominus rei, car la gestion d'affaires a le plus souvent pour objet l'administration des biens, et profite, par conséquent, à celui qui est propriétaire de ces biens.

La personne qui s'immisce dans les affaires d'autrui, qui accomplit le fait constituant le quasi-contrat, s'appelle le

gérant d'affaires, le negotiorum gestor.

Entre ces deux personnes la gestion d'affaires donne naissance à des obligations réciproques. De sorte que le quasicontrat de gestion d'affaires apparaît comme étant un quasi-

contrat synallagmatique 1.

1127. Il résulte de ces indications générales que le quasicontrat de gestion d'affaires a des traits de ressemblance avec le contrat de mandat. Le gérant d'affaires est une sorte de mandataire spontané.

Les rédacteurs du Code civil l'ont compris. Les arti-

^{1.} Suprà, p. 23 et suiv.

cles 1372 à 1375, dans lesquels ils traitent de la gestion d'affaires, n'ont pas été conçus par le législateur comme se suffisant à eux-mêmes, mais comme s'ajoutant aux articles 1984 à 2010, qui forment le titre *Du mandat* (livre III, titre XIII). Les articles 1984 et suivants sont la base et donnent la clé des articles 1372 et suivants.

Aussi les règles relatives à la gestion d'affaires ne sont-elles guère susceptibles d'être étudiées avec fruit séparément des règles relatives au mandat. Les deux matières sont connexes; et si l'on peut traiter du mandat sans avoir égard à la gestion d'affaires, la théorie de la gestion d'affaires ne se conçoit que comme un complément de la théorie du mandat.

Nous ne pouvons pourtant nous dispenser de fournir une analyse rapide des articles 1372 à 1375 à propos des quasicontrats. Pour présenter cette analyse, nous serons obligés de supposer connues un certain nombre de règles du mandat. Et nous insisterons aussi peu que possible, pour deux raisons. D'abord il est illogique et malaisé d'anticiper ainsi sur la matière du mandat. D'autre part, la théorie de la gestion d'affaires ne présente qu'un intérêt très mince, tant au point de vue doctrinal qu'au point de vue pratique; elle n'offre guère d'intérêt qu'en ce qui concerne la stipulation pour autrui, puis le fonctionnement de certains régimes matrimoniaux, et l'intérêt qu'elle offre à ce double point de vue a été précédemment indiqué ² ou le sera dans une autre partie du Cours.

1128. Nous avons indiqué déjà que la gestion d'affaires donne naissance à des obligations réciproques entre le gérant d'affaires et le maître.

Quelles sont ces obligations?

Lorsqu'un mandat intervient entre deux personnes, les obligations qui en résultent sont avant tout déterminées par la convention; la loi se contente de les réglementer d'une manière générale, par interprétation de la volonté probable

^{1.} La pénétration des deux sujets est telle que les rédacteurs du Code ont glissé dans la série des articles relatifs au mandat une disposition relative à la gestion d'affaires. L'article 1998 alinéa 2 suppose qu'un mandataire a excédé la limite de ses pouvoirs, et règle le point de savoir dans quelle mesure les actes accomplis par lui ont effet à l'égard du mandant. Or un mandataire agissant en dehors de ses pouvoirs n'est pas autre chose qu'un gérant d'affaires.

^{2.} Suprà, p. 574 et suiv.

des parties et pour suppléer aux lacunes de la convention. La situation est différente quand il s'agit d'une gestion d'affaires. En effet, nous ne sommes point ici en présence d'un contrat dont les clauses sont fixées par les parties ou par la loi se faisant l'interprète de leur volonté probable, mais en présence d'un simple fait : l'intervention d'une personne dans les affaires d'une autre, sans aucun accord préalable ; dès lors, les effets de l'intervention vont être ceux que le législateur jugera à propos d'y attacher en s'inspirant de considérations tirées de l'équité.

D'une manière générale, les obligations mises par la loi à la charge des parties ne sont pas autres que les obligations respectives du mandant et du mandataire. Ce principe domine toute la matière; il se trouve formulé à un point de

vue particulier par l'article 1372 in fine.

Toutefois il ne s'agit là que d'un principe général, auquel le Code apporte des dérogations notables. Nous allons relever ces dérogations. La théorie de la gestion d'affaires se ramène, nous l'avons dit déjà, à la comparaison de la gestion d'affaires avec le mandat.

I. Obligations du gérant d'affaires.

1129. C'est surtout à ce point de vue que les différences entre la gestion d'affaires et le mandat sont sensibles. Le gérant d'affaires est tenu plus strictement que le mandataire. Et les rigueurs de la loi à son égard tiennent à une double cause.

1° Toute gestion d'affaires suppose que certaines affaires sont laissées en souffrance par la personne qu'elles intéressent directement; une dette est échue, et elle n'est pas acquittée 1, — ou bien des réparations urgentes ne sont pas faites, par suite d'absence, d'incurie ou de défaut de ressources. Or, quand le gérant d'affaires prend en mains la direction de l'affaire laissée en souffrance, il détourne par là même tous autres de s'en occuper; il en détourne la personne que l'affaire intéresse, puis tous ceux qui auraient pu être conduits à s'en occuper par suite de leur affection pour la personne intéressée ou de tout autre mobile. Dès lors, le gérant d'affaires doit être regardé comme assumant une responsabilité sé-

^{1.} Suprà, p. 474.

sérieuse, plus étroite que celle du mandataire, qui intervient d'accord avec le mandant.

2º Lorsqu'une personne donne mandat à une autre, elle choisit son mandataire; c'est à elle de bien le choisir et de le soumettre, si elle le juge convenable, à des obligations étroites; dans le silence du contrat, la loi n'a point à supposer que les parties aient entendu accabler le mandataire, homme de confiance du mandant, d'obligations pesantes. Au contraire, le gérant d'affaires s'impose au maître, le plus souvent à l'insu de celui-ci, sans que le maître puisse, par conséquent, intimer au gérant d'affaires indiscret l'ordre de cesser sa gestion ; dès lors, il est juste que le maître, qui subit la gestion, soit protégé contre le préjudice pouvant en résulter pour lui ; cette protection nécessaire consiste précisément dans l'ensemble des obligations que la loi met à la charge du gérant d'affaires, et la protection ne serait pas suffisante si ces obligations n'étaient pas plus étroites que celles du mandataire

1130. Voici comment les obligations du gérant d'affaires

sont définies par le Code.

Aux termes de l'article 1372 alinéa 2 ¹, le gérant d'affaires « est soumis à toutes les obligations qui résulteraient « d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ».

En outre, il est tenu d'un certain nombre d'obligations

spéciales, plus étroites que celles d'un mandataire.

1° Le gérant d'affaires, par le seul fait de son immixtion, s'oblige à continuer sa gestion jusqu'à ce que le maître puisse prendre la direction de l'affaire (articles 1372 alinéa 1 et 1373). Le mandataire, lui, reste libre de se dégager du man-

dat (article 2007).

2° Non seulement le gérant d'affaires doit mener sa gestion jusqu'au bout, mais il doit, aux termes de l'article 1372 alinéa 1 in fine, « se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». Le mandataire, lui, ne doit ni même ne peut « rien faire au delà de ce qui est porté dans « son mandat », dit l'article 1989.

3° L'article 1373 oblige le gérant d'affaires à apporter à sa gestion « tous les soins d'un bon père de famille ». Le mandataire, plus doucement traité, n'est responsable que de son

^{1.} Cpr. suprà, nº 1128.

dol et de sa faute appréciée in concreto (article 1992). Ces expressions sont claires pour quiconque connaît le langage du droit en cette matière ¹.

1131. Ces obligations diverses sont établies à la charge du gérant d'affaires par la loi. Seulement elles sont établies comme des conséquences de l'immixtion du gérant dans les affaires du maître; et, comme cette immixtion est un acte volontaire du gérant, elle ne produit effet à son encontre que tout autant qu'il a été capable d'avoir et d'exprimer une volonté. De sorte que les théories du consentement et de la capacité reçoivent ici leur application complète; en particulier, les incapables ne peuvent se constituer débiteurs en qualité de gérants d'affaires qu'en se conformant aux conditions auxquelles la loi les soumet pour s'engager valablement par l'effet d'un contrat ².

II. Obligations du maître.

1132. De même que les obligations du gérant d'affaires sont plus lourdes que celles du mandataire, de même et pour les mêmes raisons les obligations du maître sont plus légères que celles du mandant.

1133. Envisageons d'abord le mandant. Dans tous les cas, à la seule condition que le mandataire n'ait pas excédé les limites du mandat, deux conséquences se produisent.

D'une part, les obligations contractées par le mandataire comme tel se fixent non pas sur la tête du mandataire, mais sur celle du mandant, au nom et pour le compte duquel le mandataire a figuré comme représentant dans ses rapports avec les tiers (article 1998). De même que les obligations contractées par le mandataire sont à la charge du mandant, de même les acquisitions faites par le mandataire, droits réels ou de créance, profitent au mandant; mais nous ne nous occupons pour le moment que des obligations.

1. Suprá, p. 237 et 238.

^{2.} Busnoir, Propriété et contrat, p. 794 et suiv. — Cpr. Planiol, Traité élémentaire, 1º édition, II, p. 682, nº 2278. — L'auteur ajoute avec raison qu'un incapable, se portant gérant d'affaires sans être habilité conformément à la loi, peut cependant être obligé envers le maître dans deux cas. Il en est ainsi dans le cas où un enrichissement résulterait pour lui de la gestion, cas auquel il pourrait être actionné par l'action de in rem verso. Il en est de même dans le cas où un délit civil aurait été commis par lui dans sa gestion; nous verrons, en esset, qu'une obligation délictuelle peut prendre naissance à la charge d'un incapable (infrà, p. 734 et suiv.).

D'autre part, le mandant, aux termes de l'article 1999, « doit rembourser au mandataire les avances et frais que « celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses « salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute « imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser « de faire ces remboursement et paiement, lors même que « l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des « frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moin- « dres ». L'article 2000 ajoute : « Le mandant doit aussi in- « demniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à « l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit « imputable. »

1134. A ces divers points de vue, la situation du maître

est beaucoup plus avantageuse.

En premier lieu, le gérant d'affaires n'a jamais droit à aucun salaire pour sa gestion, quelque signalé que soit le service par lui rendu, quelque lourde qu'ait été sa peine; la gestion d'affaires est toujours un office gratuit, un bon office. Il serait inadmissible qu'une personne, en se portant gérant d'affaires d'une autre, pût obliger celle-ci à lui payer un salaire; si pareille chose était possible, on aurait toujours la possibilité d'obtenir un salaire de quelqu'un.

En second lieu, les obligations contractées par le gérant d'affaires comme tel ne se fixent sur la tête du maître que si l'affaire du maître a été « bien administrée ». Il faut en dire autant des acquisitions réalisés par lui, qu'il s'agisse de droits réels ou de créances; mais nous ne nous occupons ici que des

obligations.

Enfin le gérant d'affaires n'a de recours contre le maître, à raison des dépenses par lui faites dans sa gestion, que dans la mesure où ces dépenses ont été « utiles ou nécessaires ».

Ces différences entre le mandant et le maître résultent du rapprochement de l'article 1999, cité tout à l'heure, avec l'article 1375: « Le maître dont l'affaire a été bien adminis- « trée doit remplir les engagements que le gérant a contrac- « tés en son nom, l'indemniser de tous les engagements per- « sonnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses « utiles ou nécessaires qu'il a faites. »

1135. Deux questions se posent à propos de cet article : d'abord celle de savoir pourquoi le législateur a limité de la sorte les effets de la gestion d'affaires à l'égard du maître, —

puis celle de savoir quelle est au juste la portée de la limitation établie.

La première question est facile à résoudre. Le gérant d'affaires n'a pas été choisi par le maître, ni prié par lui d'intervenir; son intervention ne se justifie que par le service qu'il rend au maître, et ne doit être regardée comme ayant effet à l'encontre du maître que dans la mesure où il y a service rendu, c'est-à-dire dans la mesure où le maître trouve avantage, en définitive, aux opérations faites par le gérant. Le gérant d'affaires n'entreprendra sa gestion qu'à bon escient, quand il aura la certitude qu'elle est avantageuse pour le maître, puisque c'est seulement à cette condition qu'il pourra compter sur le remboursement de ses avances ; s'il arrivait qu'il se fit illusion sur l'utilité de la gestion, les tiers avec lesquels il voudrait traiter pour le compte du maître ne mangueraient pas de l'éclairer en se refusant à traiter, puisque c'est seulement en cas de gestion utile qu'un lien peut se former entre ces tiers et le maître. Au surplus, l'idée n'est pas nouvelle; un texte du Digeste, parlant des negotiorum gestores et de leur droit de recours, disait déjà : is habet actionem qui utiliter negotia gessit1.

La seconde question, sans être difficile, est plus délicate. Quand peut-on dire que l'affaire du maître a été bien administrée, que la dépense faite par le gérant a été nécessaire ou seulement utile? La réponse à faire peut être résumée dans

les deux propositions suivantes.

1º La gestion est utile lorsque le gérant a fait ce que le maître aurait fait, en bon père de famille, si des circonstances particulières ne l'avaient pas contraint à laisser ses affaires en souffrance. L'acte utilement accompli par le gérant doit être considéré comme utile, alors même qu'un événement imprévu mettrait obstacle à l'avantage qui devait en résulter pour le maître ou détruirait cet avantage; l'exemple classique est celui de réparations faites à une maison qui est ensuite détruite par un incendie ². En d'autres termes, l'utilité de l'acte doit être appréciée en se plaçant au moment où il a

1. Fragm. 10 § 1, Dig., De negotiis gestis, III, 5.

^{2.} Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, p. 682. — Cpr. Aubry et Rau, 4^e édition, IV, § 441, texte et note 14, — Demolombe, Contrats, VIII, n° 187 et suiv., — Laurent, Principes, XX, n° 329, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 354 bis I.

été accompli, sans que le résultat final doive être pris en considération 1.

2° Le gérant d'affaires a un recours pour les dépenses contre le maître, alors même que la gestion ne peut pas être regardée comme ayant été faite d'une manière utile ab initio, lorsque les dépenses faites ont déterminé, en fin de compte, un enrichissement du maître; le recours a précisément pour limite l'étendue de l'enrichissement ². Seulement le droit de recours du gérant d'affaires n'a plus alors pour fondement la gestion d'affaires, mais l'enrichissement du maître; l'action qu'il exerce n'est pas l'action de gestion d'affaires, mais l'action de in rem verso, et il y a intérêt, sous plusieurs rapports, à distinguer entre elles ³.

1136. Ces obligations du maître sont établies à sa charge par la loi. Elles ne procèdent en aucune manière de sa volonté; de sorte qu'elles pèsent sur sa tête dans tous les cas, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir s'il a été consentant ou capable; la théorie du consentement et celle de la capacité n'ont rien à voir en pareille matière *. La jurisprudence a fait application de cette idée aux communes, dont on peut dire qu'elles sont des mineures, ne pouvant, comme telles, contracter des dettes que moyennant l'intervention de certaines autorités administratives; il a été jugé qu'une commune peut être engagée sans aucune intervention de ce

^{1.} Lorsque le gérant d'affaires est admis à répèter les avances par lui faites, la question est discutée de savoir si les intérêts de l'indemnité due commencent à courir du jour de la sommation de payer, conformément au droit commun (suprà, p. 275 à 278),— ou du jour où les avances ont été faites, comme c'est la règle, aux termes de l'article 2001, en ce qui concerne les avances faites par un mandataire (suprà, p. 276). Voy. dans le premier sens: Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 683,— Lyon 29 janvier 4870, D. P. 4870.II.92, Sir. 1870.II.152.— L'opinion contraire est généralement admise: Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 441, note 12,— Gaillemer, Des intérêls, p. 201;— cpr. Cass. 6 novembre 1865, D.P. 1866.1.252, Sir. 1866.I.53,— Rennes 12 février 1880, D. P. 1880.II.221, Sir. 1881.II. 53,— Cass. 4 août 1897, D. P. 1897.I.613, Sir. 1898.I.446.

^{2.} Cass. 45 juin 1892, D. P. 1892.I.596, Sir. 1893.I.281. — D'après des décisions récentes, il faut qu'une valeur entre dans le patrimoine du maître; il ne suffirait pas qu'il eût retiré de la gestion d'affaires un avantage indirect. Cass. 41 juillet 1889, D. P. 1889.I.393, Sir. 1890.I.97, — 31 juillet 1895, D. P. 1895.I.391, Sir. 1896.I.397.

^{3.} Voy. Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 441, p. 725, texte et note 15, et les références indiquées à la note.

^{4.} Cpr. suprà, nº 1131, — et infrà, p. 734 et suiv. — Voy. Bufnoir, Propriété et contrat, p. 791.

genre par l'effet d'une gestion d'affaires entreprise à son profit ¹. La solution est la même pour tous les incapables ².

1137. En résumé, les rapports entre le maître et le gérant d'affaires ne sont pas régis par la loi de la même manière que les rapports entre le mandant et le mandataire. De là résulte l'intérêt considérable qu'il peut y avoir, dans certains cas, à décider si l'on se trouve en présence d'une

gestion d'affaires ou d'un mandat.

La réponse paraît simple, au premier abord ; car l'article 1984 semble subordonner l'existence du mandat à celle d'une procuration expresse donnée par le mandant et acceptée par le mandataire. Mais l'article 1372 introduit un élément de doute ; parlant de la gestion d'affaires, il distingue deux hypothèses, suivant que le maître connaît ou ignore la gestion entreprise à son profit ; et on peut se demander si la connaissance de la gestion par le maître n'a pas pour effet de transformer la gestion en un mandat tacite, de sorte que les rapports des parties devraient être réglés non d'après les règles de la gestion d'affaires, mais d'après celles du mandat.

La question revient à savoir si la connaissance des actes du représentant par le représenté est ce qui constitue le mandat, ou bien s'il y a gestion d'affaires tant que le représenté n'a pas approuvé les actes du représentant et alors même qu'il en aurait eu connaissance. C'est en ce dernier sens qu'il faut décider; le représentant reste un gérant d'af-

faires tant que la gestion n'a pas été approuvée 3.

SECTION II. - Le paiement de l'indu.

1138. De même que la théorie de la gestion d'affaires et pour des raisons analogues, la théorie du paiement de l'indu ne nous retiendra pas longtemps. Nous avons touché à plusieurs parties du sujet en nous occupant naguère du paiement ⁴; et c'est seulement plus tard, au titre Des successions,

2. Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, p. 683, n° 2282. — Cpr. Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1372, n° 8 et suiv.

4. Suprà, p. 472 et suiv.

^{1.} Cass. 19 décembre 1877, D. P. 1878.I.204, Sir. 1878.I.157. — Cpr. Chambéry 13 août 1891, D. P. 1893.I.316, Sir. 1895.I.185, — Alger 26 mai 1894, D. P. 1896.II.234, Sir. 1896.II.267.

^{3.} Aubry et Rau, 4° edition, IV, p. 726. — Cpr. l'article 1998 et ce que nous avons dit suprà, p. 712, note 1.

que nous rencontrerons les rares hypothèses dans lesquelles le paiement indu se présente : celles qui résultent de l'ouverture des successions et des complications ou erreurs qui en sont la suite. Bornons-nous donc ici à présenter l'analyse sommaire des articles 1376 à 1381.

1139. Ils ne font que déduire les conséquences du principe posé par l'article 1235 alinéa 1 : « Tout paiement sup- « pose une dette ; ce qui a été payé sans être dû est sujet à « répétition. » Cet article fait partie de la série des textes relatifs au paiement ; nous avons déjà dit ¹ qu'il est le siège de deux théories importantes : celles de la répétition de l'indu et des obligations naturelles. Ne nous occupons ici que de la première ².

L'idée générale est simple. Le fait de payer indûment, fait volontaire et licite, donne naissance à une obligation : celle de restituer l'objet du paiement. Ce fait constitue un quasicontrat. L'action qui sanctionne le droit du solvens est communément désignée sous son nom latin : la condictio inde-

biti, ou répétition de l'indu.

1140. Il y a paiement indu dans trois cas.

1° Le paiement est fait par une personne qui n'est pas débitrice à une personne qui n'est pas créancière, pour une dette qui n'existe pas (article 1376). Nous savons ³ qu'une simple dette naturelle existe au même titre qu'une dette civile à ce point de vue ; aux termes de l'article 1235 alinéa 2, « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations na- « turelles qui ont été volontairement acquittées ».

2° Le paiement est fait par une personne qui est débitrice à une personne qui n'est pas créancière. La dette existe, mais non au profit de la personne qui reçoit le paiement

(article 1376).

3º Le paiement est fait au véritable créancier par une personne qui n'est pas débitrice. La dette existe, mais non à la charge de la personne qui effectue le paiement (article 1377).

Dans les trois cas, le solvens a droit à répétition.

1141. Mais son droit est subordonné à des conditions. Le demandeur à la condictio indebiti doit prouver trois choses.

1. Suprà, p. 473 et 474.

^{2.} Sur la théorie des obligations naturelles, voy. suprà p. 253 et 254, 325 et suiv.

^{3.} Suprá, p. 338.

1º Il doit prouver le fait du paiement. Car c'est ce fait qui constitue le quasi-contrat servant de base à sa prétention.

2º Il doit prouver l'inexistence de la dette en ce qui le concerne. Peu importe que la dette n'ait jamais existé, ou qu'elle ait sa source dans une convention annulée, rescindée ou résolue ¹.

3° Il doit prouver qu'il a payé sous l'empire d'une erreur, de fait ou de droit (article 1377). Si le débiteur avait payé sciemment, on ne serait plus en présence du quasi-contrat appelé paiement de l'indu, mais en présence d'une gestion d'affaires ou d'une donation, suivant les cas ². Mais cette condition — l'erreur — n'est exigée par l'article 1377 qu'à l'égard du solvens; l'accipiens, lui, est obligé de restituer ce qu'il a reçu d'une manière indue, même lorsqu'il a reçu sciemment (article 1376), et rien n'est plus naturel.

1142. Que peut réclamer le demandeur ? La réponse varie suivant que le défendeur a reçu le paiement de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire par erreur ou sciemment. La loi limite l'étendue de son obligation lorsqu'il est un accipiens

de bonne foi.

a) s'agit-il d'un corps certain, les textes à consulter sont les articles 1378 à 1381.

Aux termes de l'article 1379, l'accipiens, de bonne ou de mauvaise foi, doit restituer la chose en nature si elle existe, ou la valeur de la chose si elle est périe ou détériorée par sa faute. Quant à la perte de la chose par cas fortuit, l'accipiens de mauvaise foi en est seul garant; l'accipiens de bonne foi échappe à toute responsabilité de ce chef, à moins bien entendu qu'il ne soit en demeure, conformément aux principes généraux de l'article 1302, sur lesquels nous n'avons pas à revenir 3.

Aux termes de l'article 1380, l'accipiens de bonne foi qui a vendu la chose « ne doit restituer que le prix de la vente ». D'où il faut conclure : 1º que l'accipiens de mauvaise foi pourrait être condamné à en payer la valeur, peut-être supérieure au prix de la vente, — 2º qu'en aucun cas une reven-

dication n'est recevable contre les tiers acquéreurs.

^{1.} Suprà, p. 549 et suiv.

^{2.} Ibid., p. 474.

^{3.} Ibid., p. 546 et suiv.

Il résulte de l'article 1378 que l'accipiens de mauvaise foi est comptable des fruits de la chose depuis le jour du paiement. L'accipiens de bonne foi, au contraire, n'en est pas comptable; possesseur de bonne foi, il les a fait siens, conformément au principe général de l'article 549.

Enfin l'article 1381 est ainsi conçu : « Celui auquel la « chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur « de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et uti- « les qui ont été faites pour la conservation de la chose. »

b) s'agit-il d'une somme d'argent, le seul texte à consulter est l'article 1378. Il en résulte que l'accipiens de mauvaise foi est tenu des intérêts depuis le jour du paiement; au contraire, l'accipiens de bonne foi en est tenu seulement à partir de la sommation de payer, conformément au droit commun⁴.

1143. Sous réserve de ces particularités diverses, le paiement indû donne ouverture à l'action en répétition. Toutefois, la règle ainsi posée comporte deux exceptions, qu'il reste à signaler.

La première est consacrée par l'article 1377. Aux termes de l'alinéa 1, « lorsqu'une personne qui, par erreur, se « croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de ré- « pétition contre le créancier ». Puis l'alinéa 2 ajoute : « Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a sup- « primé son titre par suite du paiement, sauf le recours de « celui qui a payé contre le véritable débiteur. » La répétition causerait, dans cette hypothèse, un préjudice trop grave à l'accipiens.

La seconde exception se présente dans l'hypothèse où le paiement indu a été fait en exécution d'une transaction intervenue entre le solvens et l'accipiens. En effet, l'article 2052 est ainsi conçu : « Les transactions ont, entre les parties, « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peu-« vent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour « cause de lésion. »

^{1.} Suprà, p. 275 à 278.

CHAPITRE II

DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS 1

1144. Lorsqu'un dommage, ne se rattachant pas à l'exécution d'une obligation contractuelle, vient frapper une personne, dans quels cas et à quelles conditions cette personne peut-elle obtenir la réparation du préjudice subi?

A cette question, la tradition répond de la manière suivante. Pour que la victime du dommage puisse obtenir réparation d'un tiers, il faut qu'elle prouve que ce tiers est responsable, autrement dit qu'il a commis une faute qui a été la cause du dommage; tant que cette preuve n'est pas faite, la victime du dommage supporte seule les conséquences de celui-ci.

Ce principe traditionnel reste fondamental. Toutefois il a été combattu, depuis un certain nombre d'années, comme entraînant des conséquences peu satisfaisantes au point de vue de l'équité. La loi et la jurisprudence ont apporté des dérogations au principe ; de sorte qu'il existe, à l'heure actuelle, diverses hypothèses dans lesquelles une personne peut être tenue de réparer, en tout ou en partie, le dommage subi par une autre, sansqu'il soit établi que ce dommage ait pour origine une faute commise par la personne tenue pour responsable.

^{1.} Les notes de M. Ch. Beudant sur cette matière ne me sont point parvenues; elles avaient sans doute été dispersées en vue d'une refonte complète, à raison du mouvement d'idées considérable qui s'est produit autour des articles 1382 et suivants, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pendant les années qui ont précédé la mort de l'auteur. L'importance et l'actualité du sujet m'ont déterminé à combler cette lacune et à présenter ici, de mon propre chef, l'esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile. Mon collègue et ami M. Henri Capitant a bien voulu mettre à ma disposition, pour la rédaction de cette étude, avec son expérience de civiliste, des notes très abondantes et des renseignements précieux de jurisprudence. Je tiens à lui exprimer ici ma plus cordiale reconnaissance pour cette assistance si affectueuse, qui constitue une véritable collaboration.

Dans l'étude que nous allons faire, nous retrouverons à chaque pas et le principe traditionnel et l'évolution, à la fois législative et jurisprudentielle, qui tend à écarter l'application du principe.

1145. Nous avons indiqué déjà que la responsabilité civile fait l'objet des articles 1382 à 1386, groupés sous la rubri-

que : Des délits et des quasi-délits.

Le premier soin à prendre est d'indiquer ce qu'il faut

entendre par un délit et un quasi-délit 2.

Les rédacteurs du Code ont employé les deux locutions (articles 1310, 1370, rubrique des articles 1382 et suivants), mais sans prendre la peine de les définir. Ils se sont contentés de dire que tout dommage résultant d'un délit ou d'un quasi-délit doit être réparé par l'auteur de ce délit ou quasi-délit, ce qui n'apporte pas grande clarté sur le point de savoir quels sont les faits que le législateur appelle délits ou quasi-délits.

Cette lacune de la loi s'explique par ce fait que les rédacteurs du Code ont emprunté leur terminologie à Pothier, supposant acquises les définitions données par cet auteur. « On appelle délit, dit Pothier, le fait par lequel une per« sonne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque « tort à une autre... Le quasi-délit est le fait par lequel une « personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est « pas excusable, cause quelque tort à une autre ³. » Dès lors, la distinction entre le délit et le quasi-délit réside essentiellement en ceci : dans le délit l'auteur de l'acte agit avec l'intention de nuire, dans le quasi-délit il est seulement coupable d'imprudence 4. Pothier ajoute : « Les délits ou quasi-« délits diffèrent des quasi-contrats en ce que le fait d'où « résulte le quasi-contrat est un fait permis par les lois, au

3. Traité des obligations, nº 416 (édition Bugnet, II, p. 57). — Cpr. Introduction

générale aux coutumes, nº 117 (édition Bugnet, I, p. 43).

¹⁻² Suprà, nºs 1120 et 1121, p. 710.

^{4.} Le plus souvent, la jurisprudence fait exactement cette distinction: Cass. 28 juin 1899, D. P. 1900. I. 458, Sir. 1900. I. 135. Cependant, il y a des arrêts qui emploient l'expression « quasi-délit » pour désigner le délit civil, par opposition au délit criminel ou pénal, et qui se servent de cette expression pour désigner même la faute non intentionnelle: Lyon 19 mai 1886, Sir. 1888. II. 134, — Agen 20 décembre 1893, D. P. 1894. II. 92, Sir. 1894. II. 250, — Paris 21 avril 1896, D. P. 1898. I. 306, — Cass. 13 février 1899, Sir 1899. I. 360. — Voy. sur ce point Planiol, Traité élémentaire, 2e édition, II, no 824.

« lieu que le fait qui forme le délit ou quasi-délit est un fait « condamnable 1. »

Il vaut mieux dire: illicite. Nous écarterons ainsi toute confusion entre les délits civils et les délits criminels, qui sont choses très différentes, ainsi que nous l'indiquerons².

1146. Rien de plus net que ces définitions de Pothier; la distinction entre le délit et le quasi-délit apparaît très simple ³. Cette distinction devait être faite dès l'abord, afin d'expliquer la rubrique sous laquelle sont groupés les articles 1382 à 1386.

Mais il convient d'ajouter que cette distinction ne présente pas un grand intérêt, comme il est facile de s'en convaincre en lisant les articles 4382 et 4383. Le premier vise les délits : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un « dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à « le réparer. » Le second vise les quali-délits : « Chacun est « responsable du dommage qu'il a causé non seulement par « son fait, mais encore par sa négligence ou par son impru- « dence. » Donc, que l'acte dommageable ait été accompli avec ou sans intention, l'auteur de l'acte est tenu de réparer le dommage ; et l'étendue de la réparation reste la même dans les deux cas : elle doit être égale au dommage lui-même *.

1. Obligations, nº 117.

2. Infrà, nº 1147.

3. Etant données ces définitions de Pothier, il est aisé d'apercevoir que les expressions « délit » et « quasi-délit » sont entendues dans notre droit tout

autrement qu'elles ne l'étaient en droit romain.

A Rome, on appelait délits privés les faits prévus par le droit civil ou par édit, et dont l'auteur était passible d'une amende au profit de la victime du dommage en résultant: l'injure, le furtum, le damnum injuria datum, la violence, le dol, etc. Voy. Girard, Manuel élémentaire, 2° édition, p. 382 et suivantes. La notion du délit, dans notre droit, est à la fois plus large et plus étroite: plus large, en ce sens que tout fait illicite causant un dommage est un délit, — plus étroite, en ce sens que les faits illicites, pour être des délits, doivent avoir été commis animo nocendi.

Quant à l'expression quasi-délit, Gaius et Justinien s'en servent dans quatre hypothèses où un dommage a été causé à une personne par une autre. Voy. Girard, loc. cit., p. 390 et suiv., p. 623 et 624. Et « on est dans l'im« possibilité, dit M. Girard (loc. cit., p. 624), de découvrir l'idée en partant « de laquelle Gaius et Justinien ont désigné ces quatre obligations du nom « d'obligations quasi-délictuelles ».

4. Dans la pratique, cependant, il arrive quelquefois que les tribunaux tiennent compte du caractère intentionnel ou non intentionnel de l'acte pour fixer le montant de l'indemnité. Voy. Jean Bosc, Essai sur les étéments constitutifs du délit civil, thèse de doctorat soutenue à Montpellier en 1901, p. 12

et 13; - cpr. infrà, nº 1236.

De sorte que nous pouvons faire abstraction du caractère intentionnel ou non intentionnel de l'acte pour déterminer la responsabilité dont l'auteur de l'acte est tenu. Nous emploierons le mot délit comme comprenant à la fois ce que Pothier et les rédacteurs du Code appelaient un délit et ce qu'ils appelaient un quasi-délit.

Nous dirons: un délit. Pour plus de précision, nous dirons: un délit civil; afin de bien marquer une distinction à laquelle nous avons déjà fait allusion et sur laquelle il faut mainte-

nant insister.

1147. Le délit civil doit être distingué du délit pénal.

Tout délit — civil ou pénal — est une faute, en prenant le mot « faute » dans son acception générale et courante. Mais le législateur envisage le délit à deux points de vue différents. Au point de vue civil, tout délit engendre, à la charge de son auteur, l'obligation de réparer le préjudice qui peut en résulter pour les tiers; au point de vue pénal, certains délits, considérés comme présentant un danger social, sont punis par la loi. On appelle délit civil la faute donnant naissance à une obligation de réparer; délit pénal la faute exposant la

personne qui l'a commise à une peine.

La locution « délit pénal », employée en ce sens, est une locution peu satisfaisante. En effet, le mot « délit », dans cette locution, sert à désigner toutes les infractions pénales : les plus graves comme les plus légères; or il existe trois espèces d'infractions pénales : les crimes, les délits, les contraventions ; il est mauvais d'employer le mot « délit », qui est le nom d'une espèce particulière d'infractions, pour désigner toutes les infractions en général. Mieux vaut abandonner l'usage de la locution « délit pénal » et la remplacer par le mot à la fois plus précis et plus simple d' « infrac- « tion ».

La différence qui sépare l'infraction du délit civil est trop manifeste pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter longuement. Il suffira d'appeler l'attention sur les trois idées suivantes.

a) Toute faute causant un préjudice à autrui constitue un délit civil. Au contraire, une faute ne constitue une infraction qu'à la condition d'être qualifiée et punie par la loi pénale. Les exemples sont nombreux de délits civils qui ne sont pas des infractions: le recel d'effets dépendant d'une

succession (articles 792 et 801 C. civ.), — la fraude du débiteur vis-à-vis de ses créanciers (article 1167), — le stellionat

(article 2059), - etc.

b) Toutes les infractions pénales ne sont pas des délits civils. En effet, il y a des infractions qui ne causent aucun préjudice pouvant donner lieu à une réparation. Citons, par exemple, la tentative d'assassinat ayant manqué son effet, la mendicité, les contraventions de simple police, etc.

c) Lorsqu'une faute constitue à la fois un délit civil et une infraction pénale, l'action en réparation du préjudice présente des caractères particuliers, notamment aux divers

points de vue que voici.

1° L'action en dommages-intérêts qui résulte d'un délit civil ne constituant pas une infraction se prescrit par trente ans. Au contraire, l'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction se prescrit par le même laps de temps que l'action publique tendant à faire prononcer la peine: dix ans quand il s'agit d'un crime, trois ans quand il s'agit d'un délit, un an quand il s'agit d'une contravention de simple police (articles 637 et suivants C. d'inst. crim.).

2º L'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction peut être portée soit devant un tribunal civil, soit devant la juridiction pénale saisie de l'action publique.

3° Si l'action civile est portée devant un tribunal civil à un moment où la juridiction pénale est saisie de l'action publique, le tribunal civil saisi doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction pénale ait rendu sa sentence. C'est l'application du principe général en vertu duquel le criminel tient le civil en état ¹. La sentence rendue par la juridiction pénale lie le tribunal civil. Toutefois, en cas d'acquittement de l'inculpé, le tribunal civil peut accorder des dommages-intérêts au demandeur ; car, à défaut d'infraction pénale, il peut y avoir délit civil.

4° La contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867. Mais l'article 5 de cette loi maintient la contrainte par corps comme moyen de coercition pour le recouvrement des condamnations « prononcées « par les tribunaux civils au profit d'une partie lésée, pour

^{1.} Voy. suprà, nº 1110.

« réparation d'un crime, d'un délit ou d'une contravention « reconnus par la juridiction criminelle 1 ».

1148. Ces idées générales une fois énoncées, il faut pénétrer plus avant dans les détails du sujet. Et il est impossible de le faire utilement sans commencer par rechercher comment le droit romain et l'ancien droit français ont compris et réglementé la responsabilité civile; car cette étude historique fournit un certain nombre de données indispensables à l'intelligence du droit actuel. Nous ne ferons, bien entendu, cette étude que d'une manière sommaire, dans le seul dessein de dégager les quelques données dont il vient d'être parlé.

1149. L'origine des règles de notre droit relatives à la responsabilité civile réside dans une loi romaine célèbre, la lex Aquilia? Plusieurs dispositions législatives antérieures avaient déjà frappé certains délits, certains dommages causés aux biens d'autrui . La lex Aquilia essaie pour la première fois de généraliser, de dégager un principe, qui est le suivant : toute personne qui cause un dommage par sa faute (damnum injuria datum) est tenue d'une obligation vis-à-vis de la victime de ce dommage. Mais ce n'est encore qu'un essai ; la loi ne pose pas une règle d'ensemble et procède encore par solutions d'espèces .

Le droit postérieur perfectionne le système. Il précise la notion de la faute, et met fortement en relief l'idée que la responsabilité ne peut pas exister sans un dommage résultant d'une faute. La faute la plus légère suffit : in lege Aquilia et levissima culpa venit 5; et une négligence caractérisée peut être regardée comme une faute. Mais c'est un minimum nécessaire : impunitus est, dit Gaius, qui sine culpa et dolo malo

casu quodam damnum committit 6.

1150. L'ancien droit français recueille et conserve ces traditions romaines. Elles sont consacrées par Domat, par Pothier, par Merlin. Ils s'attachent à montrer que la faute est une condition essentielle de la responsabilité; puis ils insistent sur l'idée que la faute peut exister sans que l'auteur du

2. Voy. Girard, Manuel élémentaire, 2e édition, p. 402.

6. Commentaire III, § 121.

^{1.} Voy. Les súretés personnelles et réelles, tome I, p. 55.

^{3.} Ibid., p. 402, note 2.

^{4.} Ibid., p. 403.

^{5.} Fragm. 44, Dig., Ad legem Aquiliam, IX, 2.

dommage ait eu l'intention de nuire à la victime de ce dommage, et c'est à ce propos qu'ils établissent, nous l'avons vu 1, la distinction du délit et du quasi-délit.

Domat dit: « Toutes les pertes et tous les dommages qui « peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit im- « prudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou « autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, « doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre « faute y a donné lieu ².»

Pothier, s'attachant à la même idée, la rend plus sensible encore: « On appelle délits et quasi-délits les faits illicites « qui ont causé quelque tort à quelqu'un, d'où naît l'obliga-« tion de le réparer. Si ce fait provient de malice et d'une « volonté de causer ce tort, c'est un délit proprement dit; s'il « ne procède que d'imprudence, c'est un quasi-délit ³. »

Merlin s'exprime en termes presque identiques: « Pour « qu'un homme puisse être responsable du mal dont il est la « cause, il faut qu'il y ait une faute dans son action; il faut « qu'il lui ait été possible, avec plus de vigilance sur lui- « même, de s'en garantir ⁴. »

1151. Ce sont les matériaux dont le législateur de 1804 s'est servi. Si brefs et incomplets que soient les travaux préparatoires des articles 1382 à 1386, il n'est pas douteux que les rédacteurs de ces articles, fidèles à la tradition de leurs devanciers, ont considéré comme inséparables les deux notions de responsabilité et de faute. La responsabilité n'existe pas en dehors de la faute; telle est l'idée directrice.

Les articles 1382 à 1386, qui la développent, se divisent en deux groupes. Les deux premiers posent la règle générale: la personne qui subit un dommage ne peut demander réparation de ce dommage à un tiers qu'à la condition de prouver que le dommage est le résultat d'une faute commise par le tiers. Puis les trois autres articles aggravent la règle en établissant, dans certains cas spécifiés, des présomptions de faute à l'encontre de certaines personnes; dans les cas

^{1.} Suprà, nº 1145.

Lois civiles, livre II, titre VIII, section 4.
 Introduction générale aux coutumes, nº 117.

^{4.} Répertoire, vº Quasi-délit, nº 1.

^{5.} Voy. l'exposé des motifs de Treilhard, dans Locré, XIII, p. 31 et 32, — le rapport fait au Tribunat par Bertrand de Greuille, *ibid.*, p. 40 à 44, — et le discours prononcé par le tribun Tarrible, *ibid.*, p. 57 à 60.

prévus, la victime du dommage est dispensée de fournir aucune preuve et peut réclamer, de plein droit, des dommagesintérêts à la personne que la loi présume avoir été par sa faute la cause du dommage éprouvé. La loi va même jusqu'à reconnaître une autorité irréfragable à certaines des présomptions qu'elle établit dans cet ordre d'idées, de telle sorte que la personne sur laquelle la présomption pèse n'est pas recevable à s'exonérer de la responsabilité en prouvant n'avoir commis aucune faute. Il faut reconnaître que le lien qui rattache la responsabilité à la faute devient alors très ténu, la responsabilité ayant sa source moins dans une faute que dans une prescription légale qui impose la responsabilité de plein droit; et il est manifeste que les rédacteurs du Code, en admettant ainsi des présomptions de faute, ont en quelque sorte préparé les voies pour l'élargissement du champ d'application de la responsabilité.

Il n'en est pas moins vrai — et la lecture des travaux préparatoires ne laisse place à aucun doute sur ce point — que les rédacteurs du Code, dans les articles 1382 à 1386, ont entendu fonder la responsabilité sur la faute, soit prouvée,

soit présumée 1.

1152. Ces quelques notions très simples étaient nécessaires, mais sont suffisantes comme introduction à une étude plus détaillée du sujet.

Nous pouvons maintenant aborder cette étude. Nous allons la poursuivre en nous occupant successivement des éléments

^{1.} Les mots faute, fait, négligence, imprudence, reviennent sans cesse dans les explications présentées. On peut citer comme exemple le passage suivant du discours de Tarrible : « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, « doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un ; « s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, « dont chacun doit supporter les chances ; mais s'il y a eu faute ou impru- « dence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il « en est dù réparation » (Loc. cit., p. 58).

En sens contraire, autrement dit pour prouver que les articles 1384 à 1386 ne sont pas fondés sur une présomption de faute, on a cru pouvoir invoquer deux passages des travaux préparatoires. L'un est tiré du rapport de Bertrand de Greuille: « Dans la thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un « ne peut nuire impunément à un autre » (loc. cit., p. 43). L'autre est tiré du discours de Tarrible: la loi « n'a pu le soustraire à cette obligation que « le droit naturel impose à tout individu de réparer le dommage qu'il a « causé » (loc. cit., p. 60). Mais ces deux passages perdent toute l'importance qu'on prétend leur attribuer quand on les replace dans l'ensemble des développements d'où ils sont extraits.

de la responsabilité, de la preuve de la responsabilité, enfin des conséquences de la responsabilité.

SECTION I. — Eléments de la responsabilité.

1153. Trois conditions sont nécessaires pour l'existence de la responsabilité civile. En d'autres termes, les éléments de la responsabilité, ou encore les éléments du délit et du quasidélit, sont au nombre de trois. Pas de responsabilité tant qu'il n'y a pas de dommage causé, tant que l'auteur du dommage n'a pas la capacité de vouloir, enfin tant que la cause du dommage ne consiste pas dans une faute commise par l'auteur du dommage.

Reprenons ces trois conditions.

§ 1. - Existence d'un dommage.

1154. L'acte d'une personne n'engendre aucune responsabilité à la charge de cette personne tant qu'il ne cause aucun dommage à autrui 1.

Il va de soi qu'un dommage matériel peut être invoqué comme donnant naissance à une responsabilité. La question est discutée de savoir si le dommage moral doit être assimilé,

à ce point de vue, au dommage matériel 2.

1155. La jurisprudence française admet sans hésiter l'assimilation. Le dommage moral résultant d'une diffamation, d'un outrage, donne lieu journellement à réparation. De même, il est admis que le dommage moral causé à une personne par le fait de son inscription sur une liste de candidats pour une élection, sans son consentement, donne ouverture à réparation ³. De même encore, la jurisprudence considère le complice d'une femme adultère comme passible de

3. Cass. 24 mai 1896, D. P. 1896.1.321.

^{1.} Cass. 19 janvier 1881, D. P. 1881.I.245, — 23 juin 1887, Sir. 1889.I. 291, — Pau 15 mars 1892, Sir. 1892. II. 133, — Cass. 6 février 1894, Sir. 1894.I.309. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 184.

^{2.} Consulter sur cette question: Labbé, note dans Sir. 1879.II.193, — Meynial, Sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, dans la Revue pratique, 1884, p. 441, — Lacoste, note dans Sir. 1897.II.25, — Revue critique de droit, 1894, p. 26-27, — et note dans Sir. 1901.II.137, — Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse pour le doctorat, Paris, 1901.

dommages-intérêts au profit du mari, à raison du dommage moral causé à celui-ci ¹. De même enfin, la jurisprudence admet que la douleur causée par la mort d'un parent constitue un dommage moral suffisant pour engager la responsabilité de l'auteur de la mort ²; cette solution a été admise dans des cas où la question se posait avec la plus entière netteté, car il s'agissait de l'homicide d'un enfant en bas âge, ou d'un vieillard âgé et infirme, dont l'existence était une charge matérielle pour les demandeurs, si bien que ceuxci ne pouvaient invoquer, à l'appui de leur réclamation, que l'atteinte portée à leur affection ³.

La jurisprudence belge est plus catégorique encore que la jurisprudence française. Tandis que la plupart des décisions judiciaires françaises, constatant que le demandeur a été victime tout à la fois d'un dommage matériel et d'un dommage moral, accordent une indemnité globale en réparation de ces deux dommages envisagés en bloc, les tribunaux belges distinguent les deux dommages et accordent une indemnité distincte pour chacun d'eux 4.

Cette jurisprudence, tant française que belge, paraît défier toute critique. Au point de vue de l'équité, il n'y a pas de raison pour distinguer entre le dommage matériel et le dommage moral. Au point de vue juridique, les articles 1382 et 1383 sont conçus dans les termes les plus larges et ne limitent en rien la nature du dommage éprouvé, comme dit fort bien la Cour de cassation dans les considérants d'un arrêt du 20 février 1863 ⁵.

^{1.} Besançon 14 mars 1850, Sir. 1851, II.171, — Cass. 5 février 1873, Sir. 1873. I.289, —7 juin 1893, Sir. 1895, I.413.

^{2.} Bordeaux 30 décembre 1881, Sir. 1882.II.183, — Alger 23 mai 1892, Sir. 1894.II.62, — Beançon 6 juillet 1892, Sir. 1894.II.61, — Paris 8 février 1896, D. P. 1896.II.457, Sir. 1899.II.215, — Nancy 21 mars 1896, Sir. 1896.II.235, — Nîmes 11 novembre 1897, Sir. 1898.II.176, — Alger 22 juin 1900, Sir. 1902.II, 128. — Secus: Rouen 24 février 1894, Sir. 1897.II.25, — Douai 23 janvier 1899, Sir. 1899.II.296.

^{3.} Nancy 9 décembre 1876, D. P. 1879.II.47. — Cpr. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 749. — Au surplus, ainsi que la remarque en est très justement faite dans le Supplément au Répertoire de Dalloz [v° Responsabilité, n° 281], il y a peut-être exagération à dire que le dommage moral est envisagé comme base unique de la responsabilité; par la force même des choses, la considération du trouble matériel causé par le décès entre en ligne de compte.

^{4.} Bruxelles 14 décembre 1893, Pasicrisie belge, 1894, cours d'appel, p. 116, — 28 novembre 1894, Pasicrisie, 1895, cours d'appel, p. 285.

^{5.} Sir. 1863.I.321.

1156. Certains auteurs, cependant, s'élèvent contre la solution de la jurisprudence ¹. Ils font valoir qu'un dommage moral n'est pas susceptible d'évaluation pécuniaire, que l'évaluation de ce dommage sera nécessairement arbitraire, et que l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage aura le caractère d'une peine plutôt que le caractère d'une réparation civile. En conséquence, ils proposent de distinguer. Pas de réparation lorsque la victime du dommage a été atteinte dans ses affections ; au contraire, il y a place pour une réparation quand il s'agit d'une atteinte portée à l'honneur et qui rejaillit sur la considération, sur la réputation, sur le crédit de la personne : il y a lésion d'un

bien moral, et cette lésion exige une réparation.

La distinction est fragile; car si l'atteinte à l'honneur apparaît susceptible d'évaluation pécuniaire lorsqu'elle rejaillit sur le crédit de la personne, comme c'est le cas pour un commercant, on conçoit mal, au contraire, en quoi l'atteinte portée à la considération et à la réputation d'une personne est plus aisément susceptible d'évaluation pécuniaire que l'atteinte portée à une affection. D'autre part, il est excessif de dire que la réparation doive être écartée sous prétexte que l'évaluation du dommage sera nécessairement arbitraire ; car si l'arbitraire du juge, inévitable en effet, est toujours un danger, le refus d'une indemnité serait une injustice criante 2. Enfin il est inexact de dire que l'indemnité accordée en réparation d'un dommage moral aura le caractère d'une peine, non d'une réparation civile; elle sera toujours une compensation du dommage éprouvé, mais une compensation approximative et calculée d'une manière un peu grossière à cause de la nature morale du dommage.

Il n'y a donc point à distinguer entre le dommage matériel

et le dommage moral.

1157. Matériel ou moral, le dommage ne donne lieu à

réparation qu'à la condition d'être certain.

Il n'est pas nécessaire que le dommage soit né et actuel. Il suffit qu'on puisse affirmer que le dommage se produira, et les tribunaux peuvent tenir compte d'un dommage futur.

Quant au dommage simplement éventuel, il ne peut servir

2. Sic: Labbé, note précitée dans Sir. 1879.II.193.

^{1.} Voy. Meynial, dans la Revue pratique, loc. cit. — Cpr. Laborde, Revue critique de droit, 1894, p. 26 et 27.

de base à aucune responsabilité. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'une maison située dans le voisinage d'une manufacture de poudre n'est pas recevable à demander une indemnité à raison de l'éventualité d'accidents qui pourraient se produire 1.

§ 2. — Capacité de l'auteur du dommage.

1158. La capacité de s'obliger par l'effet d'un dommage que l'on cause à un tiers ne doit pas être confondue avec la

capacité de s'obliger par contrat 2.

Pour s'obliger par contrat, plus exactement pour s'engager valablement dans les liens d'un contrat, il faut d'abord être physiquement en état d'avoir et d'exprimer une volonté, autrement dit posséder ce qu'on appelle quelquefois la capacité naturelle ; elle fait défaut à l'enfant qui n'est pas encore arrivé à l'âge de discernement, à l'homme qui se trouve en état de démence ou d'ivresse; et cette capacité dite naturelle se confond, en définitive, avec le consentement 3. Il faut avoir, en second lieu, l'aptitude légale ou capacité civile; l'incapacité civile se présente tantôt sous la forme d'une incapacité de jouissance, tantôt sous la forme d'une incapacité d'exercice 4; et la capacité civile est le plus souvent désignée sous le nom de capacité tout court : les incapables, sans épithète, sont les personnes auxquelles cette capacité civile fait défaut.

Or quand on signale la capacité parmi les éléments de la responsabilité civile, on songe précisément à autre chose qu'à cette capacité civile; c'est à la capacité naturelle que l'on songe ; et le mot même qu'on emploie risque, si l'on n'y prend garde, de faire naître des confusions. La seule question qui se pose dans cet ordre d'idées est de savoir si l'auteur du dommage était, au moment où il a causé ce dommage,

2. Cpr. ce que nous avons dit suprà [nºs 1131 et 1136] des conditions de capacité qu'il faut remplir pour pouvoir être obligé par l'effet du quasi-con-

trat de gestion d'affaires.

^{1.} Voy. sur ce point Cass. 10 janvier 1877, Sir. 1877.I.121, - Conseil d'État 4 janvier 1878, D. P. 1878. III.82, Sir. 1879. II.343, — 10 février 1882, Recueil du Conseil d'État, 1882, p. 139, — Pau 15 mars 1892, Sir. 1893. II. 133, — Conseil d'État 24 février 1893, Sir. 1895. III. 5.

^{3.} Voy. supra, p. 84 et 85. 4. Ibid., p. 85 et suiv.

dans un état mental lui permettant de discerner les conséquences dommageables de l'acte qu'il accomplissait ; dans ce cas, l'acte ayant été accompli par un agent sain d'esprit, par un agent responsable comme on dit quelquefois, la responsabilité civile est engagée; dans le cas contraire, l'agent est considéré moins comme l'auteur de l'acte que comme la cause occasionnelle de cet acte, et la victime du dommage résultant de l'acte doit supporter les conséquences du dommage comme si le dommage résultait d'un cas fortuit, d'un tremblement de terre, d'une inondation ou de la foudre. En un mot, l'élément de la responsabilité civile que l'usage appelle et que nous avons appelé, pour nous conformer à l'usage, la capacité de l'auteur du dommage, n'est pas la capacité proprement dite ou capacité civile, mais la simple capacité naturelle, le consentement, qu'il vaudrait mieux appeler, pour éviter toute équivoque, le discernement.

Le principe est donc celui-ci : l'auteur d'un dommage n'en est responsable, autrement dit n'est tenu de le réparer, que

quand il a le discernement de ses actes.

1159. Les conséquences de ce principe sont aisées à déduire.

L'individu qui se trouve en état d'ivresse n'est pas responsable du dommage qu'il cause à autrui. Toutefois, il peut y avoir lieu de rechercher si l'auteur du dommage ne doit pas être tenu pour responsable de son ivresse et, par consé-

quent, des suites qui en sont résultées 1.

L'aliéné non interdit — qu'il soit interné ou non dans un asile ² — est responsable du dommage qu'il cause à un tiers lorsqu'il se trouve dans un intervalle lucide. En dehors de ce cas, l'acte d'un fou est comme un cas fortuit ³. Cependant, les insensés peuvent être déclarés responsables des dommages causés quand il est établi en fait que leur démence est le résultat de débauches invétérées et de l'abus systématique des liqueurs alcooliques ⁴, parce qu'on peut dire alors que la

2. Voy. sur cette distinction, L'état et la capacité des personnes, tome II,

p. 565 et suiv., spécialement p. 569.

^{1.} Bufnoir, Propriété et contrat, p. 816 : « Il est absolument juste, dit « cet auteur, d'imputer à quelqu'un même le cas fortuit, lorsqu'il est respon- « sable de la cause première d'où provient ce cas fortuit. »

^{3.} *Ibid.*, p. 571, texte et note 2. — Cpr. Cass. 14 mai 1866, Sir. 1866.1.237, — 21 octobre 1901, Sir. 1902.I.32.

^{4.} Rouen 47 mars 1874, D. P. 1874.II.190, Sir. 1874.II.199, — Caen 9 novembre 1880, D. P. 1882.II.23, Sir. 1882.II.418.

disparition du discernement a été, dans une certaine mesure, préparée volontairement par eux. En outre, la responsabilité, qui n'atteint pas le dément, atteint parfois les personnes qui ont charge de le surveiller (article 1384), ce qui atténue les dangers que l'irresponsabilité du dément ferait courir aux tiers ¹.

L'aliéné interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire est tenu de la responsabilité ou y échappe suivant qu'il a eu ou non le discernement du dommage par lui causé. Cette question doit être tranchée en fait, sans qu'il y ait à faire intervenir en aucune manière l'idée de l'incapacité civile résultant soit de l'interdiction, soit de la dation du conseil judiciaire.

Enfin le mineur de vingt-un ans — qu'il soit placé sous l'autorité de ses parents, sous le régime de la tutelle, ou sous le régime mixte participant à la fois du régime de la puissance paternelle et du régime de la tutelle ² — est responsable du dommage qu'il cause à un tiers lorsqu'il est parvenu à un âge et à un développement d'esprit lui permettant d'avoir le discernement de ce qu'il fait; l'article 1310 dit expressément que l'incapacité civile dont il est frappé comme mineur ne le protège pas contre les conséquences de ses délits et quasi-délits ³. Seulement, il faut répéter à propos du mineur ce que nous avons dit à propos de l'aliéné: les personnes préposées à la garde du mineur peuvent être responsables à sa place (article 1384).

Ajoutons que les juges du fait, en présence d'un dommage causé par un mineur, ont un pouvoir d'appréciation souverain pour décider si le discernement a existé ou non. Ils ne doivent avoir aucun égard aux règles qui sont posées en ce qui concerne le discernement des mineurs en matière pénale. En vertu de ces règles, les mineurs de dix-huit ans doivent être acquittés lorsqu'il est décidé qu'ils ont agi sans discernement, et les mineurs de seize ans ne peuvent encourir que des peines réduites lorsqu'il est décidé qu'ils ont agi avec discernement (articles 66 et 67 C. pén., modifiés par la loi du 12 avril 1906). En matière de responsabilité civile, la question de discernement se pose pour les mineurs jusqu'à vingt-

^{1.} L'étal et la capacité des personnes, tome II, p. 571. — Cpr. infrà, nº 1207.

Voy. sur ces distinctions, L'état et la capacité, tome II, p. 329 et suiv.
 Cass. 5 juin 1877, Sir. 1877.1.308, — 15 novembre 1898 et 21 mars 1899,
 P. 1899.1.439, Sir. 1899.1.225.

un ans; et le mineur considéré comme ayant agi avec discernement doit être condamné à la réparation intégrale du préjudice causé, sans bénéficier d'aucune réduction à raison de sa minorité ¹.

En résumé, toute personne apte à comprendre la portée de ses actes est responsable du dommage qu'elle cause à autrui, sans qu'il y ait à distinguer suivant que cette personne est

ou non frappée d'incapacité civile.

1160. Le principe est simple et les conséquences se déduisent d'elles-mêmes. A propos de la responsabilité ce ne sont pas des questions de capacité civile qui se posent, ce sont des questions de discernement.

Il ne nous reste plus, pour en finir avec cet ordre d'idées,

que deux observations complémentaires à présenter.

Première observation.

1161. Le principe posé est traditionnel ². Consacré par le Code de 1804 et strictement observé par la jurisprudence, il est actuellement battu en brèche et considéré par beaucoup comme mettant obstacle, d'une manière regrettable, à la réparation de certains dommages. On soutient que tout dommage causé à une personne doit être réparé, sans qu'il y ait à distinguer suivant que l'auteur du dommage a eu ou non le discernement de ce qu'il faisait; l'obligation de réparer ne doit pas être regardée comme ayant sa base et sa source dans la responsabilité de l'auteur de l'acte, mais dans le fait que l'acte a été la cause du dommage.

Cette manière de voir se rattache à la préoccupation générale d'élargir le champ d'application de la responsabilité civile. Nous avons déjà signalé cette préoccupation ³, et nous la retrouverons plus tard pour y insister à loisir. Elle a con-

2. Voy. le fragm. 5 § 2, Dig., Ad legem Aquiliam, IX, 2, — et Pothier, Obligations, nº 118.

^{1.} Il est intéressant de noter que le nouveau Code civil allemand consacre, en ce qui concerne la responsabilité civile des mineurs, des règles analogues à celles qui sont établies par les articles 66 et 67 de notre Code pénal. Aux termes de l'article 828, le mineur qui n'a pas atteint sa septième année ne répond pas du dommage qu'il a causé à autrui; le mineur qui a atteint sa septième année et n'a pas encore atteint sa dix-huitième année ne répond du dommage que quand il possédait, au moment de l'acte qui a causé le dommage, le discernement nécessaire pour connaître sa responsabilité; enfin, à partir de la dix-huitième année, il n'y a plus de minorité à ce point de vue.

^{3.} Suprà, n°s 1144 et 1151.

duit à proposer d'admettre la responsabilité civile sans s'occuper de savoir s'il y a faute de la part de l'auteur du dommage, et s'il y a discernement de sa part. Les deux idées sont voisines, en ce sens qu'elles procèdent de la même tendance; mais elles n'en sont pas moins distinctes, car on peut, tout en supprimant la nécessité de la faute pour s'en tenir à l'exigence d'un dommage, exiger le discernement de la part de l'auteur du dommage.

1162. L'idée d'après laquelle il est mauvais de subordonner la responsabilité civile au discernement a trouvé des

défenseurs dans la doctrine 1.

Elle a inspiré certaines législations étrangères. Par exemple, le Code fédéral suisse des obligations s'exprime ainsi dans son article 58 : « Si l'équité l'exige, le juge peut, par « exception, condamner une personne même irresponsable à « la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a « causé. » L'article 2377 du Code civil portugais de 1867 contient une disposition analogue: « Si l'auteur du dommage « a été exonéré de toute responsabilité pénale, à raison de « son état de complète ivresse ou de démence, il n'en sera « pas moins tenu à la réparation civile, à moins qu'il ne soit « en tutelle ou sous la surveillance légale de quelqu'un. « Dans ce cas, l'obligation de réparer incombera au tuteur ou « au curateur, excepté s'il prouve qu'il n'y a eu de sa part « ni faute, ni négligence. » Enfin le Code civil allemand, qui consacre le principe de l'irresponsabilité pour absence de discernement, apporte, dans son article 829, un tempérament grave au principe: « Celui qui, dans un des cas indiqués aux « articles 823 à 826, n'est pas responsable, en vertu des ar-« ticles 827 et 828, du dommage qu'il a causé, doit néan-« moins, en tant que la réparation du dommage ne peut être « exigée d'un tiers obligé de le surveiller, réparer le dom-« mage dans les limites où, d'après la position de l'intéressé, « l'équité réclame une indemnité. Toutefois, cette obligation « n'a pas lieu dans le cas où elle aurait pour résultat de le « priver des ressources dont il a besoin pour son entretien

^{1.} Voy. à cet égard Labbé, dans la Revue critique de droit, 1870, p. 109 et suiv., — Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation, 2° édition, p. 376, note 1, — p. 386 et suiv., — p. 388, note 1, — Léon Michel dans la Revue critique de droit, 1901, p. 607 et 608, — Planiol, Troité clémentaire, 2° édition, II, n° 878, — Bosc, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse de doctorat, Montpellier, 1901, p. 28 et suiv.

« selon sa position sociale, et pour l'accomplissement de ses

« obligations alimentaires légales. »

Enfin l'idée nouvelle a trouvé place dans une proposition de loi présentée à la Chambre des députés française et adoptée par cette Chambre, après déclaration d'urgence, le 19 février 1902. Cette proposition, modifiant l'article 1382, déclare le dément responsable du dommage causé par son fait ¹.

Seconde observation.

1163. L'application du principe consacré par le Code de 1804 soulève des difficultés spéciales en ce qui concerne la responsabilité civile des personnes morales. Il nous paraît utile de signaler en passant ces difficultés; mais nous nous contenterons d'une indication sommaire, car elles se rattachent moins au droit civil qu'au droit administratif.

1164. La tradition juridique française considère les personnes morales ou civiles comme n'ayant pas d'existence réelle ou naturelle, mais seulement une existence légale ou juridique ²; elles n'existent qu'à la condition d'avoir été régulièrement investies de la personnalité civile: régulièrement, c'est-à-dire dans les termes de la loi, qui varient suivant les cas ³. Du moment qu'elles sont des êtres fictifs, elles sont manifestement incapables d'avoir une volonté et ne sauraient, parconséquent, être responsables du dommage qu'elles causent à autrui. Allant plus loin, on peut même dire que ces êtres fictifs, n'ayant d'existence que dans la mesure où l'existence leur a été octroyée ⁴, ne peuvent pas être regardés comme existant dans l'ordre d'idées qui consiste à causer consciemment un dommage à autrui.

Pour être logique, la solution n'en est pas moins choquante au point de vue de l'équité. Aussi a-t-on fait effort pour y échapper. Sans doute, a-t-on dit, les personnes civiles ne peuvent pas avoir la volonté qui constitue l'un des éléments

^{1.} Proposition Pourquery de Boisserin. Voy. Journal officiel, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1902, p. 770. — Cpr. la note de M. Charmont dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 114.

^{2.} Voy. L'état et la capacité des personnes, tome I, p. 1 et suiv. — Voy. l'exposé de ce système traditionnel, avec les références aux principaux auteurs, dans Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 2° édition, p. 164 et 165.

^{3.} Voy. supra, p. 84.

^{4.} L'état et la capacité des personnes, tome 1, p. 2.

essentiels de la responsabilité; mais elles ont nécessairement des représentants, qui agissent en leur nom ¹ et qui sont susceptibles d'avoir une volonté; les personnes civiles sont responsables, en vertu de l'article 1384, des dommages causés à

des tiers par leurs représentants.

Le raisonnement manque de rigueur. En effet, la responsabilité du maître, du commettant, telle qu'elle est établie par l'article 1384, est fondée, comme nous l'avons vu ², sur une présomption de faute; or la faute présumée ne se conçoit pas sans la volonté; et nous venons précisément de constater que les personnes civiles, à raison de leur caractère irréel, ne peuvent pas avoir de volonté. De sorte que les personnes civiles ne semblent pas pouvoir être considérées comme responsables en vertu de l'article 1384 plus qu'en vertu de l'article 1382.

Mais ce sont là des abstractions juridiques, qui ne sauraient prévaloir contre la réalité des faits. La jurisprudence, justement soucieuse d'assurer aussi largement que possible la réparation de tous les dommages éprouvés, quels qu'en soient les auteurs, n'hésite pas à reconnaître que les personnes civiles sont responsables des dommages qu'elles causent, aussi bien que les particuliers 3. Les arrêts, d'ailleurs, s'ils sont fermes sur le principe, manquent de précision quant à la justification du principe; tantôt ils invoquent l'article 1382, tantôt l'article 1384, le plus souvent ils se contentent d'invoquer les articles 1382 et suivants, en bloc et sans préciser.

Cette jurisprudence, depuis longtemps établie, est approuvée sans réserve et sans exception par les auteurs qui sont fidèles à la tradition d'après laquelle les personnes civiles

sont des êtres purement fictifs 4.

Elle n'a pu qu'être fortifiée, consolidée, par un certain nombre de textes particuliers qui ont expressément reconnu

4. Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 447, p. 759 et 760, — Demolombe, Contrats, VIII, n° 637, — Laurent, Principes, XX, n° 418 et suiv., — Baudry-Lacantinerie, Précis, 8° édition, n° 676 bis, p. 428.

L'étal et la capacité des personnes, tome I, p. 2.
 Suprà, nº 1151. — Cpr. infrà, nº 1211 et suiv.

^{3.} Cass. 45 janvier 4872, D. P. 4872.I.465, — 28 novembre 4876, D. P. 4877. 4. 66, — 46 avril 4883, Sir. 4885. I. 487, — 6 août 1884, D. P. 4885. I. 40, — 43 mai 4890, Sir. 4893.I.468, — 22 juin 4892, D. P. 4892.I.449, Sir. 4893.I. 41, — 18 novembre 4892, Sir. 4893.I.453, — Paris 24 février 4893, Sir. 4893. II.72, — 31 mars 4896, Pandectes françaises périodiques, 1896.II.161, — Riom 7 février 4900, Sir. 4903.II.225, — Paris 5 février 4901, Sir. 4902. II.277.

et organisé la responsabilité de certaines personnes civiles dans des cas particuliers; on peut citer comme exemples: la loi municipale du 5 avril 1884, dont les articles 106 à 109 s'occupent de la responsabilité des communes à raison des attroupements et rassemblements, — puis la loi du 20 juillet 1899, qui substitue la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public en ce qui concerne les dommages causés par les élèves placés sous la surveillance de ceux-ci¹. Ces textes prouvent manifestement que le législateur ne répugne pas à considérer les personnes morales comme pouvant être tenues d'une responsabilité civile, en dépit de leur-caractère irréel ².

1165. La théorie d'après laquelle les personnes morales ont un caractère irréel et ne sont que des créations artificielles de l'autorité publique est, du reste, loin de rallier, à l'heure présente, l'unanimité des suffrages; pour traditionnelle qu'elle soit et si évidente qu'elle ait pu paraître à des générations entières de juristes, elle semble sujette à caution ³ et perd chaque jour du terrain. Il est à peine besoin d'observer que l'abandon de cette théorie fait disparaître le seul obstacle qui puisse s'opposer à ce que les personnes morales soient regardées comme susceptibles d'être tenues d'une responsabilité civile.

Les opinions qui ont été émises à l'encontre de la doctrine traditionnelle sont multiples, et ce n'est point ici la place de les indiquer en détail. Mais il est indispensable d'en donner au moins une idée sommaire, afin de faire apparaître quelle influence ces opinions nouvelles exercent sur la théorie de la responsabilité civile des personnes morales.

^{1.} Voy. infrà, nº 1209.

^{2.} La jurisprudence, qui considere de la sorte les personnes morales comme pouvant être tenues d'une responsabilité civile, ne va pas jusqu'à les regarder comme pouvant encourir une responsabilité pénale. Le principe de la personnalité des peines fait obstacle à ce que les personnes morales puissent être condamnées pour les infractions commises par leurs représentants. Voy. Michoud, De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, dans la Bevue du droit public, année 1895, p. 25 à 28 du tirage à part. Les principales décisions de jurisprudence sont les suivantes : Cass. 28 avril 1865, D. P. 1865. I. 245, — 10 mars 1877 et 8 mars 1883, D. P. 1884. I. 429, — 12 février 1892, D. P. 1892. I. 417.

^{3.} Capitant, loc cit., p. 166 et 167.

^{4.} Voy. pour les détails Michoud, La notion de personnalité morale, dans la Revue du droit public de 1899. — Cpr. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 1re parlie, p. 1 à 179.

Certains auteurs 1 ne se contentent pas d'admettre que les personnes morales sont des êtres fictifs; ils vont jusqu'à nier l'idée même de la personnalité juridique, et soutiennent que les soi-disant personnes morales sont tout simplement des patrimoines collectifs. Les agents qui administrent ces patrimoines collectifs, lorsqu'ils agissent en qualité d'administrateurs, engagent la masse par leurs délits; en d'autres termes, toutes les fois que le représentant d'une personne morale commet un délit, la personne morale représentée est responsable de ce délit en vertu de l'article 1384 2.

D'autres auteurs 3, à l'inverse des précédents, non seulement admettent que les personnes morales sont bien des personnes, mais soutiennent que ces personnes constituent des êtres réels, doués d'une volonté propre, au même titre et de la même manière que les êtres humains; s'agit-il, par exemple, d'une association pourvue de personnalité, la volonté sociale apparaît distincte de la volonté des membres de l'association. Étant donnée cette manière de voir, les représentants de la personne morale ne sont pas vraiment des représentants; ils sont plus que les préposés de la personne morale, ils en sont les organes, chargés d'exprimer la volonté propre de cette personne *. La différence est sensible : le représentant conserve sa volonté propre, il agit par lui-même, mais pour le compte du représenté, - tandis que l'organe exprime la volonté même de la personne morale dont il est l'incarnation 5. La différence apparaît très nette quand on considère qu'une personne morale peut avoir, en même temps que des organes, de simples préposés; le dommage causé par un de ses organes est regardé comme causé par la personne morale elle-même, qui en est responsable en vertu de l'article 1382, — tandis qu'elle est responsable en vertu de l'article 1384 du dommage causé par un de ses préposés 6.

^{1.} Notamment Planiol, Traité élémentaire, 2º édition, I, p. 635 et suiv. -Voy. Capitant, loc. cit., p. 167 et suiv., particulièrement p. 168, note 1.

^{2.} Sic, Planiol, op. laud., II, p. 270, note 1. 3. Voy. les références dans Capitant, loc. cit., p. 172, note 1. - On peut consulter en particulier Mestre, Les personnes morales et leur responsabilité, p. 137 et suiv., — p. 191 et suiv.
4. Mestre, loc. cit., p. 193.

^{5.} Ces formules sont empruntées presque textuellement à Mestre, op. laud.,

^{6.} Voy Mestre, op. laud., p. 212, 214. - Cpr. infrå, nº 1215.

La distinction faite entre les organes et les préposés de la personne morale

Ensin il a été proposé une dernière théorie, qui procède d'une conception dissérente, mais qui aboutit à des conséquences analogues en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales ¹.

La conception est la suivante. Il est vrai qu'une personne morale n'a pas et ne peut pas avoir une volonté propre. Mais il ne résulte pas de là que les personnes morales ne soient pas des êtres réels. En effet, la volonté n'est pas le fondement nécessaire du droit, et le sujet d'un droit n'est pas nécessairement un être doué de volonté; l'élément fondamental du droit est l'intérêt, et le titulaire du droit est l'être, individuel ou collectif, dans l'intérêt duquel ce droit est reconnu. Quant à la volonté, sans doute elle est aussi un élément du droit, mais il n'est pas indispensable qu'elle appartienne en propre au sujet du droit, dont la volonté peut être suppléée par celle d'un représentant; plus précisément, la volonté n'est pas nécessaire pour acquérir un droit, car elle n'intervient pas au moment de l'acquisition du droit, - elle est nécessaire seulement pour exercer le droit, car elle n'intervient qu'au moment de la mise en mouvement du droit 2. En définitive,

est évidemment exacte au point de vue théorique. Mais y a-t-il un intérêt pratique à distinguer entre la responsabilité dont une personne morale est tenue à raison de l'acte d'un de ses organes, en vertu de l'article 1382, - et la responsabilité dont elle est tenue à raison de l'acte d'un de ses préposés, en vertu de l'article 1384 ? Oui, l'intérêt existe. Il a été mis très nettement en relief par M. Michoud, dans son étude sur la Responsabilité de l'Etat, p. 23 à 25. Et il se manifeste à trois points de vue, dont nous indiquerons seulement le principal, en empruntant à M. Michoud les lignes suivantes (p. 24): « Lors-« qu'on invoquera contre la personne morale la responsabilité directe, à raison « d'un acte émané de son représentant immédiat, elle ne sera pas admise à « décliner cette responsabilité, en démontrant qu'elle n'a pas choisi elle-même « son représentant, ou qu'elle ne l'a pas choisi librement, ou enfin qu'elle « n'a sur lui aucun pouvoir de direction effectif; si on lui permettait de faire « cette preuve, elle ne serait en réalité jamais responsable. Au contraire, lors-« qu'on invoquera contre elle la responsabilité indirecte, du chef d'un simple « préposé, elle pourra s'en décharger en démontrant qu'elle n'a pas (par l'in-« termédiaire de ses organes légaux) choisi ce préposé, ou qu'elle n'a pas con-« servé sur lui le pouvoir de direction et de contrôle, qui est, d'après la juris-« prudence, un élément essentiel de la responsabilité du commettant. » -Pour les deux autres intérêts de la distinction, voy. ibid., p. 25.

1. Cette théorie a été présentée par M. Michoud : La notion de personnalité morale, dans la Revue du droit public de 1899, — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 1^{re} partie, p. 1 à 179.

- Cpr. Capitant, loc. cit., p. 171 et 172.

^{2.} Voy. Capitant, loc. cit., — et Michoud, La théorie de la personnalité morale, p. 102 et suiv.

une personne morale est un être réel, bien qu'elle soit dé-

pourvue de volonté propre.

Du moment qu'il en est ainsi, la conception qui vient d'être exposée conduit, au point de vue de la responsabilité des personnes morales, à des conséquences tout à fait voisines de celles qui découlent de la théorie précédente. Les représentants d'une personne morale ne sont pas de véritables représentants, comme ceux d'un incapable; ils en sont les organes et en incarnent la volonté '; dès lors, l'acte accompli par le représentant d'une personne morale est l'acte propre de cette personne 2, et si cet acte cause un dommage à un tiers, la personne morale est responsable du dommage non pas indirectement et en vertu de l'article 1384, mais directement et en vertu de l'article 1382 3. Du reste, la personne morale peut avoir, indépendamment de ses organes, des préposés; et les actes de ses préposés engagent éventuellement sa responsabilité civile, en vertu de l'article 1384 4.

En résumé, les opinions nouvelles qui se sont fait jour sur la nature de la personnalité juridique rendent particulièrement facile la construction d'une théorie de la responsabilité

des personnes morales.

\S 3. — Existence d'une faute à la charge de l'auteur du dommage.

1166. Ni l'article 1382, qui parle de la faute, ni l'article 1383, qui s'en occupe sans en parler, n'en donnent la définition. Il est malaisé de combler cette lacune; et si la théorie de la responsabilité soulève tant de difficultés, la cause en est surtout dans l'absence d'une définition légale de la faute.

Pour y suppléer, il faut partir de cette idée que le législateur de 1804, en rédigeant les articles 1382 et suivants, a entendu se référer à la tradition. C'est un point que nous avons déjà signalé ⁵. Et des indications sommaires que nous

2. Michoud, De la responsabilité de l'État, p. 19 du tirage à part.

3. Michoud, ibid., p. 21.

5. Suprà, nos 1144 à 1152.

^{1.} Michoud, La théorie de la personnalité morale, p. 131 et suiv.

^{4.} Ibid. — Sur l'intérêt qu'il y a à distinguer suivant que la personne morale est responsable en vertu de l'article 1382 ou en vertu de l'article 1384, voy. suprà, p. 742, note 6.

avons fournies sur les données traditionnelles du sujet trois résultats se dégagent. En premier lieu, il existe deux espèces de fautes: la faute intentionnelle, commise avec intention de nuire, et la faute non intentionnelle. En second lieu, la distinction de ces deux espèces de fautes n'a pas d'importance pratique, étant donné que la responsabilité existe et se mesure de la même manière dans les deux cas. En troisième lieu et en laissant de côté pour le moment l'intention de nuire, il faut entendre par faute toute négligence ou imprudence qui cause un dommage à autrui.

Cela posé, il reste à déterminer quelles sont les conditions sous lesquelles une personne peut être taxée de négligence

ou d'imprudence.

1167. Ces conditions ne peuvent être déterminées qu'en prenant un terme de comparaison, en comparant la conduite de la personne dont il s'agit avec un type de conduite exempte

de négligence ou d'imprudence.

En matière contractuelle, lorsqu'il s'agit de déterminer où commence la faute dans l'exécution d'un contrat, le terme de comparaison traditionnellement adopté est celui du « bon « père de famille » ¹; on entend par là l'individu qui se conduit comme le commun des hommes, qui agit avec la somme de diligence que la moyenne des hommes a coutume d'apporter dans l'exécution des contrats (article 1137). En conséquence, le débiteur commet une faute quand il n'apporte pas à l'exécution de son obligation les soins d'un bon père de famille. On désigne souvent cette faute sous le nom de culpa levis in abstracto; c'est la faute que ne commettrait pas un homme d'une diligence moyenne ².

En dehors de tout lien résultant d'un contrat, l'homme, placé vis-à-vis des autres hommes auxquels il peut causer un préjudice par l'exercice de son activité, doit faire preuve d'une diligence plus accentuée. Il doit éviter la moindre négligence, la plus minime imprudence, si légère soit-elle; la maxime romaine déjà citée ³ est toujours debout : in lege Aquilia et

3. Ibid., no 1149

^{1.} Voy. sur la notion traditionnelle du bon père de famille: fragm. 22, Dig., De regulis juris, L, 17, — fragm. 11, Dig., Depericulo rei venditæ et traditæ, XVIII, 6; — cpr. Girard, Manuel élémentaire, 2° édition, p. 638, — et suprà, p. 237.

^{2.} Voy. sur la faute contractuelle, suprà, p. 235 à 239.

levissima culpa venit ¹. Il doit toujours déployer la plus grande somme de diligence possible pour éviter de causer un dommage à autrui, autrement dit se comporter en excellent père de famille ². En conséquence, il y a faute, dans une hypothèse déterminée, si l'auteur du fait dommageable ne s'est pas conduit comme l'aurait fait un homme très diligent, lorsqu'il n'a pas pris toutes les précautions qu'il aurait dù prendre, c'est-à-dire' toutes les précautions qu'un homme très diligent aurait prises ³.

Mais il convient de remarquer que ce type abstrait de l'homme très diligent varie nécessairement avec les époques; il doit être conçu en tenant compte des habitudes sociales, des progrès de l'industrie et de la science à chaque époque. D'autre part, la conduite d'un individu déterminé doit être appréciée en ayant égard aux circonstances dans lesquelles il s'est trouvé au moment où il a accompli l'acte à propos duquel on se demande si cet acte constitue une faute; il faut se demander comment un homme très diligent, placé dans les mêmes conditions, se serait comporté.

Sous ces réserves, le criterium qui vient d'être indiqué est le seul conforme à la tradition, le seul aussi qui permette de discerner avec sûreté les cas dans lesquels il y a faute.

1168. On est tenté d'objecter que la définition présentée est trop élastique et conduit à élargir d'une manière excessive la notion de la faute. En effet, dit-on, la seule faute qui puisse et doive être regardée comme donnant naissance à une responsabilité civile est la faute juridique, non la faute morale ; or il ne paraît pas que le criterium indiqué permette d'établir une démarcation entre ces deux fautes; plus exactement, il semble qu'avec un pareil criterium on risque d'être entraîné à considérer la faute même simplement morale comme donnant naissance à une responsabilité civile. Soit, par exemple, un individu qui assiste à une catastrophe sans porter secours

^{1.} Fragm. 44, Dig., Ad legem Aquiliam, IX, 2

^{2.} Cpr. la citation de Domat rapportée au nº 1150 ci-dessus : «.... soit im-« prudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes sem-« blables, si légères qu'elles puissent être....»

^{3.} C'est bien l'idée qu'exprime Bertrand de Greuille : « Partout où la loi aper-« çoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'au-« teur de cette perte de ne pas la causer, et si elle trouve en lui de la légèreté

[«] ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a « fait » (Locré, XIII, p. 40). — Cpr. le discours de Tarrible, ibid., p. 57 et 38.

aux personnes qui en sont victimes, alors qu'il pourrait le faire sans danger pour lui-même, au moins sans danger excessif, sans que le fait de porter secours constitue un acte d'héroïsme; cet individu ne se conduit pas en homme très diligent, d'où on serait amené à conclure, étant donné le principe posé, qu'il y a faute de sa part et, par conséquent, responsabilité civile à sa charge.

L'objection n'est pas décisive. Sans doute la définition présentée est large et embrasse toute espèce de fautes, même ce qu'on appelle la faute morale, par opposition à la faute qu'on nomme juridique. Mais cette opposition n'a pas un fondement solide. Toute faute donne naissance à une responsabilité civile. de quelque nature que soit la faute. Seulement il faut pour cela une condition : c'est que la faute, qu'on l'appelle juridique ou morale, ait été la cause déterminante du dommage à réparer. Or cette condition fait précisément défaut dans les hypothèses comme celle qui vient d'être citée: la cause du dommage réside dans la catastrophe, non dans l'abstention du spectateur de la catastrophe; les fautes qu'on appelle morales sont presque toujours des fautes qui se manifestent en quelque sorte autour d'un dommage, en relation avec un dommage, mais sans que la relation entre la faute et le dommage soit une relation de cause à effet, et c'est précisément la nuance qu'on cherche à marquer, sans le faire exactement, quand on appelle ces fautes des fautes morales et quand on les oppose à des fautes dites juridiques 1.

1169. Ĉependant, la préoccupation de limiter la notion de faute, de distinguer la faute juridique de la faute simplement morale, a poussé certains auteurs à proposer de la faute une définition qu'ils considèrent comme plus rigoureuse. Ils la définissent : un manquement à une obligation préexistante, voulant ainsi marquer qu'il ne peut pas y avoir faute engageant la responsabilité là où il n'y a pas manquement au devoir juridique de se conduire d'une certaine manière ².

Cette définition présente un double défaut. D'abord, elle

^{1.} Voy. sur ce point Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, thèse de doctorat, Aix, 1901, p. 184 à 194. — Cor. infrà, n° 1173, in fine.

^{2.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 2° édition, II, n° 863 à 865, — Fromageot, De la faute, p. 1 et suiv., — Willems, dans la Revue générale de droit, 1895, p. 135, — de Haene, Une théorie nouvelle de la responsabilité, dans la France judiciaire, 1901, p. 229 à 231.

ne peut manquer d'introduire une confusion entre la faute délictuelle, la seule dont on s'occupe pour le moment, et la faute contractuelle ¹. De plus, elle n'est une définition qu'en apparence et ne fournit pas un criterium permettant de dire quand il y a faute ; en effet, cette soi-disant définition laisse entière la question de savoir en quoi consiste l'obligation préexistante dont la violation constitue la faute, et tant que cette question là n'est pas résolue la notion de la faute reste imprécise et fugitive.

En outre, la définition proposée a l'inconvénient grave de rétrécir d'une manière excessive la notion de faute ; sous prétexte de distinguer la faute juridique de la faute morale, on ramène à des limites beaucoup trop étroites la catégorie des fautes donnant naissance à une responsabilité civile. La faute n'est juridique, dit-on, que si l'auteur de l'acte dommageable a violé l'obligation juridique dont il était tenu d'accomplir un fait ou d'observer une abstention. Mais alors, on sera conduit à décider qu'il n'existe aucune responsabilité civile à la charge d'une compagnie de chemin de fer qui a été dispensée de placer une barrière à un passage à niveau, lorsqu'une personne vient à être écrasée par un train en usant de ce passage 2, pas plus qu'à la charge d'un séducteur qui abandonne une fille après l'avoir rendue mère, car ni la compagnie ni le séducteur ne sont tenus d'une obligation juridique. La simple indication des conséquences du système suffit à condamner le système lui-même 3.

Aussi un auteur ⁴, préoccupé toujours de ménager la distinction entre la faute juridique et la faute simplement morale, s'est-il efforcé d'élargir la catégorie des fautes dites juridiques; il reconnaît qu'il y a faute dès qu'il y a manquement non seulement à un devoir proprement juridique, mais encore à un devoir consacré par les mœurs et par l'usage des honnêtes gens. Cela revient à l'idée que nous avons nous-même énoncée: il y a faute quand l'acte dommageable est de ceux qu'un homme très diligent ne commettrait pas, et à la condition que l'acte soit vraiment la cause du dommage.

^{1.} Voy. sur la distinction des deux fautes, suprà, p. 233. - Cpr. nº 1167.

^{2.} Voy. infrà, nº 1173.

^{3.} Voy. d'autres exemples cités par Bosc, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, p. 18 et suiv., — notamment deux arrêts de Cass. du 16 avril 1894, Sir. 1895.I.273.

^{4.} Bosc, loc. cit., p. 18:

1170. Des observations analogues doivent être présentées à propos d'une autre définition de la faute que nous voulons encore indiquer. On la définit : un acte illicite ou contraire au droit ¹.

Comme la définition précédente, celle-ci a été suscitée par le désir de distinguer la faute juridique de la faute morale. Comme la définition précédente, celle-ci n'est une définition qu'en apparence, car elle ne nous apprend rien, toute la question étant et restant de savoir quels sont les actes qui sont contraires au droit.

Pour préciser, on a changé la formule. Il y a faute, a-t-on dit, lorsque l'acte dommageable a été accompli sans droit et porte atteinte au droit d'autrui ². La définition n'en devient pas plus rigoureuse quant à la détermination de la chose définie. Par contre, elle se complique de deux éléments qui vont contribuer à obscurcir encore davantage une matière déjà peu claire. On dit que l'acte dommageable, pour constituer une faute, doit avoir été accompli sans droit; mais on s'aperçoit que l'usage même de certains droits peut constituer une faute, et on est conduit à édifier la théorie subtile de l'abus du droit ³. On dit que l'acte dommageable, pour constituer une faute, doit porter atteinte au droit d'autrui, et on est conduit à faire des distinctions très délicates entre la violation du droit et la violation du simple intérêt ⁴.

1171. Mieux vaut donc adopter la définition simple et tra-

ditionnelle que nous avons présentée.

Tenant cette définition pour acquise, nous allons maintenant l'éclairer en présentant trois indications complémentaires.

Première indication.

1172. La faute peut consister soit dans un fait positif, soit dans un fait négatif.

D'abord, dans un fait positif. La cause du dommage consiste dans l'accomplissement d'un acte, comme par exemple

1. Voy. Laurent, Principes, XX, p. 418. — Cpr. Bosc, loc. cit., p. 8 et suiv. notamment p. 11.

4. Voy. Laurent, ibid., p. 423, - Bosc, loc. cit., p. 157.

^{2.} Voy. Laurent, *ibid.*, p. 419 et suiv., spécialement p. 422 et 423. — Cpr. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 746, — et Bosc, *loc. cit*, p. 457 et suiv., p. 493 et 494.

^{3.} Voy. Laurent, *ibid.*, p. 425 et suiv., — Bosc, *loc. cit.*, p. 432 et suiv. — Gpr. *in/rà*, n°s 4175 et suiv.

l'action de laisser tomber un pot de fleurs d'une fenêtre, l'action de lancer une pierre, ou celle de briser une vitre à coups de canne.

D'autre part, dans un fait négatif. Ce sera le fait de n'avoir pas pris une mesure de précaution commandée par la situation des lieux ou par les circonstances, lorsque cette omission a été la cause d'un dommage pour autrui. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble néglige de faire placer une porte à l'ouverture d'un escalier descendant à un sous-sol, alors que cette ouverture se trouve dans un endroit obscur; ou bien, le propriétaire d'une ruelle servant aux habitants d'une maison néglige de signaler, le soir, au moyen d'un fanal, une tranchée pratiquée dans le sol.

Rien de plus simple que la faute consistant dans un fait positif. Au contraire, diverses difficultés s'élèvent en ce qui concerne la faute consistant dans un fait négatif. Nous allons nous y arrêter un moment, ce qui va nous ramener à des idées que nous avons énoncées déjà en présentant tout à l'heure la

définition de la faute.

1173. D'après beaucoup d'auteurs, un fait négatif, une abstention, n'est une faute engageant la responsabilité de la personne qui s'est abstenue que tout autant que cette personne était légalement obligée d'agir. Le simple fait de ne pas empêcher un dommage de se produire peut être la violation d'un devoir moral; il n'est pas une faute, au sens juridique du mot 1.

Cette manière de voir n'est pas admissible. Si l'on s'y tenait rigoureusement, le nombre serait infime des faits négatifs pouvant être qualifiés fautes et donnant naissance à une responsabilité civile. D'un autre côté, il n'est pas possible non plus de tenir pour civilement responsable toute personne n'ayant pas empêché un acte dommageable qu'elle avait pouvoir d'empêcher; ce serait manifestement dépasser la mesure et aller contre l'équité. Donc il faut s'arrêter à une solution intermédiaire et distinguer entre les abstentions

Comment la jurisprudence a-t-elle fait cette distinction? D'après les arrêts, deux conditions sont nécessaires pour qu'une abstention soit considérée comme une faute?.

^{1.} Voy. Tissier, note dans Sir. 1895.I.273. — Cpr. suprå, nos 1168 et suiv. 2. Voy. Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1382, nos 23 à 25, 26 et suiv., 32 et 34, 43 à 47.

Première condition. — Il faut que l'abstention constitue une négligence caractérisée, telle que n'en commettrait pas non seulement un bon père de famille, mais une personne très diligente ; et la négligence doit être appréciée d'après les circonstances dans lesquelles se trouvait la personne qui s'en est rendue coupable. La jurisprudence a fait des applications nombreuses de cette idée ; nous nous contenterons de relever les quatre plus notables.

1° Le propriétaire d'un immeuble commet une faute lorsqu'il néglige de prendre toutes les précautions nécessaires pour protéger son voisin contre tous dommages résultant du voisinage. En particulier, le propriétaire d'un bois est responsable du dommage causé à ses voisins par le gibier vivant dans son bois, lorsqu'il n'a pas eu recours à toutes les mesures propres à empêcher la multiplication et la propagation

du gibier 1.

2º Un banquier émet un emprunt et présente mensongèrement cet emprunt comme émis par une commune, d'où résulte un préjudice pour les souscripteurs de l'emprunt. Le maire de la commune a connu les manœuvres frauduleuses du banquier; il a laissé le banquier entreprendre et poursuivre des publications mensongères, avant l'approbation du traité qui devait lier la commune au banquier, et cela sans protester par une contre-publicité. Cette absence de protestation constitue une faute 2.

3° Une compagnie de chemin de fer a été dispensée, par le cahier des charges de sa concession, d'établir aucune barrière, aucun gardien pour la surveillance d'un passage à niveau. Puis un accident se produit à ce passage. La compagnie est en faute si elle a négligé de prendre les précautions commandées par la situation des lieux 3.

4º Enfin, la jurisprudence faisait application de la même idée, avant la loi du 9 avril 1898, en matière d'accidents survenus à des salariés par le fait de leur travail. C'est un point que nous nous contentons de signaler ici, car il n'a plus qu'un

intérêt rétrospectif.

2. Cass. 16 avril 1894, Sir. 1895.I.273 (note de M. Tissier).

^{1.} Paris 5 janvier 1875, D. P. 1876.II.58, - Cass. 17 décembre 1878, D. P. 1879.1.125. — Cpr. infrå, nos 1855 et 1223.

^{3.} Cass. 11 novembre 1891, D. P. 1892.I.427, Sir. 1892.I.91, - Alger 19 décembre 1892 et 7 mai 1894, Sir. 1894.II.300. — Cpr. suprà, nº 1169. 4. Voy. la note de M. Sarrut, dans D. P. 1896. I. 466.

Dans tous ces cas et autres semblables, la jurisprudence admet que le fait négatif constitue une faute. La circonstance que la victime du dommage s'est rendue coupable, elle aussi, d'une faute, n'empêche pas que l'abstention commise soit une faute; tout au plus, cette circonstance peut-elle avoir pour conséquence de diminuer le montant de l'indemnité due par l'auteur responsable de l'abstention 1

seconde condition. — Pour qu'une abstention soit considérée comme une faute, il faut que la négligence ait été la cause initiale et déterminante du dommage éprouvé par un tiers. Il ne suffit pas que le fait de l'abstention et le fait du dommage soient établis, quand même il y aurait une certaine connexité entre ces deux faits; il est indispensable qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'abstention et le dommage. Nous avons déjà dit ² que le fait de ne pas porter secours à une personne en danger de périr, même quand on peut lui porter secours sans péril pour sa propre vie, n'est pas une faute, parce que la cause initiale du dommage ne réside pas dans l'abstention de l'individu qui a négligé de porter secours ³.

Deuxième indication.

1174. A la faute s'opposent le cas fortuit et la force majeure 4.

La plupart des auteurs ne font pas de différence entre le cas fortuit et la force majeure. Ils regardent les deux expressions comme synonymes, et s'en servent pour désigner toutes les circonstances d'où résulte un dommage pour une personne sans qu'il y ait faute de la part de qui que ce soit, par con-

^{1.} Cass. 7 août 1895, Sir. 1896.1.127. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 198 et 199, — infrå, n° 1216 et 1237.

^{2.} Suprà, nº 1468.
3. Cass. 14 mars 1892, D. P. 1892.I.343, Sir. 1892.I.523, — 6 février 1894, D. P. 1894.I.192, Sir. 1894.I.309, — Nancy 29 juin 1895, Sir. 1896.II.207, — Cass. 15 juillet 1896, Sir. 1897.I.229, — 12 janvier 1897, Sir. 1897.I.231. — Il est à remarquer que cette seconde condition n'était pas exigée avec une grande rigueur par la jurisprudence en matière d'accidents du travail, avant la loi de 1898.

^{4.} Voy. sur le cas fortuit et la force majeure: Exner, La notion de la force majeure, traduction Seligmann, Paris, 1892, — Josserand, note dans D. P. 1900. II.289, — Bourgoin, Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, thèse de doctorat, Lyon, 1902, — et Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 2° édition, n° 1198.

séquent sans que la responsabilité civile de qui que ce soit

se trouve engagée à raison du dommage subi 1.

Cette confusion entre le cas fortuit et la force majeure s'explique dans une certaine mesure par ce fait qu'il n'existe aucun intérêt pratique à les distinguer. Mais ce n'en est pas moins une confusion. Et il est bon de rappeler ², pour la précision du langage, ce que désignent exactement les expressions de « cas fortuit » et de « force majeure » ³.

Le cas fortuit est un événement naturel qui occasionne un dommage, à l'exclusion de toute responsabilité pour l'auteur apparent de ce dommage; on peut citer comme exemples une inondation, un tremblement de terre. La force majeure est un événement non pas naturel, mais provenant de la volonté d'une personne autre que celle sur laquelle la victime du dommage entend faire peser la responsabilité du dommage, ce qui exclut toute responsabilité de cet auteur apparent du dommage; on peut citer comme exemple un commandement ou une défense de la loi ou d'une autorité légalement établie et opérant d'une façon régulière 4.

1. Sic, Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, 2º édition, nº 419.

2. Cpr. suprà, p. 278 et 279. — Voy. aussi p. 244 et suiv., p. 546 et suiv. 3. Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1 e édition, II, p. 79. — Cpr. suprà,

4. Si la distinction du cas fortuit et de la force majeure est dépourvue d'intérêt pratique en ce qui concerne la théorie de la faute, il en est aulremen quand il s'agit non pas de la faute, mais du risque. La distinction de la faute et du risque ne peut être ici qu'indiquée; nous y reviendrons plus tard. Au point de vue du risque, il y a deux hypothèses dans lesquelles la distinction du cas fortuit et de la force majeure offre un intérêt pratique.

La première se présente en ce qui concerne les accidents du travail auxquels s'applique la loi du 9 avril 1898. Le patron doit une indemnité à l'ouyrier victime d'un accident lorsque l'accident provient d'un cas fortuit, non

quand il a pour cause un événement de force majeure.

La seconde hypothèse se présente en ce qui concerne la responsabilité des animaux ou des choses inanimées. Il y a des auteurs, nous le verrons plus tard (infrà, nos 1218 et 1231), qui considèrent cette responsabilité comme indépendante de toute idée de faute et la rattachent à l'idée de risque. Or ces auteurs font la distinction suivante. La personne qui se sert d'un animal ou d'une chose inanimée est responsable du dommage occasionné par l'animal ou la chose, lorsque le dommage provient d'un cas fortuit; mais il n'en est pes responsable lorsque le dommage a pour cause un événement de force majeure (infrà, nos 1219 et 1231).

La distinction entre le cas fortuit et la force majeure doit donc être faite à

ces deux points de vue.

Commençons par la faire en ce qui concerne les accidents du travail. Pour qu'il y ait cas fortuit, il faut que l'accident résulte d'un événement qui s'est produit par le fait même du travail et qui ne se serait pas produit si le travail n'avait pas eu lieu; il faut, en outre, que la cause de l'événement qui a dé-

Troisième indication.

1175. La notion de la faute, telle que nous l'avons présentée, implique celle d'un excès, d'un abus. Dès lors, il semble qu'une personne ne puisse jamais être en faute quand elle exerce ses droits et fait en sorte de ne pas en excéder les limites. C'est l'idée qu'exprime, d'une manière générale, le vieil adage: neminem laedit qui suo jure utitur. Adage souvent cité, trop souvent mal compris, et qui a beaucoup contribué à obscurcir la notion de la faute.

Nous y avons déjà fait allusion ¹, mais sans insister d'une manière suffisante. Il importe d'y revenir, afin d'en fixer le

sens avec une précision complète.

1176. L'adage est d'origine romaine; plusieurs fragments du Digeste l'énoncent ², d'autres semblent en faire l'application ³. Mais ces divers textes ne fournissent pas d'indications utiles sur le sens et sur la portée du principe.

D'abord, ils en font tous application au droit de propriété. D'où il paraît résulter que les Romains n'attribuaient pas au

principe une portée absolue.

D'autre part et en ce qui concerne la propriété, les jurisconsultes romains, dans les espèces signalées par eux, semblent préoccupés non pas de rechercher si l'auteur du dommage a usé d'un droit en accomplissant l'acte d'où le dommage est résulté, mais de savoir s'il a accompli cet acte de bonne foi, avec l'intention de tirer parti de son droit, ou au

terminé l'accident reste obscure, impossible à déterminer : une machine en bon état d'entretien s'est brisée et un éclat de métal a blessé l'ouvrier ; en résumé le cas fortuit est un événement inhérent au travail et imprévu. La force majeure, au contraire, si elle est imprévue comme le cas fortuit, s'en distingue par ce caractère que l'événement dit de force majeure est complètement indépendant du travail ; une force extérieure, fait de l'homme ou force naturelle, a fait irruption dans le travail et déterminé l'accident, de telle sorte que la victime aurait pu être atteinte même si elle n'avait pas exécuté le travail.

En ce qui concerne la responsabilité du fait des choses, la distinction est la suivante. Le cas fortuit est l'événement qui a sa cause dans l'objet dommageable, abstraction faite non seulement de toute faute à la charge de la personne qui était propriétaire de l'objet ou qui s'en servait, mais encore de toute cause extérieure; la chose était en bon état d'entretien, exempte de vices, bien surveillée, et cela n'a pas empêché l'accident de se produire. L'événement de force majeure, au contraire, provient d'une cause étrangère à la chose.

1. Suprà, nº 1170.

2. Fragm. 55, 151, 155 § 1, Dig., De regulis juris, L, 17.

^{3.} Fragm. 8 § 5 et 6, Dig., Si servitus vindicetur, VIII, 5, — fragm. 24 § 12, et fragm. 26, Dig., De damno infecto, XXXIX, 2, — fragm. 1 § 12, Dig., De aqua et aquæ pluviæ arcendae, XXXIX, 3.

contraire de mauvaise foi, avec l'intention de nuire à autrui. Les solutions proposées sont des solutions d'espèces et d'équité qui ne sont pas présentées comme des conséquences d'une règle générale ¹. Si on les généralisait, elles conduiraient à décider non pas qu'une personne est toujours exempte de faute quand elle exerce un droit lui appartenant, mais bien plutôt qu'il peut y avoir faute à exercer son droit avec l'intention de nuire à autrui.

1177. Laissant le droit romain, dont on voit qu'il n'y a guère d'éclaircissements à tirer au point de vue qui nous occupe, prenons l'adage en lui-même, et demandons-nous ce qu'il si-

gnifie.

1178.On est tenté de le traduire ainsi: la personne qui cause un dommage à autrui en exerçant son droit n'encourt aucune responsabilité. Mais la plus simple réflexion fait apercevoir qu'un pareil principe est inadmissible. Supposons que *Primus* est propriétaire d'un champ joignant un fonds, en bordure duquel s'élève un bâtiment; il allume un feu dans son champ, près du bâtiment et sans précaution, de telle sorte qu'un incendie se déclare et consume le bâtiment; personne ne peut songer à soutenir que *Primus* n'a pas commis une faute.

A plus forte raison le principe que toute personne exerçant son droit échappe à toute responsabilité civile est-il inadmissible si on entend parler non seulement de l'exercice des droits définis et déterminés par la loi, tels que les droits de propriété, d'usufruit, de servitude, etc., — mais du droit général qui appartient à tout homme d'aller et de venir, d'agir et de se comporter librement, à la condition de se conformer aux prescriptions et prohibitions établies par la loi. Entendre ainsi l'adage, c'est écarter la possibilité même de toute responsabilité civile autre que celle résultant d'une infraction à la loi pénale ; car, le cas d'infraction mis à part, toute personne qui agit exerce sinon un droit spécial et déterminé, au moins l'un de ces droits fondamentaux qu'on appelle des droits publics et qui sont les manifestations diverses de la liberté individuelle ².

2. Voy. Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation, p. 372, — et Gény, Risques et responsabilité, dans la Revue trimestrielle de droit civil,

1902, p. 837.

^{1.} Voy. sur ce point Georges Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse de doctorat soutenue à Aix en 1902, p. 77.

1179. Ces diverses manières de comprendre l'adage étant écartées, voici comment il nous semble qu'il faut l'entendre.

L'homme, dans ses rapports avec ses semblables, doit toujours se comporter avec la plus grande diligence, et faire en sorte de ne se laisser aller à aucune négligence ou imprudence : toute négligence ou imprudence engage la responsabilité civile de celui qui la commet. Or on peut commettre une négligence ou une imprudence même en exerçant un droit, et on engage ainsi sa responsabilité. Quand une personne exerce un droit déterminé, elle doit faire diligence pour éviter de causer aucun dommage à un tiers ; et il en est de même pour la personne qui exerce, d'une façon générale, son activité, dans les limites de sa liberté individuelle; pour éviter toute responsabilité à raison du dommage que l'on cause à autrui en exerçant un droit, il faut être indemne de toute négligence ou imprudence.

Les applications du principe ainsi posé se rencontrent sur-tout en ce qui concerne l'exercice du droit de propriété. En exerçant son droit, il arrive fréquemment au propriétaire de causer un dommage à son voisin ; et la question se pose de savoir dans quel cas la responsabilité du propriétaire est engagée de ce chef. Les textes romains, nous l'avons dit, envisagent plusieurs hypothèses de ce genre : le propriétaire d'un fonds creuse un puits, et coupe ainsi les veines de la source qui jaillit sur le fonds voisin, — il construit sur son fonds ou exhausse sa maison, et bouche ainsi la vue des

fenêtres de son voisin, — etc. 1.

Mais le droit de propriété n'est pas le seul dont l'exercice puisse être dommageable à autrui. Tous les droits sont dans le même cas. Il suffit, pour le montrer, de citer l'exemple classique d'une agence de publicité, qui use incontestablement de son droit en donnant des renseignements sur des tiers, notamment sur des commerçants, et qui peut cependant encourir une responsabilité à raison du dommage qu'elle cause ainsi aux personnes sur lesquelles elle fournit des renseignements 2.

Dans tous les cas où l'exercice d'un droit cause un dommage à un tiers et où le titulaire du droit s'est rendu coupable de négligence ou d'imprudence en l'exerçant, on dit qu'il

Voy. les téxtes cités à la p. 754, notes 2 et 3.
 Orléans 5 août 1892, Pandectes françaises périodiques, 1893.II.264.

y a exercice abusif du droit, ou, plus brièvement, abus du droit 1.

1180. Cette expression — l'abus du droit — a été critiquée. On a fait observer que le droit cesse où l'abus commence; abuser d'un droit, c'est en excéder les limites, et il ne saurait, par conséquent, y avoir usage abusif d'un droit ².

L'observation serait exacte s'il était possible de fixer avec précision où est la limite précise d'un droit. Mais cela n'est pas possible. Dès lors, il n'y a pas excès à employer l'expression « l'abus du droit », désignant par là toutes les fautes, autrement dit tous les actes dolosifs, négligences ou imprudences qu'une personne peut commettre en exerçant un droit.

1181. Ainsi, quiconque, en exerçant un droit, commet une faute d'où résulte un dommage pour autrui, est tenu de réparer ce dommage. L'exercice d'un droit est entaché de faute : 4° lorsque la personne qui exerce ce droit a agi uniquement avec l'intention de nuire, —2° lorsqu'elle a commis une négligence ou une imprudence qu'un homme très diligent, placé dans les mêmes conditions, n'aurait pas commise. Hors de lè, même si l'exercice du droit engendre un dommage, aucune réparation n'est due.

Nous allons reprendre les deux cas d'abus, afin de fournir, à propos de chacun d'eux, quelques explications indispensa-

bles.

PREMIER CAS.

1182. L'auteur du dommage, en exerçant son droit, a agi uniquement avec l'intention de nuire. Le dommage doit être réparé ³.

Cette règle était admise déjà par les jurisconsultes romains4.

1. On peut consulter sur l'abus du droit: Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, p. 278 et suiv., — Jean Bosc, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, — Porcherot, De l'abus du droit, thèse soutenue à Dijon en 1901, — Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, — Buttin, L'usage abusif du droit, thèse soutenue à Grenoble en 1904. — Cpr. Charmont, L'abus du droit, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 113 et suiv., — Gény, Risques et responsabilité, ibid., p. 812 et suiv., — et Saleilles, De l'abus de droit, dans le Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 325 et suiv.

2. Voy. en ce sens Planiol, Traité élémentaire, 2° édition, II, n° 871, — l'arrêt de la Cour de Toulouse du 20 septembre 1896, Sir. 1896.I.24, — et les no-

tes de M. Esmein dans Sir. 1897.I.17, 1898.I.21.

3. L'article 226 du Code civil allemand est ainsi conçu : « Quiconque use « de son droit dans le but uniquement de nuire à autrui fait un acle illicite. » 4: Voy: fragm. 1 § 12, Dig., De aqua et aquae pluvide arcendae, XXXIX, 31

Elle était considérée comme certaine par les jurisconsultes de l'ancienne France, qui la justifiaient en invoquant l'adage malitiis non est indulgendum 1. Elle est encore acceptée par la majorité des auteurs 2. Enfin, elle est consacrée par une jurisprudence constante, d'après laquelle l'exercice d'un droit engage la responsabilité civile de la personne qui l'exerce lorsque le droit est exercé avec une intention malicieuse, avec l'intention de nuire à autrui et sans aucun profit pour cette personne 3. Le demandeur ne peut réussir dans son action qu'à la condition d'établir que l'exercice du droit ne présentait aucun intérêt pour le défendeur et ne pouvait être d'au cun profit pour celui-ci. Preuve difficile à fournir, car le défendeur trouvera moyen, dans la plupart des cas, de donner à l'acte l'apparence d'une utilité personnelle pour lui-même; toutefois, les applications fréquentes que la jurisprudence a faites de la responsabilité pour usage abusif d'un droit démontrent que la preuve de l'intention exclusivement mauvaise et du défaut d'intérêt du défendeur ressort souvent des faits eux-mêmes 4.

La jurisprudence a fait application de la règle qui nous occupe dans deux hypothèses particulièrement notables.

1183. La première est celle d'un plaideur qui intente une action par pur esprit de chicane, avec le seul dessein de porter préjudice à son adversaire, ou qui résiste, dans le même esprit et avec le même dessein exclusif, à une action intentée ⁵.

^{1.} Voy. Domat, Lois civiles, livre II, titre VIII, section 3, nº 9.

^{2.} Voy. Larombière, Obligations, article 1382, nº 11, — Laurent, Principes, XX, nº 410, — Sourdat, Responsabilité, 5º édition, I, nº 439. — Cpr. Bufnoir, Propriété et contrat, p. 807 à 809, — Fromageot, De la faute, p. 77, — Porcherot, op. laud., p. 187 et suiv.

^{3.} Sur les diverses applications de cette règle, voy. Ripert, op. laud., p. 207. — Cpr. Colmar 2 mai 1855, D. P. 1856.II.9, — Lyon 18 avril 1856, D. P. 1856.II.200, — Paris 2 décembre 1871, D. P. 1873.II.185. — Secus : Cass. 11 avril 1864, D. P. 1864.I.219, Sir. 1864.I.165.

^{4.} Voy. Ripert, loc. cit., p. 202 à 204.

^{5.} Cass. 14 août 1882, D. P. 1883.I.255, Sir. 1883.I.145, — Rennes 5 décembre 1882, Sir. 1883.II.92, — Cass. 7 décembre 1885, D. P. 1886.I.207, Sir. 1888. I.252, — 24 octobre 1888, D. P. 1889.I.52, Sir. 1889.I.107, — 20 novembre 1888, D. P. 1889.I.413, Sir. 1889.I.9, — 6 mars 1889, D. P. 1889.I.284, Sir. 1889.I.371, — 28 mai 1889, D. P. 1890.I.383, Sir. 1892.I.397, — 30 octobre 1889, D. P. 1890.I.184, Sir. 1889.I.480, — 22 avril 1890, D. P. 1890.I.465, Sir. 1892.I.52, — 41 juin 1890, D. P. 1892.I.324, Sir. 1892.I.449, — 14 avril 1891, D. P. 1891.I.355, Sir. 1894.I.351, — 20 avril 1891, D. P. 1891.I.351, Sir. 1894.I.351, — 8 juin 1891, D. P. 1891.I.462, Sir. 1892.I.241, — 9 juin 1891, D. P.

On a prétendu qu'il existe une divergence à cet égard entre la jurisprudence de la Chambre civile et celle de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation ¹. La Chambre civile, a-t-on dit, décide qu'il y a responsabilité seulement si le plaideur a été de mauvaise foi, ou a commis une erreur grossière équivalente au dol ²; au contraire, la Chambre des requêtes admet la responsabilité du plaideur même quand il n'a commis qu'une simple faute, non accompagnée d'intention méchante ³, pourvu toutefois que la faute ait été certainement commise, ce qu'il appartient aux tribunaux de décider, et ils ne doivent jamais perdre de vue, à cet égard, la tendance naturelle à tout plaideur d'être persuadé du bien fondé de sa prétention.

Mais la divergence signalée n'est peut-ètre pas aussi accusée qu'on se plaît à le dire. D'une part, certains arrêts de la Chambre des requêtes, qui se contentent d'une faute, exigent une faute lourde ⁴; et cette faute lourde ressemble singulièrement à l'erreur grossière exigée par la Chambre civile. D'autre part, la Chambre des requêtes subordonne parfois la responsabilité civile du plaideur à la condition qu'il ait agi

par « esprit de fraude et de vexation 5 ».

1184. La seconde hypothèse concerne les syndicats professionnels ouvriers. Elle a donné lieu à des controverses ardentes dans la doctrine; et la jurisprudence ne paraît pas avoir toujours fait, dans cette hypothèse, une application exacte des principes dont nous l'avons vue s'inspirer dans l'hypothèse précédente.

Après la mise en vigueur de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionels, les membres des syndicats ouvriers

1. Voy. Sourdat, op. laud., I, nº 664, — Porcherot, op. laud., p. 38 à 40. 2. Cass. 2 avril 1890, Sir. 1890.I.216, — 11 juin 1890, D. P. 1892.I.324, Sir. 1892.I.449, — 16 mars 1892, Sir. 1892.I.224, — 12 février 1895, Sir. 1897. I.258, — 9 juin 1898, Sir. 1899.I.285, — 13 mars 1899, Sir. 1902.I.34, — 12 fé-

vrier 1900, Sir. 1902.I.126.

^{1892.1.276,} Sir. 1892.I.315, — Dijon 22 février 1893, D. P. 1894.II.354, — Riom 1°r mars 1893, Sir. 1894.II.197, — Cass. 4 février 1894, Sir. 1894.I.245, — 3 juillet 1895, Sir. 1895.I.344, — trib. de Toulouse 13 avril 1905, D. P. 1906.II.105 (note de M. Josserand).

^{3.} Cass. 23 novembre 1857, D. P. 1858. I. 473, — 27 mai 1884, Sir. 1885. I. 209, — 40 novembre 1886, D. P. 1887.I.309, Sir. 1887.I.198, — 1er juillet 1889, D. P. 1890.I.376, Sir. 1890.I.205, — 13 juin 1895, D. P. 1895.I.501, Sir. 1896.I.230, — 4 janvier 1898, Sir. 1899.I.441, — 24 octobre 1898, D. P. 1900. I.128, Sir. 1899.I.453, — 26 décembre 1899, D. P. 1900.I.126, Sir. 1901.I.353,

^{4.} Voy. les arrêts cités à la note précédente. 5. Cass. 26 décembre 1899, Sir. 1901.I.353.

n'ont pas tardé à s'apercevoir que ces associations ne pourraient pas jouer un rôle efficace en ce qui concerne l'amélioration des conditions du travail tant qu'elles ne seraient pas arrivées à englober la totalité ou du moins la généralité des ouvriers appartenant à la profession des syndiqués. Pour atteindre ce but, diverses combinaisons ont été mises en œuvre : mise à l'index d'un ouvrier non syndiqué, de manière à lui rendre tout embauchage impossible tant qu'il ne se décidera pas à entrer dans le syndicat, - mise en interdit d'un patron qui emploie des non-syndiqués, ou qui ne consent pas à admettre telle ou telle exigence du syndicat, - enfin menace de grève, ou déclaration de grève, intervenant comme moven d'intimidation ou de coercition à l'égard du patron 1. Ces combinaisons diverses présentent ce trait commun qu'elles aboutissent à un dommage subi par une personne, la victime du dommage se trouvant être, suivant les cas, un ouvrier ou le patron. La question se pose de savoir si la victime du dommage peut obtenir une indemnité, ce qui revient à savoir si le syndicat, auteur du dommage, a commis une faute en agissant comme il a fait.

On a répondu: non. Et l'on a fait valoir, à l'appui de cette opinion, que le syndicat, constitué pour la défense des intérêts professionnels, ne fait que remplir son devoir et user de son droit lorsqu'il prononce une mise à l'index, une mise en interdit, ou lorsqu'il recourt soit à la menace, soit à la déclaration d'une grève. Tant pis pour les tiers qui éprouvent un préjudice du fait de la mesure de défense adoptée par le syndicat; ce préjudice est un résultat de la lutte économique

et ne peut pas être imputé à faute au syndicat.

En sens inverse, on fait observer qu'un syndicat professionnel a le droit général d'accomplir les diverses démarches utiles à la défense des intérêts professionnels, mais sans être garanti, quand il exerce ce droit, par une sorte d'immunité à l'égard de la responsabilité civile. Lutte économique, sans doute; mais qui n'est pas une lutte de fait, qui reste une lutte de droit, et dans laquelle, par conséquent, chacun doit supporter les conséquences des coups qu'il porte.

Ni l'une ni l'autre de ces manières de voir n'est admissible. La solution est au milieu et doit être cherchée dans les prin-

^{4.} Voy. sur ces diverses combinaisons la note de M. Raoul Jay, dans Sir. 1893.I.41.

cipes que nous avons posés sur l'usage abusif des droits. Les différents actes auxquels nous avons vu qu'un syndicat peut se livrer - mise à l'index, mise en interdit, menace de grève ou grève - sont le plus souvent déterminés par une certaine façon de concevoir les intérêts de la profession et par la préoccupation de servir ces intérêts ; le syndicat peut être bien ou mal inspiré, le procédé mis en œuvre peut être avantageux ou nuisible, cela n'empêche pas que l'acte du syndicat doive être considéré comme rentrant dans l'exercice des droits du syndicat et comme n'engendrant aucune responsabilité civile à sa charge. Cependant, il peut arriver que la mise en interdit - et il faut en dire autant de toute autre mesure analogue - ait été prononcée en dehors de toute pensée de défense des intérêts dont le syndicat a la garde, dans le seul dessein de causer un préjudice à la personne mise en interdit ; sans aller aussi loin, il peut arriver que le dessein de nuire ait influé sur l'esprit des directeurs du syndicat, en même temps que le souci de défendre l'intérêt professionnel, lorsqu'ils ont prononcé la mise en interdit. Dans ce cas, l'exercice du droit est abusif, le syndicat est en faute et doit réparation du dommage.

La jurisprudence s'inspire de cette idée générale; mais elle en fait application d'une manière assez contestable. Elle admet que la mise à l'index, la mise en interdit, la menace ou la déclaration d'une grève sont l'exercice d'un droit pour un syndicat lorsque le but envisagé est la défense des intérêts professionnels dont le syndicat a la garde. Mais elle ajoute que ce droit ne doit jamais être exercé avec une intention malveillante. Puis, toutes les fois que l'acte du syndicat est dirigé, en fait, contre un individu, toutes les fois que le but poursuivi est d'obtenir le renvoi d'un contremaître ou d'un ouvrier, les tribunaux considèrent que l'acte est accompli animo nocendi et condamnent le syndicat comme s'étant rendu coupable d'une faute 4. En d'autres termes, la jurispru-

^{1.} Grenoble 28 octobre 1890, D. P. 1891.II.241, — Nancy 14 mai 1892, Sir. 1893.II.20, — Cass. 22 juin 1892, D. P. 1892.I.449, Sir. 1893.I.41 (note de M. Raoul Jay), Annales de droit commercial. 1892.I.125 (note de M. Thaller), — Bourges 19 juin 1894, Sir. 1895.II.197, — Paris 31 mars 1896, Sir. 1896.II. 98, — Cass. 9 juin 1896, Sir. 1897.I.25, — Paris 19 février 1897, D. P. 1898. II.153, Sir. 1899.II.185, — Riom 7 février 1900, Sir. 1903.II.225, — Paris 5 février 1901, Sir. 1902.II.277, — trib. de Douai 7 mai 1902 et Limóges 10 juin 1902. Sir. 1903.II.233.

dence présume, en quelque sorte, l'intention malveillante quand l'acte du syndicat tend à l'exclusion d'une personne; ou encore, elle n'admet pas que l'exclusion d'une personne soit un moyen légitime de défense des intérèts professionnels. Or il semble bien que cette façon de voir soit excessive; car comment nier qu'un syndicat travaille à la défense des intérèts dont il a la garde, quand il met à l'index un ouvrier acceptant de travailler à des conditions moins avantageuses que celles imposées au patron par le syndicat en ce qui concerne les ouvriers syndiqués?

SECOND CAS.

1185. L'auteur du dommage, en exerçant son droit, n'a pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage qu'il a causé à autrui. La jurisprudence le considère comme en faute, et le condamme à réparer le préjudice résultant de sa faute.

Les tribunaux ont fait application de cette idée dans diverses hypothèses, dont il est utile de relever les principales.

1º Le propriétaire d'un bois est responsable du dommage causé à ses voisins par les animaux sauvages vivant dans ce bois, lorsqu'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher l'accroissement excessif du nombre de ces animaux. La négligence, l'imprudence, constituent une faute ¹.

2º Le propriétaire d'un fonds est en faute et, par suite, civilement responsable lorsqu'il exécute sur son fonds des travaux sans prendre toutes les précautions nécessaires pour que ces travaux ne nuisent pas à son voisin. Par exemple, il opère des fouilles, ou creuse des fossés, sans faire des travaux de consolidation pour empêcher l'éboulement des terrains voisins ou la ruine des constructions qui y sont élevées ².

3º La rupture d'un louage d'ouvrage fait pour une durée

^{1.} Cass. 22 avril 1873, Sir. 1873.I.321, — 7 février 1876, Sir. 1876.I.112, — 21 avril 1879, Sir. 1879.I.218, — 19 mars 1883, Sir. 1883.I.205, — 24 avril 1883, Sir. 1883.I.472, — 20 novembre 1888, Sir. 1889.I.56, — 10 juillet 1889, Sir. 1890.I.52, — 45 juillet 1895, D. P. 1895.I.506, — 21 octobre 1895, D. P. 1896.I.423, — 11 mai 1896, D. P. 1896.I.464, — 12 mai 1897, D. P. 1897.I. 517, Sir. 1897.I.320. — Cpr. Capitant, Des obligations de voisinage, dans la Revue critique de droit de 1900, p. 20 du tirage à part, — suprà, nº 1173, — et infrà, nº 1223.

Bourges 19 février 1872, D. P. 1872. II.184, — Dijon 16 mai 1876, Sir. 1876. II.263. — Cpr. Capitant, loc. cit., p. 19, — et Ripert, loc. cit., p. 208 à 210.

indéterminée constitue une faute lorsqu'elle n'est justifiée par aucun motif plausible; et, si cette rupture cause un préjudice à l'une des parties, la responsabilité civile de l'auteur du dommage est engagée. Les décisions de justice rendues sur ce point depuis la loi du 27 décembre 1890 sont un peu confuses; l'idée générale qui s'en dégage est la suivante. Le demandeur a droit à une indemnité lorsqu'il prouve que l'autre partie a fait de son droit un usage abusif et préjudiciable ²; mais les tribunaux se montrent assez faciles pour admettre l'existence d'un motif sérieux ³.

On pourrait multiplier les exemples ; ceux qui précèdent suffisent à éclairer l'idée. En dehors de ces hypothèses ou autres semblables, la personne qui exerce son droit d'une façon diligente, c'est-à-dire sans commettre ni imprudence ni négligence, n'est tenue d'aucune responsabilité à raison du dommage que l'exercice du droit causerait à un tiers. Ce principe doit être maintenu avec énergie, sans quoi le libre exercice des droits serait compromis.

1186. Nous venons de présenter une théorie générale de la faute. Dans ses grandes lignes, elle est en harmonie avec les solutions consacrées par la jurisprudence. Cependant, en ce qui concerne la façon dont la jurisprudence comprend la théorie de la faute, certaines particularités sont à noter.

Il y a un cas dans lequel la jurisprudence a restreint la notion de faute. Dans d'autres cas, au contraire, la jurisprudence a singulièrement élargi cette notion. Enfin des difficultés spéciales se sont élevées dans des cas particuliers, et les efforts faits pour résoudre ces difficultés ont donné naissance à certaines idées nouvelles, intéressantes à signaler.

Reprenons ces divers points.

1. Voy. Planiol, Traité élémentaire, 2e édition, II, nos 1883 à 1896.

2. Cass. 28 juin 1893, D. P. 1893.I.473, Sir. 1895.I.260, — 28 juillet 1897, D. P. 1898.I.16, — 2 mars 1898, Sir. 1899.I.33 (note de M. Appert). — Cpr. Marc Sauzet, Le nouvel article 1780 du Code civil, dans les Annales de droit

commercial de 1891, nos 26 et suiv.

^{3.} Planiol, loc. cit., nº 1890. — La jurisprudence se montre cependant rigoureuse dans une hypothèse spéciale. Lorsque des ouvriers se mettent en grève brusquement, sans prévenir le patron, la Cour de cassation tend à considérer qu'il y a faute, la faute consistant dans la rupture du contrat de travail sans observation des délais d'usage : Cass. 18 mars 1902, Sir. 1902. I. 465.

Première particularité.

1187. Il existe un cas, avons-nous dit, dans lequel la jurisprudence a restreint la notion de faute. C'est en ce qui concerne la responsabilité des médecins ¹.

La question est discutée de savoir si la responsabilité des médecins est une responsabilité délictuelle, soumise au régime des articles 1382 et 1383, ou une responsabilité de nature contractuelle ². Certains auteurs opinent dans ce dernier sens ³. La majorité des auteurs ⁴ et la jurisprudence se prononcent en sens contraire.

Mais la jurisprudence, tout en prenant ainsi comme point de départ le régime de la responsabilité délictuelle, entend ici la notion de faute d'une manière particulièrement restreinte. Elle n'admet pas que les médecins soient responsables de leurs fautes les plus légères et de leurs moindres négligences, comme c'est la règle en matière de responsabilité délictuelle ⁵. Elle décide que les médecins sont responsables seulement des fautes lourdes et des imprudences graves qu'ils commettent dans l'exercice de leur profession; ils ne sont en faute que quand ils ne se sont pas conformés aux règles de prudence et de bon sens auxquelles l'exercice de toute profession est soumis ⁶.

La solution n'est pas conforme aux principes généraux. Elle s'explique — si on ne peut pas dire qu'elle se justifie — par des considérations d'ordre pratique. Il y aurait témérité de la part du juge à s'ingérer dans l'examen des théories ou des méthodes médicales et à prétendre se faire une opinion en pareille matière ; il ne peut être raisonnablement question pour un tribunal d'apprécier l'opportunité ou l'exécution d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale.

Deuxième particularité.

1188. Dans un certain nombre de cas, avons-nous dit, la

^{1.} Voy. Teisseire, op. laud., p. 302 et 303.

^{2.} Cpr. infrà, nos 1197 à 1199.

^{3.} Laurent, Principes, XX, nº 516, - Huc, Droit civil, VIII, nº 419.

^{4.} Voy. notamment Demolombe, Contrals, VIII, p. 469 et suiv.

^{5.} Voy. suprà, nº 4167.

^{6.} Cass. 24 juillet 1862, D. P. 1862.I.419, Sir. 1862.I.817, — Nîmes 26 février 1884, D. P. 1884.II.176, Sir. 1886, II.156, — Douai 15 avril 1897, Sir. 1898, II.78, — Paris 4 mars 1898, D. P. 1898.II.449, Sir. 1899.II.90.

jurisprudence a élargi d'une manière notable la notion de faute. Tout en continuant, au moins en apparence, à regarder la faute comme une condition d'existence de la responsabilité, la jurisprudence a été jusqu'à admettre, pour donner satisfaction à l'équité, qu'une personne peut être tenue de payer une indemnité à un tiers sans avoir commis aucune faute.

Les cas dans lesquels cette jurisprudence prétorienne a prévalu sont au nombre de trois.

PREMIER CAS.

1189. Elle a prévalu d'abord en ce qui concerne certains

rapports de voisinage.

Voici l'exemple le plus frappant 1. Il y a des métiers et des industries qui sont dangereux ou gênants pour les voisins de la personne qui les exerce; ils sont interdits en principe, pour cette raison même, et ne peuvent être exercés qu'en vertu d'une autorisation administrative (décret du 25 octobre 1810). Supposons qu'un établissement industriel de ce genre a été autorisé, qu'il est exploité conformément aux prescriptions de l'administration et à toutes les règles de l'art, et que le voisinage de cet établissement cause un préjudice aux voisins en dépit des précautions prises. Les voisins ont-ils droit à une indemnité? Un auteur l'a nié2, alléguant que l'exercice d'un droit ne peut jamais engager la responsabilité civile. Mais la jurisprudence n'a pas accepté cette manière de voir, jugeant contraire à l'équité que les voisins supportent, sans indemnité, la dépréciation que l'établissement industriel cause à leur fonds 3. Elle a commencé par faire une distinction entre le dommage moral, entendant par là la simple dépréciation, laquelle ne peut donner lieu à aucune indemnité. et le dommage matériel, qui donne ouverture à indemnité '. Puis elle a abandonné cette distinction à partir de 1850 5; et elle admet désormais ceci : le dommage causé par un établis-

2. Duvergier, Revue étrangère et française de législation, année 1843, p. 425 et 601.

^{1.} Voy. Capitant, Des obligations de voisinage, p. 21, — Georges Ripert, De l'exercice du droit de propriété, p. 348 et suiv., — Planiol, Traité élémentaire, 2° édition, II, p. 266.

^{3.} Capitant, loc. cit. p. 22.

Voy. Cass. 19 juillet 4826, Sir. VIII.I.396. — Cpr. Capitant, loc. cit.
 Cass. 8 mai 4850, D. P. 4854.V.655.

sement industriel aux propriétés voisines — envoi de fumée, exhalaisons nuisibles, bruit intolérable — constitue un quasi-délit lorsqu'il excède les inconvénients habituels inhé-

rents au voisinage 1.

Un autre exemple est fourni par les nombreuses décisions judiciaires qui sont intervenues à propos de l'exploitation des maisons de tolérance ². La jurisprudence admet que les voisins de l'immeuble consacré à l'exploitation d'une maison de ce genre, s'ils éprouvent un préjudice résultant de ce voisinage, ont droit à une indemnité ; le fait d'exploiter une maison de tolérance est par lui-même une faute, qui rend l'exploitant responsable du dommage pouvant en résulter pour les voisins ³.

Enfin, on peut citer un dernier exemple se rapportant à des préoccupations très modernes. Aux termes d'un arrêt, le propriétaire d'une maison, qui transforme celle-ci en un asile pour des tuberculeux arrivés au dernier degré de la maladie, est responsable du préjudice que l'installation d'un pareil asile cause aux voisins; les droits dérivant de la propriété, dit l'arrêt, n'en autorisent pas un usage qui soit nuisible à la

propriété d'autrui 4.

1190. Ces solutions diverses paraissent s'imposer si on les envisage au point de vue de l'équité. Mais ne sont-elles pas singulièrement difficiles à justifier au point de vue des principes? En définitive, elles reposent sur l'idée que l'existence d'un dommage suffit à engager la responsabilité de l'auteur du dommage, indépendamment de toute faute à lui imputable. De sorte que la jurisprudence ne se contente pas d'élargir la notion de faute ; elle va jusqu'à supprimer la faute comme condition d'existence de la responsabilité civile.

A ne considérer même que l'équité, on éprouve quelque peine à comprendre pourquoi les tribunaux, qui admettent la responsabilité du propriétaire indépendamment de toute

4. Limoges 5 février 1902, D. P. 1902.II.96.

Voy. les nombreux arrêts rapportés par Capitant, loc. cit., p. 22, note 3.
 Parmi les plus récents, on peut citer: Lyon 10 mars 1886, D. P. 1887.II.23,
 Cass. 3 janvier 1887, D. P. 1888 I.39,
 23 octobre 1894, Sir. 1895.I.222.

^{2.} Cass. 8 juillet 1884, D. P. 1885.I.231, Sir. 1885.I.487, — Montpellier-18 février 1898, Sir. 1898.II.160, — Alger 22 février 1898, D. P. 1899.II.6, Sir. 1899.II.107.

^{3.} Cass. 3 décembre 1860, D. P. 1861.I.331, Sir. 1861.I.840. — Cpr. Capitant, loc. cil., p. 24.

faute dans certains cas, se montrent plus rigoureux dans d'autres. Par exemple, le propriétaire qui provoque la ruine des constructions élevées par son voisin en pratiquant des fouilles sur son propre fonds n'est responsable, nous l'avons vu 1, que s'il est en faute, autrement dit s'il n'a pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage causé au voisin ; de même pour la responsabilité à raison des animaux sauvages vivant dans un bois 2; de même, enfin, le propriétaire de bâtiments dans lesquels un incendie prend naissance puis atteint une maison voisine n'est responsable à l'égard du propriétaire de cette maison que si l'incendie a eu pour cause directe un acte de négligence ou d'imprudence 3. Mais alors, si la jurisprudence applique rigoureusement l'article 1382 dans les hypothèses qui viennent d'être relevées et subordonne la responsabilité à la faute, pourquoi, à propos de certains rapports particuliers de voisinage, élargit-elle la notion de faute et va-t-elle jusqu'à admettre que le dommage causé au voisin suffit à engager la responsabilité de l'auteur du dommage, même en l'absence de toute faute ?

Il y a là un illogisme, au moins apparent. La jurisprudence et les auteurs qui approuvent les diverses solutions jurisprudentielles ci-dessus rapportées ont fait effort pour montrer que ces solutions ne sont pas contradictoires. Ils ont cherché une formule, une définition de la faute assez large pour justifier toutes les solutions admises et pour y faire entrer tous les dommages pouvant résulter du voisinage 4. On a prétendu que le voisinage crée des rapports particuliers entre propriétaires voisins, et que tout propriétaire doit user de son droit de manière à ce que l'usage qui en est fait ne cause aucun dommage sérieux aux voisins 5. Puis on a allégué ceci : « Quicon-«que n'use pas de sa propriété dans les conditions normales de « son époque et de la situation de son immeuble, doit réparer « le dommage qu'il cause 6. » Mais toutes ces formules sont bien vagues et n'apportent aucune clarté. Au fond, les ten-

^{1.} Suprà, nº 1185.

^{2.} Ibid.

^{3.} Voy. notamment Cass. 7 mars 1892, D. P. 1892.I.502, — Aix 4 juillet 1894, D. P. 1895.II.167. — Cpr. Capitant, loc. cit., p. 41, texte et note 1.

^{4.} Voy. sur ces diverses tentative: Capitant, loc. cit., p. 32 et suiv.,— et Ripert, loc. cit., p. 442 et suiv.

^{5.} Voy. Limoges 5 février 1902, D. P. 1902.II.96.

^{6.} Ripert, loc. cit., p. 426.

tatives faites sont inutiles et vaines; mieux vaut tout simplement constater que les rapports de voisinage ne sont pas regardés par la jurisprudence comme régis par l'article 1382, au moins comme régis d'une manière exclusive par cet article, et que les tribunaux tendent à regarder le propriétaire comme responsable de tout dommage excédant les inconvénients ordinaires du voisinage 1.

DEUXIÈME CAS

1191. Le deuxième cas dans lequel la jurisprudence a étendu la notion de la faute est celui des rapports existant entre une mine et les propriétés voisines.

Les dommages que l'exploitation d'une mine peut causer aux propriétaires de la surface sont plus fréquents et plus graves que ceux qui résultent du simple voisinage, en dépit des précautions qui sont prises en pareille matière. Aussi la jurisprudence admet-elle que le concessionnaire de la mine est responsable de tous les dommages causés à la surface — tassements, affaissements du sol, tarissement des sources qui jaillissaient dans le fonds, — et cela quand même aucun reproche d'aucun genre ne pourrait être adressé au concessionnaire en ce qui concerne l'exécution des travaux faits par lui ou pour son compte ².

Dans ce cas, la jurisprudence a presque complètement renoncé à prendre comme point d'appui l'article 1382 ; les tribunaux invoquent encore quelquefois cet article, mais ils font en outre et surtout appel aux dispositions de la loi du 21 avril 1810, en particulier aux articles 15 et 45 de cette loi³. La constitution artificielle de deux propriétés superposées, dit la Cour de cassation 4, « établit entre l'une et l'autre des « rapports nécessaires très différents de ceux qui existent « entre deux héritages situés l'un à côté de l'autre, et, dès

^{1.} Capitant, loc. cit., p. 49 et suiv.

^{2.} Voy. Capitant, loc. cit., p. 30, — Gény, Revue de la législation des mines, 1897, p. 4 et 5, — et Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1897, p. 451-152.

^{3.} Capitant, loc. cit., p. 30 et 31. — Voy. en particulier Cass. 8 juin 1869, Sir. 1869, I.413, — Lyon 14 mars 1877, Sir. 1880. II.102, — Riom 21 février 1880, Sir. 1882. II.15, — Lyon 25 novembre 1887, Revue de la législation des mines, 1888, p. 229, — et les arrêts cités par Ripert, loc. cit., p. 366 et 367.

^{4.} Cass. 27 janvier 1885, Sir. 1886, I.64.

« lors aussi, des obligations réciproques dont la loi de 1810 a « dû tenir et a tenu compte » ¹.

TROISIÈME CAS

1192. En ce qui concerne les dommages causés par l'exécution de travaux publics, la jurisprudence administrative a fait abstraction complète des principes qui forment le droit commun de la responsabilité civile. Elle admet que les dommages causés par l'exécution de travaux publics doivent toujours être réparés, sans qu'il y ait à rechercher si une faute a été commise, dès que les travaux dépassent par leur importance ceux qui sont dans les usages courants de la propriété et qui auraient pu être faits par un particulier ². D'ailleurs, cette solution n'est pas appuyée sur l'article 1382, mais sur la loi des 7-11 septembre 1790 et sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII; ces textes, qui ne visent que les dommages causés par l'entrepreneur de travaux publics, ont été étendus aux dommages provenant du fait de l'administration ³.

Troisième particularité.

1193. Dans les hypothèses diverses que nous venons de passer en revue, la jurisprudence s'est trouvée aux prises avec la notion traditionnelle de la faute. Elle s'est efforcée soit de lui donner un peu plus ou un peu moins d'extension, soit de s'en passer et de trancher les questions soumises aux tribunaux en faisant appel à d'autres principes.

Mais ce n'est pas seulement dans les hypothèses signalées que ce travail d'adaptation des principes aux faits a été poursuivi. Il l'a été, en outre et surtout, à propos de la responsabilité des accidents du travail. Antérieurement à la loi du 9 avril 1898, l'application de l'article 1382 à la matière des accidents du travail a soulevé maintes difficultés et donné naissance aux controverses les plus vives. La question même

^{1.} Cpr. sur ce sujet Capitant, Des dommages causés par la mine à la surface, dans la Revue de la législation des mines, 1900, p. 194, — et la note de M. Gény dans les Pandectes françaises, 1896.I.337.

^{2.} Cons. d'État 41 mai 1883, Sir. 1885.III.25, — 5 mai 1893, Sir. 1895.III.1 (note de M. Hauriou), — 21 juin 1895, Sir. 1897.III.33 (note de M. Hauriou), — 13 janvier 1899, Sir. 1900.III.1 (note de M. Hauriou). — Cpr. Hauriou, Précis de droit administratif, 4° édition, p. 699 et suiv., — et Ripert, loc. cit., p. 378 et suiv.

^{3.} Hauriou, Précis, p. 699, note 2.

a été agitée de savoir si la responsabilité d'un accident doit être regardée comme une responsabilité contractuelle ou comme une responsabilité délictuelle 1. Puis, la majorité des interprètes s'étant prononcée en faveur du caractère délictuel de la responsabilité, on s'est ingénié à tempérer, en matière d'accidents du travail, la rigueur des règles qui régissent la responsabilité délictuelle. Il a paru bien rigoureux de subordonner le droit pour l'ouvrier d'obtenir une indemnité à la condition que le patron eût commis une faute proprement dite ; et l'idée s'est fait jour que la notion de faute doit être entendue, à cet égard, d'une manière large, autrement dit que les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine facilité à admettre qu'un patron est en faute quand un de ses ouvriers est victime d'un accident dans son travail 2. Allant plus loin, on a fait observer qu'aucune vigilance - soit du patron, soit de l'ouvrier - ne peut empêcher des accidents du travail de se produire ; d'où l'on a été amené à conclure que ces accidents ont pour cause moins la faute des hommes que la fatalité même des circonstances. Dès lors, a-t-on dit, ne convient-il pas que l'ouyrier victime de cette fatalité soit indemnisé sans qu'on s'occupe de savoir s'il y a eu faute et de la part de qui ? Les accidents sont un risque inhérent à l'entreprise; la charge d'indemniser les victimes doit incomber à ceux qui supportent les frais généraux de l'entreprise, sans considération de la cause des accidents.

Cette théorie du risque professionnel a été consacrée et mise en œuvre, relativement aux accidents du travail, par la loi du 9 avril 1898. Et il n'est pas besoin d'insister pour faire apercevoir la différence profonde qui sépare la notion du risque de la notion de faute, telle que la jurisprudence l'a définie par application de l'article 1382 3.

La théorie du risque fait son apparition dans la loi au moment même où la controverse est particulièrement aiguë, tant en doctrine qu'en jurisprudence, sur l'interprétation de l'article 1382 et sur la manière d'entendre la théorie de la faute. Les idées émises en ce qui concerne la faute en matière d'ac-

^{1.} Voy. suprà, p. 235, note 1. — Cpr. infrà, nº 1198.

^{2.} Voy. Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile (Paris, Rousseau, 1897), — et note dans D. P. 1897, I. 433.

^{3.} Voy. Léon Michel, La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers, dans la Revue critique de droit, 1902, p. 592.

cidents du travail, et la substitution de la notion de risque à la notion de faute en cette matière, ont exercé une influence sur l'interprétation des articles 1382 et 1383, qui s'est faite moins stricte. Puis, en même temps que l'interprétation des textes s'assouplissait, des aperçus nouveaux étaient ouverts sur le fondement même de la responsabilité civile 1. En aucune matière peut-être le mouvement des idées n'a été plus actif depuis dix ans

Les nouveaux principes proposés ont cecí de particulier qu'il est souvent difficile de discerner s'ils sont présentés comme principes d'interprétation des articles 1382 et suivants ou comme principes de réformation de ces articles. Cette difficulté n'est pas la moindre de celles que soulève cette matière extrêmement délicate. Les jurisconsultes qui soutiennent les nouveaux principes semblent avoir la prétention de les faire prévaloir simultanément en jurisprudence et en législation. D'ailleurs, entre le progrès jurisprudentiel et le progrès législatif les jurisconsultes auxquels nous faisons allusion ont une tendance à ne pas établir une distinction tranchée; car ils appartiennent, pour la plupart, à l'école qui revendique pour la jurisprudence un pouvoir prétorien très large, allant jusqu'au pouvoir d'infléchir profondément les règles consacrées par les textes.

1194. Quelles sont ces théories nouvelles? Sans les exposer ni les discuter en détail, nous ne pouvons nous dispenser d'en donner au moins une idée sommaire 2.

a) Dans un premier système 3, on s'efforce de prouver qu'une personne est responsable, en principe, toutes les fois qu'elle a causé un dommage à un tiers, et cela sans qu'il y ait à s'occuper de savoir s'il y a eu faute de la part de cette personne. Il faut faire abstraction de la faute, qui est chose subjective, et ne s'attacher qu'au fait objectif du préjudice; aussi ce sys-

^{1.} Ces aperçus nouveaux ont été proposés surtout à propos de l'interpré-

tation des articles 1384 à 1386. Voy. infrà, nºs 1225 et 1231.

2. Voy. pour les détails, Charmont, L'abus du droit, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 413 et suiv., — Gény, Risques et responsabilité, ibid., p. 812 et suiv., - Saleilles, De l'abus du droit, dans le Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 325 et suiv., - et Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, dans la Revue critique de droit, 1905, p. 277 et suiv., -1906, p. 80 et suiv.

^{3.} Voy. Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile, - et note dans D. P. 1897.1.433. — Cpr. le compte rendu de M. Percerou, dans les Annales de droit commercial, 1898, p. 59 et suiv.

tème est-il communément désigné sous le nom de système de

la responsabilité objective.

Peut-être cette manière de voir aurait-elle des conséquences satisfaisantes au point de vue de l'équité. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'elle pourrait conduire aussi à des conséquences évidemment excessives; « si l'on réussissait à rendre « l'homme responsable des pertes et des dommages qu'il peut « causer sans avoir commis de faute, on aboutirait à la plus « criante des injustices, on le condamnerait à la plus stupide « immobilité, car il n'est peut-être pas un seul de ses actes, « même inoffensif en apparence, qui ne puisse être ensuite « pour quelqu'un l'origine d'un malheur ¹». Surtout, il ne faut pas perdre de vue qu'elle est en opposition formelle avec l'article 1382, dont le sens, nettement établi par la tradition, est que la responsabilité est subordonnée non pas seulement au dommage, mais à la faute.

b) Dans un second système 2, qui se rattache étroitement au précédent, c'est encore l'idée du dommage que l'on prend comme point de départ, mais il semble qu'une certaine part soit faite à l'idée de faute. Voici comment on raisonne.

Le préjudice éprouvé résulte d'un ensemble de faits qui mettent en présence deux personnes : le préjudice se produit à l'encontre de l'un des intéressés, par l'effet tantôt de son activité seule, tantôt de l'activité de l'autre intéressé, tantôt de l'activité commune des deux intéressés. Dans la première hypothèse, il ne peut pas être question de responsabilité, l'auteur et la victime du dommage ne faisant qu'un. Dans les deux autres hypothèses, la question se pose ; le but à atteindre est de répartir aussi équitablement que possible la charge du dommage ; pour atteindre ce but, il faut discerner par l'analyse la part d'initiative de chacune des activités en présence, afin de faire supporter à chacune la part du dommage résultant de son fait. Tout homme, dit-on, est responsable du dommage qu'il cause dans la mesure où il le cause ; le dommage doit être réparti entre l'auteur et la victime de ce dommage dans la mesure où chacun d'eux en a été la cause par son fait.

2. Voy. Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la res-

ponsabilité.

^{1.} Planiol, loc. cit., 1905, p. 289. — Il faut lire dans son entier la critique vigoureuse dirigée par M. Planiol contre le système de la responsabilité objective: loc. cit., p. 288 à 292. — Cpr. Gény, loc. cit., p. 821.

Nous trouvons là un intéressant essai de mise au point de de la théorie dite de la responsabilité objective. Mais de deux choses l'une. Ou bien l'auteur d'un dommage ne sera tenu de le réparer que dans la mesure où il y aura faute de sa part, et nous resterons dans la tradition de la responsabilité subjective; ou bien la responsabilité sera admise comme conséquence du simple fait, indépendamment de toute faute, et alors le système dont il s'agit se heurtera aux mêmes objections que le précédent : il entraînera des conséquences excessives au point de vue de l'équité, il apparaîtra inconciliable avec le principe posé par l'article 1382.

c) Dans un troisième système ¹, le dernier que nous nous proposions de signaler, on se défend de rompre avec le principe traditionnel, on se tient attaché à l'idée de faute, mais en faisant effort pour élargir la notion de faute. On cherche à l'élargir de manière à pouvoir faire entrer dans la catégorie des fautes tous les faits que la jurisprudence a considérés, ou qu'elle a été plus ou moins tentée de considérer comme donnant naissance à une responsabilité civile.

Voici comment on raisonne.

Le danger de la théorie objective consiste en ce qu'elle condamne l'individa à l'immobilité par suite de la crainte qu'il éprouve de voir ses actes devenir la cause d'un dommage pour autrui et d'une responsabilité pour lui-même. Cette crainte, il faut que l'individu en soit délivré, mais non pas aussi complètement qu'il l'était sous l'empire de la vieille théorie, traditionnelle et étroite, de la faute. Le criterium permettant de distinguer la faute du simple fait doit être cherché dans l'idée que les hommes, pour vivre et pour agir, ont besoin d'avoir confiance les uns dans les autres. Chaque homme a le devoir de se comporter de telle manière que les tiers ne soient pas trompés dans la confiance qu'ils ont en lui et ont besoin d'avoir en lui ; chaque homme a le droit d'exiger que les tiers se comportent de manière à ne pas tromper la confiance qu'il a et qu'il a besoin d'avoir en eux; la responsabilité civile prend naissance toutes les fois que ce besoin de confiance n'est pas satisfait, toutes les fois que la confiance légitime est trompée.

Précisant davantage, on pose les deux règles suivantes.

^{1.} Emmanuel Lévy, Responsabilité et contrat, dans la Revue critique de droit, 1899, p. 361 et suiv.

D'une part, les tiers ont besoin d'avoir confiance que j'agirai, que j'exercerai mes droits d'une certaine manière; ma responsabilité est engagée si je trompe cette confiance. Par contre, dans la mesure où j'ai besoin d'avoir confiance en moimème pour agir, dans la mesure où j'ai besoin, sous peine d'être réduit à l'immobilité, de savoir que mon action n'engagera pas ma responsabilité, je suis exempt de toute responsabilité; la nécessité de favoriser l'exercice de l'activité commande d'écarter la responsabilité, et c'est ainsi que le médecin, par exemple, est responsable seulement de ses fautes lourdes.

Cette théorie paraît séduisante par sa généralité, par l'avantage qu'elle semble offrir de pouvoir être facilement adaptée à toutes les exigences de la pratique et de l'équité. Malheureusement, sa généralité même est ce qui la condamne ; car elle n'est pas seulement générale, mais esssentiellement vague : le criterium proposé n'en est pas un, tant il offre peu de précision. L'observation s'impose surtout en ce qui concerne la seconde des deux règles posées. Dans quelle mesure peut-on dire que chaque homme a besoin, pour agir, d'avoir confiance en lui-même? L'auteur qui a proposé ce système en a senti lui-même l'insuffisance à ce point de vue; il dit quelque part 1 que pratiquement « il n'est point de guide plus sûr que « celui de notre jurisprudence ; ce guide, c'est, en effet, la « notion de ce qui convient et de ce qui ne convient pas, c'est « la conscience du juste et de l'injuste ». Autant vaut dire qu'il n'existe pas d'autre criterium de la responsabilité civile que l'arbitraire du juge, statuant, dans chaque hypothèse, ex æquo et bono ; et c'est le cas ou jamais de répéter, pour la reprendre à son compte, la vieille formule : « Que Dieu « nous garde de l'équité des Parlements 2. »

Voici, par exemple, comment s'exprime M. Emmanuel Lévy dans son article sur L'exercice du droit collectif, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 4903, p. 96: « Il n'est pas un seul de nos actes qui, en un certain sens, directe- « ment ou indirectement, ne cause à autrui un dommage. Il n'en est donc pas

^{1.} Lévy, loc. cit., p. 397.

^{2.} Les idées nouvelles sur la responsabilité civile ont été accueillies avec une faveur marquée par divers théoriciens du socialisme. L'une des tendances les plus récentes du socialisme contemporain consiste à s'efforcer d'utiliser dans le sens des aspirations socialistes certaines théories émises par les juristes; la transformation de la théorie de la responsabilité civile par la substitution de l'idée de risque à l'idée de faute est l'un des points sur lesquels l'attention de plusieurs socialistes s'est particulièrement portée.

SECTION II. - Preuve de la responsabilité.

1195. Nous venons de voir quels sont les éléments constitutifs de la responsabilité civile. Conformément au droit commun de l'article 1315 ¹, la victime d'un délit ne peut obtenir réparation, se faire allouer une indemnité, qu'à la condition d'établir l'existence de la responsabilité à la charge d'un tiers ; le demandeur doit prouver qu'il a été victime d'un dommage, et que celui-ci résulte de la faute d'un tiers ayant le discernement de ses actes ².

A cet égard, la faute délictuelle se distingue de la faute dite contractuelle, dont nous avons parlé précédemment 3. Lorsque le débiteur d'une obligation conventionnelle n'exécute pas cette obligation, il est passible de dommages-intérêts, à moins qu'il n'établisse que l'inexécution provient « d'une « cause étrangère qui ne peut lui être imputée » (article 1147). Le créancier n'a rien à prouver en dehors de l'inexécution de l'obligation, notamment il n'a pas à prouver que cette inexécution provient de la faute d'un débiteur ; c'est au débiteur à prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable.

Or la différence est considérable. Car la partie qui porte la charge de la preuve a tout le fardeau du procès, et succombe lorsqu'elle ne parvient pas à administrer la preuve néces-

saire 4.

- « un seul qui ne devrait nous obliger à réparation. Cela devrait être vrai sur-« tout, semble-t-il, si le mal que nous faisons aux autres se transforme en
- « un bien pour nous, par exemple quand il s'agit de l'exploitation du travail « par le capital. Ainsi il n'est pas excessif de dire qu'en prenant tel quel l'ar-
- « ticle 1382 on pourrait faire avec lui, juridiquement, ce qu'on est convenu « d'appeler la révolution sociale, en restituant au travail tout ce qui est le « produit du travail. »

Voy. au surplus, sur ces tendances du socialisme contemporain, Joseph Hitier, La dernière évolution doctrinale du socialisme, le socialisme juridique,

dans la Revue d'économie politique, 1906, p. 345 et suiv.

1. Suprà, p. 581. 2. Ibid., nº 1151.

3. Ibid., nos 311, 400 et suiv., 480, 1167 et 1169.

4. Cpr. suprà, p. 234.

Cette différence n'est pas la seule qu'on puisse relever entre la faute délictuelle et la faute contractuelle. Nous avons signalé (suprà, nº 1167) que le débiteur d'une obligation contractuelle est tenu seulement de la culpa levis in abstracto, tandis que la faute la plus légère suffit ponr engager la responsabilité délictuelle. Nous avons signalé incidemment d'autres différences : suprà, p. 282 et 283, puis p. 445. Enfin nous en rencontrerons d'autres quand nous parlerons plus tard du calcul de l'indemnité due par l'auteur d'un délit;

1196. La distinction de deux fautes — il est bon de l'observer en passant — n'est pas, d'ailleurs, admise à beaucoup près par tous les civilistes. Il n'existe qu'une seule faute, affirment certains auteurs; toute faute consiste dans la violation d'une obligation préexistante, et engendre l'obligation de réparer au moyen d'une indemnité le préjudice résultant de cette violation; l'obligation préexistante résulte tantôt d'un contrat, tantôt de la loi; l'obligation dont la violation constitue la faute dite délictuelle est l'obligation imposée par la loi de s'abstenir de tout acte illicite 1.

Mais cette théorie de l'unité de la faute ne doit pas être acceptée. L'assimilation que l'on prétend établir entre l'obligation contractuelle et la prétendue obligation légale qui pèse sur chaque homme de s'abstenir de tout acte illicite est une assimilation forcée ; en effet, cette prétendue obligation négative n'est pas une véritable obligation juridique ². Le fait qu'une personne est tenue d'une obligation contractuelle préexistante introduit, en ce qui concerne la faute, des éléments d'appréciation qui ne se rencontrent pas lorsque la faute est commise par une personne qui n'était tenue d'aucune obligation préexistante à l'égard de la personne lésée.

D'ailleurs — et c'est sur ce point que nous voulons surtout appeler l'attention — la question de savoir si la distinction des deux fautes doit être admise ne présente pas d'importance en ce qui concerne les règles que nous avons énoncées relativement à la preuve. Il est facile de le montrer; et nous allons le faire en supposant admise, pour un moment, la doctrine de l'unité de faute.

Soient deux personnes liées par un contrat ayant donné naissance à une obligation positive : obligation de donner ou

nous verrons, en particulier, que les articles 1150 et 1151 ne sont pas applicables en matière de fautes délictuelles : infrà, n° 1236.

^{1.} Cpr. suprà, nº 1169. — Sur la doctrine indiquée au texte on peut consulter: Lefebvre, De la responsabilité délictuelle et contractuelle, dans la Revue critique, 1886, p. 485 et suiv., — Fromageot, De la faute comme source de la responsabilité, 1891, — Grandmoulin, De l'unité de la responsabilité, thèse de doctorat soutenue à Caen en 1892, — Planiol, note dans D. P. 1896.II.457, — Traité élémentaire de droit civil, 2º édition, Il, nºs 873 à 877 et 887 à 889, — et Etudes sur la responsabilité civile, dans la Revue critique de 1905 et 1906, — Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, 2º édition, p. 430 et suiv., — et Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 1re édition, p. 309 et suiv.

^{2.} Voy. Capitant, loc. cit., p. 320, note 2, — et Gény, Risques et responsabilité, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 816, note 1.

de faire. Le créancier, pour obtenir une condamnation, n'a qu'une seule preuve à fournir : celle de l'existence du contrat. Le débiteur, cette preuve une fois faite, ne peut s'exonérer qu'en établissant qu'il n'a commis aucune faute, ce que l'on peut traduire en disant que le débiteur est présumé en faute.

Si l'obligation résultant du contrat est négative, si c'est une obligation de ne pas faire, le créancier, pour obtenir condamnation, a une double preuve à fournir: preuve de l'existence du contrat, preuve de la contravention à la loi résultant du contrat. Le débiteur ne peut s'exonérer qu'en établissant l'absence de toute faute de sa part ; il est présumé en faute. C'est ce qu'on peut lire entre les lignes de l'article 1145 : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contre-« vient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la « contravention. » Cela veut dire que les dommages-intérêts sont dus indépendamment de toute mise en demeure : ; cela veut dire, en outre, que le seul fait de la contravention donne ouverture au droit du créancier, sans que celui-ci ait à fournir la preuve d'aucune faute commise par le débiteur.

Soient, au contraire, deux personnes libres de tout lien contractuel, simplement liées l'une à l'autre par l'obligation légale, générale et négative de s'abstenir de tout acte illicite. Si Primus allègue que Secundus a manqué à cette obligation, la preuve qu'il doit fournir, sous peine d'échouer dans son action, n'est pas la preuve, toujours aisée, d'un fait : existence d'un contrat, contravention à une obligation négative définie par un contrat ; c'est la preuve de la contravention à une obligation négative générale et vague, autrement dit la preuve d'une faute; ce que l'on peut traduire en disant que le demandeur n'a plus ici devant lui un défendeur présumé en faute, mais un défendeur dont il doit prouver la faute.

De sorte qu'il subsiste un intérêt de premier ordre - même en se plaçant dans la doctrine de l'unité de faute - à savoir si le dommage causé à une personne est la conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle, ou d'une obligation légale de s'abstenir de tout acte illicite. Suivant qu'on se trouve dans l'une ou l'autre hypothèse, la charge de la preuve se trouve déplacée 2.

Suprà, p. 274 et 275.
 Cpr. Planiol, Traité, 2º édition, II, nº 889.

1197. La distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle doit donc être maintenue. Mais il convient d'ajouter que des hésitations se sont fait jour sur le point de savoir si l'on se trouve, dans telle hypothèse, en présence d'une responsabilité délictuelle ou contractuelle, ce qui présente une importance considérable au point de vue de l'attribution du fardeau de la preuve.

1198. Des controverses ardentes se sont élevées naguère à cet égard en ce qui concerne la responsabilité des accidents

du travail 1.

La conception traditionnelle, longtemps considérée comme intangible, est que l'ouvrier, victime d'un accident, ne peut obtenir une indemnité du patron qu'à la condition de fournir la preuve que l'accident a eu pour cause une faute du patron. C'est l'application des principes qui régissent la responsabilité délictuelle.

Puis, comme l'application de ces principes mettait le plus souvent obstacle à ce que l'ouvrier pût obtenir une indemnité, on a cherché à en tempérer la rigueur ; on a soutenu, à cette fin, que la responsabilité du patron n'est pas délictuelle, en l'espèce, mais bien contractuelle. Voici comment en a raisonné. Le contrat de louage de services, a-t-on dit, oblige les parties non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore, conformément à l'article 1135 2, « à toutes les « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation « d'après sa nature » ; or le maître contracte l'obligation de garantir la vie et la sécurité de l'ouvrier, de le rendre à lui-même sain et sauf au terme fixé par la convention, de même que le locataire d'une chose, par exemple d'une maison, doit la restituer en bon état à la fin du bail ; dès lors, le maître, le chef d'entreprise est responsable de l'accident qui survient à son ouvrier, par l'effet même du contrat de louage de services, sans que l'ouvrier ait besoin de prouver que l'accident provient d'une faute du patron, et celui-ci ne peut s'exonérer qu'en établissant que la cause de l'accident ne lui est pas imputable 3.

2. Suprà, p. 177 et 178.

^{1.} Voy. les indications déjà fournies sur ce point : suprà, p. 235, note 1. — Cpr. suprà, nº 1193.

^{3.} Voy. en ce sens Sainctelette et Sauzet, dans les ouvrages cités suprà, p. 235 note 1.

Sans aller aussi loin, d'autres ont admis une opinion moyenne, plus favorable aux ouvriers que la conception traditionnelle. Sans doute, ont-ils dit, le seul fait qu'un accident s'est produit ne prouve pas nécessairement que le patron a manqué aux obligations dont il est tenu; mais l'ouvrier victime de l'accident peut obtenir une indemnité sans avoir besoin d'établir qu'il existe une relation directe de cause à effet entre l'accident survenu et une faute du patron; il suffit que l'ouvrier prouve qu'il existe une corrélation entre l'accident survenu et un instrument, un appareil fourni par le patron 1, ou une disposition prise par le patron en ce qui concerne le travail; de sorte que le fardeau de la preuve n'est pas supprimé d'une manière complète pour l'ouvrier, mais seulement allégé pour lui 2.

La jurisprudence belge a adopté cette manière de voir ³, non pas d'ailleurs sans un peu d'hésitation ⁴. Quant à la jurisprudence française, elle est restée fidèle à la conception traditionnelle d'après laquelle la responsabilité du patron, relativement aux accidents du travail, est une responsabilité délictuelle ⁵.

Cette position prise par la jurisprudence française a déterminé l'intervention du législateur. La loi du 9 avril 1898, faisant table rase des controverses qui viennent d'être rappelées, a consacré un système absolument nouveau, dit du risque professionnel, dont nous avons déjà fait connaître les grandes lignes ⁶. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1898, la question de savoir si la responsabilité des accidents du travail est de nature délictuelle ou contractuelle a perdu la plus grande partie de son intérêt ; elle ne se pose plus que dans les hypothèses relativement rares où la loi de 1898 et le

^{1.} Cpr. infrà, nº 1231.

^{2.} Voy. Labbé, note dans Sir. 4885. IV.30. — Cpr. Glasson, Le Code civil et la question ouvrière, p. 30 et 32, — et Esmein, note dans Sir. 4897.I.20. — Labbé, dans deux autres notes (Sir. 4886.II.97 et 4886.IV.25), semble incliner vers la théorie plus radicale d'après laquelle l'ouvrier peut obtenir une indemnité sans avoir aucune espèce de preuve à fournir.

^{3.} Voy. Cass. 8 janvier 1886, cité suprà, p. 235, note 1.

^{4.} L'arrêt de Cass. du 28 mars 1889 (Sir. 1890.IV.17) paraît revenir au système traditionnel de la responsabilité délictuelle.

^{5.} Cass. 15 juillet 1896, cité suprà, p. 235, note 1.

^{6.} Suprà, nº 1193.

système du risque professionnel ne reçoivent pas leur application 1.

1199. Une controverse analogue a été soulevée en ce qui concerne le transport des voyageurs ². Cette controverse est toujours pendante et mérite, par conséquent, que l'on s'y arrête davantage; mais comme elle intéresse moins le droit civil que le droit commercial, nous nous contenterons d'in-

diquer, en termes brefs, comment elle se pose.

Le contrat de transport, appliqué aux voyageurs, est un contrat par lequel une personne s'engage à en transporter une autre dans un lieu déterminé. Si le voyageur est victime d'un accident en cours de route, convient-il d'appliquer les principes qui régissent la responsabilité contractuelle, ou ceux qui régissent la responsabilité délictuelle? En d'autres termes, faut-il décider que le transporteur est responsable, à moins qu'il ne prouve que l'accident provient d'une cause qui ne lui est pas imputable, — ou bien décider que le voyageur n'a droit à une indemnité que s'il établit que l'accident a pour cause une faute du transporteur?

Quand il s'agit non plus du transport d'un voyageur, mais d'un transport de marchandises, la question ne peut même pas se poser; car elle est tranchée par l'article 1784 : « Le « voiturier est responsable de la perte et des avaries des choses « qui lui sont confiées, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont été « perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure. » L'article 103 du Code de commerce reproduit la même règle. Comme l'article 1784, il consacre l'application pure et simple des principes de la responsabilité contractuelle, tels qu'ils

résultent de l'article 1147.

S'agit-il du transport d'un voyageur, la question posée revient à savoir s'il faut appliquer ou non, par voie d'analogie, la règle de l'article 1784. Bon nombre d'auteurs se prononcent en ce sens ³. Mais la Cour de cassation rejette

p. 788, note 2.

^{1.} Le champ d'application de la loi de 1898 a été étendu à toutes les exploitations commerciales par la loi du 12 avril 1906 (Journal officiel du 15 avril).

2. Voy. une autre controverse analogue, suprà, nº 1187. — Cpr. infrà,

^{3.} Huc, Droit civil, VIII, no 425, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage, II, no 4687. — Chavegrin, note dans Sir. 1896. II. 225. — Esmein, note dans Sir. 1900. II.57. — Cpr. Paris 27 juillet 1892, Sir. 1892. II.93. — 23 juillet 1894, D. P. 1895. II.63, — Cour d'appel de Gênes 27 avril 1900, Sir. 1901. IV.5.

cette manière de voir et impose à la victime de l'accident la charge de prouver que la cause de l'accident réside dans une faute du transporteur ¹. La plupart des arrêts de Cours d'appel se prononcent dans le même sens et font application des principes de la responsabilité délictuelle ²; mais ils se montrent extrêmement faciles pour admettre l'existence d'une faute à la charge du transporteur; spécialement en ce qui concerne les transports par chemin de fer, ils n'exigent pas la preuve directe d'une faute précise de la compagnie et accueillent la demande du voyageur lorsqu'il a établi que l'accident est dû très probablement à une faute de la compagnie ³, de sorte que le résultat se trouve être non pas tout à fait le même, mais sensiblement le même que si la responsabilité de la compagnie était regardée comme contractuelle ⁴.

1200. Réserve faite des particularités qui viennent d'être signalées, le principe essentiel est donc que le succès de l'action, en matière de responsabilité civile, est subordonné à la preuve d'une faute commise par le défendeur. Toutefois, il existe des cas dans lesquels la loi présume l'existence de cette faute, ce qui dispense le demandeur d'en rapporter la preuve ; nous verrons même que la présomption de faute est quelquefois irréfragable et ne peut être écartée par aucune preuve contraire ⁵.

Ces présomptions de faute, irréfragables ou non, se pré-

^{1.} Cass. 10 novembre 1884, Sir. 1885.I.129, — et en dernier lieu 14 décembre 1903, D. P. 1905.I.314, France judiciaire, 1904.II.49.

^{2.} Paris 4 avril 1894, Sir. 1895.II.143, — 27 juillet 1894, D. P. 1895. II.63, — 3 janvier 1895, Sir. 1896.II.225, — Riom 27 janvier 1895, D. P. 1899.II.316, Sir. 1900.II.60, — Rouen 3 décembre 1898, Sir. 1900.II. 57, — 3 décembre 1898 (autre arrêt), D. P. 1899.II.316, Sir. 1899.II.197.

^{3.} Voy. sur ce point Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 3° édition, n° 1185, p. 590 et 591.

^{4.} Certaines législations étrangères, faisant un pas de plus, ont été jusqu'à soumettre le transporteur à une véritable responsabilité contractuelle. Voy. l'article 4 de la loi belge du 25 août 1891, dans l'Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée, année 1892, p. 37, — l'article 429 du Code de commerce allemand de 1897, — et les indications fournies sur diverses lois étrangères, au point de vue qui nous occupe, dans la note déjà citée de M. Chavegrin, Sir. 1896. II. 227.

^{5.} Cpr. suprà, nº 1151.

sentent dans quatre séries d'hypothèses que nous allons envisager successivement ¹.

§ 1. — Responsabilité du dommage causé par les personnes dont on doit répondre.

1201. Quand une personne qui est sous la surveillance d'une autre cause un préjudice à un tiers, la personne chargée de la surveillance est responsable envers la victime du dommage. « On est responsable, dit l'article 1384, non seulement « du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore « de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit « répondre..... — Le père, et la mère après le décès du mari, « sont responsables du dommage causé par leurs enfants « mineurs habitant avec eux ; - les maîtres et les commet-« tants, du dommage causé par leurs domestiques et pré-« posés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; « — les instituteurs et les artisans, du dommage causé par « leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous « leur surveillance. — La responsabilité ci-dessus a lieu. à « moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne « prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à « cette responsabilité. »

Les travaux préparatoires révèlent, de la façon la plus claire, quelle a été la pensée du législateur quand il a rédigé cet article. La personne chargée de la surveillance est présumée avoir commis une faute en surveillant mal la personne placée sous sa dépendance; le défaut de surveillance a permis à la personne mal surveillée de causer un dommage à un tiers; la victime du dommage, pour obtenir une indemnité, n'a pas à prouver l'existence d'une faute à la charge de la personne chargée de la surveillance.

1202. Dès lors, la responsabilité consacrée par l'ar-

ticle 1384 n'est pas autre chose que la responsabilité civile

2. Voy. l'exposé des motifs de Treilhard, dans Locré, XIII, p. 31 et 32, — et les déclarations de Bertrand de Greuille, ibid., p. 41 et 42.

^{1.} Voy. sur ce sujet les articles de M. Willems, dans la Revue générale de droit, année 1895, p. 508 et suiv., — année 1896, p. 48 et suiv.

^{3.} A peine est-il besoin, du reste, de faire observer que la victime du dommage conserve le droit d'agir contre l'auteur véritable du dommage, à la condition de prouver qu'il y a eu faute de la part de celui-ci et qu'il était en état d'avoir le discernement de ses actes. Voy. le discours du tribun Tarrible dans Locré, XIII, p. 59.

dont il est question dans les deux articles précédents. En d'autres termes, c'est une responsabilité purement civile, qui ne concerne que les réparations civiles de dommages, et qui ne s'étend pas aux peines encourues par les personnes placées sous la surveillance d'autrui ; les peines sont personnelles et ne sauraient atteindre aucune personne autre que l'auteur du fait punissable 1.

Toutefois, il existe des textes qui édictent l'amende, dans des cas particuliers et sous des conditions déterminées, contre certaines personnes civilement responsables. Citons à titre d'exemples : 1º la loi des 6-22 août 1791, titre XIII, article 20, et le décret du 4 germinal an II, titre III, article 8, sur les infractions en matière de douanes, - 2º le décret du 1er germinal an XIII, article 35, sur les infractions en matière de droits réunis, - 3º les articles 45 et 46 du Code forestier,

La jurisprudence a interprété ces textes de la manière la

en ce qui concerne les délits forestiers qu'ils spécifient.

plus large.

D'une part, elle étend la responsabilité civile à l'amende, dans les cas visés par les textes cités, même lorsque l'une

des conditions requises par ces textes fait défaut 2.

D'autre part, la jurisprudence admet que les personnes déclarées civilement responsables par l'article 1384 sont parfois tenues de l'amende à raison d'infractions autres que celles qui sont visées par les textes cités 3. Ainsi, les patrons sont tenus d'observer les règlements relatifs à l'exercice de leur profession, et ils sont passibles d'une peine pour toute infraction à ces règlements, même quand l'infraction a été commise par un de leurs ouvriers ou préposés. La jurisprudence explique cette extension de la responsabilité civile par le raisonnement suivant : s'il s'agit d'une amende fiscale, l'amende a le

2. Cass. 11 octobre 1834, Sir. 1834. I. 708, - 30 novembre 1869, Sir. 1870.

^{1.} Voy. Dalloz, Répertoire, vo Responsabilité, no 505, -- Supplément au Répertoire, eod. verbo, nº 679. - Adde: Cass. 4 février 1898, D. P. 1899. I. 584, Sir. 1899. I. 198, — 8 juillet 1898, D. P. 1900. I. 87.

^{3.} Cass. 10 décembre 1890, Sir. 1891.I.118, - 30 décembre 1892, D. P. 1894.I.364, Sir. 1894.I.201 (note de M. Villey), - 12 mai 1893, D. P. 1895.I. 248, Sir. 1894.I.201, - 3 août 1893, Sir. 1895.I.521 (note de M. Chavegrin). - 19 avril 1894, D. P. 1896.I.50, Sir. 1894.I.301, - Conseil d'Etat 8 mai 1896, D. P. 1897.III.48, Sir. 1897.III.113 (note de M. Hauriou), - Cass. 13 mars 1897, D. P. 1897.1.566, Sir. 1897.I.544. - Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, vº Responsabilité, nºs 681-685.

caractère d'une indemnité envers l'Etat, - dans les autres cas, l'amende est exclusivement une peine, mais la personne civilement responsable a commis elle-même une infraction, puisque l'obligation qui a été violée lui incombait personnellement 1.

1203. La nature de la responsabilité civile établie par l'article 1384 étant ainsi mise en relief, il faut maintenant déterminer avec précision quelles sont les personnes auxquelles cette responsabilité incombe. Aux termes du texte, ces personnes sont les suivantes : 1° les père et mère, — 2° les instituteurs, — 3° les artisans, — 4° les maîtres et commettants. Cette énumération est manifestement limitative, puisqu'il s'agit d'une présomption de faute, c'est-à-dire d'une dérogation au droit commun². Toutefois, la jurisprudence a admis quelques extensions, ainsi que nous allons le voir en reprenant les diverses catégories énumérées.

I. Les père et mère.

1204. L'article 1384 alinéa 2 est ainsi conçu : « Le père, « et la mère après le décès du mari, sont responsables ... » Mais la formule n'est ni tout à fait exacte ni absolument complète; elle doit être entendue de la façon suivante.

1° Tant que les père et mère sont mariés, la responsabilité incombe, en principe, au père. Toutefois, elle passe à la mère lorsque c'est à elle qu'appartient la garde de l'enfant. Or la garde de l'enfant lui appartient légalement en cas d'absence, d'interdiction ou de déchéance du père, enfin lorsqu'elle lui a été confiée au cas de séparation de corps ; elle lui appartient en fait lorsque le père se trouve dans l'impossibilité de veiller sur l'enfant, par exemple aux cas de démence ou d'emprisonnement 3.

2º La responsabilité passe à la mère en cas de dissolution du mariage par le décès du mari. Au cas de dissolution par

1. Voy. la note précitée de M. Villey.

^{2.} C'est ainsi, notamment, que le mari ne saurait être considéré comme civilement responsable, en vertu de l'article 1384, des dommages causés par sa femme: Cass. 8 juillet 1872, Sir. 1872. I. 257, -21 octobre 1901, Sir. 1902.

^{3.} L'élat et la capacité des personnes, tome II, p. 330. - Cpr. Cass. 13 août 1877, D. P. 1879.I.182.

divorce, elle appartient à celui des époux auquel la garde de l'enfant a été confiée 1.

3º La responsabilité incombe aux père et mère naturels aussi bien qu'aux père et mère légitimes. Elle incombe à celui des auteurs qui a reconnu lorsqu'un seul d'entre eux a effectué la reconnaissance; quand les deux auteurs ont reconnu l'enfant, elle incombe au père ².

1205. Le texte continue : les père et mère « sont responsa-« bles du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant « avec eux ». Le fondement de la responsabilité consiste dans le devoir de surveillance dont les père et mère sont tenus à l'égard de leurs enfants ; donc ils ne sont pas responsables en dehors des cas où ce devoir de surveillance leur incombe ; et il ne leur incombe qu'à la double condition : 1° que l'enfant soit mineur, — 2° qu'il habite avec eux.

Première condition. - Il faut que l'enfant soit mineur.

Tant qu'il est mineur, les père et mère sont responsables des dommages par lui causés, sans qu'il y ait à rechercher si l'enfant est capable ou non de discernement, car le défaut de discernement de l'enfant ne couvre pas la faute des père et mère, laquelle consiste dans le défaut de surveillance de l'enfant 3.

Dès que l'enfant devient majeur, la responsabilité des père et mère disparaît. Si l'enfant majeur est frappé d'aliénation mentale, les père et mère ne peuvent être regardés comme responsables du dommage par lui causé que si l'on prouve qu'ils ont commis une faute, par exemple en négligeant de prendre les précautions rendues nécessaires par l'état du dé-

2. Ibid., p. 335.

La question est controversée de savoir si la responsabilité civile établie par l'article 4384 à la charge des père et mère incombe également au tuteur, bien que l'article 4384 n'en fasse pas mention. Voy. dans le sens de l'affirmative : Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 758. — Secus: Laurent, Principes, XX, n° 555, — Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique, V, n° 365 bis IV; consulter la note de M. Planiol, dans D. P. 4892. I. 5. — Il est bon de faire remarquer, d'ailleurs, que diverses lois spéciales ont assimilé le tuteur aux père et mère en ce qui concerne les délits ruraux, forestiers, de pêche et de chasse: loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, titre II, article 7, — Code forestier, article 206, — loi du 45 avril 4829, sur la pêche fluviale, article 74, — loi du 3 mai 1844, sur la chasse, article 28.

3. Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 765.

^{1.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 84 à 86, et p. 330.

ment ¹; seulement, la responsabilité des père et mère n'est plus alors fondée sur l'article 1384, mais sur l'article 1382, et

aucune présomption de faute n'est plus en jeu.

Quant au mineur émancipé, voici dans quelle mesure le dommage par lui causé engage la responsabilité des père et mère. Ils sont déchargés de toute responsabilité en cas d'émancipation tacite résultant du mariage 2; l'émancipé échappe à leur surveillance et, dès lors, ils ne sauraient continuer à subir la responsabilité de ses actes. L'émancipation expresse 3 devrait, semble-t-il, avoir le même effet, car elle met fin à l'autorité paternelle (article 372) et dépouille, par conséquent, les père et mère du droit de garde qui est le fondement de leur responsabilité; cependant on admet 4 que la responsabilité des père et mère subsiste, au moins quand l'enfant continue à habiter chez eux; et la raison qu'on fait valoir est que les père et mère ont eu tort d'émanciper l'enfant, ont commis une faute en l'émancipant, puisque l'expérience prouve qu'il était incapable de se conduire en homme diligent.

Seconde condition. - Il faut que l'enfant habite avec les

père et mère.

Tant qu'il habite avec eux, le devoir de surveillance et la responsabilité qui en résulte leur incombe, alors même que l'enfant se trouve en état de vagabondage accidentel ou habituel. Mais la responsabilité des parents disparaît lorsque la surveillance de l'enfant a été régulièrement confiée par eux à une tierce personne.

Citons des exemples.

L'enfant a été placé dans un pensionnat, dans un lycée ou collège ⁵; il a été placé comme apprenti, comme employé ou commis d'une maison de commerce, comme ouvrier ⁶, ou

3. Ibid., p. 537.

4. Voy. Aubry et Rau, 4º édition, IV, p. 757.

6. Montpellier 12 février 1887, D.P. 1888.II.19, Sir. 1888.II.167.

^{1.} Cpr. L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 571, — et suprà, nº 1159. — Voy. Cass. 14 mai 1866, D.P. 1867.I.296,Sir.1866.I.237, — Chambéry 6 février 1874, Sir. 1875.II.178, — 29 octobre 1889, D.P. 1890.II.302, Sir. 1891.II.10.

^{2.} L'état et la capacité des personnes, tome II, p. 536.

^{5.} Aix 17 décembre 1870, D. P. 1872.II.131, — Besançon 30 septembre 1884, Sir. 1885.II.44, — Nancy 26 mai 1888 et Cass. 13 janvier 1890, D. P. 1890.I. 145, Sir. 1891.I.49 (note de M. Labbé).

bien comme domestique ¹. Dans tous ces cas, la responsabilité des parents disparaît, et elle disparaît alors même que la surveillance de l'enfant aurait été confiée au tiers pendant quelques heures par jour seulement ²; mais la responsabilité des parents est remplacée par une autre responsabilité, car l'instituteur, le maître, le commettant rentrent dans l'énumération de l'article 1384.

D'autres fois, la responsabilité des parents disparaît sans être remplacée par la responsabilité d'aucune des personnes énumérées par l'article 1384. Il en est ainsi lorsque l'enfant a été mis en nourrice, placé à la campagne pour sa santé, ou confié aux soins de ses grands parents; de même lorsque l'enfant mineur fait son service militaire 3.

Dans ces diverses hypothèses, les parents cessent d'être responsables de plein droit, en vertu de l'article 1384. Mais ils peuvent être rendus responsables, par application de l'article 1382, lorsque la victime du dommage prouve que ce dommage a pour cause une faute des parents ; par exemple, la victime établit que l'acte commis par l'enfant est la conséquence de la mauvaise éducation donnée par le père à l'enfant, des mauvais exemples que l'enfant a eus sous les yeux dans la maison paternelle 4.

1206. Telle est la portée de la présomption de faute mise par l'article 1384 alinéa 2 à la charge des père et mère. Notons pour terminer que cette présomption n'est jamais irréfragable. L'article 1384 alinéa 4 dit, en effet : « La responsa-« bilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère... ne « prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à « cette responsabilité. »

Quelle est la portée exacte de ce texte? Bien entendu, les père et mère sont exonérés de toute responsabilité s'ils établissent que le dommage a une cause autre que leur faute : cas fortuit, force majeure, ou faute d'un tiers. Mais l'article 1384 alinéa 4 ne leur demande pas tant. Il se contente

Cass. 30 août 1866, D. P.1867.V.378, — Douai 14 février 1894, Sir. 1894.II.161.

^{2.} Agen 23 juin 1869, Sir. 1869.II.253, — Pau 2 juillet 1898, Sir. 1899.II.137 (note de M. Perreau), — Alger 1°r décembre 1902, Sir. 1904.II.12.

3. Planiol, Traité élémentaire, 1°e édition, II, n° 949, p. 283.

^{4.} Aix 11 juin 1859, D. P. 1859. II. 195, Sir. 1860. II. 193, — Agen 23 juin 1869, D. P. 1870. II. 223, Sir. 1869. II. 253, — Dijon 19 février 1875, Sir. 1875. II.81.

qu'ils établissent l'impossibilité où ils se sont trouvés d'empêcher le fait dommageable. Il ne suffit pas qu'ils prouvent que l'acte a été commis en dehors de leur présence et dans des conditions telles qu'il leur était matériellement impossible de l'empêcher; il faut qu'ils établissent n'avoir commis aucune faute soit dans la surveillance, soit dans l'éducation morale de l'enfant ; et une pareille preuve est évidemment très difficile à fournir.

II. Les instituteurs.

1207. Aux termes de l'article 1384 alinéa 3, les instituteurs sont responsables « du dommage causé par leurs élè-« ves... pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance ». La rédaction même du texte indique que le fondement de la responsabilité réside dans le devoir de surveillance qui pèse sur l'instituteur. Et celte notion va nous servir à déterminer quel est le domaine d'application de la responsabilité qui nous occupe ².

1° Doivent être considérés comme des instituteurs, au point de vue de l'article 1384 alinéa 3, toutes les personnes qui sont chargées de l'éducation ou de l'instruction d'un ou plusieurs élèves, en même temps que de leur surveillance, et qui les prennent chez eux : instituteurs primaires, directeurs de pensionnat, principaux de collège, etc. 3; le tout sans aucune distinction entre les trois ordres d'enseignement : primaire, secondaire et supérieur. Mais la responsabilité de l'article 1384 ne s'applique pas au précepteur qui instruit un enfant au do-

Douai 7 novembre 1893, Sir. 1894.II.161, — Cass. 30 juin 1896, D. P. 1897.I.198, Sir. 1900.1.518, — Cour de justice de Genève 22 octobre 1898, Sir. 1899 IV 98

^{2.} Il n'est pas inutile, quelque évident que ce soit, de faire observer que la présomption de faute établie par l'article 1384 alinéa 3, à la charge des instituteurs, a trait aux dommages causés par leurs élèves et non aux dommages éprouvés par leurs élèves. En ce qui concerne les dommages éprouvés par l'élève, l'instituteur n'est responsable que dans les termes du droit commun, autrement dit à la condition qu'il soit établi que le dommage éprouvé a pour cause une faute de l'instituteur ; à moins cependant que la responsabilité ne doive être considérée comme contractuelle, cas auquel l'instituteur serait responsable de plein droit, sauf preuve à faire par lui que la cause du dommage éprouvé ne lui est pas imputable. Voy. Paris 10 mai 1898, D. P. 1900.II.405 (et la note), Sir. 1899.II.158.

^{3.} Paris 16 février 1880, D. P. 1881.II.81, Sir. 1880.II.169, — Besançon 30 juillet 1884, Sir. 1885.II.44, — Grenoble 20 décembre 1901, D. P. 1902.II. 147.

micile de ses parents, parce que la surveillance, dans ce cas,

continue d'appartenir aux parents 1.

2° Il n'y a point à distinguer suivant que l'élève est majeur ou mineur. Le texte ne distingue pas. Et la distinction ne se comprendrait pas ; car le devoir de surveillance est le même dans les deux cas ².

3º Il n'y a point à distinguer non plus suivant que l'élève est interne ou externe. L'instituteur est responsable pendant

le temps où l'élève est placé sous sa surveillance 3.

4º La jurisprudence, partant de l'idée que la responsabilité de l'instituteur a pour fondement le devoir de surveillance dont il est tenu et concluant de là que la responsabilité existe partout où le devoir de surveillance se rencontre, va jusqu'à ranger au nombre des instituteurs les directeurs d'asiles d'aliénés , ce qui ne laisse pas d'être une interprétation singulièrement extensive de l'article 1384.

1208. La présomption de faute établie à la charge des instituteurs n'est pas du reste irréfragable. Aux termes du dernier alinéa de l'article 1384, « la responsabilité ci-dessus a « lieu, à moins que les..... instituteurs.... ne prouvent qu'ils « n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsa-

« bilité ».

La règle est la même qu'en ce qui concerne la responsabilité des père et mère, et doit être entendue de la même manière, ce qui revient à dire que la preuve contraire est difficile à administrer pour l'instituteur ⁵. Il ne lui suffit pas de prouver qu'il lui a été matériellement impossible d'empêcher l'acte commis par l'élève; la preuve contraire ne doit être considérée comme faite que si l'instituteur établit n'avoir commis aucun acte de négligence, n'avoir manqué, en quoi que ce soit, au devoir de surveillance qui est la base de la responsabilité ⁶. La présomption de faute est donc singulièrement lourde.

2. Secus, Sourdat, Responsabilité, I, nº 877.

5. Suprà, nº 1206.

^{1.} Sauf recours de leur part contre le précepteur, mais à la charge de prouver, conformément au droit commun de l'article 1382, que le fait dommageable commis par l'élève a eu pour cause une faute du précepteur. Celui-ci échappe à la présomption de faute de l'article 1384, non à la responsabilité des fautes dont la preuve est administrée contre lui.

^{3.} Limoges 1° mai 1895, en note dans Sir. 1899. II. 139. 4. Agen 16 mars 1872, D. P. 1872. II. 153.

^{6.} Aix 17 décembre 1870, D. P. 1872.I.131, - Nancy 28 juillet 1888, Ga-

1209. Elle a paru telle aux membres de l'enseignement public plus qu'aux membres de l'enseignement privé. Ceux-ci peuvent choisir leurs élèves et congédier ceux dont ils ne veulent pas conserver la responsabilité; d'autre part, ils sont libres du choix de leurs auxiliaires et peuvent, en faisant de bons choix, assurer une surveillance telle que les élèves ne puissent causer aucun dommage à personne. Au contraire, l'instituteur public ne choisit pas ses élèves: tant qu'il y a des places vacantes dans un établissement, il doit admettre les élèves qui se présentent, et il est obligé de garder, sauf dans des cas exceptionnels, les élèves admis; d'autre part, il ne choisit pas non plus ses adjoints, dont l'insuffisance peut le mettre hors d'état de surveiller efficacement ses élèves, sans que sa responsabilité se trouve aucunement atténuée 1.

Aussi la loi du 20 juillet 1899 est-elle venue atténuer la rigueur de l'article 1384 alinéa 3 au profit des membres de

l'enseignement public 2.

La loi est construite, en la forme, de la manière la plus défectueuse. D'une part, elle renferme deux dispositions, dont la première (article 1) est faite pour être incorporée à l'article 1384, tandis que la seconde (article 2) reste en dehors du Code. D'autre part, la première disposition est ajoutée par l'article 1 au dernier alinéa de l'article 1384, tandis qu'il aurait été plus logique de l'ajouter à l'alinéa 3, qui est relatif à la présomption de faute de l'instituteur.

Quoi qu'il en soit, l'économie de la réforme est simple et

peut être résumée de la façon suivante.

1° La présomption de faute établie par l'article 1384 alinéa 3 est maintenue telle quelle en ce qui concerne les dommages causés par les élèves de l'enseignement public sauf une seule différence. Elle est indiquée par l'article 1 de la loi : « La disposition suivante est ajoutée au dernier alinéa de « l'article 1384 du Code civil : Toutefois, la responsabilité « civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'ensei-

zelle du Palais, 1888.II.415, — Cass. 13 janvier 1890, D. P. 1890.I.147, — trib. de la Seine 23 janvier 1892 et Paris 31 mai 1892, D. P. 1893.II.490, Sir. 1899.II.139, — trib. de Châteauroux 24 mai 1898, Sir. 1899.II.147.

^{1.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 283.

^{2.} Voy. sur cette loi les articles de M. Léonce Thomas, dans la Revue générale de droit, 1901, p. 207 et suiv., 442 et suiv., 527 et suiv. — Cpr. la notice de M. Chaumat, dans l'Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée, année 1900, p. 126 et suiv.

« gnement public. » Donc la présomption de faute est maintenue; seulement la responsabilité résultant de la faute pèsera désormais non plus sur l'instituteur public présumé en faute, mais sur l'Etat lui-même, substitué à l'instituteur. Cette substitution, outre qu'elle soustrait l'instituteur à une responsabilité excessive, est conforme au principe général d'après lequel l'Etat est responsable des dommages causés à

des tiers par ses fonctionnaires ou préposés 1.

2º Le reste du système légal de 1804 demeure intact. Et de là résultent deux conséquences. D'abord l'Etat peut s'exonérer de la responsabilité en fournissant la preuve, conformément à l'article 1384 alinéa 4², que le fait générateur du dommage n'a pu être empêché par le maître ³. En second lieu, du moment que la loi de 1899 a pour seul effet de soustraire l'instituteur public aux conséquences de la présomption de faute établie à sa charge par l'article 1384 alinéa 3, rien ne s'oppose à ce que cet instituteur soit actionné en responsabilité en vertu de l'article 1382, à la condition que le demandeur prouve qu'il a commis une faute 4.

3º Sous le régime antérieur à la loi de 1899, l'action en indemnité contre l'instituteur était naturellement portée devant un tribunal d'ordre judiciaire. Le législateur de 1899, attaché à l'idée de ne rien changer au régime légal de 1804, sauf en ce qui concerne la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs publics, a voulu que la compétence ne fût pas modifiée. Il était indispensable pour cela de poser une règle spéciale, sans quoi la compétence aurait appartenu aux tribunaux administratifs, étant donné la substitution de l'Etat à l'instituteur ; aussi l'article 2 de la loi estil ainsi conçu : « L'action en responsabilité contre l'Etat, dans « le cas prévu par la présente loi, sera portée devant le tribu-« nal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage aura été « causé, et dirigée contre le préfet du département. » La conservation de la compétence judiciaire a été considérée comme une garantie de l'intérêt des familles, auquel on ne voulait porter aucune atteinte.

4º L'Etat ne peut être substitué aux maîtres de l'ensei-

^{1.} Voy. Chaumat, loc. cit., p. 128.

^{2.} Suprà, nº 1208.

^{3.} Alger 1°r décembre 1902, Sir. 1904, II. 12.

^{4.} Cpr. suprà, p. 782, note 3.

gnement public, au point de vue de la responsabilité, que dans la mesure où ils interviennent comme tels, autrement dit dans la mesure où ils sont dans l'exercice de leurs fonctions. Soit, par exemple, un instituteur primaire; l'Etat n'est responsable des dommages causés par les enfants qui sont sous sa surveillance que pendant les heures où la loi scolaire place ces enfants sous la surveillance du maître. En dehors de ces heures, si l'instituteur se charge de surveiller les enfants, il ne joue plus le rôle d'instituteur public; dès lors, il reste soumis à la présomption de faute établie par l'article 1384 alinéa 3, sans que l'Etat soit responsable à sa place 4.

III. Les artisans.

1210. Nous n'avons presque rien à dire en ce qui les concerne.

La présomption de faute existant à leur charge est établie, en même temps que la présomption de faute existant à la charge des instituteurs, par l'alinéa 3 de l'article 1384, dont voici le texte complet : sont responsables, « les instituteurs et « les artisans du dommage causé par leurs élèves et apprentis « pendant le temps qu'il sont sous leur surveillance ». Instituteurs ou artisans, le fondement de la responsabilité est le même dans les deux cas; il consiste dans le devoir de surveillance, dont l'accomplissement insuffisant est regardé comme la cause du dommage causé.

De même que l'alinéa 3 de l'article 1384, l'alinéa 4 est commun aux instituteurs et artisans. Les artisans peuvent écarter la responsabilité en prouvant « qu'ils n'ont pu empêcher « le fait qui donne lieu à cette responsabilité » ; et nous savons en quel sens cette formule doit être entendue ².

IV. Les maîtres et les commettants.

1211. Sont responsables, dit l'article 1384 alinéa 2, « les « maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs do- « mestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les « ont employés ». L'examen du quatrième alinéa de l'article 1384 fait apparaître que la présomption de faute éta-

Voy. en ce sens la déclaration du Ministre de l'Instruction publique au cours des travaux préparatoires, dans D. P. 1899. IV. 87, col. 2.
 Voy. suprà, n°s 1206 et 1208.

blie par l'alinéa 2 à la charge des maîtres et commettants est une présomption irréfragable; en effet, l'alinéa 4 réserve la preuve contraire seulement en ce qui concerne les père et mère, instituteurs et artisans.

Voilà tout ce que les textes apprennent relativement à la responsabilité des maîtres et commettants. Si l'on veut savoir quel en est le fondement et pourquoi la présomption est irré-

fragable, il faut interroger les travaux préparatoires.

Ils nous apprennent que le législateur a établi la présomption de faute qui nous occupe pour deux raisons. Le fait qu'un dommage a été causé par le domestique ou préposé prouve : 1° que le maître ou commettant s'est rendu coupable d'une faute dans le choix de son domestique ou préposé, — 2° qu'il en a commis une autre en ne le surveillant pas avec un soin suffisant. Mauvais choix et surveillance insuffisante, tels sont les deux fondements de la responsabilité établie par l'article 1384 alinéa 2 ¹.

Quant au caractère irréfragable de la présomption de faute, les travaux préparatoires font connaître, d'abord, que le projet primitif, moins rigoureux que le texte finalement adopté, réservait aux maîtres et commettants le bénéfice de la preuve contraire, et que ce bénéfice leur a été enlevé sur les observations de la section de législation du Tribunat ². Puis ils font connaître pourquoi le législateur a fait preuve d'une aussi grande rigueur ³. Le service du domestique ou préposé profite au maître ou commettant, dès lors il est juste qu'il subisse les conséquences du dommage produit par ce service; l'ayant choisi, pouvant et devant le surveiller, il ne saurait sans injustice se soustraire, vis-à-vis des tiers, à la responsa-

3. Voy. le rapport de Bertrand de Greuille, loc. cit.

^{1.} Voy. le rapport de Bertrand de Greuille, dans Fenet, XIII, p. 42, nº 14. — Certains auteurs, négligeant la seconde des deux raisons indiquées, assignent pour fondement unique à la responsabilité des maîtres et commettants le choix par eux fait de leurs domestiques ou préposés. Sic: Demolombe, Contrats, VIII, nº 610, — Laurent, Principes, XX, nº 570 et suiv. — Mais nous verrons que la jurisprudence assigne à notre responsabilité le double fondement indiqué, et qu'elle déduit de là des conséquences notables: infrà, nº 1213.

^{2.} Voy. Locré, XIII, p. 24-25. Le tribun Tarrible, dans son discours au Corps législatif, dit que les maîtres et commettants peuvent prouver contre la présomption établie à leur charge: voy. Locré, XIII, p. 59. Mais c'est une méprise certaine: voy. Dalloz, Répertoire, v° Responsabilité, n° 623, — Supplément au Répertoire, eod. verbo, n° 791, — Paris 19 décembre 1896, D. P. 1897. II. 172, — 3 août 1897, D. P. 1898. II. 32.

bilité des actes accomplis par un homme qu'il s'est substitué à lui-même et qu'il n'a pu se substituer qu'à ses risques et périls.

1212. Telles sont les idées générales qui dominent l'article 1384 alinéa 2. Elles vont nous servir à résoudre un certain nombre de questions que nous allons rencontrer en serrant de plus près le commentaire du texte. Nous rechercherons successivement : 1° ce qu'il faut entendre par les expressions « domestiques et préposés », — 2° quels sont les cas dans lesquels « maîtres et commettants » sont présumés en faute.

PREMIER POINT

1213. Le mot « domestique » ne prête à aucun doute ; il désigne tous les serviteurs à gages attachés à la personne ou employés aux soins de la maison. Mais le mot « préposé » est moins précis ; pour en fixer le sens, la jurisprudence s'est préoccupée du double fondement de la présomption de faute établie par l'article 1384 alinéa 2 : mauvais choix et surveillance insuffisante 1.

a) Pour que *Primus* puisse être considéré comme le préposé de *Secundus*, il faut que *Secundus* ait eu le choix de *Primus*. Par exemple, les surveillants d'un lycée ne sont pas les préposés du proviseur, car celui-ci n'est pas appelé à décider de leur choix ; en conséquence, il ne répond pas des dommages par eux causés ², notamment des dommages éprouvés de leur chef par les élèves ³. Il en est de même pour les employés d'une gare ; le chef de gare ne les choisit pas et ne répond pas des dommages par eux causés, comme ferait un entrepreneur de messageries ⁴.

b) Pour qu'une personne puisse être considérée comme le préposé d'une autre, il faut qu'elle soit placée sous sa surveillance, sous sa direction. La personne qui dirige le travail est responsable du dommage qui en résulte.

Il faut donc considérer comme des préposés : 1° les employés et commis au service d'un commerçant, — 2° les ouvriers embauchés par un chef d'entreprise, — 3° les clercs

^{1.} Voy. suprà, nº 1211,

^{2.} Trib. de Marseille 18 mai 1870, D. P. 1872.II.131.

³ Nous parlons ici de la responsabilité des dommages éprouvés et non pas causés par les élèves. Cpr. suprà, p. 788, note 2.

^{4.} Cass. 4 janvier 1866, D. P. 1867.1.84.

d'un officier ministériel, — 4° le concierge préposé à la garde d'une maison 1.

Par contre, l'ouvrier qu'un propriétaire charge d'exécuter un travail n'est pas un préposé lorsque le propriétaire n'a pas assumé la direction du travail 2. De même, la personne qui prend une voiture n'est pas responsable du dommage causé par la faute du cocher 3. De même encore, le fermier 4 et le locataire 5 ne sont pas des préposés du propriétaire 6. Le propriétaire qui fait exécuter un travail par un entrepreneur n'est pas responsable des dommages causés par les ouvriers embauchés par l'entrepreneur 7, à moins qu'il ne se soit réservé la direction et la surveillance du travail 8. Enfin, lorsque le préposé d'une personne se trouve momentanément placé sous la surveillance et la direction d'un tiers, la responsabilité des dommages causés par le préposé pèse exclusivement sur le tiers 9.

SECOND POINT

1214. Pour qu'un maître ou commettant soit responsable du dommage causé par son domestique ou préposé, il faut, aux termes de l'article 1384 alinéa 2, que le domestique ou préposé ait causé le dommage dans l'exercice des fonctions auxquelles il a été employé par le maître ou commettant. La

- 4. Voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 765, 778 à 780, Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1384, n° 79 et 244 à 253, et deux notes de M. Hauriou, Sir. 1893, III.113, Sir. 1894, III.49.
- 2. Dalloz, Répertoire, v° Responsabilité, n° 613, Supplément au Répertoire, eod. verbo, n° 769, Cass. 30 décembre 1875, D. P. 1876.I.415, Sir. 1876.I.91.

3. Cass. 30 octobre 1902, Sir. 1902. I.544.

4. Dalloz, Supplément, loc. cit,. n°s 781 à 783, — Cass. 12 août 1855, D. P. 1855.I.422, Sir. 1855.I.710, — Bourges 7 décembre 1885, Sir. 1886.II.107.

5. Cass., 19 janvier 1898, D. P. 1898. I.175, Sir. 1898. I.264.

- 6. Cpr. diverses applications voisines: Alger 15 avril 1872, D. P. 1872.II. 155, Sir. 1872.II.294, Paris 14 juin 1883, D. P. 1884.II.106, Sir. 1884.II.147, Grenoble 16 février 1893, D. P. 1893.II.225, Sir. 1896.II.101, Cass. 3 août 1893, Sir. 1895.I.521, Bordeaux 6 février 1900, D. P. 1900.II.470. 7. Bourges 23 janvier 1867, D. P. 1868.II.109, Sir. 1867.II.110, Lyon
- 7. Bourges 23 janvier 1867, D. P. 1868.II.109, Sir. 1867.II.110, Lyon 25 février 1867, D. P. 1867.II.197, Sir. 1867.II.353, Dijon 7 août 1868, Sir. 1868.II.315, Cass. 4 février 1880, D. P. 1880.I.392, Sir. 1880.I.463, Pau 1er juin 1896, Sir. 1897.II.308, 19 février 1901, Sir. 1901.II.161.
- 8. Paris 30 janvier 1864, D. P. 1864.II.215, Sir. 1864.II.3, Cass. 17 mai 1865, D. P. 1865.I.372, Sir. 1865.I.327, 15 janvier 1889, D. P. 1889.I.49,

Sir. 1889.I.74. — Cpr. Cass. 4 mars 1903, Sir. 1903.I.471.

9. Douai 14 mars 1879, D. P. 1880.II.43, Sir. 1880.II.290, — Cass. 25 octobre 1886, Sir. 1887.I.457, — 26 janvier 1901, Sir. 1903.I.104. — Cpr. les deux notes de M. Hauriou citées suprà, note 1.

responsabilité existe toutes les fois que le domestique ou préposé a commis le fait dommageable pendant qu'il faisait son service; elle cesse si le fait a été commis en dehors du service, alors que le domestique ou préposé n'agissait pas en cette qualité.

L'application de la règle est quelquefois très simple. Par exemple, il s'agit d'un domestique en congé, qui cause un préjudice à un tiers; ou bien c'est un employé de bureau,

qui se trouve à la chasse et blesse un tiers.

Mais il y a des hypothèses, plus embarrassantes. Par exemple, un domestique tire un coup de fusil dans le jardin de son maître pour détruire un animal nuisible, et blesse un tiers; ou bien, servant à boire à un tiers, il lui donne par erreur un liquide empoisonné.

En termes plus généraux, la question se pose de savoir si la responsabilité du maître ou commettant subsiste lorsque le domestique ou préposé a dépassé les pouvoirs qui lui avaient été confiés, ou enfreint une défense qui lui avait été faite. On pourrait à la rigueur tirer argument de l'article 1998: « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements « contractés par le mandataire, conformément au pouvoir « qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au « delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » Mais il ne semble pas qu'il faille faire état de ce texte; le maître ou commettant, qui a choisi son domestique ou préposé, puis qui le surveille et le dirige, qui peut et doit le surveiller et diriger, doit être considéré comme endossant la responsabilité de ses actes tant qu'il le laisse agir sans le congédier; la sécurité des tiers commande qu'il en soit ainsi 1.

Cependant il y a des arrêts qui déchargent le maître ou commettant lorsque le domestique ou préposé a excédé ses pouvoirs: Paris 19 mai 1848, Sir. 1848. II.299, — Cass. 5 juin 1861, Sir. 1862. I. 151, — 10 mai 1865, D. P. 1865.I. 333, Sir. 1865.I.327, — Montpellier 2 février 1875, Sir. 1875.II.139, — Paris 4 mai 1895, sous Cass. 1er février 1897, Sir. 1898.I.323.

^{4.} La jurisprudence est généralement en ce sens : Cass. 5 novembre 1855, D. P. 1856.I.353, Sir. 1857.I.375, — 5 juin 1861, D.P. 1861.I.439, Sir. 1862.I.451, — Lyon 1er juillet 1872, D. P. 1873.II.457, Sir. 1873.II.42, — Paris 19 mai 1874, D. P. 1874.II.214, Sir. 1876.II.27, — Cass. 3 mars 1884, D.P. 1885.I.63, Sir. 1885. I.21, — Rouen 1er mars 1893, D. P. 1894.II.28, Sir. 1893.II.215, — Cass. belge 12 juin 1893, Sir. 1894.IV.29, — Amiens 13 juillet 1895, D. P. 1896.II.451, Sir. 1897.II.67, — Paris 16 juin 1896, Sir. 1896.II.208, — 19 décembre 1896, D. P. 1897.II.172, — Montpellier 17 janvier 1898, D. P. 1898.II.511, Sir. 1898.II.230, — Cass. 21 décembre 1898, D. P. 1900.I.69, Sir. 1902.I.67, — Besançon 28 décembre 1898, D. P. 1899.II.104.

La question de savoir si le fait a été commis dans l'exercice des fonctions est d'ailleurs une question de fait, qui est tranchée souverainement par les juges du fait, sans que le contrôle de la Cour de cassation puisse s'exercer en aucune manière à cet égard.

1215. Terminons, en ce qui concerne la responsabilité des

maîtres et commettants, par une double observation.

1° Le maître ou commettant est responsable du fait dommageable accompli par son domestique ou préposé non seulement lorsque la victime du dommage est un tiers, mais encore lorsque c'est un autre domestique ou préposé du même maître ou commettant ¹.

2° Les personnes civiles sont responsables de leurs domestiques ou préposés dans les conditions de l'article 1384 alinéa 2. Mais ces domestiques ou préposés ne doivent pas être confondus avec les représentants des personnes civiles ; lorsque le représentant d'une personne civile cause, par sa faute, un préjudice à un tiers, la personne civile est responsable directement, non plus en vertu de l'article 1384, mais en vertu de l'article 1382 ².

1216. Telle est la liste des personnes à la charge desquelles l'article 1384 établit une présomption de faute. Dans les diverses hypothèses prévues par le texte, la personne présumée en faute est responsable par cela seul qu'un dommage a été causé, sans qu'il y ait à rechercher s'il y a eu faute de la part de l'auteur du dommage et surtout s'il a eu le discernement de ses actes ³.

Ajoutons aussitôt que la personne civilement responsable qui a été condamnée à payer une indemnité peut recourir contre l'auteur du fait dommageable. Ce droit de recours est établi d'une manière expresse par quelques textes particuliers: loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre II, article 8, — loi du 15 avril 1829, article 74, — article 206 du Code

Dijon 24 septembre 1874, Sir. 1875.II.73, — Douai 27 juin 1881, D. P. 1882.II.183, Sir. 1884.II.7, — Cass. 28 août 1882, D. P. 1883.I.239, Sir. 1885.I.19.
 Voy. sur ce point suprâ, no 1165.

^{3.} Sur les présomptions de faute établies par l'article 1384, voy. la remarque doctrinale que nous avons présentée suprà, n° 1151.

forestier, — loi du 3 mai 1844, article 28 1; mais il existe dans tous les cas.

Seulement le succès de l'action récursoire est subordonné à une double condition.

1º Le demandeur ne peut obtenir une indemnité que si l'auteur du dommage a eu le discernement de ses actes. Le directeur d'un asile d'aliénés ², responsable du dommage causé par un de ses pensionnaires, ne peut se faire indemniser par lui que si celui-ci se trouvait dans un intervalle lucide. Les père et mère sont responsables du dommage causé par leur enfant même quand celui-ci n'est pas capable de discernement ³; mais ils ne peuvent se faire indemniser par lui, à supposer qu'il possède un patrimoine propre, qu'à la condition qu'il ait le discernement de ses actes.

2º Le demandeur doit prouver que l'auteur du dommage à commis une faute. S'il est établi que l'auteur du dommage n'a fait qu'exécuter l'ordre formel de la personne civilement responsable, cette dernière seule est en faute; par exemple, c'est un entrepreneur qui a fait construire une maison par des maçons, sous sa direction complète, et la maison s'effondre. S'il est établi que la faute a été commune à l'auteur du dommage et à la personne civilement responsable, celle-ci ne peut obtenir de celui-là qu'une condamnation partielle 4

En définitive, la victime directe du dommage ayant été indemnisée par la personne civilement responsable, le dommage passe, en quelque sorte, sur la tête de cette personne. Elle se trouve, vis-à-vis de l'auteur du dommage, dans les conditions du droit commun, telles qu'elles résultent des articles 1382 et 1383; pour obtenir réparation il faut qu'elle établisse l'existence d'un dommage résultant de la faute d'un agent capable ⁵. Cette preuve une fois faite, la réparation due est égale à la totalité du dommage éprouvé, conformément aux principes que nous exposerons plus tard ⁶; elle comprend l'indemnité que la personne civilement responsable a été obligée de payer à la victime directe du dommage, et peut comprendre

^{1.} Cpr. suprà, p. 785, note 2.

^{2.} Ibid., no 1207, in fine.

^{: .}Ibid., no 1205.

^{4.} Cass. 24 février 1886, D. P. 1887.I.31, Sir. 1886.I.460. — Cpr. suprà. p. 752, — et infrà, nº 1237.

^{5.} Suprà, nºs 1153 et suiv.

^{6.} Voy. in/rà, nos 1235 et suiv.

le cas échéant, une indemnité complémentaire correspondant au dommage subi par la personne civilement responsable 1.

§ 2. – Responsabilité du dommage causé par les animaux.

1217. L'article 1385 est ainsi conçu: « Le propriétaire « d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son « usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, « soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou « échappé. »

L'interprétation de ce texte soulève quatre questions, que

nous allons passer rapidement en revue.

Première question.

1218. Quel est le fondement de la responsabilité consa-

crée par l'article 1385 ?

Elle n'est pas une conséquence de la propriété, puisqu'elle est établie par le texte non seulement à la charge du propriétaire de l'animal, mais à la charge de celui qui s'en sert sans en être propriétaire. D'ailleurs, si elle était une conséquence de la propriété, le propriétaire pourrait s'en exonérer en abandonnant l'animal à la victime de l'accident; or la loi ne prévoit ni n'autorise aucun délaissement de ce genre ².

Notre responsabilité n'est pas davantage attachée, comme un risque, au fait d'être propriétaire d'un animal ou de s'en servir. L'idée du risque est une idée moderne ³, tout à fait

étrangère aux rédacteurs du Code civil.

Le véritable fondement de la responsabilité établie par l'article 1385 est indiqué d'une manière précise par les travaux préparatoires *. Le législateur a considéré que le dommage causé par l'animal provient toujours d'une faute commise par la personne qui en a la garde; de sorte que la responsabilité, ici comme dans les diverses hypothèses prévues par l'article 1384, est fondée sur une présomption de faute.

La faute présumée est un défaut de surveillance. Le texte

1. Voy. Larombière, Obligations, VII, article 1384, nº 43.

3. Voy. suprà, nº 1193.

^{2.} Voy. sur ce point la note de Labbé, dans Sir. 1886.II.98. — Cpr. pour ce qui concerne le délaissement en matière hypothécaire, Les sûretés personnelles et réelles, tome II, p. 405 et suiv.

^{4.} Voy. le rapport de Bertrand de Greuille, dans Locré, XIII, p. 43, nº 15, — et le discours de Tarrible, *Ibid.*, p. 58, nº 20.

800 APPENDICE

même de l'article 1385 le donne nettement à entendre. En effet, la présomption de faute est mise à la charge de la personne qui a la garde de l'animal; et si la présomption subsiste alors même que l'animal est égaré ou échappé, c'est précisément parce que la loi impute à une négligence du gardien que l'animal soit égaré ou échappé.

Deuxième question.

1219. La présomption de faute établie de la sorte est-elle irréfragable ou peut-elle être écartée par la preuve contraire?

L'article 1385 n'exclut pas la preuve contraire. D'où il faut conclure qu'elle est recevable. Mais la question est délicate de savoir comment elle doit être administrée pour être

pertinente.

Bien entendu, la personne tenue de la responsabilité s'exonère en prouvant que le dommage a une cause autre que sa faute : cas fortuit, force majeure ou faute d'un tiers. Par exemple, il est établi que le cheval a été affolé par une piqûre d'abeille, par le coup de fouet d'un passant, ou bien que la victime de l'accident a déterminé elle-même cet accident par

son imprudence caractérisée.

Mais est-il indispensable que la personne tenue de la responsabilité prouve de la sorte que l'accident a eu telle cause déterminée? N'est-il pas suffisant qu'elle prouve n'avoir commis aucune faute, autrement dit avoir pris toutes les précautions qu'il était possible de prendre et s'être conduit de la manière la plus diligente? En ce qui concerne les présomptions de faute consacrées par l'article 1384, la loi se contente de cette preuve négative; par exemple, les père et mère sont exonérés, nous 'avons vu¹, quand ils établissent n'avoir commis aucune faute soit dans la surveillance, soit dans l'éducation morale de l'enfant. La loi se montre-t-elle plus rigoureuse pour la présomption de faute consacrée par l'article 1385?

Certains interprètes le pensent ², et la jurisprudence parait se ranger au même avis ³. Mais cette manière de voir se

1. Suprà, nº 1206. — Cpr. suprà, nºs 1208 et 1210.

^{2.} Aubry et Rau, 4° édition, IV, § 448, note 10, — Demolombe, Contrats, VIII, nº 654.

^{3.} Cass. 27 octobre 1885, D. P. 1886.I.207, Sir. 1886.I.33, — 9 mars 1886, D. P. 1886.I.207, — 4°r février 1892, Sir. 1892.I.128, — 11 mars 1902, D. P. 1902.I.216, — 29 mai 1902, Sir. 1902.I.309, — 2 juillet 1902, D. P. 1902.I.431, Sir. 1902.I.448. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n°s 926 et 927.

heurte à une objection grave ¹. L'opinion proposée revient à dire que la personne tenue de la responsabilité, même quand elle a pris toutes les précautions possibles, a cependant commis une faute en conservant un animal qui pouvait causer un accident en dépit des précautions prises. On ne prend pas garde qu'en raisonnant de la sorte on fait abstraction complète de l'idée de faute, et qu'on substitue à l'idée d'une faute l'idée d'un risque, imposant à la personne qui a la garde de l'animal les risques qui en résultent et mettant à sa charge les cas douteux, c'est-à-dire ceux où la cause de l'accident reste inconnue. Or l'idée de faute est à la base de l'article 1385, puisque la responsabilité qu'il consacre a pour fondement une présomption de faute ²; l'idée du risque est complètement étrangère à la conception du législateur de 1804 ³.

Au surplus, il faut reconnaître que la jurisprudence est loin de déduire avec rigueur les conséquences du principe posé par elle ⁴. Elle admet avec une grande facilité la personne tenue de la responsabilité à s'exonérer en prouvant l'existence d'une faute à la charge de la victime du dommage, pour peu surtout que la personne responsable établisse que l'animal était paisible et exempt de tout vice; ou bien même il arrive que les arrêts, tout en proclamant que la preuve contraire doit consister dans la preuve d'un cas fortuit ou d'une faute de la victime, constatent qu'il y a eu faute de la part de la personne présumée en faute, ce qui exclut la possibilité de fait, pour cette personne, de s'exonérer en établissant qu'elle a fait preuve de toute la diligence possible. De sorte qu'il y aurait erreur à dire que la jurisprudence impose à quiconque se sert d'un animal les risques de cet animal ⁵.

1. Voy. Labbé, note dans Sir. 1886.II.97.

3. Ibid, nos 1193 et 1218.

4. Cpr. Planiol, Traité élémentaire, 1re édition, II, p. 287.

^{2.} Suprà, nº 1218.

^{5.} Parmi les questions délicates que l'application de l'article 1385 a fait naître, il faut signaler la suivante : le fait de s'exposer volontairement à un dommage en cherchant à maîtriser un animal furieux, qui menace la sécurité publique, constitue-t-il une faute à la charge de la victime du dommage et, par voie de conséquence, une cause d'exonération pour la personne tenue de la responsabilité? — La jurisprudence admet qu'il n'y a pas faute de la victime. L'équité l'exige. Mais la solution ne laisse pas d'être difficile à justifier au point de vue strictement juridique, car le dommage, en définitive se trouve avoir eu pour cause immédiate le fait de la victime; la jurisprudence s'ingénie pour écarter l'objection, et c'est ainsi que certains arrêts présentent la victime comme étant intervenue en qualité de gérant d'affaires de la personne

Troisième question.

1220. Sur quelles personnes pèse la responsabilité consacrée par l'article 1385?

Le texte répond : « Le propriétaire d'un animal, ou celui « qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage..... ». Il résulte de là que deux hypothèses doivent être distinguées.

1221. La première est celle où l'animal se trouve placé sous la garde, sous la surveillance de la personne qui en est propriétaire. C'est alors, bien entendu, le propriétaire qui est responsable.

Une seule difficulté se présente : celle de savoir si la victime du dommage causé par l'animal peut invoquer la présomption de faute établie par l'article 1385 à la charge du propriétaire lorsque cette victime est le domestique ou le

préposé du propriétaire.

La jurisprudence se prononce dans le sens de l'affirmative 1. Les arrêts font observer que la présomption de faute se justifie dans ce cas comme dans les autres; le propriétaire ne peut faire tomber la présomption qu'en prouvant que le dommage a eu pour cause un cas fortuit ou de force majeure, ou bien une faute imputable à la victime.

Cependant, cette manière de voir n'est approuvée ni par

tous les arrêts, ni par tous les auteurs.

Les uns soutiennent que la responsabilité du propriétaire à l'égard de son préposé, dans l'hypothèse qui nous occupe, est de nature non pas délictuelle, mais contractuelle ², et

que l'article 1385 est, par là même, inapplicable 3.

D'autres, considérant la responsabilité comme délictuelle, se refusent à admettre que l'article 1385 soit applicable dans les rapports du propriétaire de l'animal avec son domestique ou préposé. Ils font valoir en ce sens deux arguments, dont aucun n'est probant .

responsable. Voy. sur cette question Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1385, n°s 14 à 25, — et la note de M. Perreau dans Sir. 1902.II.217.

- 1. Paris 23 février 1884 et 11 février 1886, Sir. 1886.II.97 (note de M. Labbé),
 Cass. 9 mars 1886, D. P. 1886.I.207, Sir. 1886.I.244, 14 mai 1900, D. P.
 1900.I.272, Sir. 1900.I.453, 11 mars 1902, D. P. 1902.I.216, Sir. 1902.I.309,
 29 mai 1902, Sir. 1902.I.310, 2 juillet 1902, Sir. 1902.I.448. Contrà
 Grenoble 8 août 1900, D. P. 1901.II.130.
 - Voy. supra, p. 235 à 239, et nº 1167.
 Sic, Labbé, note dans Sir. 1886.II.97.

^{4.} Voy. pour plus de détails et pour les références soit aux arrêts, soit aux auteurs, une note dans Sir. 1902.I.309.

D'abord, ils font observer que l'article 1385 établit la responsabilité non pas à la charge du propriétaire de l'animal et de celui qui s'en sert, mais à la charge de l'un ou de l'autre, ce qui, d'ailleurs, est exact, ainsi que nous le verrons tout à l'heure ; d'où ils concluent que la personne qui se sert de l'animal, étant responsable à l'égard des tiers du dommage causé par cet animal, ne peut pas agir en responsabilité contre le propriétaire. Mais le raisonnement pèche par la base; car nous verrons bientôt que le domestique ou préposé n'encourt aucune responsabilité personnelle à raison des dommages causés par l'animal qui lui a été confié par son maître ².

On ajoute que le propriétaire, payant un salaire à son domestique ou préposé, se trouve par là même déchargé de toute responsabilité à l'égard de celui-ci. Analyse évidemment inexacte de la situation ; il est inadmissible que le domestique ou préposé ait entendu, moyennant le paiement d'un salaire, prendre à sa charge les risques de l'animal.

1222. La seconde hypothèse prévue par le texte est celle où l'animal, au lieu d'être sous la garde ou la surveillance du propriétaire, est placé sous celle d'un tiers : «... ou celui « qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage... ».

Il faut entendre par là: 1° toute personne ayant le droit de se servir de l'animal pour son usage personnel, par exemple un commodataire, un locataire ³, — 2° toute personne qui, par profession, reçoit des animaux en garde, sans d'ailleurs s'en servir à proprement parler, tel un vétérinaire, un maréchal ferrant ou un aubergiste ⁴.

Lorsque l'animal est placé de la sorte sous la garde d'un tiers, la responsabilité du dommage causé par cet animal n'incombe pas simultanément au propriétaire et au tiers, mais seulement au tiers, de sorte que le propriétaire se trouve entièrement déchargé. Le texte dit, en effet: « le proprié- « taire ou celui qui s'en sert ⁵ ».

^{1-2.} Infrà, nº 1222.

^{3.} Dijon 10 décembre 1896, D. P. 1897.II.454, — Grenoble 11 mai 1898, D. P. 1899.II.235.

Cass. 3 décembre 1872, D. P. 1873.I.337, Sir. 1872.I.402, — Paris 13 janvier 1892, D. P. 1892.II.441, Sir. 1892.II.200, — Montpellier 2 février 1899, Sir. 1899.II.400, — Cour supérieure de Luxembourg 15 décembre 1899, Sir. 1901. IV. 19. — Secus, Paris 10 mars 1892, Sir. 1892.II.255, — Orléans 10 décembre 1896, Sir. 1897.II.52, — Bourges 19 novembre 1900, Sir. 1901.II.6.

^{5.} Suprà, nº 1221.

Toutefois, l'exonération du propriétaire, dans cette hypothèse, ne doit être admise que sous réserve des deux observations suivantes.

1° Le propriétaire d'un animal, quand il en remet l'usage ou la garde à un tiers, doit faire connaître à ce tiers les vices de l'animal. S'il néglige de le faire, cette négligence constitue une faute de sa part et engage sa responsabilité à l'égard des tiers, à la condition, bien entendu, que la preuve de cette faute soit rapportée, conformément au droit commun de l'article 1382 1.

2º Lorsque la personne qui a la garde de l'animal ou qui en use est un domestique ou préposé du propriétaire, celuici n'est pas toujours exonéré de toute responsabilité à raison du dommage causé par l'animal. Si le domestique ou préposé n'excède pas la limite des pouvoirs reçus du propriétaire, la responsabilité du dommage causé par l'animal pèse sur le propriétaire ², par application de l'article 1384 alinéa 2³; et elle pèse exclusivement sur lui, sans que l'article 1385 ait rien à voir. Au contraire, si le domestique ou préposé excède la limite de ses pouvoirs, il n'y a plus place pour la responsabilité du propriétaire en vertu de l'article 1384 *; la responsabilité pèse sur le domestique ou préposé, comme s'étant servi de l'animal dans son intérêt personnel 5.

Quatrième question.

1223. Quels sont les animaux à propos desquels s'appli-

que la responsabilité consacrée par l'article 1385?

Elle a été établie pour les animaux pouvant être l'objet d'un droit de propriété. Tels sont les animaux domestiques, les animaux féroces d'une ménagerie; tels aussi les animaux qui, bien que vivant à l'état de liberté, sont l'objet d'un droit de propriété en tant qu'immeubles par destination : pigeons d'un colombier, lapins d'un garenne, abeilles d'un rûcher.

2. Paris 1er août 1894, Sir. 1894.II.304.

3. Voy. suprà, nos 1211 et suiv.

4. Suprà, nº 1214.

5. Limoges 28 novembre 1899, Sir. 1902.II.7.

^{1.} Paris 13 janvier 1892 et Montpellier 2 février 1899, précités, — Cass. 13 décembre 1893, D. P. 1894.I.306, Sir. 1894.I.176.

^{6.} Voy. Planiol, Traité élémentaire, 1º édition, II, n° 260, p. 287. — Cpr. Limoges 5 décembre 1860, Sir. 1861.II.9, — Paris 29 mars 1879, Sir. 1879.II. 269, — Cass. 29 octobre 1889, D. P. 1890.I.432, Sir. 1890.I.53, — Paris 31 octobre 1889, D. P. 1890.II.108.

La loi du 4 avril 1889 contient des dispositions spéciales, dans ses articles 4 et 7, en ce qui concerne les dommages causés par les volailles et les pigeons; l'article 1 s'occupe du cas où les animaux qui ont occasionné le dommage n'ont pas de gardien connu¹. Et il faut rapprocher de ces textes l'article 15 de la loi du 21 juin 1898, sur la police rurale.

Quant aux animaux sauvages², le propriétaire du fonds sur lequel ils vivent n'en est pas propriétaire, car ils sont res nullius; et la responsabilité de l'article 1385 disparaît. Le voisin dont les récoltes auraient été endommagées par ces animaux ne peut obtenir une indemnité du propriétaire sur le fonds duquel ils vivent qu'à la condition d'établir l'existence d'une faute à sa charge³; le propriétaire est considéré comme en faute par cela seul qu'il a attiré les animaux, en a favorisé la reproduction, ou les a laissés se multiplier au point de devenir nuisibles⁴.

§ 3. — Responsabilité résultant de la ruine d'un bâtiment.

1224. Elle est consacrée par l'article 1386 : « Le proprié-« taire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par « sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entre-« tien ou par le vice de sa construction. »

Aux termes de ce texte, deux conditions sont nécessaires pour que la responsabilité du propriétaire de l'édifice soit

1. Voy. Planiol, Traité, 1º0 édition, II, nº 962, p. 288.

2. Voy. ibid., nº 961, p. 287.

3. Cass. 45 janvier 1900, D. P. 1900.I.96, Sir. 1900.I.191, — 22 octobre 1901, D. P. 1901.I.526, Sir. 1902.I.8, — 11 mars 1902, D. P. 1902.I.113, Sir. 1902.I. 392.

4. Voy. suprà, nos 1173 et 1185, — et Capitant, Des obligations de voisinage, p. 20 et 24. — Cpr. Cass. 4 janvier 1899, D. P. 1899.I.24, Sir. 1899.I.231, — 26 février 1901, D. P. 1901.I.165, Sir. 1901.I.232, — 22 mai 1901, D. P. 1901.I.356, Sir. 1901.I.280, — 8 juillet 1901, D. P. 1901.I.464, Sir. 1902.I.87, — 22 oc-

tobre et 4 décembre 1901, Sir. 1902.I.8.

La loi du 19 avril 1901, relative à la réparation des dommages causés par le gibier aux récoltes, n'a rien changé aux règles qui viennent d'être exposées; elle a simplement étendu la compétence des juges de paix à trois cent francs en dernier ressort et à une somme indéterminée en premier ressort, règles laissées intactes par la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence des juges de paix,— puis limité à six mois la prescription de l'action en dommages-intérêts. Le projet du gouvernement établissait une présomption de faute à la charge du détenteur du droit de chasse, lui réservant toutefois de prouver qu'il a pris toutes les mesures en son pouvoir pour réduire le nombre et prévenir les dégâts des animaux nuisibles; mais cette présomption a été écartée par le Sénat. Voy. le rapport de M. le sénateur Savary, documents parlementaires du Sénat, année 1901, p. 149.

engagée. Il faut : 1° qu'il y ait eu dommage causé par la ruine, — 2° que la ruine ait eu pour cause le défaut d'entretien ou un vice de construction. Ces conditions, qui sont nécessaires, sont en même temps suffisantes; la victime du dommage, pour obtenir une indemnité, n'a pas besoin de prouver la faute du propriétaire 1.

1225. Le fondement de la responsabilité établie de la sorte consiste dans une faute présumée par la loi à la charge du propriétaire de l'édifice ². La loi présume que le vice de construction et le défaut d'entretien proviennent d'une faute du propriétaire; il avait le devoir de bien construire ou de faire bien construire, le devoir d'entretenir l'édifice; le manquement à ce devoir constitue une faute ³; et le fait que l'édifice tombe en ruine est regardé par la loi comme une preuve qu'il a commis cette faute ⁴.

1. La jurisprudence a fait une application notable de la responsabilité établie par l'artic e 1386 à propos de l'incendie de l'Opéra comique. Elle a déclaré l'Etat responsable comme propriétaire de l'édifice incendié, attendu que la ruine de l'édifice devait être considérée comme résultant de son mauvais entretien et des vices de sa construction. Voy. Cass. 12 juin 1901, D. P. 1902.1.372.

2. Voy. Fromageot, De la faute, p. 162, -- et la note de M. Labbé dans Sir. 1871.I.9.

3. Voy. suprà, nº 1167.

4. Il est important de bien mettre en relief l'idée que la responsabilité établie par l'article 1386 a pour fondement une présomption de faute. On pourrait être tenté de considérer le propriétaire comme responsable non parce qu'il est en faute, mais parce qu'il est propriétaire ; la responsabilité se rattacherait alors au fait même de la propriété et serait une responsabilité ob rem. C'est une conception qui « est vaguement au fond de beaucoup d'esprits », dit M. Labbé (note citée, Sir. 1871. I. 9, col. 1.). Cpr. Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, dans la Revue critique de 1906, p. 87 et 88, — et Chi-

roni, Colpa extra-contrattuale, II, p. 176 et suiv.

Cette manière de voir n'est pas admissible. Si le législateur avait voulu rendre le propriétaire responsable en tant que propriétaire, il n'aurait pas obligé la victime du dommage à faire la preuve du défaut d'entretien ou du vice de construction. D'ailleurs, la notion de faute domine toute la matière de la responsabilité civile. « Tous les articles du chapitre des délits et quasi-délits ne répè« tent pas le mot faute, dit M. Labbé (loc. cit., col. 2); mais ils sont tous do» minés, à cet égard, par le principe écrit dans le premier article de ce chae pitre, l'article 1382. Que le dommage provienne de notre fait, ou du fait des « choses nous appartenant, il n'y a pas à distinguer. Sans faute, point d'obliga tion. »

Aussi les auteurs qui prétendent substituer la notion du risque à celle de faute comme principe de la responsabilité civile en général (suprà, nº 1131, 1193 et 1194, — et infrà, nº 1231) s'efforcent-ils d'établir que la responsabilité de l'article 1386 est un risque de la propriété et non la conséquence d'une faute. La cause défendue par ces auteurs serait à moitié gagnée s'ils parvenaient à établir que la notion du risque est consacrée par la loi, ne le

De ce que le fondement de la responsabilité qui nous occupe consiste ainsi dans une présomption de faute, il résulte que cette responsabilité doit être considérée comme n'existant pas dans diverses hypothèses où il est manifeste que la faute avant occasionné le dommage ne saurait être imputable au propriétaire. Ainsi la jurisprudence a décidé que le propriétaire d'une maison en construction n'est pas responsable du dommage causé par la chute de cette maison, attendu qu'il n'en a encore ni la possession ni la garde; on ne peut pas lui reprocher de ne pas s'être immiscé dans des travaux en voie d'exécution, pour les quels il ne pouvait que s'en rapporter aux hommes de l'art choisis par lui 1. Pour les mêmes motifs, la jurisprudence a admis qu'une commune, propriétaire d'un édifice, n'est pas responsable du dommage causé par la ruine provenant d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, lorsque la commune n'avait pas le droit d'effectuer des réparations à l'édifice, attendu qu'il était classé parmi les monuments historiques 2.

Sauf dans des hypothèses exceptionnelles de ce genre, la présomption de faute établie par l'article 1386 a tout son effet. Et il est admis sans conteste que cette présomption est irréfragable; le propriétaire est irrecevable à alléguer, pour s'exonérer, soit son ignorance du défaut d'entretien, soit l'impossibilité où il s'est trouvé de connaître le vice de construction qui a déterminé la chute du bâtiment 3.

La présomption est donc extrèmement rigoureuse et risque de jouer à faux dans certain cas *. La rigueur de la loi s'explique par un motif d'utilité pratique; lorsqu'un bâtiment s'écroule plus ou moins longtemps après avoir été construit,

fût-elle que par un seul article et dans un cas particulier; ce serait un pied dans la place.

1. Lyon 20 janvier 1863, Sir. 1864.II.1.

2. Dijon 24 janvier 1869, Sir. 1870.II.74.— Cpr. Grenoble 10 février 1892, Sir. 1893.II.205, — Pau 31 mai 1895, sous Cass. 23 février 1897, Sir. 1898.I.65 (note de M. Esmein), — Douai 16 décembre 1896, D. P. 1900. V. 586, Sir. 1897.II.126, — Gand 30 janvier 1897, Sir. 1900.IV.14, — Nancy 10 novembre 1900, D. P. 1901.II.447.

3. Voy. en ce sens le rapport de Bertrand de Greuille, dans Locré, XIII, p. 43 et 44,— et le discours de Tarrible, *ibid.*, p. 58.— Cpr. Rouen 19 juillet 1872, D. P. 1873. V. 403, Sir. 1872.II.149, — Cass. 19 avril 1887, D. P. 1888.I.27, Sir. 1887.I.217, — 23 janvier 1897, Sir. 1898.I.65, — 28 février

1899, Sir. 1899.I.400.

4. Voy. Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, dans la Revue critique de 1906, p. 89.

les tiers qui éprouvent un dommage de ce chef ne connaissent que le propriétaire actuel, et il n'y aurait aucune sécurité pour eux s'il ne leur était pas permis d'obtenir, dans tous les cas, une indemnité de ce propriétaire. D'ailleurs, il convient d'ajouter que le propriétaire du bâtiment a éventuellement un recours contre la personne responsable du vice de construction ou du défaut d'entretien : vendeur de l'immeuble ou architecte.

1226. Ces quelques idées étant exposées, il ne reste plus que deux questions à résoudre pour en finir avec le commentaire de l'article 1386.

Première question.

L'article 1386 établit la responsabilité à la charge des propriétaires de bâtiments, ce qui comprend les maisons et autres constructions. Mais la question se pose de savoir s'il ne convient pas d'étendre la disposition du texte aux choses qui sont incorporées à un bâtiment, telles que les machines, et s'il ne convient pas de l'étendre aux dommages causés soit par des travaux pratiqués dans le sol, soit par la chute d'un arbre.

Certains auteurs tiennent pour l'interprétation restrictive³. D'autres estiment qu'il y a les mêmes raisons pour appliquer la présomption de faute dans tous les cas indiqués ⁴. La jurisprudence paraît incliner vers cette dernière solution, mais non pas sans quelques hésitations à certains égards ⁵.

^{1.} Voy. Sourdat, Responsabilité, 5e édition, II, nº 1453.

^{2.} Metz 30 novembre 1865, Sir. 1866.II.187, -- et Rouen 19 juillet 1872, précité.

^{3.} Laurent, Principes, XX, nº 640, — Baudry-Lacantinerie, Précis, 8º édidition, II, nº 680 bis, — Planiol, Trailé élémentaire, 2º édition, II, nº 924.

^{4.} Larombière, Obligations, article 1386, nº 10, — Sourdat, Responsabilité, 5° édition, II, nºs 1451 et 1453 ter.

^{5.} Voy. Conseil d'Etat 10 mars 1876, Sir. 1876.III.75, — Paris 20 août 1877, Sir. 1878. II.48, — Cass. 19 avril 1887, Sir. 1887.I.217, — Grenoble 10 février 1892, Sir. 1893.II.205, — Nancy 21 mars 1896, D. P. 1896.II.518, Sir. 1896.II. 235, — Cass. 16 juin 1896, D. P. 1897.I.435 (note de M. Saleilles), Sir. 1897. I.17 (note de M. Esmein), — 29 mars 1897, D. P. 1897.I.216, Sir. 1898.I.65 (note de M. Esmein), — 28 février 1899, D. P. 1899.I.228, Sir. 1899.I.400, — Paris 23 mars 1901, D. P. 1901.II.396.

En sens contraire: Cour supérieure de Luxembourg 29 avril 1880, Sir. 1881.IV.33, — Liège 25 mai 1900, Sir. 1901.IV.39, — Cass. 19 juillet 1870, Sir. 1871.I.9, — 5 avril 1894, D. P. 1894.I.477.

Seconde question.

L'hypothèse visée par l'article 1386 est celle d'un bâtiment tombant en ruine et causant un dommage à un voisin ; le texte fait une faveur à la victime en lui permettant d'obtenir une indemnité sans avoir à prouver la faute du propriétaire. Mais le voisin, favorisé à ce point de vue, est-il obligé, pour agir contre le propriétaire, d'attendre la réalisation de la ruine, et ne peut-il rien faire pour se garantir contre la ruine menaçante?

La question n'est tranchée par aucun texte. Elle est rendue délicate par les origines historiques de l'article 1386.

Dans le droit romain primitif, étant donné la séparation très nette des droits réels et des droits de créance, le droit de propriété n'engendrait aucune obligation à la charge du propriétaire; le propriétaire d'un bâtiment tombé en ruine n'était tenu d'aucune réparation à l'égard du voisin ayant subi un dommage du fait de la ruine et s'exonérait d'une manière complète en faisant abandon des matériaux tombés, des décombres ¹. Plus tard, le voisin d'une maison menaçant ruine fut autorisé à exiger du propriétaire l'engagement de réparer le dommage au cas où il viendrait à se produire : c'est la cautio damni infecti; si le propriétaire se refusait à donner la caution, le préteur envoyait le voisin en possession de l'immeuble ².

L'ancien droit français transforme les règles romaines de la manière suivante. Si le bâtiment tombe, le propriétaire est tenu de réparer le dommage causé par la chute, à moins qu'il ne préfère abandonner la place et les matériaux, cas auquel il est déchargé 3. Si le bâtiment menace ruine, le voisin peut faire sommation au propriétaire de le démolir ou de le réparer, faute de quoi le voisin peut se faire autoriser par justice à exécuter lui-même les travaux nécessaires pour prévenir la chute 4.

^{1.} Voy. Girard, Manuel élémentaire, 2° édition, p. 249 et 250, — Planiol, Traité élémentaire, 1° édition, II, n° 965, p. 288, — Fromageot, De la faute, p. 162.

^{2.} Voy. Fromageot, loc. cit., — Cpr. Girard, loc. cit., p. 306, — et Labbé, note dans Sir. 1871.I.9, col. I.

^{3.} Domat, Lois civiles, livre II, titre VIII, section 3, — Bourjon, Droit commun de la France, livre VI, titre II, chap. 6 et 7.

^{4.} Domat, loc. cit., nº 1, 2 et 3. — Cpr. Rousseau de la Combe, Jurisprudence civile, vº Dommage, section 3, — et Merlin, Répertoire, v° Bâtiment, nº 3.

Dans le droit actuel, il est hors de doute que le voisin ne peut plus exiger la cautio damni infecti, laquelle serait sans objet, puisque la réparation du dommage advenu est suffisamment assurée par l'article 1386 ¹. Mais le voisin, en présence d'une ruine menaçante, peut-il exiger du propriétaire qu'il démolisse ou répare l'immeuble, ou bien se faire autoriser à exécuter lui-même les travaux nécessaires? Les auteurs refusent généralement ce droit au voisin; le Code, disent-ils, n'en parle pas, et les travaux préparatoires semblent indiquer que le législateur a voulu le lui enlever ². Mais la solution ne paraît pas s'imposer; il est excessif de laisser le voisin désarmé contre la menace de ruine, et au surplus cette menace constitue un dommage suffisamment actuel ³ pour qu'il soit autorisé à demander réparation ⁴.

§ 4. — Responsabilité des choses inanimées que l'on a sous sa garde.

1227. L'article 1384, dont nous avons longuement parlé à propos de la responsabilité du dommage causé par les personnes dont on doit répondre ⁵, contient une ligne que nous n'avons pas encore mentionnée. Nous connaissons le début du texte: « On est responsable non seulement du dommage « que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui « est causé par le fait des personnes dont on doit répondre...» Le texte ajoute: « ou des choses que l'on a sous sa garde ». Des controverses ardentes se sont élevées sur le sens qu'il convient d'attribuer à ce membre de phrase ⁶.

^{1.} Aubry et Rau, 4e édition, IV, p. 773, note 17.

^{2.} Voy. Aubry et Rau, loc. cit., note 18, — Fromageot, loc. cit., p. 163, — Planiol, loc. cit., p. 289. — Cpr. le rapport de Bertrand de Greuille, dans Locré, XIII, p. 43, nº 46.

^{3.} Voy. suprà, nº 1157.

^{4.} Sic: Rennes 23 mars 1843, D. P. 1844.II.122, Sir. 1844.II.204, — Bordeaux 18 mai 1849, D. P. 1850.II.86, Sir. 1850.II.183.

^{5.} Suprà, nos 1201 et suiv.

^{6.} Voy. sur ce sujet Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile, 1897, — Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées, 1897, — Tart, De la responsabilité à raison des choses mobilières inanimées, — Pisier, De la responsabilité du fait des choses, thèse de doctorat soutenue à Paris en 1899, — la note de M. Labbé dans Sir. 1890.IV.17, — la note de M. Boistel dans D. P. 1901.I.41, — les notes de M. Esmein dans Sir. 1897.I.17, 1898.I.65, 1899.I.497, — la note de M. Saleilles dans D. P. 1897.I.433, — et la note de M. Josserand dans D. P. 1900.II.289.

1228. Dans un premier système 1, l'article 1384, en parlant « des choses que l'on a sous sa garde », viserait seulement les êtres animés. Voici comment on raisonne pour l'établir.

L'ancien droit ne connaissait, indépendamment de la responsabilité des personnes que l'on a sous sa garde, que deux responsabilités: 1° celle qui résulte du fait des animaux et qui a été consacrée par l'article 1385, — 2° celle qui résulte de la ruine totale ou partielle des bâtiments et qui a été consacrée par l'article 1386. Il n'établissait aucune responsabilité résultant des choses inanimées que l'on a sous sa garde.

Or les termes mêmes de l'article 1384 prouvent que le législateur ne s'est pas écarté de la tradition à cet égard et n'a voulu viser que la responsabilité résultant du fait des animaux. D'une part, il assimile le dommage causé par le fait des choses au dommage causé par le fait des personnes, ce qui indique que le fait dont il s'agit est un acte, un mouvement actif et spontané ne pouvant émaner que d'un être vivant. D'autre part, le texte parle des choses que l'on a sous sa garde, et le mot garde s'entend d'un être animé, non d'une chose inanimée.

Enfin les travaux préparatoires fournissent un argument dans le même sens. Dans la rédaction primitive du chapitre Des délits et des quasi-délits, les articles 1384 et 1385 formaient un article unique; dès lors, il apparaissait nettement que l'alinéa 1 énonçait le principe général, développé ensuite dans trois alinéas en ce qui concerne les personnes, puis dans un alinéa final en ce qui concerne les animaux. Cet alinéa final a été détaché du reste pour former un article distinct, l'article 1385; mais l'ordonnance primitive des textes marque que les choses visées au début ne sont autres que les animaux visés à la fin.

1229. D'autres interprètes, considérant la généralité des termes employés par la loi, et estimant que les travaux préparatoires ne fournissent aucune indication suffisamment précise qui impose une interprétation restrictive de ces termes, admettent que l'article 1385 concerne seul la responsabilité du fait des animaux, que l'article 1384 parle d'une autre responsabilité, laquelle ne peut être, dès lors, que la

^{1.} Esmein, note dans Sir. 1897.I.17, — Tart, loc, cit. — Cpr. Fromageot, De la faute, p. 99 et 100.

responsabilité du fait des choses inanimées. Le texte établit une présomption de faute contre le propriétaire de toutes les choses inanimées d'où résulte un dommage pour un tiers. Mais cette présomption est seulement relative; elle peut être détruite par toute preuve contraire fournie par le propriétaire ¹.

1230. Partant toujours de l'idée que l'article 1384 vise les choses inanimées, certains auteurs vont plus loin que les précédents et soutiennent que la présomption de faute établie par la loi ne peut pas être combattue par toute preuve contraire. Le propriétaire peut écarter la présomption en prouvant que le dommage provient soit d'un cas fortuit, soit d'une force majeure, soit d'une faute de la victime; mais il ne peut pas se décharger en établissant soit que le dommage provient de la faute d'un tiers, soit que le vice de la chose était occulte et que, par conséquent, le dommage ne pouvait pas être conjuré ².

1231. Enfin plusieurs interprètes, conservant l'idée que l'article 1384 vise les choses inanimées, placent le fondement de la responsabilité du propriétaire ailleurs que dans une faute présumée par la loi à la charge de celui-ci. Le propriétaire, disent-ils, est responsable de plein droit comme tel, en tant que propriétaire et en dehors de toute présomption de faute; sa responsabilité est un risque de la propriété, et elle a pour base une obligation imposée directement par la loi ².

Deux conséquences résultent de là. D'abord, la victime du dommage n'a pas d'autre preuve à fournir, pour obtenir réparation, que celle du dommage lui-même et d'un rapport de causalité entre ce dommage et la chose appartenant au propriétaire actionné en réparation du dommage 4. D'autre

^{1.} Laurent, Principes, XX, nº 639, - Huc, Droit civil, VIII, nº 439. -

Voy. Pisier, loc. cit., p. 37 à 46.

2. Trib. de Bourges 7 février 1895, trib. d'Agen 17 mars 1897, trib. de la Seine 28 janvier 1899, trib. de Mayenne 2 mars 1899, D. P. 1900.II. 289. — On peut dans une certaine mesure rattacher à ce système l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1896, D. P. 1898.I.433, Sir. 1897.I.47. — Cpr. Grenonoble 10 février 1892, Sir. 1893.II.205, — Dijon 26 décembre 1895, Sir. 1896. II.48, — Cass. 30 mars 1897, D. P. 1897.I.441, Sir. 1898.I.65.

^{3.} Voy. Saleilles, Josserand, Pisier, loc. cit. — Cpr. les motifs d'un arrêt du Tribunal d'Empire du 11 décembre 1885, Sir. 1887.IV.18.— Voy. aussi Teisseire, thèse citée, p. 88 et suiv., — et le compte-rendu de M. Bouvier, dans la Revue critique, de 1898, p. 181 et suiv.

^{4.} Voy. Josserand, note citée, dans D. P. 1900, II. 290, col. 1.

part, le propriétaire est responsable de tout dommage causé par sa chose, même si cette chose est en bon état et ne présente aucun vice de construction; en d'autres termes, il est responsable des cas fortuits et ne peut s'exonérer de la responsabilité qu'en prouvant que l'accident provient soit d'une force majeure, soit d'une faute de la victime ou d'un tiers.

L'argument invoqué à l'appui de cette manière de voir est extrêmement intéressant au point de vue doctrinal. Il consiste à dire que la notion de faute est loin d'avoir l'importance qu'on a coutume de lui attribuer dans la matière de la responsabilité civile; à supposer, dit-on, que certaines des responsabilités établies par les articles 1382 à 1386 se rattachent à l'idée de faute, il en est d'autres qui se rattachent à une idée toute différente, celle du risque inhérent à la propriété; on cite comme exemples les responsabilités consacrées par les articles 1385 ¹ et 1386 ², et on prétend y assimiler la responsabilité des choses inanimées ³.

L'argumentation étant telle, nous n'avons pas à nous attarder longuement pour la réfuter, ayant donné comme base à notre étude sur la responsabilité civile l'idée de la faute 4, et ayant insisté particulièrement sur ce point que les responsabilités diverses établies par les articles 1384 à 1386 sont toutes fondées sur une présomption de faute 5.

Nous voulons seulement présenter une double observation. 1° La théorie d'après laquelle la responsabilité des propriétaires de choses inanimées a pour fondement non pas une présomption de faute, mais le fait même de la propriété, a été imaginée, antérieurement à la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, dans le dessein d'améliorer la situation des ouvriers victimes d'accidents 6; l'accident provenant presque toujours d'une machine dont le patron est propriétaire, l'ouvrier victime d'un accident aurait pu obtenir une indemnité sans avoir à prouver la faute de son patron 7. Nous sommes donc en présence d'une théorie tendancieuse. Si elle avait prévalu,

Suprà, nº 1218.
 Ibid., nº 1225.

^{3.} Voy. pour l'ensemble de la construction doctrinale la note de M. Josserand.

^{4.} Suprà, nºs 1144, 1151.

^{5.} Voy. notamment suprà, n°s 1200, 1201, 1211, 1218 et 1219, 1225.

^{6.} Voy. suprà, nºs 1193 et 1198.

^{7.} Voy. Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilite civile.

peut-être la loi de 1898 n'aurait-elle pas été votée; et il faut remarquer qu'alors la situation de l'ouvrier aurait été moins favorable, car la loi de 1898 garantit l'ouvrier même contre l'accident arrivé par sa faute, ce que ne fait pas la théorie qui nous occupe.

2° Le vote de la loi de 1898 n'a pas fait tomber cette théorie dans l'oubli. Elle a été reprise et perfectionnée par les interprètes qui s'efforcent de substituer l'idée de risque à l'idée de faute comme fondement de la responsabilité civile ¹. Par le canal de l'article 1384 alinéa 1, on cherche à faire prévaloir le principe que tout propriétaire d'une chose a l'obligation de réparer le dommage causé par cette chose, asbtraction faite de toute considération de faute; et on se propose, le principe une fois dégagé, d'en faire application non seulement pour l'interprétation des articles 1384 à 1386, mais encore pour l'interprétation même des articles 1382 et 1383. De sorte que l'article 1384 est comme le point de départ du mouvement d'idées qui tend à bouleverser, depuis dix ans, toute la théorie de la responsabilité civile.

1232. La jurisprudence a-t-elle accueilli cette théorie, construite en dehors de l'idée de faute ?

On a pu croire un moment qu'elle allait s'y ranger ². Mais l'illusion n'a pas été de longue durée. Il résulte de nombreuses décisions judiciaires que le propriétaire d'une chose inanimée n'est pas responsable comme tel, en dehors du cas de faute; bien plus, les arrêts admettent qu'aucune présomption de faute n'existe à cet égard, en d'autres termes que l'article 1384 alinéa 1 ne vise pas les choses inanimées et que, par conséquent, la victime d'un accident résultant d'une chose inanimée doit prouver la faute du propriétaire pour obtenir une indemnité, conformément au droit commun de l'article 1382 ³. Bref, la jurisprudence se rattache au premier des systèmes que nous avons indiqués ⁴.

Cette jurisprudence est inattaquable au point de vue du

^{1.} Voy. suprà, nºs 1151, 1193 et 1194, 1225, et particulièrement la note 4 de la p. 806.

^{2.} Voy. Cass. 16 juin 1896, D. P. 1898.1.433, Sir. 1897.I.17.

^{3.} Orléans 20 décembre 1888, Sir. 1890.II.14, — Bruxelles 16 avril 1894, Sir. 1895.IV.20, — Douai 16 décembre 1896, Sir.1897.II.126, — Gand 30 janvier 1897 et 5 novembre 1898, Sir. 1900.IV.13, — Cass. 12 juillet 1899, D. P. 1901.I.41, Sir. 1899.I.497, — trib. de Cahors 9 juillet 1900, Sir. 1902.II.52, — Cass. 29 octobre 1901, Sir. 1902.I.212, — 15 juillet 1902, Sir. 1903.I.524.

^{4.} Suprà, nº 1228.

droit. Mais la loi, interprétée de la sorte, apparaît singulièrement défectueuse. Il serait rationnel qu'une présomption de faute existât à la charge des propriétaires de choses inanimées comme à la charge des propriétaires d'animaux 1 « Un che- « val qui tire un chargement vient à s'emporter, dit très bien « M. Thaller 2 : perte de la marchandise, mort d'un voyageur. « Le voiturier est tenu. Pourquoi cesserait-il de l'être, depuis « que le moteur mécanique s'est substitué à la force animale, « si ce moteur échappe à la direction de ceux qui le condui- « sent ? »

SECTION III. — Conséquences de la responsabilité.

1233. Lorsque les éléments constitutifs de la responsabilité sont réunis et que la preuve est faite, la conséquence essentielle est que l'auteur responsable du dommage est tenu de le réparer.

Nous allons rechercher successivement: 1° quelles sont la nature et l'étendue de la réparation, — 2° à qui appartient l'action en indemnité, — 3° quels sont les caractères de l'ac-

tion en indemnité.

§ 1. — Nature et étendue de la réparation.

1234. La nature de la réparation due varie suivant les cas. Le plus souvent, la réparation consiste dans l'attribution d'une somme d'argent à la victime du dommage³. Mais le juge peut accorder à la victime toute autre réparation qui paraîtrait plus adéquate au préjudice causé.

Par exemple, la réparation peut consister dans le paiement d'une rente viagère, ou dans le paiement ⁴ périodique d'une certaine somme aussi longtemps que le préjudice continuera de subsister ⁵. Elle peut aussi s'effectuer en nature;

3. Sur l'emploi des mots « dommages-intérêts » pour désigner l'indemnité due comme conséquence d'une responsabilité délictuelle, voy. suprà, p. 264, note 1.

Voy. Willems, dans la Revue générale de droit, 1895, p. 510 et suiv.
 Traité élémentaire de droit commercial, 3° édition, p. 598.

^{4.} Cons. d'Etat 3 mai 1895, D. P. 1896.III.59, Sir. 1897.III.85.

^{5.} Aix 20 mars 1867, Sir. 1868.II.181, — Cass. 19 mai 1868, D. P. 1868.I. 486, Sir. 1869.I.114, — 17 avril 1872, Sir. 1872.I.76, — Montpellier 18 février 1898, Sir. 1898.II.160.

notamment, quand il s'agit de dommages causés par un voisin, le juge ordonne souvent la destruction des ouvrages ayant occasionné le dommage; souvent, mais non pas toujours, et le juge se contente parfois de condamner à payer une indemnité, considérant qu'il y aurait abus à exiger la démolition. Enfin la réparation peut consister dans la publicité donnée au jugement de condamnation, ce qui est le mode de réparation ordinaire pour les injures et diffamations.

1235. Quant à l'étendue de la réparation, l'article 1382 dit que l'auteur du dommage doit le réparer. Cette indication très nette doit être prise au pied de la lettre. Elle est la base commune de trois règles, qu'il importe de poser avec précision.

Première règle.

1236. La réparation doit être intégrale, adéquate au préjudice souffert, et cela dans tous les cas 3. Il n'y a pas à distinguer suivant la gravité de la faute, suivant qu'il s'agit d'un délit ou d'un simple quasi-délit 4; et encore moins faut-il tenir compte de la situation de fortune de l'auteur du dommage 5. Le dommage entier doit toujours être réparé 6.

1. Cons. d'Etat 24 juin 1892, Sir. 1894.III.57. — Cpr. Charmont, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 417.

2. Bourges 30 novembre 1883, Sir. 1884.II.96, — Paris 7 mai 1890, D. P.

1891.II.33, Sir. 1890.II.171.

3. Les règles que nous exposons s'appliquent à la réparation du préjudice résultant d'une faute, conformément aux articles 1382 et suivants; elles ne sont pas applicables quand il s'agit du risque professionnel, conformément à la loi du 9 avril 1898. Nous avons déjà dit que cette loi a substitué l'idée de risque à l'idée de faute en ce qui concerne les accidents du travail (suprà, nº 1193); tous les accidents donnent droit à une réparation, sauf ceux qui résultent de la force majeure (suprà, p. 753, note 4). Il faut ajouter maintenant que la loi de 1898 a écarté le système établi par le Code de 1804 en ce qui concerne l'étendue de la réparation due ; à la place du système de la réparation adéquate au préjudice, elle a introduit le système dit de la réparation forfaitaire; en d'autres termes, le taux de la réparation, au lieu d'être calculé d'après l'importance du dommage, est fixé d'avance, suivant un tarif, et proportionnellement au montant du salaire de la victime. Voy. Sachet, Traité théorique et pratique de législation sur les accidents du travail, 3º édition, I, p. 12, 242 et suiv., - et Loubat, Traité sur le risque professionnel, 2º édition, nºs 155 et suiv.

4. Sur la distinction du délit et du quasi-délit, voy. suprà, nº 1145 et

5. Secus, Nancy 9 décembre 1876, D. P. 1879.II.47.

6. Voy. l'indication de détail, importante au point de vue pratique, qui a été présentée suprà, p. 282 et 283.

Dès lors, la différence est considérable, à cet égard, entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. S'agit-il de dommages-intérêts dus par suite d'une responsabilité contractuelle, l'article 1450 décide que les dommages-intérêts sont plus élevés quand le débiteur a commis un dol que quand il a commis une simple faute ¹, et l'article 1451 ajoute que les dommages-intérêts ne doivent jamais comprendre, même en cas de dol, « que ce qui est une suite « immédiate et directe de l'inexécution de la convention » ². S'agit-il, au contraire, d'une indemnité due par suite d'une responsabilité délictuelle, le montant de la réparation se mesure toujours au montant du dommage, et la réparation doit toujours comprendre le dommage entier, avec toutes ses conséquences, même les plus éloignées ³.

La raison de décider ainsi est double. D'une part, l'article 1382 marque nettement, sans faire de distinction, que l'objet de l'obligation délictuelle est de réparer le dommage. D'autre part, les articles 1150 et 1151 ont été édictés en vue des dommages-intérêts, et il y aurait abus à confondre les dommages-intérêts avec l'indemnité délictuelle '; sans compter que les deux articles distinguent entre ce qui a pu et ce qui n'a pas pu être prévu lors du contrat, de sorte que l'application s'en trouve impossible dans l'hypothèse de la responsabilité délictuelle, faute d'un contrat au moment duquel on puisse se placer pour apprécier quelles ont pu être les prévisions des parties.

Au surplus, il est indispensable de noter que cette différence entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, si elle est très importante en théorie, l'est beaucoup moins en pratique. En effet, le juge du fait, en matière

^{1.} Voy. suprá, p. 285 et 286.

^{2.} Ibid., p. 286 et 287.

^{3.} Il y a cependant des hésitations parmi les auteurs.

En ce qui concerne l'application de l'article 1150, voy. Larombière, Obligations, article 1382, n°s 8 et 28, — Sourdat, Responsabilité, 5° édition, II, n° 659, — Laurent, Principes, XX, n° 530, — Planiol, Traité élèmentaire, 1°s édition, II, p. 280, n° 937, — et Willems, dans a Revue générale de droit, 1895, p. 300 et suiv.

En ce qui concerne l'application de l'article 1151, voy. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 267, — et Willems, loc. cit., p. 127

^{4.} Voy. suprà, p. 264, note 1.

de responsabilité délictuelle, jouit d'un pouvoir souverain

pour fixer le montant de l'indemnité 1.

1237. Il y a cependant un cas dans lequel la victime du dommage ne peut pas obtenir réparation intégrale du dommage: c'est celui dans lequel le dommage a pour cause une faute de la victime en même temps que la faute d'un tiers. On dit alors qu'il y a faute commune 2. La faute de la victime atténue la responsabilité de l'auteur du dommage et doit faire abaisser le montant de la condamnation prononcée contre lui 3.

Deuxième règle.

1238. La jurisprudence admet d'une manière constante que les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, ou les auteurs de délits civils connexes sont solidairement responsables du dommage éprouvé par la victime. Nous avons signalé cette règle 4 et montré qu'elle ne laisse pas d'être difficile à justifier. La seule justification possible, avons-nous dit 5, consiste dans l'idée que chacun des coauteurs est tenu de la réparation complète du dommage, aux termes mêmes de l'article 1382; de sorte que la solution consacrée par la jurisprudence est une application de l'idée générale dont nous déduisons ici les conséquences 6.

Troisième règle.

1239. Si la réparation doit comprendre tout le dommage, il est évident, d'autre part, qu'elle ne saurait en aucun cas le dépasser. Cette idée fait naître des difficultés assez graves dans l'hypothèse où la victime du délit avait contracté une assurance pour se garantir contre le dommage éprouvé. Faut-il, pour déterminer le montant de l'indemnité due par l'auteur du dommage, tenir compte de l'indemnité payée par l'assureur?

2. Cpr. suprà, p. 752 et 798

4. Suprà, p. 445 et suiv.

5. Ibid., p. 446.

^{1.} Voy. Planiol, loc. cit., nº 936, p. 280.

^{3.} Voy. Planiol, loc. cit., p. 280, nº 939. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, vº Responsabilité, nº 271 et suiv., — et Fuzier-Herman, Code civil annoté, article 1382, nº 1410 et suiv.

^{6.} Voy. sur ce point Planiol, loc. cit., nos 940 et suiv., p. 280 et suiv., — et Willems, loc. cit., p. 417.

Il semble, au premier abord, qu'aucune hésitation ne soit possible ¹. La victime de l'accident est indemnisée par le paiement de l'assureur; le dommage est désormais réparé, et il n'existe plus de préjudice pouvant servir de fondement à un recours contre l'auteur du dommage. Si la victime était admise à réclamer une indemnité en sus du capital assuré, elle serait indemnisée deux fois ².

La jurisprudence s'est prononcée longtemps en ce sens 3. Elle admettait seulement, à titre de tempérament, que l'assuré peut céder à l'assureur son action en indemnité contre l'auteur du dommage; et cela soit à l'avance dans la police, soit au moment de l'accident 4.

Puis un revirement s'est produit, sous l'influence des considérations suivantes 5. D'une part, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peuvent profiter aux tiers; or l'auteur du dommage profiterait du contrat d'assurance s'il pouvait échapper à la responsabilité sous prétexte que la victime se trouve indemnisée par l'effet de ce contrat 6. D'autre part, l'acte de prévoyance accompli par l'assuré ne saurait avoir pour effet de rendre sa situation moins bonne que s'il n'avait pas contracté d'assurance; or la victime non assurée aurait pu réclamer à l'auteur du dommage le montant intégral du préjudice souffert, tandis que la victime assurée, si elle reçoit la même indemnité de l'assureur, ne la reçoit que sous la déduction des primes pavées pendant un temps plus ou moins long 7. En troisième lieu, il est tout à fait inexact, au point de vue juridique, de dire que la victime serait indemnisée deux fois si elle était admise à se faire payer une indemnité par l'auteur du dommage en sus de l'indemnité payée par l'assureur; en effet, la somme versée

^{1.} Voy. sur cette question Henri Capitant, Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance, dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 52 et suiv.

^{2.} Capitant, loc. cit., p. 53.

^{3.} Voy. les arrêts rapportés, ibid., p. 54.

^{4.} Voy. ibid., p. 57. 5. Voy. Capitant, loc. cit, p. 55, note 2; — notamment Amiens 4 décembre 1903, D. P. 1903, II.313 (note de M. Hitier), Sir. 1903.II.257 (note de M. Wahl), Pandectes françaises périodiques, 1904.II.129 (note de M. Cosmao Dumanoir), — et Paris 2 mars 1905, Le Droit du 7 juin.

^{6.} Capitant, loc. cit., p. 56.

^{7.} Ibid., p. 56 et 57.

par l'assureur n'a pas le caractère d'une indemnité payée pour réparer le préjudice, elle est payée en vertu du contrat d'assurance et se présente comme l'équivalent des primes versées par l'assuré 1. Enfin, la cession par l'assuré à l'assureur de son action en indemnité contre l'auteur du dommage paraît impossible à justifier dans l'opinion qui considère l'assuré comme dépourvu d'action contre l'auteur du dommage; car on voit mal comment il pourrait céder une action qui n'est pas ouverte en sa personne 2.

Pour ces raisons diverses, la jurisprudence admet aujourd'hui la victime du dommage à agir cumulativement contre l'assureur et contre l'auteur du dommage. Plus précisément, la jurisprudence se prononce en ce sens quand il s'agit d'assurances dites de personnes, c'est-à-dire d'assurances sur la vie ou contre les accidents ; mais aucune décision judiciaire n'a encore consacré la théorie du cumul en ce qui concerne les assurances dites de choses, telle que l'assurance contre l'incendie. A la vérité, il n'existe aucun motif de distinguer entre les deux hypothèses; le contrat d'assurance présente les mêmes caractères juridiques dans les deux cas. Si la jurisprudence n'a pas appliqué la théorie nouvelle à l'assuranceincendie, cela tient simplement à ce que l'occasion ne lui a pas été offerte de le faire ; toutes les polices d'assurance-incendie contiennent une clause subrogeant l'assureur dans tous les droits de l'assuré, de sorte que la question ne peut pas se poser 3.

§ 2. — A qui appartient l'action en indemnité.

1240. La réponse est des plus simples. L'action appartient à toute personne qui a été lésée par la faute. Il y a autant d'actions distinctes que de personnes lésées.

Mais deux questions délicates surgissent dans cet ordre

^{1.} Capitant, loc. cit., p. 58 à 60.

^{2.} Ibid., p. 62 et suiv.

^{3.} Ibid., p. 62.

Sur le point de savoir dans quelle mesure la question qui vient d'être examinée se pose pour les accidents du travail régis par la loi du 9 avril 1898 voy. Capitant, loc. cit., p. 60, note 2.

Sur la question voisine de savoir si l'ouvrier d'une compagnie de chemin de fer peut cumuler la rente viagère due par suite d'un accident avec la pension de retraite assurée par les règlements de la compagnie, voy. ibid., p. 55, note 2.

d'idées. Nous allons donner quelques indications sommaires sur chacune d'elles.

Première question.

1241. Primus s'est assuré contre un dommage éventuel. Il subit ce dommage par la faute d'un tiers et reçoit de l'assureur l'indemnité stipulée. L'assureur peut-il recourir con-

tre l'auteur du dommage 1?

Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence se sont accordées à dire que le tiers, ayant causé un préjudice à l'assureur, doit lui rembourser le montant de l'indemnité par lui payée ². La majorité des auteurs reste fidèle à cette manière de voir ³. Mais la jurisprudence s'en est détachée peu à peu sous l'influence de considérations pratiques intéressantes à relever.

A l'époque où la jurisprudence admettait le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage, les seules assurances usitées étaient les assurances dites de choses ⁴, dont l'assurance contre l'incendie est le type. Dans ces assurances, la somme payée par l'assureur est égale au dommage subi par le sinistré; de sorte que le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage ne peut pas aboutir à faire payer par celui ci plus qu'il n'aurait versé entre les mains mêmes de la victime, à titre d'indemnité ⁵. Aucune objection ne s'élevait contre l'admission du recours.

Mais, à côté des assurances de choses, la pratique a généralisé l'usage des assurances de personnes ⁶, dont l'assurance sur la vie est le type. Or, dans ces assurances, la somme à payer par l'assureur n'a pas pour limite l'étendue du dommage subi; elle est fixée librement par les parties au contrat, et peut être notablement supérieure au montant du dommage; de sorte que le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage pourrait aboutir à faire payer par celui-ci plus qu'il n'aurait versé entre les mains de la victime, suivant le ha-

1. Voy. sur cette question Capitant, loc. cit., p. 37 à 52.

^{2.} Voy. sur la genèse curieuse de cette jurisprudence, Capitant, loc. cit., p. 38 à 42. — Cpr. Cass. 22 décembre 852, D.P. 1853.I.93, Sir.1853.I.109, — et en dernier lieu, Paris 22 mai 1903, D. P. 1904.II.133.

Voy. Capitant, loc. cit., p. 47.
 Cpr. suprà, nº 1239 in fine.
 Capitant, loc. cit., p. 43.

^{6.} Cpr. suprà, nº 1239 in fine.

sard des clauses d'une police rédigée en dehors de lui par l'assureur et l'assuré ¹. C'est ce résultat qui a choqué la jurisprudence, et qui l'a déterminée à abandonner le système

d'abord admis par elle.

Elle a commencé, tout en continuant à admettre le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage, par décider qu'en aucun cas cet auteur ne pourrait être condamné à payer à l'assureur une somme supérieure au montant du dommage? Mais cette manière de voir est difficilement soutenable; en effet, l'action de l'assureur ne peut avoir pour base que le préjudice par lui souffert, et la condamnation de l'auteur du dommage ne peut, dès lors, avoir pour mesure que le préjudice souffert non par l'assuré, mais par l'assureur³.

Aussi la jurisprudence, faisant un pas de plus, en est-elle venue à exclure purement et simplement le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage 4. Elle a été amenée à cette solution par une préoccupation d'équité. Puis elle s'est efforcée de la justifier en droit, et elle l'a fait d'une manière décisive en analysant les caractères du contrat d'assurance avec plus de précision qu'elle ne l'avait fait jusqu'alors. Deux argu-

ments se dégagent de cette analyse.

1° Le mécanisme du contrat d'assurance ne peut pas être compris si on envisage l'opération dans les rapports individuels de l'assureur avec chacun des assurés. L'assureur est un intermédiaire, dont le rôle consiste à grouper un certain nombre de personnes exposées au même dommage, puis à faire payer par chacune une certaine somme, de manière à constituer un capital permettant de payer une indemnité à celles de ces personnes qui subiront le dommage prévu ⁵; le rôle de l'assureur est tel non seulement dans le cas d'assurance mutuelle, mais même dans le cas d'assurance par une compagnie, la compagnie n'étant que la gérante de la mutualité for-

5. Capitant, loc. cit., p. 48.

^{1.} Capitant, loc. cit., p. 44.

^{2.} Trib. de la Seine 13 juin 1889, Journal des assurances, 1889, p. 497, — Paris 10 juillet 1893, D. P. 1894. II. 505 (note de M. Dupuich). — Cpr. Gapitant, loc. cil., p. 44.

^{3.} Ibid.

^{4.} Amiens 4 décembre 1902, précité, — trib. de com. de la Seine 13 avril 1905, Le Droit du 24 juin, — trib. de Nice 8 novembre 1905, Gazette du Palais du 29 décembre. — Cpr. les autres décisions rapportés par Capitant, loc. cil., p. 45, note 1.

mée par les associés¹; et ce rôle est le même dans toutes les assurances, quel que soit le dommage prévu: sinistre maritime, incendie, accident, assurance sur la vie sous ses formes diverses². Dès lors, on ne peut pas dire que la réalisation du dommage cause un préjudice à l'assureur, puisque la réparation du dommage est couverte par les primes que l'assureur reçoit de l'ensemble des assurés³; si c'est par la faute de l'auteur du dommage que l'assureur est obligé de verser une somme à la victime, c'est à titre d'assureur qu'il effectue ce versement, lequel se trouve compensé par les primes touchées⁴.

2º Le contrat d'assurance, sous toutes ses formes, est essentiellement aléatoire ⁵. Or, quand une personne conclut un contrat aléatoire, elle s'expose à la chance de gain ou de perte que le contrat comporte et doit seule, dès lors, soit profiter

du gain, soit supporter la perte 6.

Seconde question.

1242. Lorsqu'une personne a subi un dommage par la faute d'une autre, la victime du dommage, qui peut agir en indemnité, peut aussi soit s'abstenir d'intenter l'action, soit conclure avec l'auteur du dommage une convention portant renonciation au droit d'agir en indemnité. Aucun doute n'est possible sur ces divers points. Mais Primus pourrait-il, en l'absence de tout dommage causé à Secundus, convenir avec Secundus que celui-ci, au cas de dommage provenant de la faute de Primus, ne pourra réclamer aucune indemnité? En d'autres termes, l'action en réparation peut-elle être rendue irrecevable par l'effet d'une clause d'irresponsabilité?

Bien entendu, *Primus* ne peut pas se soustraire à la responsabilité de ses délits ou quasi-délits par une déclaration unilatérale de volonté. Bien évidemment aussi, la clause d'irresponsabilité conclue entre *Primus* et un tiers ne peut pas être regardée comme soustrayant *Primus* à la responsabilité vis-à-vis de *Secundus*, car la clause est *res inter alios*

^{1.} Capitant, loc. cit.

^{2.} Ibid.

^{3.} Ibid., p. 49.

⁴ Ibid.

^{5.} Voy. suprà, p. 21.

^{6.} Capitant, loc. cit., p. 50.

acta au regard de Secundus. Mais la clause d'irresponsabilité convenue entre Primus et Secundus au profit de Primus exonère-t-elle Primus à l'égard de Secundus? C'est ainsi que la question se pose. Et il n'importe, pour la solution de cette question, que la clause vise un délit déterminé, ou une catégorie déterminée de délits, ou enfin tous les délits quelconques pouvant être commis par Primus au préjudice de Secundus.

Que décider à cet égard?

1243. La règle en vertu de laquelle chacun doit réparer le dommage causé par sa faute est une règle d'ordre public (article 6) ¹, à laquelle il ne peut pas être dérogé par convention particulière ². Les clauses d'irresponsabilité seraient une prime à la négligence de devoirs dont l'accomplissement exact est une condition indispensable au maintien de la vie sociale; et le danger de pareilles clauses serait d'autant plus grave qu'elles ne manqueraient pas de se généraliser au delà de toute mesure.

On a soutenu le contraire, allant jusqu'à prétendre que la clause d'exonération est licite même en ce qui concerne le dol et la faute lourde 3. L'argumentation présentée en ce sens consiste essentiellement à faire valoir qu'une personne peut se couvrir à l'avance, au moyen d'une assurance, contre les conséquences de ses fautes; dès lors, dit-on, pourquoi ne pourrait-on pas se couvrir de même, et plus simplement, par une convention conclue avec le tiers ou les tiers que menace le préjudice pouvant résulter des fautes? Argumentation très faible, et à laquelle deux réponses peuvent être faites. D'une part, il n'existe aucune analogie entre s'exonérer d'un risque et s'assurer contre un risque; la personne qui s'assure, loin de s'exonérer des conséquences de ses fautes, en accepte la charge par avance, et stipule que l'assureur lui paiera, comme contre-partie des primes qu'elle s'engage à verser, un capital correspondant au préjudice à réparer 4. D'autre part, à supposer même qu'on puisse con-

^{1.} Voy. Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil, p. 124 et suiv.

^{2.} Voy. Fromageot, loc. cit., p. 65 et suiv., — Planiol, loc. cit., — et Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 253.

^{3.} Voy. notamment Boutaud, Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, Paris, 1896, p. 215 et suiv.
4. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 253.

clure de la faculté de s'assurer à celle de s'exonérer par contrat, il ne faut pas oublier que la jurisprudence ne permet pas de se couvrir par une assurance de ses fautes lourdes, mais autorise seulement à se couvrir des fautes lourdes de ses préposés ; de sorte que l'analogie pourrait conduire à admettre la clause d'exonération en ce qui concerne les fautes légères, non les fautes lourdes et le dol.

Il faut donc conclure que les clauses d'irresponsabilité ne

sont pas valables.

Il n'existe, d'ailleurs, aucune raison pour distinguer entre la clause par laquelle on voudrait s'exonérer d'une faute personnelle et celle par laquelle on voudrait s'exonérer de la faute d'un préposé, car la responsabilité du fait d'un préposé a pour base une présomption de faute établie par la loi à la charge du maître ². La jurisprudence admet cependant que l'armateur d'un navire peut s'exonérer par convention de toutes les fautes de son capitaine ³; d'une part, le capitaine, une fois en mer, échappe à toute surveillance de l'armateur, — d'autre part, l'armateur doit le choisir dans certaines catégories de personnes brevetées, de sorte qu'on ne peut pas lui reprocher d'avoir fait un mauvais choix ⁴.

1244. Les solutions qui viennent d'être admises relativement aux clauses d'exonération en matière de responsabilité délictuelle sont importantes à considérer pour résoudre les questions délicates qui s'élèvent relativement à la validité des clauses d'exonération en matière de responsabilité contrac-

tuelle 5.

Un débiteur peut-il stipuler qu'il ne sera tenu de payer aucune indemnité s'il commet une faute relativement à l'exécution de son obligation ?

Certains auteurs répondent, sans hésiter, dans le sens de l'affirmative. Du moins, ils répondent que le débiteur peut s'exonérer de la responsabilité de ses fautes, mais non de la

2. Suprà, nº 1211.

^{1.} Cass. 15 mars 1876, Sir. 1876.I.337 (note de M. Labbé), — 12 décembre 1893, Sir. 1896.I.91, — 22 octobre 1894, D. P. 1895.I.96, Sir. 1895.I.8.

^{3.} Cass. 1°r mars 1887, Sir. 1887.I.121 (note de M. Lyon-Caen), — 25 octobre 1899, Sir. 1899.I.496. — Voy. Thaller, loc. cit., p. 601 et 602.

4. Suprà, n° 1211.

^{5.} Voy. sur l'ensemble extrêmement complexe de ces questions la note de M. Sarrut dans D. P. 1890. I. 209. — Cpr. Boutaud, Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes.

responsabilité de son dol; et ils admettent que la faute lourde doit être assimilée au dol.

Pour justifier ces solutions, ils font appel aux considérations suivantes. Les règles relatives à la responsabilité contractuelle ont été établies par interprétation de la volonté probable des parties ²; elle sont proposées plutôt qu'imposées par le législateur, et il est naturel que les parties soient admises à en écarter l'application par convention spéciale, conformément au principe de la liberté des conventions. Toutefois, l'ordre public est intéressé à ce que chacun réponde de son dol, et le débiteur ne doit pas être admis à s'exonérer de son dol; puis, comme la faute lourde a presque la même gravité que le dol, comme d'autre part la distinction entre la faute lourde et le dol est souvent difficile à établir en fait, la faute lourde doit être mise sur la même ligne que le dol.

La jurisprudence ne semble pas se ranger à cette manière de voir.

Antérieurement à la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, les tribunaux ont été souvent appelés à se pro-non cer sur la validité des clauses d'exonération qui étaient fréquentes relativement à la responsabilité des accidents. Et la jurisprudence a refusé d'admettre la validité de ces clauses 3. Mais la controverse se compliquait de la question de savoir si la responsabilité du patron envers l'ouvrier victime de l'accident était de nature contractuelle ou délictuelle 4 ; de plus, la clause d'exonération était en général stipulée non pas entre le patron et l'ouvrier, mais entre le patron et la compagnie d'assurances avec laquelle le patron contractait une assurance collective au profit de ses ouvriers 5, ce qui compliquait l'hypothèse, la clause pouvant alors être considérée comme res inter alios acta au regard de l'ouvrier. Dès lors, les solutions données par la jurisprudence dans cet ordre d'idées ne méritent guère de fixer l'attention, surtout

^{1.} Voy. Fromageot, De la faute, p. 205 à 208, — et Planiol, Traité élémentaire, 1^{re} édition, II, nº 920, p. 274.

^{2.} Supra, nº 403, p. 236.

^{3.} Voy. la note déjà citée de M. Sarrut.

^{4.} Suprà, nº 1198.

^{5.} Voy. notamment Cass. 45 mars 1876, D. P. 1876.1.449, — Lyon 27 février 1882, Sir. 1882.II.247, — Dijon 27 mars 1882, D. P. 1882.II.225, — Paris 16 janvier 1883, D. P. 1885.II.33.

depuis que la loi de 1898 a fait disparaître tout l'intérêt pratique de ces solutions.

Dans les autres hypothèses à propos desquelles la jurisprudence a été appelée à statuer sur la question qui nous occupe, elle paraît s'être inspirée beaucoup moins de considérations théoriques que de préoccupations d'équité, suivant les espèces qui lui était soumises.

Elle n'hésite pas à considérer comme nulles certaines clauses d'irresponsabilité qu'elle regarde comme étant de nature à compromettre l'ordre public ou la sécurité publique ¹.

Spécialement, elle se refuse à sanctionner, au moins d'une manière complète, les clauses d'irresponsabilité en matière de transports ². Nous avons indiqué précédemment que la responsabilité du voiturier à raison de la perte et des avaries des choses qui lui sont confiées (article 1784) est une responsabilité contractuelle ³. Il n'est pas rare que le voiturier s'exonère conventionnellement de cette responsabilité. Or la jurisprudence décide, par une longue série d'arrêts ⁴, que la clause d'exonération ne peut pas avoir pour effet de faire disparaître la responsabilité du voiturier, qu'elle a seulement pour effet de déplacer le fardeau de la preuve, de telle sorte que c'est à l'expéditeur de prouver que la perte ou la détérioration de la chose provient d'une faute du voiturier.

Les arrêts qui consacrent cette règle la présentent comme évidente; ils la regardent comme s'imposant au point de vue de l'équité, et ne prennent pas la peine de la justifier au point de vue du droit. Si l'on voulait tenter cette justification et essayer de systématiser les solutions de la jurisprudence, on pourrait, semble-t-il, raisonner de la façon suivante. Les parties à une convention peuvent écarter la responsabilité contractuelle par une clause spéciale d'exonération; mais elles restent, vis-à-vis l'une de l'autre, dans la situation où elles se trouveraient si elles n'étaient pas liées par un contrat, c'est-à-dire qu'elles sont tenues de leurs fautes délictuelles, par application de l'article 1382; la partie qui prouve que l'autre a commis une faute engendrant un dommage peut

Voy. des exemples dans Fromageot, loc. cit., p. 207 et 208.
 Voy. Thaller, Traité élémentaire, 3° édition, p. 598 et suiv.

^{3.} Suprà, nº 1199.

^{4.} Voy. la note de M. Sarrut. — On peut citer, à titre d'exemple ; Cass., 14 avril 1899, D. P. 1899.I.487.

obtenir une indemnité; et cette responsabilité délictuelle, étant d'ordre public, ne peut être écartée par aucune convention particulière. De sorte que les règles admises relativement aux clauses d'exonération en ce qui concerne la responsabilité délictuelle réagissent sur les solutions à admettre relativement à l'effet des clauses d'exonération en ce qui concerne la responsabilité contractuelle.

Ajoutons, d'ailleurs, que la solution consacrée par la jurisprudence en matière de transports a paru laisser une portée trop grande encore aux clauses d'exonération. Le législateur est intervenu (loi du 17 mars 1905, ajoutant un paragraphe à l'article 103 C. com.) pour prohiber les clauses d'irrespon-

sabilité en matière de transports par chemins de fer.

En définitive, on voit que la tendance générale, tant en jurisprudence qu'en législation, est nettement hostile à l'exonération conventionnelle des fautes contractuelles. L'idée qui se dégage est que la responsabilité des fautes est d'ordre public, sans distinguer entre la faute délictuelle et la faute contractuelle.

§ 3. - Caractères de l'action en indemnité.

1245. La seule question que nous proposions d'examiner à cet égard est de savoir si l'action est exclusivement attachée à la personne de la victime, ou si elle peut être exercée soit par les créanciers, soit par les héritiers.

S'agit-il des créanciers, nous avons indiqué précédemment² qu'il faut distinguer. Les créanciers peuvent exercer l'action si le dommage a été causé aux biens du débiteur, et ne le peu-

vent pas s'il a été causé à sa personne.

S'agit-il des héritiers, il faut distinguer entre le dom-

mage matériel et le dommage moral 3.

Si le dommage est matériel, l'action en indemnité est une action purement pécuniaire, et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit intentée par les héritiers de la victime. Il en est ainsi même si le dommage a été causé à la personne de la victime, par exemple s'il s'agit d'un accident ayant entraîné

^{1.} Voy. sur cette question les références indiquées par M. Chavegrin, dans sa note au recueil de Sirey, 1896.11.229.

^{2.} Suprà, p. 303.

^{3.} Voy. suprà, nos 1154 et suiv.

une blessure ou une infirmité permanente. Quand la victime est morte des suites de l'accident, les héritiers trouvent l'action en indemnité dans son patrimoine; quand la victime est morte sur le coup, les héritiers ont encore le droit d'agir.

Si le préjudice est purement moral, le principal intéressé est seul à même de décider s'il convient d'agir en indemnité. L'action mise en mouvement par lui peut être continuée — cela va sans dire — par ses héritiers; mais s'il n'a pas agi de son vivant, les héritiers ne sont pas recevables à mettre l'action en mouvement après sa mort.

Sic: Aubry et Rau, 4° édition, IV, p. 751, — et Labbé, note dans Sir. 4881.
 21.

La jurisprudence belge est en ce sens: Bruxelles 31 décembre 1890, Belgique judiciaire, 1891. II. 231, — 7 février 1891, ibid., 1891. II. 566, — Cass. belge 29 décembre 1892, D. P. 1893. II. 299. — Cpr. Douai 16 mars 1898, D. P. 1898. II. 415.

La jurisprudence française est en sens contraire: Trib. de la Seine 9 janvier 1879, Sir. 1881. II. 21, — Besançon 1° décembre 1880, Sir. 1881. II. 20, — trib. de la Seine 11 juillet 1894, Gazette des tribunaux du 2 septembre, — Amiens 10 juillet 1901, Sir. 1902. II. 8. — Cpr. Dalloz, Supplément au Répertoire, v° Responsabilité, n° 229, — et Laborde, Revue critique de droit 1894, p. 28.

TABLE DES MATIÈRES

| Notions préliminaires | Pages 1 |
|--|------------|
| PREMIÈRE PARTIE. — Des diverses espèces de conventions ou contrats | 19 |
| DEUXIÈME PARTIE. — Des conditions nécessaires à la validité des conventions | 31 |
| CHAPITRE I. — Des conditions de validité communes à toutes les conventions | 33 |
| Section I Le consentement | 36 |
| § 1. — En quoi consiste exactement le consentement ? | 36 |
| § 2. — A quelles conditions le consentement est-il valable- ment donné et lie-t-il les parties ? | 50 |
| Section II. — La capacité | 82 93 |
| § 1. — De l'objet des obligations | 94 104 |
| SECTION IV. — La cause | 110 |
| CHAPITRE II. — Des conditions de validité spéciales à certaines conventions | 138 |
| Section I. — La loi exige, pour la validité de certaines conven- tions, la rédaction d'un acte écrit | 138 |
| Section II. — La loi exige, pour la validite de certaines conven- tions, la tradition de la chose qui en fait l'objet . Section III. — La loi exige, pour la validité de certaines conven- tions, l'égalité au moins approximative des objets qui y interviennent comme équivalents | 145 |
| § 1. — La rescision pour cause de lésion est admise dans cer- tains contrats | 148 |
| fit de certaines personnes | 151 |

| chapitre III. — De la sanction sous laquelle sont exigées les conditions de validité soit générales, soit particulières | 156 |
|---|------------|
| Section I. — La distinction des conventions valables, annulables et nulles est-elle conforme à la loi? | 157 |
| Section II. — Quelles conséquences pratiques entraîne la distinction des conventions valables, annulables et nulles? | 161 |
| TROISIÈME PARTIE. — De l'effet des conventions | 173 |
| CHAPITRE I. — Notions préliminaires | 177 |
| CHAPITRE II. — De la transmission des droits par l'effet des conventions | 185 |
| Section 1. — Les conventions translatives opèrent et réalisent par elles-mêmes, indépendamment de toute condition ou formalité ultérieure, le transfert qu'elles ont pour objet | 187 |
| § 1. — Effet translatif des conventions entre les parties con- | 188 |
| tractanles | 198 |
| Section II. — Les conventions de donner imposent à l'aliénateur l'obligation d'effectuer la délivrance de la chose Section III. — Les conventions de donner imposent au débiteur l'obli- | 231 |
| gation de veiller à la conservation de la chose Section IV. — Les conventions de donner imposent au créancier la | 232 |
| charge des risques | 239 |
| CHAPITRE III. — Des obligations conventionnelles | 249 |
| Section I. — Des diverses espèces d'obligations | 250 |
| § 1. — Des obligations civiles | 256 |
| § 2. — Des obligations naturelles | 325 341 |
| Section II. — De l'extinction des obligations | 469 |
| § 1. — Le paiement | 172 |
| § 2. — La novation | 511 |
| § 3. — La remise de la dette | 524 |
| § 4. — La compensation | 528 |
| § 5. — La confusion | 541 |
| § 6. — La perte de la chose due | 546 |
| § 7. — Des nullités, rescisions ou résolutions | 549 |
| CHAPITRE IV. — De l'effet des conventions à l'égard des tiers | 568 |

| QUATRIÈME PARTIE. — De la preuve des conventions | 579 |
|--|-------------------|
| CHAPITRE I. — De la preuve en général | 584 |
| CHAPITRE II. — Des preuves proprement dites | 599 |
| Section I. — La preuve littérale | 600 |
| § 1. — Des actes signés | 601 631 |
| Section II. — La preuve testimoniale | 636 648 656 |
| CHAPITRE III. — Des présomptions | 670 |
| APPENDICE. — Des sources des obligations autres que les conventions | 703 |
| CHAPITRE I. — Des quasi-contrats | 711 |
| Section I. — La gestion d'affaires | 711 719 |
| CHAPITRE II. — Des délits et quasi-délits | 723 |
| Section I. — Eléments de la responsabilité | 731 |
| § 1. — Existence d'un dommage | 731 744 |
| mage | 744 |
| Section II. — Preuve de la responsabilité | 775 |
| § 1. — Responsabilité du dommage causé par les personnes dont on doit répondre | 782 799 805 |
| Section III. — Conséquences de la responsabilité | 815 |
| § 1. — Nature et étendue de la réparation | 815 820 828 |





14604



EXTRAIT DU CATALOGUE GÉNÉRAL

| BERTHÉLEMY, professeur de Droit administratif à l'Université de Paris. — Traité élémentaire de Droit administratif. 4° édit., 1 fort vol. in-8. 1906 |
|--|
| BONFILS (HENRY), professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. — Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale. 3º édition, revue et mise au courant par M. Beauchet, professeur de procédure à l'Université de Nancy. |
| 1901, in-8 |
| GIRARD (PF.), professeur de Droit romain à la Faculté de Droit de Paris.— Manuel élémentaire de Droit romain. 4º édition, 1 vol. in-8. 1906. |
| LABORDE (A.), professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. — Cours de Droit criminel conforme aux programmes universitaires. 2° édition, revue et mise au courant des lois les plus récentes. 1898. 1 vol. in-8 |
| PETIT (E.) professeur à la Faculté de Droit de Poitiers. — Traité élémentaire de Droit romain. 1906, 5° édition, revue et augmentée, in-8. 10 fr. |
| PIC (Paul), professeur de Législation industrielle à la Faculté de Droit de Lyon. Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières, 2e édition, entièrement refondue et mise au courant de la législation la plus récente. 1902, 1 fort vol. in-8 |
| ROUSSEAU (Rodolphe). avocat à la Cour d'appel de Paris. Vice-Président. Rapporteur général du Congrès international des sociétés à l'Exposition de 1900. — Des Sociétés commerciales françaises et étrangères, traité théorique et pratique contenant une étude sur le régime fiscal des Sociétés commerciales et suivi de formules annotées répondant à tous les actes de la vie sociale, 3° édition, 1906. 2 vol. grand in 8 |
| SURVILLE (F.), professeur à la Faculté de Droit de Poitiers. — Éléments d'un Cours de Droit civil français. 1904-1905, 3 vol. in-8. 24 fr. Chaque volume séparément 8 fr. |
| SURVILLE (F.), professeur de Droit international à l'Université de Poitiers et ARTHUYS (F.), professeur de Droit commercial à l'Université de Poitiers. — Cours élémentaire de Droit international privé, conforme au programme des Facultés de Droit. — Droit civil. — Procedure. — Droit commercial. — 4° édition, 1904, 1 vol. in-8 |
| Droit commercial. — 4° édition, 1904, 1 vol. in-8 |
| VIDAL (GEORGES), professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. — Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire. 3° édition, entièrement refondue et considérablement augmentée, 1905, 1 vol. in-8 12 fr. 50 |
| VIGIÉ (A.), doyen de la Faculté de Droit de Montpellier, professeur de Droit civil. — Cours élémentaire de Droit civil français. 3 vol. in-8. 30 fr. Chaque volume se vend séparément. |

