Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

R/45.859 (18)

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous
les EXAMENS de DROIT

1927 - 1928

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 240021 1

DIPLÔME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES

DROIT PRIVÉ

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

Droit Civil approfondi

rédigées d'après le Cours
et avec l'autorisation
de

Mᵉ Lévy Ullmann

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS
PRÉPARATION PAR CORRESPONDANCE

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

BIBLIOTHEQUE CUJAS

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

L'obligation et le contrat.

Au premier quart du XXe Siècle.

Observations sur les caractères de ce cours de Droit Civil approfondi et comparé.

L'intitulé du Cours comporte deux ordres d'idées : l'obligation et le contrat ; mais M. le Professeur Lévy-Ullmann ne fera pas mesure égale aux deux notions. C'est le contrat qui l'occupera principalement au cours de l'année, et s'il a dû céder à la nécessité de présenter quelques réflexions sur la notion d'obligation, c'est à raison du lien étroit qui unit les deux notions. Mais l'étude de l'obligation ne sera qu'une introduction à l'étude du contrat.

Ce cours est un enseignement de Droit civil approfondi et comparé.

Approfondi, c'est-à-dire que nous n'avons pas le droit de nous arrêter aux vues courantes, aux idées reçues et admises. Nous devons en faire le tour et après avoir pris connaissance de l'extérieur, creuser jusqu'à la racine.

Comparé, c'est-à-dire que nous avons également l'obligation de jeter les regards au-delà de nos frontières, d'observer si chez les peuples qui nous entourent et plus particulièrement chez nos voisins les plus proches, outre Manche, outre Rhin, et au-delà des monts, les mêmes causes ont engendré les mêmes effets, ou si, sous l'empire de données économiques, politiques, sociales, morales, des différences notables sont à relever.

Documents étrangers.

Bien entendu, il n'est pas question de passer en revue toutes les législations. Mais nous trouverons des éléments de comparaison dans quatre documents principaux. En premier lieu, et tout naturellement, le Code Civil pour l'Empire d'Allemagne, qui ouvre le XXe siècle, le Code du 18 août 1896, entré en vigueur le 1er Janvier 1900. Ce sont en effet les travaux de M. R. Saleilles qui ont, au début du siècle, sur la matière de l'obligation, renouvelé tout notre bagage d'idées classiques.

C.C. Allemand

C. Suisse des obligations.

Le deuxième document du XXe Siècle à consulter sur la matière, c'est le Code des obligations de la République Helvétique, ou plutôt, le nouveau Code des obligations de la République

Source : BIU Cujas

Helvétique. Le Code des obligations suisse datait déjà, en effet, de 1883 (voté en 1881). Ce Code ancien a été révisé en 1911 (30 mars), et inséré dans le nouveau Code Civil suisse du 10 Décembre 1907, avec lequel il est entré en vigueur le 1er Janvier 1912.

A ces deux documents, on pourrait ajouter le Code Civil du Brésil qui est de 1917. Mais il paraît préférable de s'adresser à deux autres documents d'un caractère très différent des deux précédents.

Droit anglais

D'abord le droit anglais qui présente sur la matière des obligations et du contrat sa physionomie la plus originale. C'est dans cette matière que le droit anglais apparait avec ses traits les plus caractéristiques. Si on jette un coup d'œil sur la théorie du contrat, on ne peut pas y relever plus de 8 ou 10 textes de droit écrit, de Statute law, de lois votées par le Parlement. L'ensemble du droit anglais sur la matière résulte du droit non écrit, droit non écrit qui puise sa source dans l'histoire anglaise, dans le droit coutumier, common law, et dans le droit spécial qui porte le nom d'equity. On trouvera les documents susceptibles de compenser l'absence de textes dans le livre de Pollock : Principles of the english law of contract, (Principes du droit anglais des contrats) et celui de Anson : Principles of the english law of contracts (principes du droit anglais des contrats). Ce sont là deux ouvrages classiques. Mais comme documents du XXe siècle, il faut y joindre une compilation : Digeste du droit civil anglais de Jenks et Lee (traduit en Français par MM. Baumann et Goulé).

Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats

Le dernier document est d'un caractère encore plus singulier. C'est le premier projet de caractère international qui ait vu le jour : le Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats, dont le dernier texte a été arrêté il y a quinze jours par les commissions compétentes. Ce projet est né d'une collaboration étroite entre deux comités fondés à Milan et à Paris, au cours des dernières années de la guerre, sur l'initiative du Doyen de la Faculté de Droit de Rome, M. Vittorio Scialoja, aujourd'hui premier délégué de l'Italie à la Société des nations. Les deux comités, italien et français, se sont attelés à une révision

Source : BIU Cujas

en commun des parties du Code civil français et italien susceptibles d'amener les deux pays à une législation commune. Les travaux ont duré dix ans (Bulletin de la société d'études législatives 1925 p.p. 255, texte de l'avant-projet qui a été légèrement modifié sur certains points par les travaux des dernières commissions. La partie générale des obligations comporte 322 articles et le projet entier précédé d'un exposé des motifs compte 728 articles. Ce projet a dû être présenté en Italie, et va l'être en France devant le Sénat, comme un morceau détaché des deux Codes Civils et destiné à former un Code à part, pour la France et pour l'Italie, sous le nom de Code Civil des obligations et des contrats. C'est dans le droit civil l'événement législatif le plus important depuis la promulgation du Code Civil des Français, en 1804.

Tels sont les quatre éléments comparatifs de notre étude. Mais avant tout c'est le droit civil français qu'il y a lieu d'approfondir et auquel on s'attachera particulièrement.

Ce qu'il y a de nouveau dans la matière des obligations et contrats

Il importe, dès le début de cet enseignement, de passer en revue les généralités de la matière et pour cela d'examiner une sorte de question préalable en se demandant ce qu'il y a à approfondir dans la notion d'obligation et de contrat. Qu'y a-t-il donc de nouveau à rechercher et à dire sur un pareil sujet ? L'obligation, le contrat sont des notions très anciennes. Elles nous viennent du droit romain. Elles ont franchi l'épreuve du moyen-âge. Elles se sont imposées en pays de coutumes, elles y ont été l'expression même de la "raison écrite". Pothier n'a eu qu'à les recueillir ; le Code Civil n'a eu qu'à recopier dans Pothier les textes les plus célèbres de l'antiquité. Le Titre III L. III. C.C. : des contrats ou des obligations conventionnelles en général, (a. 1101 et s.s.) sont des textes qui ont été depuis 1804 archi-commentés. N'est-ce pas le cas de dire, avec La Bruyère : "tout est dit et l'on vient trop tard".

Non, et pour s'en apercevoir il suffira de s'arrêter à quelques observations et oppositions qui permettront de conclure qu'ici encore il est possible et utile d'approfondir et de comparer.

1° La transformation de la définition de l'obligation.

La première observation concerne la définition même de l'obligation.

On peut remarquer que dans notre droit

Source : BIU Cujas

comme, dans celui des pays voisins, la loi, les textes ne définissent pas l'obligation. La définition de l'obligation ne se trouve dans aucun texte et partout elle a été laissée à la doctrine. En droit français, notamment, dans le Code Civil on ne trouve pas de définition de l'obligation.

La réponse à cette observation est assez facile à formuler en apparence. Le concept de l'obligation a été arrêté par le droit romain qui, sur ce point, nous a légué la tradition d'une série de textes demeurés classiques et auxquels on a coutume de se référer même en droit français. Dans le dernier livre sur la matière, le Traité de M. Demogue (Traité des obligations I. 1923, N°2),

a) en droit romain on lit: "la définition classique de l'obligation "est empruntée aux Institutes de Justinien" que cite le savant professeur. Cette définition (Inst. de oblig. III. 13. Dr.) est ainsi conçue: "obligatio "est juris vinculum quo necessitate adstringimur "alicujus solvendae rei secundum nostrae civi- "tatis jura: l'obligation est un lien de droit par "lequel nous sommes nécessairement contraints "à payer quelque chose conformément au droit "de notre cité".

Cette définition s'est trouvée, dans le droit français, rapprochée d'un autre passage D.44.7.d.O. et A. 3 pr. où le jurisconsulte Paul, définissant la substance des obligations dit: "obligationum subs- "tantia in eo consistit, ut alium nobis adstrin- "gat ad dandum aliquid vel faciendum vel praes- "tandum: La substance de l'obligation consiste "en ce que quelqu'un puisse nous contraindre à "donner quelque chose à faire ou ne pas faire quel- "que chose".

Ce sont ces deux définitions condensées par Pothier en une seule qui ont engendré la définition classique française.

Cette notion était bien connue chez les Romains, puisqu'on la trouve encore dans d'autres textes comme celui de Modestin (D. 50. 16. d.V.S. 108) "débitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest: Le débiteur doit être considéré comme étant celui de qui, malgré lui, de l'argent peut être exigé". Le droit romain, malgré le dire de d'Aguesseau qui, dans son Traité de l'état des personnes, lui reproche d'être pauvre en définitions en est au contraire très riche dans

Source : BIU Cujas

notre domaine.

b) dans Pothier et dans le C. C. La même notion se rencontre dans Pothier; dans l'article préliminaire de son Traité des obligations, il rapproche le texte des Institutes et celui de Paul au Digeste et après avoir analysé ces notions il les résume dans sa formule célèbre: "Les juris-"consultes définissent ces obligations (parfaites): "un lien de droit qui nous astreint envers un autre "à lui donner quelque chose ou à faire ou ne pas "faire quelque chose". Si le Code civil n'a pas repris la définition, il faut reconnaître qu'il s'en est bien inspiré, car l'a. 1101, le premier article du titre "des contrats ou des obligations conventionnelles "en général" en reproduit la formule finale: "à don-"ner, à faire ou ne pas faire quelque chose".

c) chez les commentateurs de l'Ecole d'exégèse. L'Ecole des Exégètes du C.C. qui a couvert presque tout le XIXe siècle, qui correspondait à une étude exégétique des Institutes de Justinien a conservé la définition de Pothier et la définition romaine. Si on ouvre les livres employés par les étudiants il y a une quarantaine d'années, on y lit une définition qui n'est que la traduction de celle du Droit romain et de Pothier, par exemple dans Baudry-Lacantinerie: "L'obligation est un lien de droit par lequel une personne est astreinte envers une autre à donner, à faire, à ne pas faire quelque chose".

d) chez les auteurs modernes. Cette définition est tellement classique que même les auteurs qui, au XIXe siècle, ont essayé de renouveler dans notre droit civil les notions acquises, comme Aubry et Rau, ont conservé à peu près la formule classique. Ils y ont cependant apporté une correction très puristes sur le chapitre de la logique formelle, ils se sont aperçus que la définition classique contenait une incorrection: on définissait la chose à définir par la chose elle-même: l'obligation est un lien de droit; or ligatio veut dire lien. Pour éviter cette incorrection, ils ont retourné la définition romaine pour dire "l'obligation c'est la nécessité juridi-"que par suite de laquelle une personne est astrein-"te envers une autre à faire..." En dehors de cette nuance, Aubry et Rau conservent la notion classique de l'obligation.

Si nous jetons un coup d'œil sur les ouvrages qui sont actuellement entre les mains des étudiants, on y retrouve, conservée par la force de la tradition,

Source : BIU Cujas

la définition classique, mais les auteurs soulignent que cette définition est une définition nouvelle, courante (Planiol). — De même Colin et Capitant (T. II) renvoient à la définition des Institutes et disent: "On peut définir l'obligation . . ." et ils donnent une définition analogue à celle d'Aubry et Rau. Mais s'ils ont gardé par tradition la définition nouvelle, on sent bien qu'ils ont été entraînés à la reviser et à la modifier. Le traité de Planiol (II Nos 156 et 157) renvoie à la définition et à la notion d'obligation présentée au T. I, à propos de l'opposition entre les droits réels et les droits de créance. Et nous y voyons alors l'obligation présentée sous un aspect infiniment différent. Le substantif de la définition a changé: ce n'est plus le lien de droit, la nécessité juridique; l'obligation apparaît comme un rapport entre deux personnes. I N° 2154: "l'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles appelée créancier a le droit d'exiger un certain fait de l'autre, qui est appelée débiteur".

On voit apparaître dans cette définition les individus. On voit mis en lumière le rapport juridique et M. M. Colin et Capitant colorent encore cette modification, car dans le T II p. 145 des dernières éditions, ils donnent de l'obligation la définition suivante: "un rapport entre deux personnes s'analysant en un pouvoir de commandement conféré au créancier envers le débiteur et qui lui permet d'assujettir celui-ci à une prestation avantageuse pour lui".

Ainsi le rapport entre deux personnes, présenté en première ligne par M. Planiol, nous est défini comme un rapport de subordination, un pouvoir de commandement, de personne à personne et un assujettissement.

La transformation moderne de la notion d'obligation.

Pourquoi ces auteurs ont-ils été amenés à préciser la notion romaine et à la transporter sur le terrain des personnes? c'est que dans la doctrine française et dans les pays voisins, une conception, sa patrimonialisation a triomphé à l'étranger. L'obligation n'est plus en Allemagne, n'a presque jamais été en Angleterre aux yeux des juristes, ce rapport de personne à personne. L'obligation est patrimonialisée. La notion de patrimonialité de l'obligation a remplacé

Source : BIU Cujas

la notion de rapport de personne à personne. L'obligation est devenue ou a toujours été un rapport de patrimoines. La créance est un objet de propriété et du choc de ces deux notions jaillissent les deux conceptions différentes de l'obligation, la conception subjective - rapport entre personnes - et la conception objective - objet de propriété.

2° opposition des législations en ce qui concerne la place faite à la notion d'obligation.

2ème observation. - Transportons-nous maintenant sur le terrain du droit général de l'obligation et observons la place faite à l'obligation dans le droit positif contemporain. Ici l'observation conduit à enregistrer une opposition fondamentale. Le C.C. français a inclus l'obligation dans la théorie des contrats; c'est une chose bien connue que la manière dont le C.C., après Pothier, dans le titre sur les contrats et obligations conventionnelles en général, a lié la théorie de l'obligation et la théorie du contrat. Le C.C. allemand s'écarte un peu de cette conception. Il a dégagé la notion et le concept de l'obligation et les textes qui s'y rapportent, de la notion de contrat et des textes qui s'y rapportent. Le Deuxième livre est intitulé : "Droit des rapports obligatoires".

Mais le C.C. allemand et le C.C. français, sur ce point, sont des systèmes intermédiaires entre deux systèmes opposés, l'un qui donne tout à l'obligation et l'autre qui ne lui donne rien. Le Code fédéral Suisse consacre à l'obligation un code tout entier. Sans doute ce Code des obligations est considéré comme le L. V. du Code Civil suisse. Mais ce Code est promulgué à part comme Code des obligations. Il a sa vie propre, répondant aux notions commerciales, visant à faire face au droit des affaires par opposition à celui de la propriété et de la famille. De même quand on a, en 1913, codifié le droit pour le Protectorat du Maroc, on a consacré à la matière un Code Spécial, le "Code des Obligations et des Contrats". Ce n'est donc pas une expérience isolée et les deux précédents du Code marocain et du Code Suisse des obligations ont incité les comités franco-italien a consacrés aux obligations un Code à part.

Sa méconnaissance en Droit anglais.

Outre Manche, dans les livres classiques de Droit anglais, on ne trouve pas le mot obligation, presque complète on ne trouve ni le mot, ni la chose. Le droit anglais ignore et même veut ignorer l'obligation. Il connaît les contrats (contracts), les délits (torts),

Source : BIU Cujas

mais l'obligation, cette synthèse générale issue du droit romain, il l'a rejetée. Il l'a eue, mais n'a pas voulu la conserver. Un des plus anciens livres développant le droit anglais dans son ensemble, livre du XIIIe siècle, contemporain de nos établissements de St Louis, antérieur de quelques années aux Coutumes de Beauvoisis de Beaumanoir, le "de Legibus et consuetudinibus regni angliae" de Bracton contenait une série de chapitres consacrés aux obligations "de obligationibus". Le droit anglais a donc connu l'obligation sous l'influence de l'Ecole de Bologne dont Bracton était au moins l'élève indirect par des maîtres, puisqu'il a copié en grande partie la Somme d'Azo.

Au XVIIIe siècle, à l'époque de Pothier, dans l'ouvrage du Pothier anglais, qui a condensé dans un traité unique le droit anglais, Blackstone, l'obligation s'est évanouie. Il faudra chercher des pièces et des morceaux, de droite à gauche, dans cette synthèse magistrale les éléments correspondants à la théorie française de l'obligation.

On a essayé de réintroduire l'obligation en Angleterre. Le début du XXe siècle témoigne d'un effort de systématisation copié sur le droit continental de faire une place au mot obligation dans le "Digeste de droit civil anglais". Cela, parce que ce Digeste rédigé pour la partie des obligations par M. Jenks, Doyen de la Faculté de droit de Londres et M. Lee professeur à Oxford, faisait partie d'une collection destinée à exposer dans tous les pays le droit du pays sur le plan du Code civil allemand. C'est un ouvrage de droit anglais sur le plan du C.C. allemand. Comme celui-ci a consacré un livre aux obligations, les auteurs anglais étaient dans la nécessité de consacrer un livre aux obligations. Mais de théorie générale, on n'en trouve pas. Le livre est simplement divisé en différentes parties : contrats, torts, autres notions intermédiaires.

M. Jenks, qui a dirigé les dernières rééditions des Commentaires de Stephen, y reprend aussi l'expression d'"obligation", mais elle ne s'est pas acclimatée chez nos voisins. S. F. Pollock dans son Livre sur les contrats (Appendice, note A) écrit : "On peut se demander si la notion d'obligation est digne d'être retenue comme une division importante, capitale dans un moderne système

Source : BIU Cujas

de droit et particulièrement en Angleterre si c'est nécessaire ou désirable". On voit donc à quel point les vues divergent. Il nous faudra rechercher la cause de cette opposition de points de vue.

3° Opposition des législations quant à la conception du contrat.

Dernière observation: Si des obligations nous passons à la matière des contrats et comme conséquence de ce qui vient d'être dit de l'obligation, nous y voyons qu'à l'heure actuelle deux conceptions fondamentales et opposées s'affrontent et nous sont présentées par le droit positif contemporain.

Conception consensualiste du droit français.

Nous avons la notion de contrat tellement ancrée dans notre intellect qu'il nous est pour ainsi dire impossible de concevoir que l'on puisse avoir des contrats une idée autre que celle que nous nous en faisons en France. Pour nous, le contrat se présente avec deux traits caractéristiques:

1°: il repose sur la volonté des parties. L'émancipation, l'autonomie de la volonté, la volonté créatrice de droit a été l'œuvre commune des canonistes du 12e siècle, des civilistes du 16ème et des philosophes du 18e. C'est par le travail de nos aînés que nous sommes arrivés à cette notion que le contrat, œuvre de volonté, oblige par lui-même, alors qu'à Rome, tout au moins théoriquement, subsistait la règle fondamentale du formalisme: ex nudo pacto non nascitur actio.

Le 2ème trait fondamental du contrat français, c'est que le contrat repose non seulement sur la volonté, mais sur le concours des volontés. Il faut analyser le consentement psychologiquement. Ce n'est pas de la simple coexistence, c'est de la compénétration des intentions que va résulter, dans le contrat, le lien obligatoire. C'est le consensus voluntatum. "Consentire est in unam eandem sententiam concurrere". On a dit de façon pittoresque que ce n'est pas le mariage qui est un contrat, mais que c'est le contrat qui est un mariage. Le contrat est le mariage des volontés.

Conception formaliste du droit allemand et anglo-saxon s'attachant à la forme et à la déclaration de volonté.

En face de cette conception consensualiste, psychologique, immatérielle, subjective, se dresse la conception diamétralement opposée qui présente le contrat sous deux aspects radicalement différents: le contrat en premier lieu ne reposant pas sur la volonté des parties, mais sur les formes que cette volonté a revêtues et doit revêtir pour pouvoir donner naissance à l'engagement; le

Source : BIU Cujas

contrat formaliste reposant sur une formalité, sur la formalité d'un acte solennel ou sur un autre élément formel. La règle ex nudo pacto non oritur actio est encore la règle fondamentale.

Et, 2ème trait caractéristique, dans le pacte qui sert de base au contrat, qui n'en est qu'un des éléments, le pacte existera en dehors de toute recherche psychologique. On n'aura pas à se demander si les volontés se sont rencontrées, si elles ont concouru. On n'aura qu'à se demander si elles ont seulement coexisté, la coexistence remplaçant leur concours. Ce système peut être qualifié de système formaliste ou objectif. C'est celui de C. C. allemand, de la théorie de la déclaration de volonté qui attache effet obligatoire, non à la volonté interne, mais à la volonté déclarée, telle qu'elle a été déclarée. C'est également le système de tout le droit anglais et anglo-saxon.

De là des conséquences très nombreuses à tous les chapitres de la matière : caractère obligatoire de l'offre, contrats entre absents, vices du consentement, représentation dans les contrats devoirs d'exécution et responsabilité contractuelle, toutes ces questions et d'autres encore reçoivent des solutions divergentes, suivant que l'on se place à l'un ou à l'autre point de vue.

Introduction.

L'obligation.

§ 1. – Notion et définition de l'obligation.
§ 2. – Considérations générales sur les droits des obligations.

§ 1. – Notion et définition de l'obligation.

Afin de mieux fixer les idées, M. Lévy-Ullmann indique dès le début la formule de définition qu'il propose. Bien qu'un peu longue, elle paraît la seule qui, à son sens, réponde, au premier quart du XXe siècle, à la notion d'obligation :

Définition proposée de l'obligation au premier quart du XXe siècle.

" L'obligation est l'institution juridique qui exprime la situation respective de personnes dont l'une, (appelée le débiteur) doit faire bénéficier l'autre, (appelée le créancier), d'une prestation ou d'une abstention, – et qui correspond, sous les noms de créance

et de dette, à l'élément particulier d'actif et de passif engendré par ce rapport dans le patrimoine des intéressés".

C'est une définition à deux branches, et cela parce qu'il y a dans la notion d'obligation deux aspects.

Il importe d'indiquer immédiatement pourquoi pour substantif de la définition le Professeur a adopté "institution juridique" au lieu d'un autre substantif employé dans la définition classique.

Pourquoi s'écarter de ces substantifs pour en adopter un autre?

Importance que présente le substantif dans toute définition.

Préjudiciellement il convient d'indiquer les raisons pour lesquelles le substantif de la définition est l'objet principal qui doit attirer tous nos soins. Dans toute définition il y a deux parties, - les philosophes l'enseignent : le genre prochain et la différence spécifique. Le genre prochain, genus proximum : il faut pour individualiser une notion ou un objet, commencer par le rapprocher de celui qui en est le plus proche, chercher le genre - puis celui-ci déterminé, individualiser en montrant en quoi une espèce se différencie du genre. La définition repose sur la classification. En droit comme dans toute science nous avons des classifications. C'est dans chaque catégorie qu'il importe de ranger la définition de notre analyse de trouver le genre et ensuite l'espèce.

M. Lévy-Ullmann écarte les trois substantifs qui ouvrent les définitions classiques et par lesquels elles débutent et sur lesquels elles reposent.

1.° Critique du substantif employé par la définition traditionnelle : juris vinculum"

La première définition, celle qui est traditionnelle, c'est celle de Paul et les Institutes " Obligatio est Juris vinculum ". L'obligation est un lien de droit. A la fin du XIX.e, on le sait, on s'est écarté de cette définition. Aubry et Rau ont proposé un autre substantif. La raison pour laquelle ils ont écarté la définition des Institutes, c'est que définir l'obligation comme un lien, c'est une tautologie. C'était faire entrer dans la formule de définition l'objet à définir. Obligation, ligatio = lien. Définir l'obligation comme un lien, ce n'est pas définir, c'est traduire du latin en français, simplement.

C'est une tautologie.

Elle ne donne qu'une métaphore.

La formule romaine prête le flanc à une autre critique du point de vue même des principes logiques de la définition. Définir l'obligation

Source : BIU Cujas

comme un lien, c'est définir non pas une donnée précise mais par une image, par une "métaphore", disait Bufnoir qui repoussait pour cette raison la définition romaine (Propriété et contrat, 30ème leçon p. 447). On ne peut faire entrer dans la définition, à titre de substantif, des mots simplement évocateurs. Certes dans la définition de l'obligation, comme dans toute autre, il nous faut faire appel à quelques images pour réveiller dans l'esprit l'idée de la notion. Mais pas pour le substantif. Celui-ci doit contenir non une image, une donnée d'évocation, mais fournir un élément précis, une idée de précision.

Il y a donc lieu d'écarter la définition classique. Le mot lien ne peut convenir en bonne logique que pour définir la substance, le genre prochain dont l'obligation est l'espèce.

2e Critique du substantif de la définition d'Aubry et Rau: nécessité juridique.

La deuxième définition en face de laquelle nous nous trouvons, c'est celle d'Aubry et Rau et à laquelle se ralliait Bufnoir. L'obligation est une nécessité juridique. Malgré les autorités qui se rattachent à cette définition, nous ne pouvons l'adopter; il nous faut entrer ici dans un domaine d'explications particulièrement délicat qui exige une certaine force d'analyse et qui demande toute l'attention.

Elle ne met en lumière qu'un des éléments de l'obligation (la contrainte) et pas l'élément dette.

Quand on dit que l'obligation est une nécessité juridique, par ce mot "nécessité", on entend définir le rapport obligatoire comme une contrainte. On le définit par la contrainte même. L'obligation est une nécessité, une fatalité devant laquelle la volonté individuelle doit plier. A notre sens, (l'histoire, la comparaison des législations le prouve) il y a défaut, insuffisance d'analyse, car dans la notion d'obligation il n'y a pas que la contrainte éventuelle, il y a autre chose. Il y a le devoir. L'obligation se compose de deux éléments: la dette et la contrainte. On doit et l'on peut être tenu par la force d'exécuter la dette. Mais ces deux éléments ne sont pas identiques, on ne peut les réduire l'un à l'autre. En voici deux preuves saisissantes.

Exemple d'obligation comportant une dette sans contrainte (obligation naturelle)

La première est tirée du C. C. a. 1235 al. 2 qui pose une règle d'où l'on a fait sortir une variété particulière d'obligations: les obligations dites naturelles: "La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées".

Source : BIU Cujas

L'obligation dite naturelle (c'est là qu'on saisit la distinction entre dette et contrainte) c'est une obligation qui, au lieu de comporter les deux éléments n'en comporte qu'un, il y a dette, il n'y a pas contrainte. La preuve c'est qu'il est impossible d'agir en justice pour obtenir la condamnation du débiteur de cette obligation à s'exécuter. Cependant il y avait dette, élément juridique, puisque cette obligation, bien que naturelle, engendra des résultats de droit. Quel est donc le propre de l'obligation naturelle et en quoi est-elle juridique ? C'est que, une fois exécutée volontairement, comme dit notre texte, le débiteur ne peut plus revenir sur le paiement, qu'il en a fait. L'un des exemples d'obligation naturelle se trouve au titre des contrats aléatoires dans l'art. 1965 C.C. : "La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari." Et l'art. 1967 ajoute : "Dans aucun cas, le perdant 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".

Il y a donc dette et le Code le dit, mais il n'y a pas contrainte. Il y a débiteur, mais il n'y a pas obligation complète. L'élément contrainte se trouve écarté.

Possibilité de l'existence d'une contrainte sans dette (caution).

Réciproquement, on peut concevoir qu'il existe une contrainte alors qu'il n'existe pas de dette. Ceci au premier abord paraît singulier, mais en bonne analyse, c'est bien en donner la situation en face de laquelle on se trouve quand on étudie par exemple le cautionnement. La caution est une personne qui apparaît derrière un débiteur et qui s'engage à répondre de la dette d'autrui. — Mais la caution n'est pas le débiteur. — On le dit bien débiteur accessoire, mais la caution n'est pas autre chose qu'une sûreté personnelle analogue à la sûreté réelle qu'est l'hypothèque. C'est une garantie. Il n'y a pas à proprement parler de dette : la caution n'est pas débitrice, elle répond de l'exécution de l'obligation, de même dans l'hypothèque il y a affectation au paiement de la dette, il y a affectation et pas debitum.

Il faut insister sur cette différence parce que d'une part le droit romain et de l'autre des législations étrangères basent toute leur

Source : BIU Cujas

théorie du rapport obligatoire et de ses effets sur cette différence entre dette et contrainte, debitum et obligatio.

Importance de la distinction du debitum et de l'obligatio en Droit romain.

Pour le Droit romain, Cf. l'étude "debitum et obligatio", d'un des maîtres du droit romain et du droit comparé, M. G. Cornil, Professeur à l'Université de Bruxelles. Mélanges de Droit romain en l'honneur de M. P. Fr. Girard 1912. T.I. pp. 199-263. L'auteur montre avec une très grande clarté qu'en droit romain, surtout dans le droit romain originaire, le terme debitum et le terme obligatio se sont opposés. Le debitum c'était le rapport résultant d'une dette, le devoir de prester et réciproquement le droit corrélatif de recevoir : c'était le habere debere et, le praestare debere. Mais ce rapport n'impliquait en soi aucune puissance, aucune maîtrise destinée à provoquer par voie de contrainte l'exécution de la prestation que le débiteur devait fournir et le créancier recevoir. Voilà ce qu'était le debitum.

Le terme obligatio répondait au contraire au rapport de puissance de créancier à débiteur. Une contrainte n'est possible que moyennant un assujettissement, un assujettissement de quelqu'un, de quelque chose au pouvoir du créancier. C'est cette idée d'assujettissement, d'enchaînement, ligatio, qu'impliquait le terme d'obligatio. Entre debitum et obligatio il y avait donc différence d'objet. Le debitum, la dette a pour objet un acte; une omission ou commission, faire, s'abstenir. L'obligatio, l'enchaînement n'a pas à proprement parler une personne ou une chose pour objet. Ce qu'il y a dans l'obligation c'est une affectation, c'est l'affectation d'une personne ou d'une chose à un pouvoir de mainmise éventuelle du créancier. Ainsi entre les deux rapports il y a différence d'objets et entre les deux termes une différence de but. L'enchaînement, l'obligation n'est que le moyen. La dette est une fin. L'obligation n'est en somme que l'idée seconde, le facteur dette, le debitum c'est là ce qui importe le plus. M. Cornil montre les applications nombreuses de cette idée dans le Droit des Contrats et des délits.

En définissant l'obligation par la contrainte, on ne prend donc qu'un des deux éléments et peut-être pas le plus important.

Source : BIU Cujas

Nous rencontrerons dans le droit allemand et dans le droit anglais cette opposition entre debitum et obligatio. Elle explique en grande partie le droit anglais et le droit allemand. En Allemagne on oppose Schuld, dette et Haftung, affectation, mainomie éventuelle. En Angleterre on oppose le devoir, duty à un autre mot que nous ne pouvons traduire que par responsabilité : liability. Voilà les termes qui correspondent au debitum à obligatio.

Telle est la raison pour laquelle nous ne pouvons accepter le substantif nécessité juridique.

3° Critique de la définition ramenant l'obligation à un rapport juridique entre deux personnes.

Nous sommes alors conduits au 3ème substantif de définition. C'est la définition adoptée par M. Planiol, par M. Capitant et par tant d'autres qui présentent l'obligation comme un rapport juridique entre deux personnes. Il faut expliquer pourquoi nous préférons à ces substantifs l'expression institution juridique.

En premier lieu, la raison pour laquelle M. Lévy-Ullmann ne peut accepter l'idée de faire du rapport entre deux personnes le genre prochain de l'obligation, c'est que l'obligation n'est pas seulement qu'un rapport entre personnes, c'est aussi un rapport entre patrimoines. L'obligation n'implique pas seulement le débiteur et le créancier, elle implique la la dette et la créance. Il fallait donc un substantif commun qui embrasse à la fois les deux aspects modernes de l'obligation.

L'obligation est également un rapport entre patrimoines.

2° Il y a une autre raison plus délicate qui nous porte à rejeter la définition proposée. Elle conduit à l'examen de la célèbre doctrine de Planiol sur le caractère du droit de créance, du droit personnel, par opposition à la nature du droit réel. Il y a là une discussion à laquelle nous ne pouvons nous dérober.

On sait ce qu'était l'opposition entre le droit réel et droit personnel avant la retentissante controverse suscitée par M. Planiol. Sur ce point, ici encore, on se reposait avec quiétude sur la vieille tradition du droit romain, parvenue jusqu'à nous par l'intermédiaire des canonistes, des philosophes comme Puppendorf, et par Pothier. Droit réel et droit personnel se balançaient dans une opposition classique. Le droit réel, disait-on, c'est un droit direct et immédiat que l'on a sur un bien, sur une chose; c'est un Jus in re, droit sur la chose,

Rappel de l'opposition classique entre le droit réel et le droit personnel.

Source : BIU Cujas

sur le bien, donnant originairement à Rome droit à une legis actio, plus tard à une actio in rem. Droit direct, c'est-à-dire ne mettant que deux éléments en présence : une personne, le sujet du droit et une chose, l'objet du droit. La propriété par exemple, qui est le droit réel le plus complet faisait apparaître dans cette analyse deux éléments : le propriétaire et la chose objet de propriété. Aucun intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en était l'objet.

A cette conception très claire du droit réel on opposait une conception non moins claire du droit de créance. Le droit de créance était un droit, disait-on, contre une personne, d'où son nom de droit personnel, droit donnant le pouvoir d'exiger de celle-ci ou un fait ou une abstention. Le droit personnel mettait en présence non plus deux mais trois éléments : le titulaire du droit sujet actif, créancier, créditor ; le sujet passif du droit, débiteur, debitor, is que debet ; enfin l'objet du droit, le fait ou l'abstention susceptible de porter sur une chose ou un acte à accomplir : Ex : la dette née d'un prêt ; celui qui a prêté la chose et qui est en état de la réclamer est créancier ; celui à qui elle a été prêtée est le débiteur ; l'objet c'est la chose prêtée. On donnait au droit personnel ainsi dégagé le nom de jus in personam par opposition au jus in re ; jus in personam droit sur, droit contre la personne, donnant lieu à Rome à une legis actio in personam ; on donnait aussi le nom Jus ad rem, droit à une chose par l'intermédiaire d'une personne.

C'est à ce deuxième droit qu'on a fini par attribuer le nom d'„ obligation" équivalent aux termes droit de créance ou à droit personnel, mais préférable à ceux-ci. Le terme de droit personnel en effet a plusieurs sens, on le rencontre dans le C.C. comme synonyme de droit attaché à la personne (a. 1166). Le mot de droit de créance peut être critiqué aussi, le creditor supposant un creditum, un prêt, un acte de foi, alors qu'il y a dans les obligations, dans les jura in personam ou ad rem des droits qui ne reposent nullement sur un acte de foi, par exemple les indemnités nées d'une faute, d'un délit. Ainsi le terme d'obligation s'est substitué à droit de créance, droit personnel, pour s'opposer à droit réel.

Dans la doctrine classique, ce trait de distinction qui apparaît le plus nettement entre le droit réel et le droit personnel, c'est que dans le premier

Source : BIU Cujas

il y a toujours deux éléments, le sujet du droit et l'objet du droit, tandis que dans le droit personnel il y a trois éléments : le sujet actif, le sujet passif et l'objet du rapport.

Cette doctrine très claire avait été enseignée par Pothier (Ch. préliminaires du traité du droit de domaine, [de propriété]) où il opposait le jus in re au jus ad rem. "On considère à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits; le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle jus in re; et le droit que nous avons par rapport une chose, qu'on appelle jus ad rem.

Le jus in re est le droit, que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards.

Le jus ad rem est le droit, que nous avons, non dans la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner.

C'est celui qui naît des obligations, et qui ne consiste que dans l'action personnelle, que nous avons contre la personne qui a contracté l'obligation, ou qui y a succédé, aux fins qu'elle soit condamnée à nous donner la chose, si elle est en son pouvoir; ou en nos dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

C'est celui qui naît des obligations tel que Pothier la définit dans son traité des obligations.

Critique de la distinction classique entre le droit réel et le droit personnel par M. Planiol. Le droit réel ramené à une obligation passivement universelle.

Telle était la doctrine classique quand M. Planiol a soulevé une retentissante contradiction. "Cette notion classique, disait-il, est fausse, contraire à la réalité : elle ne repose que sur l'apparence; il est nécessaire de combattre dans répit cette fausse formule". Un droit, dit-il, et c'est l'essence de sa thèse (N°s 2158 et s.s. T. I.) n'est pas et ne peut pas être un rapport entre un homme et une chose. Considérer le droit réel comme un rapport entre un homme et une chose est une erreur fondamentale. Le droit, par définition même, est une règle de conduite déterminant les rapports des hommes entre eux; par définition tout droit est un rapport entre des personnes. Par conséquent, la définition du droit réel est fausse, le droit réel, disait M. Planiol aussi bien que le droit personnel comporte trois éléments : un élément actif, un élément passif et l'objet sur lequel porte le rapport. Toute la différence entre le droit réel et le droit personnel, c'est que dans le droit personnel il y a unité ou simple pluralité d'éléments

Source : BIU Cujas

passifs, tandis que dans le droit réel le sujet passif c'est l'universalité des hommes. Le droit réel est considéré comme une obligation passivement universelle. Par exemple, prenons la dette née d'un prêt : 3 éléments: le prêteur, l'emprunteur, la chose prêtée. Le sujet passif c'est l'emprunteur – unité –. De même s'il y a plusieurs emprunteurs il y a pluralité de sujets passifs. Dans le droit de propriété il y a également trois éléments : le propriétaire, sujet actif, la chose prêtée, l'objet, et l'universalité des hommes qui doivent respecter le droit de propriété, tenus in patiendo, tenus de supporter, de respecter le droit de ce propriétaire. Ils sont donc sujets passifs, une obligation leur incombe mais qu'ils partagent avec le reste des humains.

Donc identité d'essence entre droit réel et droit personnel, tous deux impliquent rapport entre personnes; le premier se distingue seulement par l'universalité du sujet passif et par le caractère de l'obligation qui présente un caractère négatif.

Telle était la thèse. Elle eut un succès considérable et fut admise par nombre d'auteurs (Voir Michas, thèse. Paris. 1900: le droit réel conçu comme obligation passivement universelle. Brodars Théorie générale du droit réel, thèse, Paris 1909. Quéru. Thèse Caen 1901 : Synthèse du droit réel et du droit personnel. Brugeilles: le droit et l'obligation Rev. de Droit Civil 1909. Demogue Notions fondamentales de Droit privé 2ème partie. C. IV. Droits absolus et droits relatifs).

Objections faites par M. Capitant à la théorie de M. Planiol.

Malgré le succès obtenu par cette théorie elle s'est vue bientôt critiquée et à son tour momentanément abandonnée. MM. Colin et Capitant dans leur "Cours de droit civil français" et ce dernier, dans son "Introduction au Droit civil" font retour à l'idée traditionnelle en invoquant deux arguments :

Elle confond le droit réel avec les droits dits absolus.

1° La thèse de M. Planiol est trop large et donne du droit réel une notion erronée, exagérée en embrassant des droits qui ne peuvent avoir le caractère réel. M. Planiol assimile les droits réels à ce qu'on appelle, dans la théorie générale du droit, les droits "absolus" : Ces droits sont ceux qui s'opposent erga omnes à ceux qu'on peut faire valoir à l'encontre de tous mais ceux sont pas nécessairement des droits patrimoniaux, par exemple les droits politiques qui font participer le citoyen au gouvernement à l'administration du pays, le droit de suffrage, le droit

Source : BIU Cujas

d'être jugé existent erga omnes. D'autres droits individuels non patrimoniaux ont le même caractère: on les appelle "les droits de la personnalité", liberté de pensée, liberté de religion, droit au nom, à la vie, au respect de l'honneur, à la sécurité. Ce ne sont pas cependant des droits réels, bien qu'ils soient opposables à tous.

Elle est contraire à la réalité qui oppose nettement les deux droits.

2° Cette doctrine ne fait pas une part suffisante à ce que M. Planiol appelle l'apparence et ce que MM. Colin et Capitant appellent la réalité. Dans la vie, dans les faits, économiquement et socialement, le droit réel et le droit de créance s'opposent. Le droit de créance, l'obligation est un droit momentané, anormal, exceptionnel, dérogeant au droit de la liberté. C'est une exception à la liberté générale. Le droit de propriété au contraire est un droit perpétuel en principe, destiné à durer autant que la chose, condition essentielle et primordiale de toute vie sociale.

Elle pourrait même aboutir à la suppression du droit de propriété.

En prolongeant un peu la conception de MM. Colin et Capitant, on pourrait dire que la théorie de M. Planiol dans leur pensée fait disparaître et s'évanouir le droit de propriété. Considérer la propriété comme un rapport juridique entre personnes, comme une obligation passive universelle, c'est là une conception que l'on pourrait considérer dans une certaine mesure comme un danger. Faire rentrer le droit de propriété dans le droit de créance, supprimer la propriété pour ne plus voir que des rapports d'obligations, des rapports personnels, supprimer le dominium et mettre l'obligation partout, c'est subordonner le droit réel au droit personnel, faire s'évanouir le droit de propriété.

Nous ne pouvons prendre l'idée de rapport juridique entre deux personnes comme substantif de la définition; 1° parce qu'il n'est pas assez compréhensif et ne comprend pas l'idée de patrimonialité et 2° parce que cette expression rentre dans le cadre d'une théorie de l'obligation présentée par M. Planiol, contre laquelle on s'est élevé.

Critique de la théorie de M. Planiol d'après laquelle, dans le droit réel seul, il y aurait universalité de sujets passifs.

Pourquoi faut-il repousser la conception qui fait de l'obligation un droit à pluralité de sujets passifs, tandis que dans le droit réel il y aurait universalité de sujets passifs? L'objection est très simple. Aussi bien dans l'obligation, dans le droit personnel, que dans le droit réel, il y a universalité de sujets passifs. La conception de Planiol qui repose

sur l'idée que dans le droit réel et dans le droit réel seul, il y a universalité de sujets passifs se révèle à l'analyse comme inexacte. Dans le droit personnel aussi il y a universalité de sujets passifs : tout le monde est tenu de respecter un rapport obligatoire, comme tout le monde est tenu de respecter un rapport de propriété. En voici deux exemples qui prouvent que telle est bien la conception du C.C.

Cette universalité se rencontre également dans le droit personnel.

1° D'abord l'application de l'action paulienne, a. 1167. Quand un débiteur a agi en fraude du droit de ses créanciers l'acte peut être révoqué s'il porte préjudice à ceux-ci. Ce préjudice consiste à créer ou à augmenter l'insolvabilité du débiteur. Lorsque l'acte frauduleux et préjudiciable, a été passé avec un tiers, l'acte tombe vis-à-vis du tiers s'il a été à titre gratuit, dans tous les cas et s'il est à titre onéreux si le tiers a été de mauvaise foi, conscius fraudis. Cela veut dire que le tiers aurait dû connaître les rapports obligatoires existant entre le contractant et ses créanciers. C'est pour avoir porté atteinte au rapport obligatoire existant entre le débiteur et son créancier, que l'acte est révoqué. On connaît la controverse classique sur la nature de l'action paulienne. Elle semble apaisée aujourd'hui, en ce sens qu'on paraît s'entendre pour reconnaître le caractère indemnitaire de cette action. Le tiers est puni d'avoir agi en fraude des rapports obligatoires qui liaient son contractant.

2° On pourrait prendre comme second exemple le louage de choses si celui-ci ne se rattachait, dans une certaine mesure au droit réel. Mais dans le louage de services, il est interdit aux tiers de s'immiscer abusivement dans un rapport de travail existant entre deux personnes. (Affaire de la Verrerie de Carmaux - Ressegnier contre Jaurès et la Dépêche de Toulouse. Cass. 29 Juin 1897 S. 98.1.17, note Esmein). On pourrait transporter la controverse sur le domaine du débauchage de domestiques ou d'employés.

Un rapport obligatoire entre deux personnes est aussi respectable qu'un rapport réel entre une personne et une chose et le respect, peut en être assuré par les voies de droit. Tout le monde est obligé de respecter une créance appartenant à autrui, parce que c'est un bien appartenant à autrui.

Erreur D'où vient donc l'inexactitude de la doctrine

Source : BIU Cujas

fondamentale de la doctrine de Planiol consistant à envisager le droit sous son aspect subjectif au lieu de se placer au point de vue du droit positif lui-même.

de M. Planiol. Ceci va montrer comment c'est par l'idée d'institution juridique qu'il faut définir l'obligation. Pour bien le comprendre, il faut avoir présent à l'esprit que le mot Droit (employé dans l'expression droit réel, droit personnel) a beaucoup de sens et peut être envisagé sous plusieurs aspects comme un monument peut être regardé par la façade ou les côtés. Quand M. Planiol oppose le droit réel et le droit personnel, il se place à un point de vue qu'on appelle parfois subjectif. Il envisage le droit ou les droits quant aux bénéfices, avantages, prérogatives qui en découlent pour l'individu. C'est ce qu'on appelle parfois le droit subjectif par opposition au droit positif, à la règle de droit, c'est-à-dire au droit envisagé dans les formules qui en imposent les règles à une époque déterminée à une société déterminée. M. Planiol s'est placé au regard du droit envisagé quant à ses avantages individuels, au lieu de se placer en face des règles de droit elles-mêmes, de droit positif lui-même. C'est sur ce terrain que nous allons rencontrer la définition.

Si on reste avec M. Planiol en face de l'aspect du droit considéré au point de vue des avantages individuels, on est dans une impasse, et on aboutit à cette conclusion qu'un droit réel est un droit et qu'un droit personnel est aussi un droit. Au point de vue individuel un droit est un empiètement sur la liberté d'autrui. Le droit est la délimitation des libertés. Quand on confère à quelqu'un un avantage par rapport à un autre, on recule la frontière de la liberté, on l'agrandit du côté de l'ayant droit, on la diminue du côté du sujet passif. Ces modifications de frontières, les hommes comme les pays sont obligés de les respecter: il y a une partie gagnée par celui qui a triomphé, cela suppose à tous, qu'il s'agisse de choses ou de personnes, d'un assujettissement de personne ou d'une emprise de territoire. Qu'il s'agisse d'un créancier ou d'un débiteur, d'un propriétaire et de la terre sur laquelle il a un droit, pas de différence: un droit est un droit et s'impose à tous. C'est la définition même du droit individuel.

Nécessité de rechercher la définition de l'obligation en

Ce n'est donc pas de ce côté qu'il fallait creuser. C'est en regardant le monument sous une autre face, en considérant le droit de l'obligation non plus au regard des avantages, prérogatives

Source : BIU Cujas

se plaçant au regard des règles du droit positif. L'obligation institution juridique.

inhérents à l'individu, mais au regard des règles du droit positif lui-même, c'est-à-dire du droit envisagé dans ses règles écrites et non écrites qui nous imposent le respect à un moment donné, dans une société déterminée. C'est là que nous rencontrons l'institution juridique et que nous pourrons dire que l'obligation s'oppose au droit réel réel, parce que c'est une institution juridique distincte, que le droit réel, la propriété, l'usufruit, l'hypothèque sont des institutions juridiques qui ne peuvent se confondre avec l'obligation, autre institution juridique.

Définition de l'institution juridique.

Qu'est-ce donc que l'institution juridique? On peut la définir : un ensemble de règles groupées sous un vocable qui en évoque la totalité pour exprimer juridiquement une situation de fait.

Un ensemble, - on pourrait dire un "faisceau" de règles (mais c'est là une image qu'il faut écarter dans une définition). C'est un groupement de règles. Ces règles se rattachent à une situation de fait. Par exemple le rapport entre mari et femme, entre père et enfant, entre tuteur et pupille, entre maître et serviteurs, entre propriétaire et chose susceptible de propriété, entre créancier et débiteur. L'institution juridique est une création de la technique de notre science et de notre art. C'est le résultat du travail des jurisconsultes romains. A l'origine du droit, il y a des règles éparses, généralement brèves, impératives, dans la Loi des XII Tables fournit des échantillons frappants. A mesure que le droit se développe, les hommes qui s'adonnent à son étude observent, comparent, groupent, classent. Autour d'un fait social déterminé, on trouve non plus une règle, mais deux, trois, quatre, cinq et si le fait est suffisant pour avoir attiré l'attention des jurisconsultes, si ce fait social comprend un nombre suffisant de règles, on va les grouper, leur trouver un nom et ce nom qui exprimera la situation de fait, la traduira dans la pensée juridique, l'extraira de la pensée juridique pour la répandre et la faire connaître. Ce sera une institution, un vocable dû à l'imagination, sorti peut-être de la pensée, du langage populaire, ce sera l'institution juridique. Les rapports entre mari et femme ce sera la puissance maritale, entre père et enfant la puissance, l'autorité paternelle; entre tuteur et pupille : tutela, la tutelle;

Source : BIU Cujas

le rapport entre le maître de la chose et la chose, le dominium, la propriété ; entre créancier et débiteur : ce sera l'obligation.

C'est là le seul terrain où il faut se placer, parce que c'est celui des faits, celui de la vie économique et sociale. C'est sur ce terrain qu'il faut transporter la comparaison entre le droit réel et le droit personnel.

Opposition du droit réel et de l'obligation en tant qu'instructions juridiques.

Là, nous allons rencontrer des oppositions frappantes qui s'appuient sur l'histoire, parce que c'est lentement, à travers les âges, que l'idée de droit personnel s'est fait jour, bien après le droit réel, comme une conquête de la civilisation et de la pensée.

Antériorité de la notion de droit réel à celle de droit personnel.

A l'origine, il n'y a guère de rapport concevable et de situations de fait frappant l'esprit des juristes en dehors du dominium ex jure quiritium, cette possession brutale, plus tard devenue droit réel, opposable à tous, dont la lance romaine est le symbole. C'était la conquête étendue par droit sur le butin. Autour des chefs de famille groupés dans cette confédération de pères de famille qu'était la République romaine, y avait-il place pour autre chose que des rapports de potestas, de dominium, de domination ? Non. La famille se suffisait à elle-même, elle avait une propriété concentrée, localisée sur la tête du pater familias. Elle se suffisait religieusement, moralement, économiquement. On travaillait au sein de la famille et c'était seulement les esclaves qui étaient chargés du travail. Où aurait-on cherché la notion d'obligation, c'est-à-dire d'échange de services et des forces ? Le besoin ne s'en faisait pas sentir, chaque famille se suffisant à elle-même. Cependant il y avait le germe du rapport obligatoire, germe qui n'est pas dans l'ordre contractuel ; mais dans l'ordre délictuel.

Le premier germe de la notion d'obligation sur le terrain délictuel.

C'est en effet par les délits que s'est formé le rapport obligatoire et le droit des obligations. Une personne causait tort aux biens ou au corps d'autrui. Il naissait entre l'auteur du préjudice et la partie lésée quelque chose de très distinct du rapport unissant les membres de la familia. Mais comme les Romains ne concevaient d'autre rapport que celui de domination, ils faisaient rentrer ce rapport nouveau dans ce domaine en faisant de l'auteur du préjudice un esclave, en lui ravissant sa liberté s'il ne fournissait pas à la victime l'indemnité à laquelle la coutume des quirites lui donnait

Lent processus du dégagement de la notion d'obligation de celle de dominium.

Source : BIU Cujas

la possibilité de recourir. Le débiteur en ce cas était assujetti, s'il ne payait pas ce qu'il devait à sa famille; la manus injectio s'abattait sur lui. Au bout d'un certain temps il était en vertu d'une sentence du prêteur, des judicatum, mis en esclavage. De même quand l'économie politique prenant alors des droits, certaines personnes concentrèrent entre leurs mains des richesses dépassant les besoins de la famille et que la plèbe s'accroissant, le nombre des non possédants devint plus grand que celui des possédants, apparut à Rome un rapport obligatoire, celui engendré par une numération d'espèces donnantes confiées pour un temps par celui qui en avait trop à celui qui n'en avait pas assez. C'était, (sauf controverse sur ce point) le premier contrat romain, nexum, contrat solennel où on pesait l'airain dans la balance en présence de témoins représentant tout le peuple. Là encore les Romains avaient si peu l'idée qu'il pouvait y avoir quelque chose de différent du dominium que si les deniers comptés n'étaient pas rendus à la bonne époque, la solution était la même, - manus injectio, ces nexum, mainmise sur le débiteur, esclavage, vente, trans tiberim. Dans tout cela, il n'y a pas obligation. C'est lentement, par le raffinement de la conscience juridique, qu'on est arrivé (les textes montrent les étapes de ce processus) à l'idée que le rapport engendré par un fait préjudiciable ou par un échange de services, de forces pouvait être classé dans une catégorie différente du dominium. C'est lorsqu'avec la constitution politique et sociale de Rome, la condition des nexi devint la même que celle de tous les membres de la plèbe. Il fallut trouver alors d'autres procédés que l'esclavage pour sanctionner les rapports obligatoires. C'est l'adoucissement de la condition du débiteur qui a engendré ces règles nouvelles. C'est par suite de la multiplicité des rapports nouveaux issus de l'élargissement, des conquêtes de Rome, de l'afflux de richesses nouvelles, que l'on voit se différencier les contrats, les délits ou qu'on voit apparaître ce rapport qui n'est plus le vinculum du dominium, mais qui est une ligatio spéciale à raison de ce qui s'est passé antérieurement, "ob-ligatio", évoquant tout le passé entre les contractants, entre le délinquant et la partie lésée. Et comme les règles se différenciaient l'idée d'obligation est entrée dans la conscience juridique.

Aujourd'hui, si nous opposons l'obligation

Source : BIU Cujas

et le droit réel, c'est que la propriété engendre un rapport de maîtrise, une domination que le rapport d'obligation ne comporte pas ou comporte à un moindre degré. Ce n'est donc pas en creusant du côté où M. Planiol l'avait fait, du côté de la prérogative individuelle engendrée par le rapport obligatoire que l'on trouve la différence entre le droit civil et l'obligation. Non c'est dans les faits, dans les considérations sociales et économiques, qu'il ne faut jamais perdre de vue.

Nécessité de définir l'O comme une institution juridique.

Définir l'obligation comme une institution juridique c'est donc se rapprocher de réalités et c'est la possibilité, pour nous, de rattacher notre notion à un genre. Le genre dans lequel rentre l'obligation, c'est le genre : institution juridique.

Je reconnais moi-même dit M. Lévy-Ullmann ce que cette définition peut avoir, par certains côtés, de critiquable.

Observations relatives à cette opinion.

La principale critique est que le genre que j'ai adopté, pour caractériser par son premier trait l'obligation, est beaucoup trop large. Car il n'est aucune notion importante du droit positif qui ne soit susceptible de comporter une définition rattachée à ce genre. Quand, dans le droit, en présence de la question de définition, on se trouve embarrassé de dégager un substantif, en employant le terme "institution juridique". On sera presque toujours dans la vérité. Mais c'est un genre beaucoup trop large. Il faut trouver un genus proximum plus rapproché. Le mariage est une institution juridique. Cependant on ne le définit pas "l'institution juridique en vertu de laquelle .. etc" ; on trouve des substantifs caractérisant par un genre plus rapproché l'institution juridique qu'est le mariage. On dit que c'est une "union contractée conformément à la loi". De même le divorce est une institution juridique. Mais on précise en disant : c'est une cause de dissolution du mariage". Voilà la méthode à suivre pour découvrir le meilleur genus proximum.

Pour l'obligation on ne pourra guère trouver de genre plus rapproché, parce que les traits spécifiques de l'obligation sont divergents. Nous sommes obligés d'adopter une définition très large, à deux branches, parce que l'obligation se présente en tant qu'institution juridique, à la fois comme rapport entre personnes et comme relation entre patrimoines. C'est faute de vocable meilleur qu'à titre provisoire, comme pierre d'attente nous garderons le mot, quitte

Source : BIU Cujas

à ce que plus tard on trouve pour notre institution un substantif meilleur.

Les 2 aspects de l'obligation

Pénétrant plus avant dans la définition, montrons les traits spécifiques de l'institution juridique qu'est l'obligation, sous ses deux aspects: 1°. situation respective des personnes; 2°. élément particulier dans le patrimoine des intéressés.

1°. L'obligation en tant que situation respective entre 2 personnes.

1°. L'obligation considérée comme situation respective entre deux personnes.

A cet égard, l'obligation, selon la formule précédemment énoncée, c'est l'"Institution Juridique qui exprime la situation respective de personnes dont l'une (appelée le débiteur) doit faire bénéficier l'autre, (appelée le créancier), d'une prestation ou d'une abstention".

Il y a dans cette formule quelquechose d'un peu abstrait.

Nous allons la décomposer, comme on doit le faire pour toute définition, en mettant à part les éléments dits de précision et les éléments dits d'évocation.

Eléments de précision de la définition: les 3 éléments de l'O. reliés entre eux par l'idée de devoir.

Dans toute définition, et particulièrement dans la définition juridique, il y a deux ordres de termes: les mots de précision, qui ont pour but de classer l'objet à définir en analysant les éléments du concept, au moyen des données fournies par la raison: c'est l'appel à l'intelligence. Nous possédons un certain nombre de concepts juridiques dont les rapports entre eux sont déterminés par l'entendement.

Nous devons ensuite colorer la définition en recherchant des mots qui font appel non plus à la raison, mais à l'imagination, au sentiment, qui font apparaître la chose à définir, rappellent son histoire, la situent politiquement, économiquement, moralement socialement. Ce sont les éléments d'évocation.

Dans notre définition les termes de précision sont ceux qui mettent en relief les trois éléments du rapport obligatoire, a) le sujet actif; b) le sujet passif; c) l'objet, analysé déjà fait et que nous retrouvons.

L'obligation se compose donc d'un sujet actif, d'un sujet passif et d'une chose, deux personnes et une chose. Qu'est-ce qui les lie? Il intervient là un élément nouveau. Qu'est-ce qui établit entre Primus, Secundus et la chose due, un lien? Qu'est-ce qui groupe ces éléments? C'est l'idée du devoir, c'est-à-dire que Secundus doit à Primus le fait ou

Source : BIU Cujas

C'est ici le cinrent de l'obligation. Les éléments de précision sont donc les trois éléments, mais reliés entre eux par l'idée de devoir, debitum. C'est la caractéristique même de l'obligation. Je ne dis pas "nécessité", mais devoir nécessaire. J'emploie le mot doit et non pas l'expression "doit nécessairement", parce que dans le genre, dans le substantif déjà choisi, l'idée se trouve exprimée. J'ai spécifié que l'obligation est une institution juridique. Qu'est-ce à dire ? Cela veut dire un groupement de règles de droit, c'est-à-dire de règles sanctionnées par le droit. Ces sanctions sont directes ou indirectes. C'est en cela qu'elles sont juridiques et non pas des règles de la morale. Nous avons ainsi le propre de l'obligation, le devoir de celui qui a contracté ou sur qui est tombé la charge de l'obligation. Nous mettons ainsi en lumière le mot le plus important de la définition : le mot "doit". Voilà le premier terme spécifique dans l'obligation.

Termes d'évocation dans la définition : créancier, débiteur.

Ainsi dégagés les mots de précision, arrivons à ceux d'évocation.

Je les ai très modestement mis entre parenthèses. J'ai dit : "dont l'une (appelée le débiteur) doit faire bénéficier l'autre, (appelée le créancier) d'une prestation ou d'une abstention". J'avoue que c'était le minimum de ce qu'on peut faire. Mais nous n'avons pas le droit de faire plus, car nous ne pouvons mettre dans la définition des éléments contestables. - Si nous ne mettions pas dans la définition les mots débiteur, créancier, elle serait exacte, correcte ; mais elle ne serait pas suffisamment colorée. Débiteur, créancier, cela évoque des comédies, des drames, cela suscite dans l'esprit une foule d'idées, de souvenirs, d'impressions. Il est suffisant de présenter ces deux mots dans la définition. Mais il ne faut pas (à la différence de MM. M. Colin et Capitant) mettre dans la définition les mots, excessifs suivant , de commandement ou d'assujettissement.

Je ne crois pas que, même en droit français, il soit prudent de laisser paraître dans la définition des termes de ce genre. Il est exact, qu'au point de vue historique, le droit français se rattache au droit romain et qu'en filiation directe le rapport d'obligation est sorti des rapports d'esclavage et ne s'en différenciait prendant longtemps que par le degré. Il est possible même qu'on puisse encore, dans certains pays, analyser l'obligation comme un pouvoir de commandement par rapport au débiteur,

Source : BIU Cujas

un pouvoir d'assujettissement. Mais la définition que propose le professeur est une définition du premier quart du 20e siècle. Or, il est un jurisconsulte qui a donné, pour fondement à toute sa théorie de l'assujettissement, qui a soutenu que la dette ne serait qu'un esclavage, en raccourci, qu'une diminution de l'esclavage, mais a conservé son caractère primitif. C'est la théorie de la Herrschaft de Savigny (Système du droit romain d'aujourd'hui. Droit des obligations). Cette théorie a été combattue à l'étranger et est complètement repoussée. La controverse subsiste encore, mais de ce fait on doit le rejeter de la définition. On ne peut maintenir dans une définition un élément contestable. Si le droit français a hérité du droit romain le terme d'obligation et sa conception, il ne paraît pas possible de dire que l'obligation est un rapport d'assujettissement.

Tel est le premier trait spécifique de l'obligation.

Nous arrivons alors ainsi au second trait spécifique : l'obligation envisagée comme rapport entre les patrimoines, conception à laquelle se rattache le nom de Saleilles.

2° L'aspect patrimonial de l'obligation — Le mouvement Saleilles.

Pour parvenir à la connaissance de la notion d'obligation. Il faut maintenant la présenter sous l'aspect de la patrimonialité, constituant un élément du patrimoine. Cette théorie a été présentée en France par M. R. Saleilles, décédé prématurément en 1912.

Le nom de M. Saleilles s'attache à ce mouvement, mouvement contemporain de celui créé par M. Planiol, mouvement parallèle et dans une certaine mesure antagoniste. Le mouvement Saleilles et le mouvement Planiol sont deux mouvements scientifiques qui, à la fin du 19e siècle et au début du XXe ont, dans notre pays éveillé le mouvement d'idées en notre matière.

La double formule de ce mouvement : la dépersonnalisation ou la patrimonialité de l'obligation.

Quelle formule donner à ce mouvement ? Les formules présentées étaient diverses, les unes positives, les autres négatives. L'intitulé de la nouvelle École consistait à présenter cette théorie sous le nom de dépersonnalisation du rapport obligatoire. On présentait celui-ci comme un rapport juridique relatif, dépersonnalisé. C'est une formule négative, par laquelle la nouvelle École s'oppose à l'ancienne qui considérait l'obligation comme rapport entre personnes. Sous une forme positive, on parlait de la patrimonialité ou de l'objectivité de l'obligation. Cette théorie

Source : BIU Cujas

de la patrimonialité ou de l'objectivité de l'obligation c'est l'objectivisme juridique, l'obligation, richesse nouvelle, devenant un élément du patrimoine.

Saleilles a présenté cette thèse sous différentes formes. D'abord sous forme d'articles à propos de l'institution de la cession de dette (Ann. de Dr. Comm. 1890-1899); puis dans plusieurs pages de son étude célèbre sur les obligations d'après le premier projet de C.C. allemand, notamment à propos des titres au porteur (268), et spécialement dans son enseignement, et surtout dans son cours de droit civil approfondi et comparé sur la théorie du contrat (1898-99) dont la substance a été résumée dans un article que je vais citer dans un instant.

En dehors de la personnalité de Saleilles, deux de ses disciples, aujourd'hui Professeurs de Droit civil ont répandu sa théorie : d'abord M. Baudemet (Dijon thèse 1898 sur le transport des dettes à titre particulier p. 29-32) qui, aujourd'hui professe à Strasbourg dans la chaire illustrée par Aubry et Rau; d'autre part, M. Lerebours-Pigeonnière, aujourd'hui professeur à Rennes, qui avait suivi le cours de Doctorat de 1898_99 a consacré à cette théorie de l'objectivité du rapport obligatoire une partie de l'étude écrite par lui dans le volume sur l'œuvre juridique de Raymond Saleilles : La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté. L'auteur y expose, examine et défend la thèse objectiviste soutenue par Saleilles, en s'appuyant sur ses écrits, et sur les notes qu'il avait prises à son cours. Tels sont les études différentes auxquelles il faut se reporter pour analyser cette théorie. Analyser, car si elle n'est pas subtile, elle est abstraite et pour la bien comprendre, en peser et en apprécier la valeur, il faut lire autrement qu'avec les yeux, il faut prendre la plume, procéder terme par terme, mot par mot. Essayons d'en décrire le cadre en renvoyant pour les détails aux écrits indiqués, en groupant sous quatre points les éléments principaux de cette théorie.

1 – La thèse (d'après les mots même employés par Saleilles et ses élèves) objectiviste.

2 – Les intérêts pratiques de la nouvelle théorie.

3 – Fondement de la théorie.

4 – Appréciation de la théorie plus particulièrement du point de vue du Droit français, ce

Source : BIU Cujas

de transition pour étudier les théories étrangères.

1. La thèse objectiviste.

I. Rapprochement entre l'obligation conçue sous sa forme objective et les droits réels.

Précisons la formule même de la thèse et la portée que lui ont donnée Saleilles et ses successeurs.

La thèse consiste à présenter une nouvelle conception fondamentale de l'obligation, conception consistant, sous le nom d'objectivité, à soutenir que l'obligation conçue sous sa forme objective, comme élément du patrimoine, se rapproche des droits réels. Cela ne veut pas dire que Saleilles et ses successeurs conçoivent l'obligation exactement comme un élément du patrimoine. Ce serait dépasser la pensée de Saleilles. A l'étranger, en Allemagne, on a dépassé ce stade et certains auteurs considèrent le rapport obligatoire comme entièrement dépersonnalisé et entièrement objectivisé. Selon Saleilles, ce qui restait au fond de l'obligation, son essence même, c'était l'exécution volontaire, l'engagement pris par une personne de remplir un devoir, d'accomplir un service et d'être responsable en cas d'inexécution. Si Saleilles n'excluait pas l'idée de rapport obligatoire, il estimait qu'on devait faire place dans la notion d'obligation à la conception objective.

Mais Saleilles et ceux qui l'ont suivi, ne se bornait pas à cette sèche formule. Ils la développaient, et suivant eux la thèse était susceptible d'être présentée sous deux aspects. Elle comportait deux termes.

Double aspect de la conception objective de l'obligation.

L'objectivité de l'obligation, cela veut dire que la promesse d'un service volontaire, dans la généralité des cas, peut engager indifféremment n'importe qui au profit de n'importe qui, peut engager n'importe quel débiteur au profit de n'importe quel créancier.

Deux termes, par conséquent : indifférence possible de la personnalité du débiteur, indétermination possible de la personnalité du créancier.

2) la personnalité du débiteur peut être indifférente.

1er terme : Dans l'obligation la personnalité du débiteur peut être indifférente. Dire que le rapport obligatoire est objectif, c'est dire que l'obligation peut d'abord être conçue comme la dette d'un débiteur dont la personnalité importe peu. 1000 francs doivent être payés par un individu ; une maison doit être construite par un entrepreneur, une serrure doit être réparée par un ouvrier ; ce qui importe, c'est que les 1.000 frs soient payés, la maison construite la serrure réparée. La personnalité de celui qui doit

Source : BIU Cujas

effectuer la prestation ou le travail peut être indifférente. Ce qui a de la valeur, abstraction faite de la personnalité des hommes, c'est la prestation elle-même, le service à rendre, la réparation à faire. C'est ce que Saleilles appelait la valeur abstraite de la dette, de l'obligation ; abstraite, c'est-à-dire "abstraction faite de l'individu".

Considérer l'obligation sous l'aspect de l'objet de l'engagement et non plus sous l'aspect de la personne qui s'engage est chose conforme à la réalité. Dans la réalité des faits et des choses, ce qui a de la valeur, ce sont les objets eux-mêmes, abstraction faite des individus. Intrinsèquement un champ, un pré ont une valeur. Intrinsèquement une maison a une valeur. Pourquoi ne pas dire qu'intrinsèquement un travail à faire, un produit à fabriquer, une prestation à accomplir ont une valeur en elles-mêmes, en dehors de toute considération de personne.

Voilà le premier terme de la thèse : l'obligation considérée dans son objet et non pas dans la personne qui doit ; le rapport obligatoire considéré sous sa forme objective.

b) la présence actuelle d'un créancier dans l'obligation n'est pas nécessaire.

Le 2ème terme fait disparaître momentanément la personne du créancier.

On peut considérer que l'obligation a une valeur, abstraction faite de la personnalité immédiate et de la présence d'un créancier dans le rapport obligation.

Parce que ce qui compte c'est la prestation à fournir, la chose à fabriquer, le travail à accomplir ; la présence actuelle d'un créancier n'est pas indispensable pour l'existence même de l'obligation. Il suffit que le droit d'invoquer la prestation soit né. La personnalité du créancier pourra venir par la suite. Là encore, par comparaison avec le droit des biens, on peut dire qu'il y a parallélisme : une chose sans maître existe avant son appropriation, elle est res nullius ; mais elle existe, elle a une valeur. C'est un bien. Le jour où quelqu'un s'en emparera il en deviendra légitime titulaire. Parallèlement, il est possible de considérer qu'il existe des prestations, des obligations avant même qu'un créancier ne soit révélé. Dans le droit des biens notamment, il a existé sous la législation française une institution curieuse qui, au cours des dernières années, avec les difficultés financières, a repris dans nos conceptions juridiques une sorte de

de réalité, conception de la Révolution française est très originale au point de vue juridique. C'était la très utile institution de la cédule hypothécaire de la loi du 9 Messidor an III. C'était une hypothèque prise par avance par le propriétaire sur son propre bien. Cette hypothèque était matérialisée sous une forme concrète dans un papier, le cédule hypothécaire, En réalité, le propriétaire prenait une hypothèque sur son propre bien; on lui remettait un titre moyennant quoi il pouvait se procurer de l'argent en l'escomptant. C'était une mobilisation du sol. La débâcle des assignats qui n'étaient que des cédules hypothécaires émises par la République sur les biens nationaux, entraîna le discrédit de cette cédule. mais un peuple naturellement pratique n'a pas laissé tomber l'idée, la reprise et en a fait un élément fondamental de son droit: c'est l'Allemagne. L'idée a été reprise dans certaines villes. Le C.C. allemand contient sous différentes formes l'idée française reprise et mise au point, d'abord sous la forme directe de la loi de Messidor (a. 1116). C'est la cédule hypothécaire, Brief hypotek. Hors de là une conséquence de cette conception est ce que les Allemands appellent l'hypothèque du propriétaire (Eigen thumer hypotak) (C.C. Allemand, art. 1163) qui persiste au profit du propriétaire après qu'il a désintéressé le créancier, hypothèque maintenue en faveur du propriétaire en écartant le créancier hypothécaire postérieur en rang, hypothèque gardée par le propriétaire sur son fonds. Qu'est ce que cela sinon les droits qui existent dans titulaire actuel, des droits à titulaire éventuel. Le droit est né, mais le titulaire n'existe même pas encore. Dans notre législation l'idée d'imaginer une dette dans créancier actuel n'est donc pas une idée étrange. ni étrangère. C'est une idée éminemment française qui aurait pu être adoptée dans notre législation.

II. Intérêts pratiques de la conception objective de l'obligation.

II: Les intérêts pratiques de la théorie

Ce n'est pas le tout d'émettre des idées, il faut encore, pour éviter d'encourir le reproche de scolastique et de logomachie que ces discussions présentent un intérêt pratique, c'est à dire permettent soit de rendre possibles, soit d'expliquer dans notre droit certaines institutions. Or, M. Lerebours. Pigeonnière dans l'article précité, donne ces exemples qu'on pourrait multiplier d'institutions dont la théorie objective permettrait l'introduction dans notre droit ou tout au moins donne une explication satisfaisante

Source : BIU Cujas

pour l'esprit juridique et la logique qui préside à nos conceptions ou classifications.

A. La première c'est la cession de dettes

A. Explications de la cession de dettes. Utilité et importance pratique de cette opération.

La théorie objective rend possible d'admettre dans notre droit français et d'expliquer la cession ou transport de dettes (C. f. les deux articles de Saleilles dans les Annales de Droit Commercial). La cession de dettes c'est, pourrait on dire, le contraire de la cession de créance. Celle-ci est le transport d'une créance de la tête d'un créancier sur la tête d'un autre créancier. Le transport de dette, c'est le transport d'une dette de la tête d'un débiteur sur celle d'un autre. Le transport de créance a bien trouvé dans le C.C. (art. 1689 et suiv.) une hospitalité à la française et non pas à la Romaine ; le Droit Romain en effet n'était arrivé que très péniblement à l'idée de transmission des rapports d'obligation et par des biais de procédure ou autres (la procuratio in rem suam) et il a fallu le travail de notre ancienne jurisprudence pour faire admettre qu'une personne qui n'est pas le créancier originaire pouvait être le bénéficiaire d'un rapport obligatoire. Mais le C.C. n'a pas admis l'idée de cession de dette. Il a fallu attendre un siècle pour l'apercevoir, bien qu'elle existât dans les faits, dans les institutions de notre vie pratique et juridique sous des formes pratiques, presque terre à terre. La cession de dette est en effet une opération qui s'effectue dans une seule journée à des milliers d'exemplaires. Par exemple les cessions de fonds de commerce qui, depuis la guerre se sont multipliées sous des aspects très divers, comportent non seulement cession du matériel et des marchandises, mais également la cession parallèle du passif du fonds, des dettes, des paiements non encore faits des marchandises, de la satisfaction à donner aux effets sur le cédant, l'actif comportant achat du passif. En dehors de ces opérations à titre universel, la cession de dettes peut s'apercevoir dans la cession d'un immeuble hypothéqué " la dette passe avec l'hypothèque ", disent certains auteurs. Enfin, à titre principal et séparé la cession de dette s'aperçoit et c'est là une opération très noitée, dans les transports successifs, c'est à dire les transports qui nécessitent pour faire voyager un objet d'un point à un autre plusieurs transporteurs. Si je veux faire voyager un objet de Marseille au Hâvre, ou même seulement de Versailles à Beauvais, l'objet emprunte plusieurs

Source : BIU Cujas

réseaux. La charge du transport passe d'une compagnie à une autre. Voilà saisie sur le vif la cession de dette dans le transport terrestre, comme on la trouve aussi dans le transport dit "combiné", c'est-à-dire par chemins de fer et bateau, par rail et voie d'eau, par chemin de fer et avion. Dans tous ces cas, il y a un débiteur qui transporte la charge du transport à accomplir sur un autre: cession de dette.

Le C.C. n'avait pas aperçu cette opération et jusqu'à Saleilles on ne s'était pas rendu compte de la nature de l'opération. Comment juridiquement expliquer cette cession de dette? Saleilles n'hésite pas. C'était l'application de la théorie objective, de l'idée de dépersonnalisation du rapport objectif, du fait qu'une dette peut exister entre un patrimoine et un autre, sans se préoccuper de la personnalité du débiteur. Avant lui on tentait d'expliquer l'opération par l'idée de novation.

Impossibilité d'expliquer la cession de dette par la novation.

Mais la novation et la cession de dette se distinguent par deux traits caractéristiques. La novation exige le consentement du créancier, la novation nécessite un accord entre le premier débiteur, le deuxième débiteur et le créancier; sans la volonté du créancier la novation n'est pas possible. Dans la cession de dette, au contraire, l'opération peut avoir lieu sans que le créancier intervienne. En outre, 2ème différence, la novation anéantit l'obligation primitive et la remplace par une obligation nouvelle. C'est la fin d'un rapport antérieur et le commencement d'un rapport nouveau. Novation implique en effet aliquid novi. La cession de dette au contraire, transfère le droit ancien avec ses avantages, ses sûretés et ses inconvénients.

Sans doute, on objectait (et c'est pourquoi la cession de dette ne s'est acclimatée en France qu'avec difficulté et que les auteurs y restent encore rebelles) que la cession de dette ne tient pas compte de l'intérêt du créancier. Il n'est pas indifférent qu'il ait pour débiteur telle ou telle personne, et on ne peut pas affirmer de façon aussi catégorique l'indifférence de la personnalité du débiteur. Le débiteur peut être solvable, le cessionnaire de la dette être insolvable; un débiteur peut être de tempérament craintif et arrangeant, un autre de tempérament batailleur et agressif. C'est exact, sans cependant l'être toujours. Saleilles n'admettait pas la cession de dette à titre général; mais il estimait que dans la plupart

Source : BIU Cujas

des cas, dans beaucoup de cas la personnalité du débiteur est indifférente. Notamment dans le transport par chemin de fer, est-il vraiment concevable qu'on puisse faire des différences entre deux réseaux pour transporter un objet ? On peut avoir sur le réseau du P.L.M. ou sur le réseau de l'Etat des opinions plus ou moins différentes, tirées de l'expérience personnelle ou de conceptions particulières, mais quand on envoie un objet de Marseille au Hâvre, on n'y regarde pas de si près. Dans beaucoup de cas donc la personnalité du débiteur est indifférente.

Voilà donc un premier intérêt pratique. On pourrait admettre la cession de dette dans notre droit si on admettait l'objectivité du rapport obligation.

B - Explication par l'objectivité de l'obligation, de l'engagement par manifestation unilatérale de volonté.

B. L'objectivité de l'obligation rend admissible cette conception seule rend admissible en droit français, l'idée de l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté.

Il n'y a que si on admet le principe que l'obligation peut être dépersonnalisée, que l'obligation a en elle-même une valeur, une valeur abstraite, il n'y que si on admet ce postulat que l'on a le droit de faire figurer au nombre des sources d'obligation l'engagement par manifestation unilatérale de volonté.

La promesse de récompense.

Sur les murs on lit souvent une affiche qui fait savoir qu'une personne infortunée - ou trop fortunée - a perdu un bijou de prix ou un animal auquel elle tient, et elle promet une récompense. Promesse de récompense qu'est-ce que cela, et comment l'expliquer en droit ? Quel mécanisme juridique trouvons-nous à la base de l'opération ? Comment expliquer que celui qui a trouvé l'objet puisse réclamer la récompense promise ? En vertu de quel article du C.C. l'inventeur pourrait-il se plaindre si on lui refusait la récompense ? Il ne le peut que si on admet la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Le perdant a promis de payer avant même peut-être que l'objet ait été trouvé. Voilà une dette née avant même qu'il y ait un créancier.

Cet exemple a fait admettre à beaucoup de jurisconsultes l'idée d'engagement par manifestation unilatérale de volonté. Celle-ci du reste ne se confond pas du tout avec la sollicitation, l'offre de contrat. Lorsque le créancier réclamera le paiement de la créance, de la récompense, il s'agit d'une dette qui existera non pas à la date de son adhésion, mais qui existait à la date de l'engagement du promettant. Nous

Source : BIU Cujas

verrons au point de vue pratique la différence entre les deux conceptions, entre l'offre de contrat et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté.

Saleilles n'admettait pas de façon totale et sans restriction l'idée d'un engagement par manifestation unilatérale de volonté. Il estimait qu'il n'y avait que dans des cas où des intérêts spéciaux étaient en jeu, dans des cas où le crédit public ou privé était mis en question, qu'on pouvait admettre cette forme d'engagement ; mais le principe est certain : on ne peut admettre l'engagement par manifestation unilatérale de volonté, la création d'un rapport obligatoire sans créancier actuel que si on admet le principe de l'objectivité du rapport obligatoire.

C. Explication de la stipulation pour autrui par l'objectivité de l'obligation.

C. L'objectivité de l'obligation permet d'expliquer la stipulation pour autrui, stipulation pour autrui qui, malgré les apparences et la théorie, ne se confond pas avec l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté. Sur ce point Saleilles a longtemps bataillé. L'engagement par manifestation unilatérale de volonté ne se confond pas avec la stipulation pour autrui. Dans la stipulation pour autrui, il y a à l'origine, disait-il, un engagement pris envers et avec quelqu'un, il y a convention initiale puisque Primus et Secundus ont convenu entre eux qu'un droit naîtrait en faveur de Tertius, tandis que dans l'engagement par manifestation unilatérale de volonté, il n'y a pas de convention initiale. Dans la promesse de récompense, il y a engagement pris par une personne envers le public sans convention initiale. De ces deux différences découlent des intérêts pratiques nombreux. La stipulation pour autrui restera liée à la convention initiale, elle sera toujours valable, parce qu'il y a toujours convention initiale et elle ne le sera que dans la mesure de cette convention. Au contraire, l'engagement par manifestation unilatérale de volonté repose en entier sur cette promesse initiale dégagée de toute convention.

La stipulation au profit de personnes futures.

L'exemple le plus frappant de l'utilité de la stipulation pour autrui, c'est la stipulation au profit, non seulement de personnes indéterminées, mais de personnes futures, par exemple d'enfants à naître, l'assurance en faveur des enfants à naître d'un mariage. C'est là une stipulation qui ne peut s'expliquer que par la théorie de la stipulation pour autrui. Le C.C. ne peut permettre de la comprendre

Source : BIU Cujas

ne peut en permettre l'explication. Or, la théorie, là aussi, repose sur un postulat, celui de l'existence de l'obligation comme valeur abstraite. Il n'y a que si on admet qu'entre Primus et Secundus peut naître un rapport ayant une valeur abstraite au profit d'un tiers ultérieur, qui n'est peut être ni né ni conçu qu'on peut accepter la conception moderne de la stipulation pour autrui.

I. Explication par l'objectivité de l'obligation du mécanisme des titres au porteur.

D. Enfin le dernier exemple cité était encore matière très pratique : il s'agit du titre au porteur.

Comment expliquer juridiquement qu'une personne puisse être engagée envers le porteur d'un titre. La matière est on ne peut plus pratique, puisque ce sont des milliards que représentent aujourd'hui les "titres au porteur"; obligations, actions, rentes, effets publics comportent cette clause "Au porteur" : cela veut dire qu'unilatéralement l'émettant, celui qui crée le papier, s'engage à payer à celui qui rapportera le titre. Cela veut dire en somme que la dette est objectivée, matérialisée, incorporée dans le titre et dans la controverse sur la nature de ce titre, des auteurs ne trouvent pas d'autre explication que cette "incorporation" qui n'est qu'une image, une donnée d'évocation et non pas une explication logique satisfaisante pour la raison du juriste. On trouve au contraire l'explication dans la théorie de l'objectivité du rapport obligatoire; on a fait de la dette une valeur abstraite et Saleilles précisait bien que l'émettant, le créateur du titre n'était pas engagé envers le premier porteur, mais envers le dernier, que la créance se transportait non pas de la tête de l'un à l'autre, mais se fixait directement sur le dernier porteur sans passer par la filière des porteurs intermédiaires, solution qui va très bien avec le principe de l'inopposabilité des exceptions au dernier porteur.

J'ai insisté parce qu'autant les notions abstraites doivent être repoussées quand elles n'engagent pas des intérêts de la vie journalière, autant, au contraire quand une théorie engage ces intérêts et permet, par des exemples pratiques de montrer qu'elle correspond à des réalités de la vie, nous devons nous y arrêter, creuser, approfondir.

III. Fondement de la théorie.

III. Fondement de la théorie : Elle est inspirée par l'intérêt du crédit.

Saleilles présentait sa thèse dont nous avons indiqué les intérêts pratiques, comme inspirée non pas

Source : BIU Cujas

par une subtilité d'analyse, mais par l'intérêt du crédit lui-même. Il estimait, se fondant en cela sur les données essentielles du droit commercial, que le crédit est attaché à la facile accession et à la circulabilité des rapports obligatoires. En renforçant la possibilité d'acquérir, de transmettre l'obligation, soit sous forme de créance, soit sous forme de dette, Saleilles avait conscience d'être en harmonie avec les circonstances économiques de son temps et il estimait que la multiplicité des moyens de transport, que l'intensité de la production réclamaient le développement du crédit et que ce crédit était essentiellement lié aux facilités données à la circulation des créances, des dettes, des obligations.

Mesures préconisées par Saleilles pour faire accepter sa théorie. Renforcement des droits du créancier.

Ainsi ce sont donc les nécessités du crédit qui exigent cette mobilisation du rapport obligatoire que l'objectivité est grandement de nature à intensifier. Mais Saleilles envisageait bien que cette mobilisation de l'obligation devait s'accompagner, même dans le domaine de l'obligation, d'autres réformes encore. Il arrive en effet dans la législation que lorsqu'on préconise une réforme elle ne se suffit pas à elle-même et qu'il est indispensable de la doubler d'une autre. Tel est le cas de la théorie de Saleilles. Il se rendait compte que si on voulait renforcer la sécurité des tiers et faciliter l'accession aux obligations, il fallait autre chose. Il liait donc sa théorie à une autre réforme: le renforcement des droits du créancier. Il estimait que ce n'est pas seulement en accordant aux titulaires du rapport obligatoire une circulabilité plus grande de leurs titres, qu'on pouvait attirer et retenir dans leur obligation ceux qui pouvaient être tentés d'y accéder. Mais surtout, dès qu'on dépersonnalise le rapport obligatoire, il faut le munir de la plus grande sécurité possible. Lorsque le créancier et le débiteur se connaissent, le créancier n'a qu'à s'en prendre à lui d'avoir mal choisi son débiteur et s'il l'a choisi selon ses préférences, de n'avoir pas stipulé les garanties nécessaires et durables. Quant à dépersonnaliser le rapport obligatoire, si on dit que la personnalité du débiteur est indifférente ou que celle du créancier peut rester éventuelle, il faut renforcer par des moyens législatifs les garanties du créancier, quel qu'il soit, contre le débiteur quel qu'il soit. C'est pourquoi Saleilles préconisait pour renforcer les droits du créancier un élargissement de l'idée de compensation fondée sur les principes qui dominent la législation allemande, une extension

Source : BIU Cujas

du droit de rétention, la reconnaissance de la responsabilité précontractuelle. La théorie de Saleilles ne se présentait donc pas comme une pure subtilité abstraite; il l'accompagnait de réformes législatives qui la rendaient parfaitement acceptable.

Raison de l'admissibilité en Droit français de la conception objective de l'obligation.

La théorie acceptable quant à son fondement pratique, était surtout selon lui acceptable dans notre droit français.

Sans doute le C.C. ne connaît pas la cession de dette, car avant Saleilles ni en doctrine, ni en jurisprudence on n'avait mis en lumière le caractère patrimonial du rapport obligatoire. Mais du fait que le silence avait plané sur cette conception, il ne fallait pas conclure que notre droit la repousse a priori. Il n'y a pas dans notre droit d'argument contraire; la théorie peut paraître étrangère, mais on ne peut discuter la possibilité de la faire accepter d'abord en doctrine, puis dans les motifs de la jurisprudence. Le droit des obligations surtout conventionnelles est dominé en droit français par le principe supérieur de l'autonomie des volontés: celui qui fait reposer un rapport obligatoire contractuel quant à son fondement, sa portée, ses limites, sur la volonté souveraine des parties. La seule frontière que Saleilles reconnaissait pour barrer la route à l'autonomie, c'était l'ordre public. Or l'ordre public est-il intéressant à ce qu'on n'admette pas dans notre conception française cette vue patrimoniale, objective de l'obligation. Nullement? Il n'y a aucune contre indication. Ce n'est pas une donnée qui bouleverse les rapports sociaux, qui soit contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Donc, sauf la volonté des parties, sauf le cas où les parties souverainement excluraient une pareille conception, elle n'est pas à rejeter. Si au contraire, par un signe quelconque (clause au porteur, par ex.) les parties ont entendu donner à leur rapport le maximum de circulabilité et le minimum de personnification, par interprétation de leur volonté et par suite de l'autonomie même de la volonté, cette interprétation s'impose au juge, à qui Saleilles accordait, en matière d'obligation, une part prépondérante.

Elle se concilie parfaitement avec le principe d'autonomie de la volonté qui domine le C.C.

Les disciples de Saleilles faisaient enfin observer qu'un certain nombre d'auteurs de la doctrine française avaient souscrit aux idées de Saleilles. M. Lerebours-Pigeonnière cite notamment plusieurs noms, tels que ceux des auteurs du Traité

BIBLIOTHÈQUE CUJAS INTERUNIVERSITAIRE

Source : BIU Cujas

de Droit Civil de Baudry Lacantinerie et Bazde qui qui ont adopté certaines vues pareilles ; d'autres auteurs qui ont admis non la théorie, du moins certains de ses effets, notamment ceux qui admettent l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté. Cependant des auteurs considérables avaient repoussé la théorie de Saleilles, notamment Thaller, qui malgré son penchant pour les méthodes allemandes, sa tournure d'esprit théorique, s'était attaché à son grand système fondé sur la délégation.

IV.- Appréciation de la théorie.

IV.- La thèse de Saleilles n'a eu aucun succès en France et y a été méconnue.

Que penser de la théorie et quel est le sort qui l'attendait ?

Je crois que M. Lerebours-Pigeonnière, inspiré par une pensée pieuse à l'endroit de la mémoire de Saleilles a légèrement sollicité le sens des passages auxquels il se réfère, quand il écrit que dans la doctrine française la théorie de Saleilles avait été favorablement reçue. Il faut au contraire confesser qu'elle n'a eu aucun succès. Elle n'a pas été comprise ou a été repoussée, ou plutôt on y est resté indifférent.

Négligence que l'on a apporté à rapprocher cette théorie de certaines législations étrangères et de certains textes du C.C.

La raison de cette indifférence c'est d'abord l'aspect un peu abstrait de la théorie et surtout parce que l'on n'a pas pris la précaution de rapprocher cette théorie suffisamment des faits et de l'entourer des observations nécessaires sur le droit des pays voisins, notamment des pays anglo-saxons. Si on avait vu que non seulement le droit d'Outre-Rhin, mais d'outre Manche possédait cette conception fondamentale du rapport obligatoire sans l'admettre davantage, sans doute, et nous verrons pourquoi, on y aurait du moins prêté plus d'attention.

D'autre part, la théorie n'est pas si étrangère au C.C. qu'on pourrait le croire, et on l'aurait renforcée en la rapprochant des textes du Code et du langage des rédacteurs du C.C. Un certain nombre d'articles montrent que le rapport obligatoire a été considéré comme un bien, comme une chose. L'art. 529 du C.C. donne l'énumération des meubles par la détermination de la loi : " Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industries, encore que les immeubles dépendant de ces entreprises

appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société. Sont aussi meuble par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers".

Qu'est-ce à dire, sinon que l'obligation est considérée comme un bien incorporel. Sans aucun doute, c'est un élément du patrimoine : ou bien les mots ne veulent rien dire, ou alors on peut affirmer que le C.C. a eu cette conception particulière de l'obligation. On a même critiqué le Code d'avoir ainsi, un peu "de force", fait rentrer les jurc dans la classification des biens, des "res", d'avoir admis des meubles, et des "meubles incorporels". Ces mots, dit-on, jurent d'être accouplés. mais cela ne fait qu'accentuer combien le C.C. était rapproché sur ce point des idées de Saleilles, puisqu'il faisait du rapport obligatoire un meuble, c'est-à-dire un bien, c'est-à-dire un élément du patrimoine.

On peut invoquer d'autres articles à l'appui de cette opinion. L'a. 1240 dont le texte a donné lieu à des controverses : "Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé". Le possesseur de la créance, qu'est-ce à dire ? On connaît la controverse sur le texte. Certains prétendaient qu'il s'agit simplement non pas de la créance, du droit, du rapport obligatoire, mais de l'instrument, titre, papier dans lequel la créance se trouve consignée, prouvée. On a également contesté l'idée qu'il puisse y avoir une possession des créances, des rapports obligatoires, puisque la possession comporte par définition même un élément intentionnel l'animus et un élément matériel, le corpus. Comment concevoir le corpus d'une créance, d'un meuble incorporel. Voilà certaines données qui ont alimenté cette controverse. Quoiqu'il en soit le langage du Code était susceptible d'être mis à contribution à l'appui de la conception patrimoniale du rapport obligatoire.

Dans le même sens, les art. 1689 et s.s. du C.C. sur le transport de créance, la cession de créance, peuvent être invoqués. Dès l'instant que l'on peut céder les créances — ou, en d'autres termes puisque la cession de créance se trouve au titre de la Vente, que l'on peut vendre une créance, — on ne

Source : BIU Cujas

vend que des choses patrimoniales, on n'aliène que des biens qu'on possède comme tels. C'est donc que le rapport obligatoire est un bien, une chose patrimoniale.

Enfin on pourrait invoquer 2075 et 2081 du C.C., placés au titre du nantissement, au chapitre du gage, et qui s'occupent du gage, des meubles incorporels, c'est-à-dire des créances. Le privilège s'établit sur la créance, par un acte d'abord, puis par diverses formalités comme la signification au débiteur de la mise en gage et aussi, sauf discussions, l'enregistrement de la cession sans un acte authentique. Il y a là une application au rapport obligatoire d'un droit comportant la possession, et nous sommes ainsi ramenés à l'art. 1240, à la possession de la créance, preuve nouvelle que le rapport obligatoire est un bien, un élément du patrimoine.

On pourrait pousser plus loin la démonstration complémentaire de la thèse de Saleilles.

Raisons intrinsèques pour lesquelles la théorie de Saleilles n'aurait pu être admise à son époque.

Mais il faut se rendre compte de ce que la théorie, la thèse en elle-même comportait de raisons intrinsèques d'être repoussée à son époque. On aurait pu présenter la démonstration probante qui précède, mais tout à fait vainement. Il n'aurait servi de rien de montrer que le C.C. n'était pas étranger à cette conception. On se serait heurté sinon aux textes, du moins à l'esprit du C.C. et de notre droit. Ce qui a opéré contre le système de Saleilles, ce qui fait que la théorie de Saleilles a joué dans le vide, c'est que l'atmosphère était différente. Cette théorie a fait figure de théorie étrange et étrangère. La théorie allemande sur laquelle elle s'appuyait n'était pas en honneur, et surtout le droit français était animé d'un esprit contraire à l'idée fondamentale du système, qui est, en somme, de faire rentrer le droit personnel dans les biens. Autant il nous est difficile de concevoir que le droit réel rentre dans le droit personnel, autant le droit français est mal disposé à accueillir par contre une théorie qui fait rentrer (c'est l'effet de la théorie de Saleilles), le droit personnel dans le droit réel.

La tradition romaine de l'obligation conçue comme un rapport entre personnes.

Ceci pour deux raisons :

D'abord notre droit français est essentiellement dominé par la tradition romaine. Nous avons vu que le droit Romain n'a conçu que très tardivement le rapport obligatoire, que ce rapport n'était apparu que lorsque, avec le développement des richesses, on avait

Source : BIU Cujas

conçu l'échange de services et de forces sur un plan juridique différent du dominium et de la propriété. Mais même quand la conscience juridique des Romains est apparue l'obligation, quand à côté de dominium on a conçu une institution juridique qui n'était pas la propriété, qui était l'obligation, le souci Social des Romains, leur conception fondamentale classait l'obligation de telle sorte qu'elle a créé une tradition qui s'est perpétuée jusqu'à nous. Quelle tradition ? Dans la cité antique, et spécialement à Rome l'importance prédominante dans le status des individus, c'était le status libertatis. Le droit romain, comme beaucoup d'autres, notamment le droit anglo-saxon comportait cette idée du status, c'est-à-dire de l'état, de la condition juridique de l'individu, dont les trois capita, qui composaient l'intégralité de la qualité de citoyen : status libertatis, status civitatis, status familiae faisaient que quand on était privé d'un de ceux-là, on encourait la capitis deminutio.

Le premier de ces capita, le plus important, c'était le point de savoir si on était homme libre ou esclave. L'institution nouvelle de l'obligation était donc examinée en fonction de cet état d'esprit. On se demandait puisque le nexus, l'assujetti n'était plus dans les fers n'était plus vendu trans Tiberim mais faisait l'objet d'une obligation, quelle quantité de liberté était laissée au débiteur. Du moment qu'il n'était plus un esclave, quel était le degré de son assujettissement, quel était le rapport dans lequel il se trouvait à l'égard de son créancier ? rapport d'assujettissement, rapport entre personnes. Par tradition historique, le droit d'obligation procède du droit romain et cette tradition a ses sources imprégnées d'une atmosphère romaine qui fait avant tout de l'obligation un lien entre personnes.

Opposition de la Société française issue du C.C. à toute Commercialisation de la vie civile.

Une autre donnée sociale contemporaine contribuait à renforcer cette atmosphère hostile aux idées de Saleilles. Il faut bien reconnaître que la Société française, issue du C.C. était dans sa conexture, délibérément hostile à tout ce qui peut apparaître comme commercialisant la vie civile.

Le C.C. est un code qui a mérité son nom par a contrario et par opposition avec le Code de commerce qui s'appelle C. Com. Depuis les ordonnances de Colbert et à travers la codification napoléonien-

Source : BIU Cujas

la France a été divisée juridiquement en deux castes : ceux qui relèvent du C.C. et ceux qui relèvent de la "consuetudo mercatorum" - les commerçants. La Société civile, telle que le C.C. l'a dessinée et telle qu'a été édifiée toute sa charpente, c'était une société bourgeoise, une Société de propriétaires. Le prototype de l'homme pour qui le C.C. a été fait est celui qui vit sur sa terre et de sa terre, ou des immeubles qu'il possède (Cf. titre du contrat de mariage - rapports de famille - tutelles) Le vieil adage res mobilis res vilis exprime parfaitement la pensée du législateur de 1804. La Société française était une société non commercialisée. Par la suite, les grandes inventions ont accru la richesse mobilière sans transformer l'esprit et on peut dire en observant froidement les faits qu'au cours de tout le XIXe siècle, le commerce a fait l'objet en France d'un véritable préjugé social. Il y avait non seulement un droit spécial aux commerçants, mais il y avait la Société des commerçants et celle des non commerçants.

Voilà la raison fondamentale pour laquelle la théorie de Saleilles apparut étrange et étrangère parce que s'inspirant de données juridiques théorique mais aussi pratiques d'un pays où malgré la codification le sens de la vie sociale était essentiellement différent. L'Allemagne du XIXe siècle malgré le titre de son C.C. (Burgerliches Gesetz Buch), était, jusqu'aux moelles, commerçante. La Société allemande était entièrement commercialisée et, si par des données traditionnelles l'Allemagne avait encore un C. Co. différent du C.C. c'était par suite d'accidents d'ordre politique, de raisons d'ordre fédéral et législatif qui, nous le verrons, n'ont pas permis de joindre les deux systèmes dans un Code unique. Mais le fond de l'Allemagne était déjà unifié, la Société allemande était déjà commercialisée. Saleilles lui-même à la société de législation comparée, en 1895, faisait remarquer l'opposition fondamentale du C.C. français et du C.C. allemand dans la manière dont s'apprécie la diligence requise dans l'obligation. On connaît la formule classique employée par le C.C. comme critérium de l'activité juridique de quiconque est chargé des intérêts d'autrui : il doit gérer "en bon père de famille". Le bon père de famille, tel est le type classique de l'administrateur du point de vue de notre C.C. de 1804. En Allemagne, la diligence exigée dans les

Source : BIU Cujas

obligations part d'un critérium très différent : art. 276 "Le débiteur doit répondre de son fait intentionnel et de sa négligence. Agit avec négligence celui qui manque aux soins exigés en affaires". Le critérium de la diligence en matière d'obligation, c'est celle du commerçant diligent, de l'homme d'affaires diligent, du loyal commerçant. C'est cette opposition que l'on peut prendre pour symbole de la différence qui sépare les deux législations. On peut donc dire que c'est là le fond de la pensée d'hostilité ou indifférence à l'égard de la théorie de Saleilles. C'est une théorie qui vient d'un pays qui n'a pas de la vie civile la même conception que nous. Nous avons une conception traditionnelle et sociale du rapport obligatoire, conçue comme un rapport entre Primus dénommé et Secundus dénommé. Pour nous le débiteur et le créancier n'ont jamais eu un aspect abstrait. Nous sommes habitués non seulement à vouloir un service, mais à nous préoccuper de la personne qui nous le rend. Notre société française individualiste est ainsi faite. Dans la vie journalière, il n'est pas indifférent à un Français de choisir son moyen de transport et même son transporteur. Nous sommes donc loin de l'idée d'impersonnalité du rapport obligatoire.

La génération actuelle et la suivante modifieront-elles ces conceptions, ces préjugés à l'encontre du commerce ? Je ne crois pas que l'on maintienne encore longtemps la différence sociale marquée par la distinction du C.C. et du C. Co : mais je pense que nous resterons longtemps encore tributaires de l'idée de personnalité du rapport obligatoire.

L'idée de la patrimonialité du rapport obligatoire en Angleterre.

Cependant d'autres peuples que l'Allemagne ont admis l'idée de la patrimonialité du rapport obligatoire et même n'en connaissent pour ainsi dire pas d'autre. En Angleterre et aux Etats-Unis, par définition même, le rapport obligatoire est un bien, un objet, rentre dans les choses du patrimoine et c'est au contact du droit continental que s'est révélée aux Anglo-saxons l'idée qu'il pouvait y avoir un élément de patrimoine qui ne fut pas un droit de propriété.

Cependant même cet exemple n'aurait pu faire triompher la doctrine de Saleilles. En Angleterre la raison pour laquelle le rapport obligatoire se trouve essentiellement patrimonialisé tient à des causes profondes qui mettent en jeu la substance même de la société anglaise. Celle-ci est en réalité, ou était jusqu'à la guerre, composée de deux sociétés accolées, juxtaposées

Source : BIU Cujas

et qui ne s'entremêlaient que le moins possible, comme en France, mais la division était très différente. La France était une démocratie. L'Angleterre était au contraire constituée par une aristocratie féodale et une société mercantile; il y avait les seigneurs et ceux qui n'étaient point, les nobles et ceux qui ne l'étaient point, et ceux-ci étaient tous considérés comme des gens d'affaires. Une société d'affaires juxtaposée à une société féodale. Jusqu'au XVIe siècle, l'Angleterre a été et n'a été qu'une société féodale. L'armée de Guillaume le Conquérant campait solidement sur le sol saxon et y avait constitué une hiérarchie militaire. Armée de pied en cap, la féodalité s'était établie en Angleterre avec une telle force qu'elle y a subsisté jusqu'aujourd'hui, les forces destructives qui ont joué ailleurs n'ont pu détruire. Au XVIe siècle s'est produit une révolution économique qui a amené en Angleterre l'essor d'une société nouvelle et commerçante, qui s'est juxtaposée à l'autre. L'Angleterre mercantile est née de la découverte de l'Amérique. Jusqu'au XVIe siècle elle était en marge de la route commerciale du monde qui était la Méditerranée. Le bassin méditerranéen était depuis l'antiquité le centre du commerce. Le reste de la terre était terra incognita. Le jour où on a découvert les Indes Orientales, l'Angleterre et ses côtes se sont trouvées au premier plan. Elle s'est adonnée au commerce de mer, sa supériorité maritime acquise depuis la bataille de l'Ecluse allait s'affirmer. Sous les Tudors, Henri VIII Elisabeth, on vit surgir un aspect nouveau de la société qui s'est juxtaposée à la société féodale. De là est sortie l'angleterre mercantile. Jusqu'à la grande guerre, deux sociétés ont été juxtaposées: la société féodale et la société mercantile. Dans l'une comme dans l'autre, l'idée du rapport obligatoire conçue comme un rapport de personne à personne n'est pas apparue comme à Rome, parce qu'on n'avait d'yeux que pour de la propriété. La société féodale impliquait surtout des rapports des seigneurs à vassal, land lord and tenant, des relations nées de la tenure. Il y avait des redevances féodales, de caractère foncier. Tout le droit de la féodalité, réside dans le droit de la real property.

D'autre part, la société nouvelle, mercantile, née au XVIe siècle, développée par les victoires du XVIIIe siècle, par l'agrandissement du domaine colonial, et par les guerres napoléoniennes a, de son côté, conçu

Source : BIU Cujas

surtout le rapport obligatoire sous forme transmissible, commercialisée, passant de la main à la main, et sans tenir compte des personnes.

Voilà pourquoi en Angleterre le rapport obligatoire est essentiellement un rapport de patrimoine.

Donc, même si l'on avait présenté la thèse de Saleilles en tirant argument du caractère patrimonial que présentait le rapport obligatoire en Angleterre ou en Allemagne, on se serait heurté à la même hostilité ou à la même indifférence que celles qui l'ont accueilli, à raison de la différence de notre Société et de celles des pays voisins.

La théorie de Saleilles prévaudra-t-elle chez nous dans l'avenir ? C'est le secret des générations futures.

Il reste pour terminer le § 1 de cette introduction à examiner les théories allemandes et les conceptions anglaises.

I. Théories allemandes.

Point de départ des théories allemandes dans la théorie de Savigny.

Le point de départ des théories allemandes concernant la notion de l'obligation est la théorie soutenue par Savigny au Cours du XIXe Siècle. C'est cette théorie qui est le point de départ de toute la théorie allemande, non pas que les auteurs allemands l'aient aujourd'hui acceptée, mais parce que, c'est par opposition à elle, que les doctrines allemandes se sont développées dans la suite. Aujourd'hui on peut faire rentrer les conceptions allemandes dans la définition à deux branches proposée au début de cette étude, mais la théorie exposée entre 1839 - 1853 par Frédéric Charles de Savigny était très différente.

I. Théorie de Savigny

Savigny 1779 - 1861 était un jurisconsulte allemand, d'origine française, de Lorraine, descendant d'émigrés à l'époque de l'édit de Nantes (1).

Les deux ouvrages où l'on retrouve principalement la théorie de Savigny sur l'obligation

---

(1) Sur Savigny, cf. notice dans l'introduction à la traduction de son "Système de Droit romain d'aujourd'hui par Guenoux 1840 N° 25384 de la Bibliothèque - biographie en anglais par M. de Montmorency, Professeur de Droit comparé à l'Université de Londres, dans l'ouvrage américain Great Juristes of the World (Les grands juristes du monde) p. 561 85 biographie qui fait état de documents plus récents que la précédente.

Source : BIU Cujas

sont d'une part le "Système de Droit romain contemporain" : Système des heutigen romischen (Bibl. n°27164 Rechts, 1839 I. II : (Rechtsverhältnisse Rapports juridiques où la notion de l'obligation est exposée incidemment) et un ouvrage spécial resté inachevé paru quelques années plus tard entre 1851 et 1853 (l'auteur avait alors plus de 72 ans et consacra le reste de son existence à creuser cette notion) der Obligationen Recht (1851 - 1853) Bibl. n°27165) trad. Gérardin et Jozon 2e édit. 1873, Bibl n°25383.

Voyons brièvement en quoi consistait la thèse de Savigny.

Théorie de la Herrschaft ramenant l'obligation à un esclavage en réduction. L'obligation est une domination sur une personne étrangère.

Un mot la résume : die Herrschaft : l'impérium, l'emprise, la domination. Le lien d'obligation est un lien d'assujettissement personnel, un lien de personne à personne, une sorte de diminutif de l'esclavage, un esclavage en réduction, die Herrschaft, "über eine fremde Person" : la domination sur une personne étrangère. Telle est la définition de l'obligation que Savigny nous présente au § 2 de son Obligationen Recht.

Comment Savigny a-t-il été amené à considérer ainsi en historien le rapport obligatoire? Il faut se souvenir des données générales du système de Savigny. Savigny s'est placé dans son ouvrage systématique, non pas en face du Droit romain classique comme en témoigne le titre de son livre "Système du Droit romain contemporain". A cette époque, en effet, et jusqu'en 1900, le droit romain, en Allemagne, était droit commun, et s'appliquait en l'absence de loi spéciale. C'est dans le cadre du droit romain contemporain que Savigny avait dessiné son système. La base en était le rapport de droit, le Rechts verhältniss. Tout devait ramener au rapport juridique et toutes les notions convergeaient vers le centre. Qu'était-ce que le rapport juridique? Savigny, §53, le définissait ainsi : "le rapport juridique est la circonscription (ou le ressort, le territoire) où s'exerce la domination indépendante de la volonté individuelle".

Fondement ou système de Savigny : le rapport de droit circonscription de la volonté indépendante.

Ainsi, le rapport juridique, c'est la circonscription de la volonté indépendante. Sur quoi s'exerce la volonté de l'homme? Quel est le territoire de l'indépendance? D'abord la propre personne de l'individu. Il y a rapport de droit entre l'homme et sa propre personne. C'est sous ce premier angle que Savigny analyse les droits "originels" ou "droits

Détermination du territoire de l'indépendance? a) la propre personne de l'individu, les droits originels

de la personnalité"

b) le monde extérieur à l'individu c'est à dire la nature non libre et les personnes étrangères. L'obligation, maîtrise sur une personne étrangère.

En dehors des droits originels ou des rapports juridiques découlant de la propre personnalité de l'homme" le monde extérieur à l'individu" - Aussere Welt - est le domaine où s'exerce la volonté humaine. Elle peut s'exercer soit sur les éléments de la nature inanimée et dont l'homme profite pour sa propre liberté - unfreie Natur - la nature non libre qui s'oppose à l'individu comme un élément passif et sur laquelle porte une première catégorie de rapports juridiques dont découle le droit à une chose, Recht an eine Sache, dont le Titre 1 est Eigenthum la propriété.

D'autre part - 2ème catégorie de choses du monde extérieur sur lesquelles peut s'étendre la domination individuelle, - fremde Personen, les personnes étrangères, qui sont objet de propriété soit en totalité, soit en partie. Lorsque la Herrschaft, la domination s'exerce sur la totalité de la personne étrangère abolissant intégralement sa liberté au profit de la liberté du maître, c'est l'esclavage; l'homme n'est plus qu'une chose, un objet de propriété et d'une propriété analogue à celle des objets de la première catégorie de rapports juridiques. Lorsque la Herrschaft, la domination ne porte plus que sur une partie seulement de l'activité de la personne étrangère, il y a, disait Savigny, il y a bien encore Herrschaft "uber eine fremde Person, domination sur une personne étrangère, mais domination qui ne s'accompagne pas de la destruction complète de la liberté Dans ce cas il n'y aura qu'un retranchement s'opérant dans l'activité du sujet passif. La Herrschaft ne portera que sur la quantité d'activité séparée, extraite de la liberté du sujet passif et soumise respectueusement à la volonté du sujet actif. L'activité alors sera l'objet de la Herrschaft et ainsi en partie dominée par la volonté individuelle du sujet actif. Il en résulte un droit ressemblant à la propriété, mais cependant distinct de celle-ci, dem Eigenthum ähnlich, pareil à la propriété et cependant distinct de la propriété. Cette spécialisation de la Herrschaft donne donc lieu à un Verhältniss particulier, à un rapport de droit particulier et conclut-il, un pareil rapport juridique, portant sur la maîtrise concernant une seule action de la personne étrangère, nous l'appe-

Source : BIU Cujas

obligation" nennen wir obligation". L'obligation c'est donc Herrschaft über eine fremde Person.

Identité de nature entre propriété et obligation.

Telle est la théorie. Observons que propriété et obligation, dominium et obligatio, sont donc dans cette théorie de nature identique. Ce sont des Rechtsverhältnisse, des rapports juridiques qui sont de nature commune (Ähnlich Natur) ne se distinguant que par le degré. Dans la propriété, il y a une soumission complète de l'élément passif; dans l'obligation il n'y a qu'une soumission partielle. Mais il y a soumission, Herrschaft.

II. Théories nouvelles en réaction contre la doctrine de Savigny. Remarque terminologique.

II. Tel est le point de départ des doctrines allemandes. C'est en quelque sorte en réaction contre le système classique et célèbre en Allemagne, et aussi en réaction contre le système classique et célèbre en Allemagne, et aussi en réaction contre le droit romain, les romanistes et tout ce qui était romanisé, qu'ont été présentées les théories contemporaines. La démonstration la plus frappante de l'esprit nouveau du droit allemand en cette matière se tire du C.C. Allemand lui même, dont le premier avant-projet était l'oeuvre des Romanistes, en tête desquels Windscheid l'auteur bien connu d'un ouvrage de Pandekten. La deuxième commission, d'où est sorti le deuxième projet a eu pour mot d'ordre de germaniser le C.C., d'extraire autant que possible les notions romaines pour faire prédominer les notions germaniques. L'inspirateur de ces conceptions était le jurisconsulte allemand Otto von Gierke chez qui nous allons étudier les idées de la théorie contemporaine.

Pour attester par une sorte de symbole dans notre matière le rejet des idées romaines et la prédominance des idées germaniques, on a écarté systématiquement le terme obligation dont se servait Savigny. Dans le C.C. allemand le L. II a 241-853 est intitulé: Recht der Schuld Verhältnisse Droit des rapports de dette (Schuld la dette, Forderung la créance). Nous ne sommes plus en face que du rapport obligatoire dont on a extrait le mot même obligation.

Pour présenter le plus clairement possible les théories contemporaines allemandes, le mieux est de les encadrer dans le plan suivant lequel nous avons étudié les théories françaises. Nous allons examiner l'obligation, comme rapport entre les patrimoines. En Allemagne comme en France, et avec

Source : BIU Cujas

un certain parallélisme, l'obligation peut être considérée d'abord comme un rapport entre les personnes, entre le créancier et le débiteur et ensuite sous l'angle de la dette et de la créance, comme un élément objectif de patrimoine, comme un rapport entre patrimoines.

A. Le rapport de dette en tant que rapport entre les personnes.

A. Premier aspect du Rechts Schuld verhältniss : rapport entre les personnes.

1° Abandon, par suite de l'admission de la distinction des droits absolus et des droits relatifs, de la théorie de Savigny rapprochant l'obligation du droit de propriété

A ce premier point de vue, la théorie de Savigny s'est trouvée rejetée. Cette manière de voir correspond dans une certaine mesure avec ce que j'ai appelé le mouvement Planiol, c'est à dire coïncide, avec une nuance, avec le mouvement de réaction dirigé chez nous par M. Planiol contre la distinction classique entre le droit réel et le droit personnel. En Allemagne, depuis le commencement du XIXe Siècle, l'on a toujours opposé dans les classifications, ce que les allemands appellent les droits absolus Absolute Rechte et les droits relatifs, relative Rechte. Et cette opposition qui avait été proposée pour la première fois par le Professeur Ahrens, de Vienne, a été perpétuée en Allemagne dans l'enseignement de la Rechts Encyclopëdie, l'Encyclopédie juridique (cours fondement aux professés dans les Universités où on présente un système de la théorie générale du droit). Dans la Rechts Encyclopédie, on a toujours opposé les droits absolus et les droits relatifs ; les premiers étant ceux qui s'opposent erga omnes, les seconds étant ceux qui ne s'opposent qu'à une ou plusieurs personnes.

C'est à peu près la conception de Planiol concernant la différence entre le droit réel et le droit personnel, avec cette différence toutefois que tandis que M. Planiol assimilait le droit réel et le droit absolu, les allemands ont toujours fait la distinction et ont fait rentrer le droit réel et le droit personnel, comme des espèces particulières, dans les catégories générales, les droits absolus et les droits relatifs !

Donc, eu égard à la tradition constructive du droit en Allemagne, la théorie de Savigny a été mise en échec. Savigny faisait du rapport obligatoire une variété du droit de propriété, de l'Eigenthum. Cette conception devait nécessairement échouer contre une théorie générale qui distingue les droits opposables à tous et les droits opposables seulement à une ou plusieurs personnes.

Source : BIU Cujas

Sur le premier point, la théorie de Savigny a été battue en brèche. La différence entre l'obligation, droit personnel et la propriété, droit réel, s'est fondé en Allemagne dans la grande classification des droits absolus et des droits relatifs (cf. toutes les Encyclopédies ou Droit Allemand) notamment l'Encyclopédie de Holtzendorf - 7e édition 1914-15 dont une partie générale a été rédigée par Kohler professeur à Berlin et qui fait la différence entre les absolute et relative Rechte. Cf Encyklopëdie de Merkel, et celle de Gareis, traduite en anglais: "Science of law", la Science du Droit).

2° Rejet complet de la conception de Savigny présentant l'obligation comme une sorte d'esclavage.

Sur le deuxième point, la théorie de Savigny a été également rejetée, sinon de façon absolue (car quelques auteurs l'admettent sous une forme un peu différente) tout au moins d'une manière générale: l'idée de Herrschaft de domination, de pouvoir de personne à personne se trouve aujourd'hui écartée. Celui qui s'en est affranchi avec le plus d'autorité et d'envergure, c'est le Professeur Kohler dans l'Encyclopédie de Holtzendorf et dans un petit volume très clair "Introduction à la Science juridique (Einführung in Rechtswissenschaft, 1919 §28 p. 57 et "Encyclopédie T. II §. 55). Il rejette avec énergie la conception de la domination de personne à personne. Il n'admet pas que l'obligation comporte quoi que ce soit qui, de près ou de loin, ressemble à l'esclavage, rappelle l'esclavage, évoque l'assujettissement de personne à personne. Il nous l'expose dans ces deux passages avec une particulière énergie. Dans l'Introduction à l'étude du droit, il écrit: "Dire que le débiteur est obligé, cela signifie simplement que le Droit lui commande quelque chose, das Recht Gebietet ihm etwas. C'est un ordre juridique (Rechtordnung) qui utilise pour ses propres fins la notion morale de devoir, la morale n'étant que la science des devoirs". Voilà la thèse. Il n'y a pas assujettissement d'un homme à un homme, il y a devoir commandé par le droit dans l'Encyclopédie §55 "Dans le Schuldrecht, dans le droit des obligations, la législation allemande obéit au système des temps nouveaux. Tous les errements anciens (Théorie de Savigny) consistant à faire du débiteur un otage, à lui imposer une emprise (Herrschaft) sur son corps, sa vie, son honneur, son salut sont abolis. Le rapport

La thèse des temps nouveaux: l'obligation, devoir commandé par le Droit

Source : BIU Cujas

obligatoire n'est qu'un rapport de devoir, un simple rapport de devoir en vue de l'inexécution duquel (lorsqu'il est inexécuté) la puissance publique s'en prendra à la personne ou au patrimoine du débiteur pour le contraindre à exécuter l'obligation"

Voilà la thèse des temps nouveaux. Elle a une portée à la fois négative et positive.

Portée négative de la thèse: l'obligation est un devoir non vis-à-vis du créancier mais de la puissance publique.

Dans l'ordre négatif, elle rompt avec la théorie de Savigny. L'obligation n'est plus un rapport d'esclavage. On la regarde comme un devoir que l'on a non pas vis-à-vis du créancier mais de la puissance publique. C'est donc l'idée morale de devoir qui subsiste, la contrainte vient de la loi et de la puissance publique.

Portée positive de la thèse: Elle transporte la notion d'obligation sur le terrain du droit positif.

Dans l'ordre positif, je ne puis m'empêcher d'observer que cette théorie rectifie, dans un sens favorable aux idées que j'ai exposées ici, l'opposition allemande entre droits relatifs et absolus. Quand Kohler transporte la notion d'obligation du domaine de la Herrschaft dans celui de l'obligation, d'obéissance à la puissance publique, il opère la même transposition que celle que j'ai suggérée en faisant de l'obligation une institution juridique.

Qu'est-ce à dire quand on vient présenter l'obligation comme un devoir à l'égard de la puissance publique, de la loi? On quitte le terrain du droit subjectif pour se placer en face du droit positif. On n'envisage plus l'obligation comme une prérogative appartenant à un individu contre un autre, on la regarde seulement en relation avec les règles du droit, c'est-à-dire avec le droit positif. On voit combien nous sommes rapprochés par cette conséquence puisqu'elle transporte la notion d'obligation sur le domaine du droit positif et écarte l'idée d'assujettissement.

3°. Distinction entre Schuld et Haftung

Enfin, en Allemagne, on a depuis, analysé avec une très grande pénétration et développé avec une grande abondance d'analyse, la distinction que j'avais marquée précédemment et dont j'avais indiqué la présence dans l'ancien droit romain entre la dette et la contrainte, le debitum et l'obligatio.

On a pu voir que dans Kohler apparaît déjà l'idée de la contrainte et de l'emprise distincte de celle du devoir. Il présente l'obligation comme Verpflichtung, une donnée de la morale, une appli-

cation

Source : BIU Cujas

de l'idée de devoir et c'est la puissance publique qui est chargée de la contrainte.

Les origines de cette distinction dans le très ancien droit allemand

Mais cette décomposition passe au premier plan dans la théorie exposée de façon intéressante à la fin du XIXe siècle en Allemagne par les recherches des germanistes. C'est la célèbre distinction entre Schuld la dette, et Haftung la contrainte, l'emprise, la mainmise aux fins d'exécution. Cette distinction attribuée aux Germanistes, en réalité n'est pas d'eux. Il faut rendre aux Romanistes allemands cette justice qu'ils l'avaient déjà dégagée. Brinz dans ses Pandectes avait déjà montré, sur le terrain du droit romain, l'opposition essentielle entre la dette et la contrainte. Mais postérieurement aux Pandectistes, ce sont des recherches sur le très ancien droit coutumier allemand, antérieur à la réception du droit romain au XVe siècle et sur le vieux droit saxon du Moyen Age, qu'on a dégagé l'opposition entre Schuld et Haftung (Von Amira Nordgermanische obligationenrecht- Etudes 1882 – et Puntschart Le droit des obligations et la promesse dans le droit saxon du Moyen-Age, 1896). C'est Gierke le germaniste qui a donné à la thèse sa forme la plus marquée, en 1910 dans une étude insérée dans le fascicule N° 100 des travaux publics par son séminaire de l'Université de Berlin Bb. N° 27377): Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht, dette et contrainte dans l'ancien droit allemand. Il présente cette thèse d'abord sur le terrain historique, puis l'élargissant, dans le droit allemand contemporain (Holtzendorf Rechts Encyklopëdie T. 1. § 87 p. 266 et ss. Ed. 1914 et surtout dans son grand ouvrage de droit privé allemand Deutches Privat Recht 3 vol. 1897-1917 dans la collection des manuels Binding T. II. Schuld Recht § 174 pp. 8-52. Bibliothèque N° 31.117).

Analyse de la notion de Schuld devoir juridique et ies Haftung emprise sur les objets réponstion n'aura pas été effectuée; ... la dette a pour dans de la dane contenu un devoir, le devoir non pas moral, mais tion de l'obliga- juridique en ce sens que si l'une des parties effectue la prestation, qu'il doit effectuer il accomplit

La thèse peut se résumer en quelques mots. C'est l'opposition entre le devoir juridique et la contrainte "Schuld dans le sens du droit allemand, écrit Gierke c'est un devoir juridique (Schuld ist rechtliches Sollen). Haftung l'emprise, c'est la soumission à la mainmise de celui à qui la presta-

tion.

Source : BIU Cujas

un acte valable (il paie valablement, le paiement vaut). Mais, et nous trouverons une conception anglaise identique, la notion de dette, Schuld, s'épuise, se vide dans ce devoir et par ce devoir. La dette ne contient pas le pouvoir de contrainte, la contrainte n'est qu'un succédané. La dette n'emporte pas Haftung, son seul effet est d'engendrer un devoir et de s'épuiser en lui. En cas d'inexécution apparaît l'autre notion, celle de contrainte, Haftung, possibilité lorsque le devoir n'a pas été rempli de s'en prendre, non pas à la personne, mais de s'en prendre à ce qui répond de la dette, c'est-à-dire la plupart du temps au patrimoine, aux objets qui ont été par avance considérés comme répondant de l'obligation. Ainsi, il y a d'une part le devoir juridique, et, de l'autre, les objets prévus comme répondant de l'exécution de l'obligation.

Coexistence des deux notions dans le cas de responsabilité chirographaire.

Applications. On conçoit que la dette et la contrainte soient accolées, Schuld mit Haftung. Tel est le cas des obligations ordinaires où la dette engendrant le devoir présente comme succédané pour répondre de l'exécution le patrimoine entier du débiteur. C'est le persönliche Haftung, — cette responsabilité chirographaire, ce à quoi nous avons donné instinctivement le nom de gage général du créancier sur le patrimoine (art. 2092 C. civ. français). Ce gage général, c'est la Haftung generale, l'emprise générale du droit allemand sur le patrimoine du débiteur répondant à l'inexécution de la dette.

Séparation possible de Schuld et de Haftung.

Mais il peut y avoir Haftung ohne Schuld et Schuld ohne Haftung, des cas d'emprise sans dette et de dette sans emprise.

Dette sans emprise: obligation naturelle.

Le cas de dette sans emprise, nous le connaissons déjà, c'est le cas des obligations "imparfaites" (Unvollkommene Verbindlichkeitern). Ce sont nos obligations naturelles. Il y a dette, devoir juridique qui conduit à un paiement valable. Mais il y a Schuld ohne Haftung, parce que pas la moindre parcelle du patrimoine du débiteur ou d'un autre ne répond de l'exécution de l'obligation.

Emprise sans dette: cautionnement, dette foncière.

Haftung ohne Schuld: contrainte dans dette. Ici le droit allemand est fécond en applications, en face d'institutions plus développées que les nôtres sur certains points. Il en est ainsi tout d'abord, comme chez nous, pour le cautionnement

Source : BIU Cujas

ou le gage pour une dette future (ouverture de crédit hypothécaire : il y a engagement avant même qu'il y ait dette). Il en est surtout ainsi dans les institutions telles que la fameuse hypothèque du propriétaire (art. 1163-1164-1168 C. Civ. allemand) de la dette foncière Grundschuld (art 1196-1197). Il y a dans ces cas affectation, alors qu'il n'y a pas encore de dette. Il y a emprise sur le patrimoine avant la dette. Enfin on pourrait citer l'affectation d'un gage restreint, notamment dans le cas des sociétés à responsabilité limitée qui ne sont qu'une application particulière de cette distinction générale entre la dette et l'emprise.

La définition allemande de l'obligation. Comparaison avec la définition proposée dans ce cours.

Pour en finir avec les théories allemandes concernant le rapport obligatoire envisagé comme rapport entre les personnes, il n'y a plus qu'à indiquer une formule de définition allemande et cette définition émanant de Gierke, coïncide sous ce premier aspect, avec la première branche de la définition proposée par M. Lévy Ullmann.

La définition autorisée du Professeur Gierke (T. III, Schuld Recht, dans son grand Traité Deutsches Privat Recht) le Schuldverhältniss est présenté par l'auteur comme un rapport entre personnes § 175 p. 52.

L'auteur définit le rapport obligatoire : "un rapport juridique entre personnes s'appliquant à une prestation économiquement appréciable, laquelle doit (soll) être reçue par l'une et être effectuée par l'autre". L'on rapprochera cette formule de la première branche de notre définition : à une nuance près elles coïncident. Nous avons présenté l'obligation comme une institution juridique caractérisant la situation respective de personnes dont l'une, le débiteur doit faire bénéficier l'autre d'une prestation ou d'une abstention. Dans les deux définitions la force de la définition porte sur le terme doit. La seule nuance qui distingue les deux définitions, c'est dans une addition qui figure dans la définition de Gierke et que nous n'avons pas admise dans la définition générale de l'obligation au XXe siècle. Une prestation "économiquement appréciable" appréciable non en argent, mais en valeur. La notion de dette, Schuld ne s'appliquant qu'à une prestation économiquement appréciable. Cela veut dire qu'on extrait du domaine de l'obligation tout ce qui n'a pas le carac-

Caractère exclusivement pécuniaire de l'obligation dans la conception allemande

tère

Source : BIU Cujas

patrimonial. Il n'y a de dette que dans les rapports patrimoniaux. Ceci met évidemment le droit allemand en contradiction avec nos conceptions françaises (art. 1370 C.C qui admet dans les obligations légales des obligations qui n'ont pas de caractère patrimonial, telle que l'obligation d'accepter la tutelle). On s'est basé plus généralement sur cette nomenclature numérative de l'a. 1370 pour inclure dans la notion d'obligation les obligations de famille. En Allemagne, l'idée de Schuld exclut ces rapports, puisque la dette, Schuld, a surtout et principalement en Allemagne le caractère patrimonial. Ainsi la patrimonialité du rapport obligatoire l'emporte même dans la conception du rapport envisagé entre les personnes et en fait exclure les rapports reposant sur autre chose que le patrimoine.

B. L'obligation en tant que rapport entre patrimoines.

Venons en maintenant au deuxième aspect de l'obligation : l'obligation conçue comme un rapport entre les patrimoines : la conception objective de l'obligation en Allemagne.

Nous trouvons cette conception dans la théorie allemande et c'est encore Gierke qui s'est fait l'un des plus ardents protagonistes de la théorie. Toutefois il importe de s'arrêter un instant sur les différents courants qui ont engendré en Allemagne la théorie objective. La théorie objective allemande a été une résultante. En France elle a été la résultante des théories de Saleilles empruntées elles-mêmes à l'Allemagne. En Allemagne, trois courants théoriques et législatifs expliquent, en dehors des faits économiques et sociaux, la conception objective de l'obligation.

Les trois courants originaires de la conception objective de l'obligation.

1° Le courant historique des Jura ad rem. résumant la relief dans l'obligation l'objet qui consiste ordinairement en une chose matérielle dont on pourra

Le 1er de ces courants est un courant historique, dégagé en termes frappants et très clairs par le même Gierke (Etude de Gierke au T. I. de l'Encyclopédie de Haltzendorf et Kohler dans les dernières éditions PP. 265 à 266 du T. I de l'Encyclopédie §86 : "Principes fondamentaux du droit privé allemand, grundzüge des deutschen privat Recht).

Ce premier courant doctrinal c'est le courant des Jura ad rem. Gierke montre par un résumé d'études historiques que de très bonne heure, en Allemagne, l'idée romaine d'obligation s'est transformée objectivement. On a considéré non pas à titre accessoire, mais à titre principal, l'objet de l'obligation. Au lieu de considérer dans

Source : BIU Cujas

réclamer propriété ou possession

le rapport obligatoire le sujet actif et le sujet passif, - ce qui était surtout le point de vue romain, - c'est du côté de l'objet, de la res, du gegenstand, qu'on a considéré le rapport obligatoire, objet de l'obligation qui était la plupart du temps, une chose matérielle sur laquelle on allait, grâce au rapport, pouvoir réclamer propriété ou possession, un droit réel ou l'exercice d'un droit réel. Hormis certains cas exceptionnels où dans le rapport obligatoire un service personnel était visé (arbeit, travail), les allemands remarquèrent que dans tous les cas d'obligation on visait surtout un objet matériel dont on voulait obtenir propriété ou possession.

De la sorte, le rapport obligatoire apparaît comme le premier échelon, la première étape, le germe (Keim) d'un droit réel. L'obligation était donc un droit réel en virtualité; l'objet apparaît au premier plan, le désir de l'obtenir, la volonté de s'en rendre maître, c'était l'essentiel. Dans cette considération, canonistes et feudistes en Allemagne et aussi les premiers auteurs du vieux droit romain commun en Allemagne aux XV et XVIe siècles, ont puisé la notion du jus ad rem, Recht Zur Sache, droit à une chose. C'est bien la conception française déjà analysée, mais où la considération de l'objet passe au premier plan.

Cette conception a eu une première influence sur le Landrecht, c'est-à-dire le droit territorial allemand au XVIIIe siècle et les conséquences de ce Landrecht ont passé dans le C.C. Allemand. Ainsi on connaît la fameuse règle posée par les textes romains, n'obligeant pas l'acheteur à respecter le bail emptorem fundi necesse est non stare colono que nos anciens auteurs formulaient dans l'adage: "vente passe louage". Or la règle inverse admise dans le Landrecht prussien a passé dans le C.C. pour l'Empire d'Allemagne (a. 571 et note sous cet article dans la traduction française publiée par l'Office de Législation étrangère);

Autres exemples du caractère quasi réel du jus ad rem venus du Landrecht et admis dans le C.C. allemand: l'inscription sur le Grundbuch (livre foncier) d'un droit à constitution ou à cession d'un droit réel immobilier. C'est l'institution de la prénotation (vormerkung). Enfin la transformation d'un droit réel en droit personnel sur un meuble par le constitut possessoire (a. 929 et 930 C.C.

Source : BIU Cujas

Le jus ad rem a donc mis l'objet au premier plan et cette ancienne théorie conduirait à une conception objective de l'obligation (Cf. Sohm, La notion du droit de créance" dans Revue de Grünhut, T. IV p. 1 et sq. Bib. 45. 146 Ernst Heymann" sur l'histoire du jus ad rem" dans l'ouvrage écrit pour le jubilé de Gierke 1911, Bib. N° 13551).

2° Le courant sur la nouvelle conception du patrimoine considéré comme indépendant et séparé de la personne.

Tel est le courant du Jus ad rem.

Un deuxième courant, qu'il ne faut pas confondre avec celui-là, s'est dessiné en Allemagne dans les vingt dernières années du XIX° siècle, autour de la notion de patrimoine (Vermögen), conception approfondie notamment à l'occasion des grandes controverses sur la nature juridique de la personnalité morale, à la fin du XIX° siècle, Gierke a pris une part active à cette controverse qui a été très ardente, et qui a donné naissance à une floraison excessive de systèmes présentés pour expliquer la notion de la personnalité juridique (Cf. Saleilles, La personnalité juridique). Parmi les théories émises pour expliquer la personnalité morale, dont certaines vont jusqu'à supposer l'existence réelle de ces entités, - il en était une très célèbre, se fondant sur l'idée du patrimoine, présenté sous une forme tout à fait renouvelée, l'idée que le patrimoine avait par lui-même, et indépendamment de toute personne en étant le titulaire, une valeur intrinsèque. A l'encontre de la théorie française du patrimoine présentée par Aubry et Rau, qui font du patrimoine un corollaire de la personnalité humaine, on a présenté en Allemagne une théorie des droits sans sujets et des patrimoines sans titulaires. C'est la théorie de Brinz dite des patrimoines affectés au but, dont la fondation perpétuelle était l'exemple le plus marquant, Zweckvermögen. Le patrimoine affecté n'appartient à personne ; personne ne peut s'en dire propriétaire, il est grevé d'une affectation au but pour lequel il a été formé. A cette théorie s'en joignait une autre, très féconde, pour expliquer ce qui était inexplicable jusque-là, la théorie des patrimoines séparés des Sondervermögen, l'idée que le patrimoine n'était pas un, n'est pas unique. Alors que Aubry et Rau présentaient le patrimoine comme une conséquence de l'unité de la personne, en Allemagne on estimait qu'une personne pouvait avoir plusieurs patrimoines

Source : BIU Cujas

séparées : son patrimoine civil et son fonds de commerce par exemple. La notion de fonds de commerce en Allemagne repose sur cette idée. De même l'hérédité jacente. On admettait donc l'idée de patrimoines séparés et l'idée de relations de patrimoine à patrimoine indépendants de la personnalité de l'individu à qui ces patrimoines pouvaient être attachés.

Ce second courant conduisait aussi à la conception patrimoniale objective du rapport obligatoire.

3e Courant favorable à l'objectivité de l'obligation : distinction de la dette et de l'emprise portant sur tout le patrimoine ou une partie de celui-ci.

Le troisième mouvement, qui conduisait à la même conception était celui précédemment analysé de la distinction rencontrée entre dette et responsabilité, Schuld et Haftung, dette et emprise, dette et main-mise.

Il y avait encore dans cette conception, un courant qui conduisait nécessairement à envisager le rapport obligatoire d'une manière tout objective. En ayant relégué dans une première catégorie le rapport de personne à personne, dépendant exclusivement de l'idée de devoir, on isolait l'emprise la responsabilité et comme la responsabilité (sauf quelques rares exceptions où l'on s'en prend à la personne par la contrainte par corps), l'Haftung, portait surtout sur le patrimoine tout entier ou une portion de ce patrimoine, là encore on était amené par l'analyse à concentrer son attention sur ce qui répondait de la dette, sur ce à quoi on pouvait s'adresser pour exécuter l'obligation. Tout cela concourait à faire apparaître le rapport obligatoire sous un aspect nettement objectif.

La thèse de Gierke sur l'objectivité de l'obligation, rentrant dès lors dans le droit des choses et correspondant à un élément d'actif et de passif dans le patrimoine du créancier et dans celui du débiteur.

Il restait donc à présenter la théorie, à concentrer tous ces courants venant de différents côtés sur un objet unique pour en faire ressortir une lumière éclatante. C'est ce qu'a fait Gierke, (Privat Recht p. 56 et ss) en présentant en parallèle et en antagonisme la conception ancienne romaine de l'obligation et la conception nouvelle objective, germanique, de l'obligation : "La conception germanique dit-il s'est portée sur l'objet de la prestation considéré comme étant l'élément essentiel du rapport obligatoire et c'est ainsi que cette conception parvient à différencier les rapports d'après leur objet, à les affranchir graduellement du rapport entre les personnes, en les objectivant (en les réalisant) dans leur matérialité objective)". C'est là nettement

Source : BIU Cujas

la conception objective.

Gierke tire de cette conception différentes conséquences et dans cette énumération détachons p.60, la cinquième conséquence." de l'objectivisation du rapport obligatoire découle son insertion dans la notion objective du patrimoine : "la créance (Forderung) devient un élément d'actif, la dette (Schuld) devient un élément du passif et dans cette mesure l'une et l'autre se trouvent en rôle dans les purs biens et c'est ainsi que le droit des rapports obligatoires se transforme en droit des choses, passe dans la catégorie du droit des choses".

Voilà la thèse. On ne peut la présenter en termes plus clairs, plus formels. En nous retournant vers la deuxième branche de notre définition, nous voyons que la théorie allemande correspond à cette conception. Sous cet aspect l'obligation correspond sous les noms de créance et de dette à un élément d'actif et de passif dans le patrimoine des intéressés.

Conséquences pratiques de la conception objective de l'obligation.

Restera à montrer les intérêts pratiques présentés par les auteurs allemands comme les conséquences et les suites logiques de la théorie objective. Nous les connaissons déjà, car ce sont ceux que Saleilles et son école ont indiqués comme les intérêts pratiques de l'admission en Droit français de la théorie objective de la conception patrimoniale de l'obligation. Dans la liste des sept conséquences du § 175 p.56 de Gierke, et dans celle présentée sous une forme un peu différente comme conséquences à la théorie du jus ad rem, nous retrouvons l'idée de la cession de dette, la transmissibilité du rapport obligatoire aussi bien du côté actif (cession de créance) que passif (reprise de dette), la transmissibilité parfaite, égale des deux côtés. De même cette deuxième idée présentée également par Saleilles, l'indétermination du créancier, notamment dans les Werthpapiere, dans les papiers valeurs, les titres au porteur ; de même le respect des effets des contrats à l'égard des tiers (stipulation pour autrui). Les Allemands poussent plus loin la possibilité de reconnaître au rapport obligatoire une valeur obligatoire pour les tiers, puisque c'est sur cette base qu'ils font reposer l'effet erga omnes du rapport obligatoire que les tiers doivent respecter sous peine de délit.

Source : BIU Cujas

Les allemands rattachent aussi à l'objectivité du rapport obligatoire, la possibilité de faire valoir sur ce rapport des droits : théorie des Rechte am Rechte des droits sur les droits (mise en gage d'une créance). C'est parce que le rapport obligatoire est objectivisé, que l'on admet la possibilité de mettre en gage une créance, de faire porter un droit réel sur un droit personnel. Les rapports objectifs entre patrimoines, les patrimoines séparés reçoivent, dans la théorie de l'objectivité du rapport obligatoire leur consécration finale.

Les Allemands ont donc essayé de rendre compte par ces théories un peu subtiles, mais dégageant des intérêts pratiques, de donner satisfaction à l'esprit logique des jurisconsultes toujours épris de cohésion ; peut-être ont-ils raffiné au-delà du nécessaire ; en tous cas leur effort méritait d'être présenté.

Distinction entre la dette et la prétention.

J'ai dû laisser de côté la distinction curieuse en droit allemand entre ce que nous appellerions la dette et la prétention. Schuld et Anspruch, c'est la nuance intermédiaire du droit entre le devoir et la Haftung. Il y a un moment psychologique dans le rapport obligatoire, où la dette s'étant épuisée par l'inexécution volontaire, le droit à la réparation ou à l'exécution forcée naît et c'est ce premier mouvement du créancier désireux de mettre en jeu la responsabilité, d'entamer la procédure d'emprise, de s'en prendre à ce qui répond de la dette (patrimoine, caution, hypothèque) que l'on appelle la prétention, Anspruch, (en anglais, claim, du vieux mot français, clameur). Cette notion intermédiaire est nécessaire pour établir le lien de l'analyse logique entre la dette épuisée par l'inexécution et la mise en jeu de la procédure d'exécution. Prétention, anspruch (C.f. Vocabulaire de Saleilles en tête de la traduction du C.C. allemand).

II. Conceptions anglaises.

Les conceptions anglaises. Observation générale sur l'esprit du Droit anglais

A la suite des théories allemandes, il faut étudier les conceptions anglaises. Je me sers ici d'un mot différent. Ce n'est pas pour éviter une répétition, c'est parce que, si en Allemagne, l'expression "théories" se trouve à sa place et s'impose nécessairement, ce n'est pas dans des théories

Source : BIU Cujas

et la raison pour laquelle on ne peut parler de théories anglaises sur l'obligation

qu'en Angleterre le rapport obligatoire va nous apparaître au premier plan comme objectivisé. Ce n'est pas par un raffinement subtil d'analyse, en creusant comme les jurisconsultes d'outre Rhin, en renchérissant sur les analyses romaines que cette conception est apparue en Angleterre. Les Anglais, en matière juridique ont des habitudes de pensée très opposées de celles des continentaux. Ils ont horreur de la théorie pour la théorie et se bornent à constater des faits; leur droit est essentiellement concret, imagé, le droit anglais est "un grand livre d'images". Ce que nous rencontrons en Angleterre pour expliquer la notion d'obligation ou ce qui y correspond, ce ne sont pas des théories, ce sont des institutions juridiques, des règles de droit rentrées dans des catégories et évoquées par un vocable, institutions auxquelles les Anglais n'ont pas cherché d'explication. Notre habitude de rechercher la nature juridique des institutions, ils la repoussent. Leur institution est une institution qui correspond à certaines nécessités concrètes qui l'ont fait naître sans qu'on ait à chercher à les expliquer logiquement. Le droit pour les Anglais n'a pas besoin de logique.

Si donc nous parlons des conceptions anglaises et non des théories anglaises, c'est que les rapports juridiques se présentent en Angleterre à la fois à l'imagination et à la raison. Il y a des concepts juridiques. Des Anglais insistent sur l'évocation, mais les concepts, les institutions juridiques existent cependant chez eux et ont donné lieu en Angleterre à ce qui a remplacé très longtemps l'obligation.

La conception anglaise de l'obligation conçue avant tout comme un élément du patrimoine.

Pour étudier ces conceptions anglaises, il faut renverser l'ordre des facteurs, c'est-à-dire prenant notre définition, examiner d'abord, parce que c'est ainsi que les choses se sont présentées pratiquement, l'obligation conçue comme un élément du patrimoine, puis voir l'obligation conçue comme aujourd'hui depuis le début du XIXe siècle sous l'angle d'un rapport entre les personnes ce qui est un apport étranger, venu des théories continentales.

A. L'obligation conçue comme élément du patrimoine.

A. L'obligation conçue comme élément du patrimoine. On peut affirmer qu'avant tout, l'obligation en Angleterre est considérée comme telle. Le nom technique donné depuis le XVe siècle

Source : BIU Cujas

à ce que nous appelons le rapport obligatoire, dans la mesure où il existe en Angleterre, c'est une expression mi-française, mi-anglaise, comme beaucoup d'expressions du droit anglais parceque jusqu'au XVIe siècle la langue judiciaire anglaise était un mélange de mots anglais et français, le law french. Ce terme est: chose in action, La chose in action est un élément du patrimoine; c'est une chose qui fait partie du patrimoine, qui rentre dans une division importante du droit de la propriété (Law of property). Le droit de la propriété en Angleterre s'est scindé en deux catégories, vers le XVe et XVIe siècles: le droit de la real property et le droit de la personal property, le droit de la propriété dite "réelle" et le droit de la propriété dite "personnelle", la real property embrassant les biens de caractère féodal, terres, fiefs, apanages féodaux et la personal property, comprenant ce qui n'était pas la propriété féodale, notamment les biens acquis par le commerce, les biens de la Société commerçante. Propriété aristocratique d'une part, propriété commerçante de l'autre.

La chose in action. Définition

La chose in action, opposée à la chose in possession (objets matériels et tangibles, meubles dont on peut avoir la possession matérielle) était un chapitre de la personal property, de la propriété commerciale, non aristocratique, roturière. Mais qu'est-ce que la chose in action? C'est, à peu de chose près, l'obligation, comme on le voit en lisant la plus récente définition de la chose in action proposée en doctrine anglaise dans le Digeste du Droit Civil anglais de Jenks, partie générale, section II relative aux Things, dans la classification des choses, art. 41: "une chose in action désigne le droit dont sont investis une personne ou des personnes déterminées à l'effet d'obtenir d'une autre par une procédure légale, de l'argent, ou une valeur d'argent, ou un droit participant de la nature de la propriété". Cette définition se rapproche de très près, de la définition de l'obligation. Sans doute il y a des différences entre la "chose in action" et l'obligation, mais avant de les préciser il faillait tout de suite indiquer ce qu'était la chose in action.

Nous allons successivement examiner trois points: 1° l'analyse de la notion de chose in action 2° les conséquences du principe de patrimonialité

de la chose in action ; 3° la justification théorique du caractère patrimonial du rapport obligatoire en Angleterre.

Synonyme technique. Chose in action et d'obligation, sans qu'il y ait coïncidence complète entre elles.

1° Analyse de la notion de chose in action.

Que dans une certaine mesure la chose in action corresponde à notre notion d'obligation, cela est affirmé par des auteurs anglais qui avaient, par leur carrière et leurs études, la connaissance approfondie des systèmes continentaux et étaient aptes en toute connaissance de cause à rapprocher la notion continentale de la chose in action. Ainsi Sir John Salmond, auteur du plus récent traité des contrats en Angleterre, dans son livre Jurisprudence § 165, analysant en théorie générale du droit la notion d'obligations, indique qu'un "synonyme technique de l'obligation, c'est chose in action". Cependant on doit noter, et ceci est important, qu'il n'y a pas identité de compréhension entre les deux termes et que la notion de chose in action, dont nous allons dégager l'équivalent exact dans notre technique et notre terminologie française ne concorde pas entièrement avec celui d'obligation. En un sens elle est plus large, et en un autre plus étroite.

A quels points de vue la chose in action est une notion plus large que celles d'obligation.

Elle est plus large (et je prends comme base de mesure la définition du Digeste de Fenks), parce que, d'une façon générale, aujourd'hui, on admet qu'elle comprend des éléments patrimoniaux auxquels dans la doctrine continentale on ne saurait, sinon en analyse, appliquer le qualificatif d'obligation. C'est ainsi en effet que dans l'énumération de ce qui rentre dans la chose in action nous trouvons les éléments suivants : patents, (brevets d'invention), Copyright trade marks (marques de commerce), trade names (les noms de commerce), l'achalandage (godwill). Tous ces éléments rentrent dans l'énumération du Digeste sous la rubrique : chose in action. Sans doute, dans la doctrine continentale on peut analyser ces éléments comme se résolvant en des obligations, néanmoins nous les concevons sous un autre angle, sous le nom de propriété incorporelle ou intellectuelle. La notion de chose in action dépasse donc la notion pure de l'obligation en droit continental.

Droit d'auteur

A quels points de vue elle est plus étroite.

Par contre elle est, à certains égards, plus étroite. A certains égards, parce que en face de cette notion d'évocation, il est difficile de la préciser comme on peut le faire en face d'une définition législative.

Source : BIU Cujas

Jenks D. note sous a. 41 dit que "probablement" la notion de chose in action ne comprend pas l'action en dommages-intérêts pour réparation d'un délit, c'est-à-dire l'obligation délictuelle, art. 1382 C.C. Jenks dit probablement : c'était cependant la doctrine habituelle. Blackstone, T. II p. 397 de ses Commentaires, à la fin du XVIIIe siècle, ne faisait rentrer dans la notion de chose in action que la propriété in action dépendant directement d'un contrat. Cette notion était trop stricte, mais il n'y en a pas moins quelque flottement dans la théorie.

Exclusion de l'obligation de donner, de la notion du C.J.A.

La notion de chose in action ne comprend pas non plus, à la différence de notre notion d'obligation, ce que nous appelons l'obligation de donner, de transférer la propriété. Cette obligation, en droit français n'existe presque plus qu'à l'état théorique, puisque d'après notre C.C. ce n'est que dans des cas très spéciaux qu'elle se distingue encore du mode de transfert, puisque le consentement transfère la propriété et que l'obligation de donner ne se sépare pas du mode de transfert. En droit anglais, comme en droit romain, au contraire, on distingue nettement l'obligation de transférer la propriété et les modes de transfert. Cette distinction est traditionnelle. Bien que très atténuée à la fin du XIXe siècle par une suite de réformes législatives ou par la jurisprudence d'équité, le principe reste que le simple consentement ne transfère pas la propriété ; on distingue l'obligation de transférer la propriété et le mode de transfert. L'obligation de donner ne rentre pas dans la chose in action et surtout quand l'objet de l'obligation de donner est de la terre, land, un immeuble. Cela n'a jamais été considéré comme rentrant dans l'ambiance de la chose in action. Pourquoi ? La chose in action est une partie de la personal property, de la propriété commerciale, non féodale, avec les choses in possession, celles dont on peut avoir la possession. Or l'obligation de donner portant sur un immeuble se réfère à la real property, à la propriété immobilière, féodale pour laquelle la notion de chose in action ne peut se comprendre.

La notion de chose in action ne coïncide donc pas de façon absolue avec la notion d'obligation.

Source : BIU Cujas

Chose in action correspond au meuble incorporel de l'a. 529 C.C. Mais avec cette différence que ces c. ci ne constituent pas une institution juridique.

S'il fallait trouver dans notre langage juridique et dans notre technique française un équivalent à chose in action, il est fourni par l'art. 529 C.C. c'est le meuble incorporel. Chose in action, c'est le meuble incorporel et si on compare le contenu de l'expression anglaise et le contenu de nos meubles incorporels, on constate qu'il est à peu près semblable. Quelle est donc la différence entre choses in action et nos meubles incorporels, c'est celle qui tient à ce que nous n'apercevons pas les meubles incorporels comme une institution juridique. L'obligation est une institution juridique puisqu'elle correspond dans nos conceptions françaises à une situation de fait que nous sentons et autour de laquelle, par tradition, nous groupons des règles juridiques. Les anglais n'ont pas aperçu l'obligation, mais ils ont aperçu la chose in action, parce que c'est une chose concrète qui frappe leurs yeux, parle à leur imagination. On les a entre les mains, on est propriétaire d'une annuité, d'une rente, d'un brevet, d'une marque, d'une action de Société. Cela parle aux yeux, correspond à la mentalité anglaise et on le range pêle mêle dans la grande catégorie des choses in action: dettes, annuités, pensions, rentes, actions, tout cela se sont des objets de propriété. De là, le rapport entre le propriétaire de l'action de société et la chose elle-même se comprend très bien.

C'est en quelque sorte une question de vision, de mentalité: les Anglais n'aperçoivent pas l'obligation, ils aperçoivent la chose in action.

Contenu de la chose in action

Si on creuse cette idée de chose in action qu'y voit-on rentrer exactement?

On peut s'en rendre compte en cherchant à approfondir la notion anglaise dans les ouvrages qui en traitent. Les Anglais ont, il y a quelques années, fait dans la 1ère année de la Law quarterly Review (La Revue trimestrielle de droit anglais) T. IX à XI An 1893-1896, une enquête scientifique près des meilleurs juristes sur la notion de chose in action. Cf Jenks a. 1617 et ss. On y voit que les auteurs anglais ont procédé par élimination. Ils montrent ce qui ne rentre pas dans la notion et ensuite ce qui y rentre. Dans l'art. 1617 les auteurs du Digest l'indiquent par une énumération: "Pour le but visé dans la présente "section (on définit sous un angle, c'est bien anglais) "le terme de chose in action comprend toutes sortes "de droits, sauf les droits suivants: droits qui con- "cernent la terre, les droits à dommages-intérêts "non liquidés - les droits résultant du rapport de

Enumération qui ne rentre pas dans cette notion.

Source : BIU Cujas

" trusts et trustees (parce que ce sont des droits de pro-
" priété spéciale, la propriété fiduciaire anglaise), la-
" droit à une part successorale; et, chose très curieu-
" se (negotiable instruments) les titres négociables".
Ce dernier point peut sembler étrange, puisque le droit anglais possède une notion patrimoniale de la chose in action et du rapport obligatoire. En voici l'explication. Les effets négociables sortent de la catégorie des choses in action, parce que ces effets négociables sont non pas patrimoniaux, mais surpatrimoniaux hyperpatrimoniaux et font partie de choses in possession. Ils sont tellement "corporalisés" qu'on ne les range même plus sous l'angle des choses in action, on n'y voit plus que les choses matérielles. Le titre négociable en Angleterre se définit en effet comme un titre équivalent à de la monnaie métallique (Coins) et tout ce qui est titre de ce genre est considéré comme des espèces métalliques" (Cf. Traité de Droit Commercial, de Stevens - traduction Escarti et Stephens: Nouveaux commentaires des lois de l'Angleterre, 17e Ed. de Jenks T. III p. 127 et ss.). Les effets de commerce, lettres de change, billets à ordre et chèques et aussi quelques titres de valeurs mobilières rentrent dans cette catégorie des negociables instruments, objets mobiliers corporels.

Ce que comprend la chose in action

Que reste-t-il donc dans les choses in action? D'après le Digest de Jenks (S. 11 a. 1620 et ss). Rentrent d'abord dans les choses in action la dette, où nous allons rencontrer le créancier et le débiteur debt, (c'est le prototype de la chose in action), les annuités et pensions (rentes viagères) les actions, les titres mobiliers et les obligations (Shares, actions; Stocks; fonds publics; debentures obligations, c'est-à-dire les valeurs mobilières en général, sauf quand elles sont au porteur). Enfin chose in action comprend encore, comme nous l'avons vu, les éléments de la propriété intellectuelle, brevets, marques de fabrique, noms de commerce, etc.

Analyse et définition de la notion de dette en droit anglais. Son caractère patrimonial.

Les choses in action sont donc des choses qui sont objets de propriété. Mais parmi ces catégories il en est une sur laquelle il faut insister parce qu'elle permet de saisir sur le vif, en histoire et actuellement, le caractère fondamental de la dette en droit anglais. Debt, la dette est définie dans l'a. 1620 du Digest, par conséquent en droit positif actuel "une somme définie d'argent recouvrable sur une personne

Source : BIU Cujas

(debtor, débiteur) par une autre personne (le créancier, creditor) par les moyens d'une action de common law". Laissons de côté ce dernier point pour nous arrêter aux premiers mots de la définition. La dette est une somme d'argent. Le débiteur est celui qui doit la procurer. Le créancier est celui qui a le droit d'exiger cette somme du débiteur. La dette, c'est, avant tout, des espèces monnayées. L'objet de propriété c'est la monnaie: ce n'est pas l'obligation qui y est visée, le rapport entre le créancier et le débiteur: c'est l'argent.

Pourquoi ? Ici il faut faire intervenir l'histoire et c'est pour cela que dans la définition, on trouve les mots common law. La dette a, dans l'histoire du droit anglais, une importance exceptionnelle. C'est l'objet qu'on peut réclamer en sollicitant du Roi un bref writ "bref de dette". En droit anglais de 1927, comme aux XIIe et XIIIe siècles, on n'entre au Palais de Justice et on n'intente une action en justice qu'avec la permission du Roi ; il faut obtenir de la chancellerie un bref "breve" ou writ, (bref écrit laconique), par lequel ce roi somme le défendeur de comparaître et de faire connaître ses raisons jusqu'au premier tiers du XIXe siècle, les writs avaient des noms spéciaux, comme les formules à Rome. Ce n'est que depuis cette époque que les anciennes actions spéciales ont été remplacées par le writ of summons (exploit introductif d'instance.

Au dos du writ, on indique les raisons sur lesquelles est fondée la demande. Depuis la fin du XIIe siècle au moins jusqu'à 1833, quand on réclamait une somme d'argent, on devait se servir de writ of debt, l'action de dette, breve de debitis, disait-on au XIIe siècle. On en a l'exposé et toute la doctrine dans un ouvrage classique du XIIe siècle attribué à Ranulphe de Glanville (tractatus de legebus et consuetudinibus regni Angliae tempore regni Henrici Secundi compositus) qui expose les writs et le writ of debt dans un chapitre célèbre. Du XIIe au XIXe siècle, quand on avait à réclamer une somme d'argent, on devait passer par le breve de debitis, qui était une action de caractère patrimonial que Jenks qualifie encore de quasi proprietary action. Ce qu'on réclamait ce sont les espèces (coins) d'argent et quand on les réclamait on invoquait un fait de cas délictuel. C'était un

Source : BIU Cujas

délit que de ne pas rendre ou de ne pas procurer les espèces que l'on devait. Entre le creditor et le debtor, il y avait donc un rapport non pas d'obligation, mais un rapport de responsabilité. Le débiteur se mettait dans un cas analogue à celui du voleur en ne donnant pas la somme d'argent dont il était redevable. L'action de dette jusqu'en 1830 a conservé ce caractère d'une action patrimoniale et d'action délictuelle et le caractère moyen âge de cette action s'est perpétué au point qu'elle comporte jusqu'en 1830 et plus les vieilles procédures féodales en vertu desquelles lorsque le débiteur voulait contester il pouvait provoquer son créancier en champ clos ou produire en justice la suite de ses coperatores. En 1832, dans une action de ce genre, devant les tribunaux anglais, un plaideur prétendit faire juger le procès d'après le serment; ses amis se présentèrent comme cojuratores et il gagna son procès. Il fallut en 1832 une loi pour supprimer les cojuratores comme on avait supprimé, quelques dix ans avant, le duel judiciaire.

C'est de là qu'est sorti le caractère patrimonial de la dette. La dette est objet de patrimoine. Ce qu'on réclame dans la dette, c'est une somme définie d'argent. Le débiteur c'est le débiteur d'une somme d'argent, le créancier, c'est le créancier d'une somme d'argent c'est-à-dire d'un élément de patrimoine et qui n'a rien à voir d'absolument dépendant d'un contrat ni d'une obligation. Dès qu'on trouve une personne qui doit à une autre une somme d'argent, quelle que soit la cause, il y a dette, qu'elle doive en vertu d'un jugement, d'une teneur foncière, d'une loi ou de tout autre cause; il y a dette dès qu'il s'agit d'une somme d'argent. La conséquence directe de ce caractère patrimonial de la dette, c'est qu'elle est transmissible, peut se céder d'une personne à une autre.

En analysant cette notion je vous ai montré le principal objet, en quelque sorte le prototype, des choses in action. Il était indispensable de nous arrêter sur cette conception toute particulière du créancier et du débiteur, analogue à celle résultant en droit romain de la condictio ceslor permise et correspondant à la conception stricte d'une somme d'argent due par une personne à une autre.

Nous pouvons alors aborder utilement le deuxième point :

Source : BIU Cujas

Conséquences de la conception patrimoniale de la chose in action.

2° Conséquences du principe de la patrimonialité de la C.I.A.

De cette notion de la chose in action, il se dégage une conception patrimoniale très nette que nous allons pouvoir analyser en nous plaçant en face de deux mots qui rentrent dans la notion : chose et action

1° C'est une chose, objet du patrimoine et comme telle soumis à toutes les règles des objets mobiliers corporels.

1°. Il y a chose, élément de patrimoine. La chose in action, dans le patrimoine, est donc traitée comme un objet, un objet mobilier corporel. La chose in action est objet de patrimoine et toutes les règles s'appliquant aux objets corporels du patrimoine s'y appliquent. Cf. Digeste art. 1618 "D'une façon générale, les règles applicables à la propriété des objets mobiliers corporels, et leurs modes d'acquisition sont également applicables aux choses in action définies dans l'art. 1617".

Par conséquent les règles d'acquisition, de capacité, de possession (car les Anglais ont une théorie remarquable de la propriété mobilière) les modes d'aliénation sont les mêmes pour les choses in possession que pour les choses in action. La chose in action est patrimoniale en ce sens qu'elle est traitée comme de la propriété mobilière corporelle.

2° Soit une chose comportant pour le bénéficiaire le droit de mettre en jeu par des procédures légales l'action en responsabilité à raison du tort causé à la propriété par le défaut d'exécution.

2°. In action. A quoi cela correspond-il ? Que veut dire cette expression ?

On connaît la définition de l'art. 41 du Digeste de Jenks d'après laquelle la chose in action désigne un " droit d'obtenir d'une autre personne, par des procédures judiciaires de l'argent ou quelque chose d'appréciable en argent".

Obtenir par des procédures judiciaires: la chose in action est donc une chose qui conduit, le cas échéant, à un procès, qui conduit à une action en justice, in action. Cette action en justice, quel caractère présente-t-elle, quel en est le trait spécifique ? Nous arrivons ici à une conception fondamentale. Il ne faudrait pas croire que le droit dont il est question dans l'art. 41 ce soit le debitum, la chose due. Non. Le droit dont il est question dans la chose in action ce n'est pas le droit " primaire" qui émane de l'obligation, c'est le droit sanctionnateur. La chose in action est un objet de patrimoine, un objet de propriété. Quiconque y touche on commet vis-à-vis du propriétaire un acte répréhensible, une*

× injuria

Source : BIU Cujas

dont il est dû réparation. Quand nous disons "quiconque y touche" cela veut dire quiconque porte, sous une forme quelle qu'elle soit, atteinte au droit légitime qu'a le propriétaire de la chose in action sur l'argent qui lui est dû. Et y porte atteinte, le premier, celui qui ne paie pas cette somme, l'inexécution la non performance, est wrong, un tort, injuria a un caractère individuel.

Ce n'est que de nos jours que les Anglais sont arrivés à la notion de responsabilité contractuelle dégagée de la responsabilité délictuelle. L'idée fondamentale, c'est que le débiteur quand il ne s'exécute pas, lèse la propriété de son créancier. L'action dont il est question dans la chose in action est donc une action en réparation, un droit sanctionnateur mis en jeu pour compenser pour le créancier la perte qui lui est causée par l'inexécution ou par l'atteinte à ses droits. La chose in action est donc une chose qui comporte pour le bénéficiaire le droit de mettre en jeu par des procédures légales l'action en responsabilité.

Nous venons d'examiner le droit du titulaire du point de vue actif. Si nous le retournons pour l'examiner du point de vue du sujet passif du rapport, qu'observons-nous ? Nous rencontrons avec surprise la distinction rencontrée en Allemagne et en droit Romain entre le debitum et l'obligatio, la Schuld et l'Haftung.

Situation du debtor: distinction du debitum et de l'obligatio, du duty et de la liability.

Quelle va être la situation de celui qui a contracté une obligation du debtor ? Il a une charge pécuniaire qui pèse sur lui, celle d'exécuter ce que l'on appelle le duty, le devoir d'exécuter. Ce devoir, comme le Sollen allemand, lui est imposé par la morale et le droit. Mais ce n'est pas ce qui va être mis en œuvre contre lui s'il ne s'exécute pas. En matière de contrat, si le débiteur ne s'exécute pas, apparaît la responsabilité, liability née de la rupture du contrat. Il ne faut pas croire que l'expression breach of contract corresponde à notre inexécution ; il y a contrat ; s'il n'est pas exécuté, il n'y a plus rien, le contrat est brisé, et alors apparaît un succédané, la responsabilité, liability, droit très différent.

Par cette opposition que revèle l'analyse de chose in action, nous sommes donc ramenés à l'opposition entre le devoir et la contrainte. En Angleterre comme en Allemagne d'uty, le debitum,

Source : BIU Cujas

le devoir s'épuise du premier coup, soit par l'exécution, soit par l'inexécution, et en cas d'inexécution surgit dans l'arsenal du Droit la responsabilité, l'action en justice, le right of action, le droit d'action qui se substitue au primary right, le droit primaire, comme un droit sanctionnateur (sur cette notion de droit sanctionnateur Cf. les Livres de Théorie générale du droit anglais publiés sous le nom Jurisprudence ; sur l'opposition entre les primary rigths et les entecedent and remedial rights Cf. Leçons de John Austin sur la jurisprudence, leçons 15 Bibl. 28. 924 et la Jurisprudence de Holland, professeur à Oxford, Bibl. 29. 128. Cf. également le livre de Pollock sur la jurisprudence, et la Jurisprudence de S. John Salmond pour l'opposition entre le duty, le devoir, et la responsabilité, liability).

La prétention, claim, intermédiaire entre duty et liability.

On peut également creuser une notion intermédiaire entre duty et liability, notion qui les relie et explique l'une par l'autre, dans une certaine mesure, à savoir la prétention, qui s'appelle claim, (clameur), appel au roi, comme dans l'ancienne clameur de haro. Claim est la prétention ; quand le duty est inexécuté et qu'on veut mettre en jeu la responsabilité, il y a un moment de raison qui se traduit par la mise en jeu de la procédure, le moment où on réclamera l'exécution de son droit, claim, qui forme l'élément de liaison entre duty et liability. (De même qu'en droit allemand, nous avons signalé l'Anspruch, prétention, comme intermédiaire entre Schuld et Haftung).

3° Justification théorique du caractère patrimonial du rapport obligatoire par la relation existante entre le droit réel et cette sorte de propriété incorporelle que constitue l'obligation. La théorie de S.F. Pollock

3° Justification théorique du caractère patrimonial du rapport obligatoire en droit anglais.

Cette justification se trouve indiquée dans un livre classique, la théorie générale du droit (The jurisprudence) à l'usage des étudiants en common law, de Sir J. Frédéric Pollock, Professeur à l'Université d'Oxford : A first Book of Jurisprudence for Students of the common law. C'est dans la première partie de ce livre, à la fin du Ch. VII, et au chap. VIII, que se trouve développée théoriquement, d'une façon très savante et très claire, cette notion de caractère patrimonial de l'obligation en droit anglais. La question est posée en termes extrêmement nets, à la fin du chap. VII intitulé : "Relations entre les personnes et les choses".

Source : BIU Cujas

Dans ce chapitre l'auteur analyse, le rapport que nous appelons réel, le rapport de propriété. Dans les dernières pages de ce chapitre, il expose en quelques lignes les relations existant entre le droit réel, la propriété et cette sorte de propriété incorporelle, incorporial property, qui consiste en obligation. Il montre par exemple, (et c'est ainsi qu'il introduit au chapitre suivant) qu'il n'y a aucune différence théorique entre une personne qui possède une propriété foncière et une personne qui possède des fonds, de l'argent, et une autre propriétaire de debt: tout cela, dit-il, c'est de l'actif, assets, et par conséquent, il y a une ressemblance qui va presque jusqu'à l'identité entre la propriété des biens corporels et la propriété de ces sortes de biens incorporels.

Et alors, ayant ainsi établi la transition, Pollock, dans le chap. VIII, examine et analyse ce qui correspond à notre droit des obligations sous le double titre: "claims of persons on persons [réclamations (prétentions) de personne à personnes] relations entre l'obligation et la propriété", et il engage toute une théorie.

En effet, cette théorie envisage successivement les obligations contractuelles et les obligations non contractuelles. C'est dans le domaine des obligations contractuelles que l'on rencontre cette forme spéciale de propriété sur les droits incorporels. Pollock laisse en dehors de sa conception de l'obligation, d'abord les obligations de famille qui, en droit anglais comme en droit allemand, mais pour des raisons différentes, ne rentrent pas dans ce que nous appelons le droit des obligations. Le droit de famille, en Angleterre, relève du droit public et non pas du droit privé. Ainsi dans la dernière édition des commentaires de Stephens par Jenks, le Tome I consacré au droit public l'auteur après avoir examiné les relations des corps de l'Etat entre eux, examine les relations entre les parents, les conjoints, le tuteur et le pupille, le maître et le serviteur, parce que le droit anglais est essentiellement dominé par les idées féodales, dans les relations de personne à personne dont le type caractéristique est celui du suzerain et du vassal, du seigneur concédant au tenancier. Le propriétaire foncier et le tenancier (Landlord and tenant), tel est le prototype sur lequel se sont moulés tous les rapports qui enga-

Matières ne rentrant pas dans le domaine de l'obligation en D. anglais.

une relation de suprématie et de subordination entre sujets du Roi d'Angleterre.

Sir Fr. Pollock laisse encore en dehors de la notion patrimoniale d'obligation, les obligations nées de devoirs issus de contrats passés in tui tu personae, rares, dit-il mais qu'il faut mentionner, notamment les rapports entre personnes qui naissent de la société de personnes, la société constituée, in tui tu personnae, ce que nous appelons en France société par intérêts (partnership). Bien qu'il y ait là des rapports essentiellement pécuniaires, à raison de leur caractère in tui tu personae. Pollock les laisse en dehors de sa notion d'obligation.

La théorie du Jus ad rem chez S. F. Pollock connexité entre la relation résultant du contrat qui a pour objet de transférer la propriété et le droit de propriété lui-même.

Ces exceptions posées, l'auteur nous développe l'idée que en dehors de ces cas, tout ce qui ressort des contrats, les contrats qui ont pour objet la vente, une transmission de propriété portant sur une chose sont en connexion étroite avec le droit de propriété et en cinq pages à lire, Pollock développe une théorie qui n'est pas autre chose que celle du jus ad rem que nous avons rencontrée en droit allemand, le droit à la chose. Le contrat où l'on a l'intention de transmettre la propriété vise économiquement et pratiquement un transfert de bien, il a le caractère réel et engendre une relation qui est en connexité étroite avec le droit du propriétaire.

Caractère patrimonial de la vente et de tous les contrats sur argent et sur crédit.

Non seulement les obligations contractuelles, nées de la vente, mais encore et surtout les contrats sur argent et crédit (suivant l'expression de Thaller) qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent qui ont pour but de procurer des espèces, sont essentiellement inhérents à la conception patrimoniale : cessabilité, négociabilité, interchangibilité de ces rapports, tel est leur caractère dominant dans la notion de la cession de créances, ou du titre négociable. Tout ce qui importe sur de l'argent, a pour but un transport d'argent, d'une personne à une autre a essentiellement un caractère patrimonial. Pollock dans sa conclusion décrit la vie sociale anglaise sous la forme commercialisée, apparue depuis le XVIe siècle et juxtaposée à la société féodale.

B - Reste, pour en terminer avec les conceptions anglaises, à dire quelques mots de l'obli-

Source : BIU Cujas

B - L'obligation comme rapport entre personnes. Origine continentale de cette conception.

gation considérée comme rapport entre personnes.

Il ne faut pas croire que les Anglais ne considèrent exclusivement le rapport obligatoire que comme un objet de patrimoine, que sous l'angle de chose in action. Ce serait une exagération. Les livres anglais, surtout récents, envisagent aussi quelquefois et accessoirement notre rapport obligatoire comme un rapport entre les personnes. Mais cette manière de voir n'est pas conforme à la tradition et n'est en Angleterre, sous des différentes formes qu'une théorie d'emprunt et une simple théorie, cette conception ne correspondant pas à une institution juridique. Les Anglais n'ont pas de théorie générale des obligations, parce que la notion d'obligation ne leur est pas apparue à l'imagination.

Cependant, au contact du droit continental, ils ont été amenés, dans deux occasions, à s'occuper du rapport obligatoire comme rapport entre personnes et essayé de l'expliquer.

Ils l'ont rencontré d'abord dans leur "jurisprudence" dans leur théorie générale du droit. Ce mot ne signifie pas une suite d'arrêts des tribunaux, mais au contraire le droit dans ce qu'il a de plus théorique. Le fondateur de cette jurisprudence est John Austin qui de 1826 à 1832 professa à Londres des Leçons sur la Jurisprudence qui n'eurent aucun succès et qu'il dut interrompre, son auditoire protestant contre l'introduction en Angleterre de théories acquises au contact de la Science allemande, à la suite d'un voyage d'études en Allemagne où il avait adopté les théories de Savigny.

La distinction des droits absolus (Jura in rem) et des droits relatifs (Jura in personam) de J. Austin.

Austin cessa d'enseigner et ce n'est que cinquante ans après que des "Lectures on Jurisprudence" reprirent quelque crédit et devinrent classiques. Dans sa 14e leçon, Austin, disciple des Allemands, avait présenté la distinction courante en Allemagne entre les droits relatifs et les droits absolus et il a tenté de les introduire en Angleterre, sous de rubriques particulières (droits absolus; jura in rem) droits relatifs (jura in personam).

Sous les rubriques il développait la théorie des droits opposables erga omnes et des droits qui ne s'opposent qu'à une seule personne. Cette théorie est restée en Angleterre et s'est perpétuée dans les livres de jurisprudence. Dans les ouvrages de théorie générale on ne l'a assimilée que très

Source : BIU Cujas

théoriquement, et en présentant dans les jura in personam les droits correspondant à "ce que l'on appelle, sur le continent, l'obligation".

Apparition à titre accessoire de la notion d'obligation comme rapport de personne à personne la fonction de la notion de contrat et par comparaison avec la notion de Savigny (Herrschaft)

C'est sous une autre forme que la notion d'obligation s'est fait jour en Angleterre, non plus dans les livres de théorie générale, mais dans les ouvrages sur les contrats. Dans ceux-ci, Pollock et Anson ont été amenés à parler de l'obligation à propos de la définition du contrat, et notamment pour faire comprendre ce qu'était le contrat, la définissait Anson dans sa première édition (1879 Bib. N°35.478) comme une rencontre entre deux notions, celle de convention, (agreement), et la notion d'obligation. C'est ainsi qu'il est amené à définir l'obligation et Pollock dans ses premières éditions, par un raisonnement analogue s'était trouvé amené à la définir en fonction du contrat. Chose très curieuse et bien anglaise, – parce qu'elle parle à l'imagination et qu'elle est illogique – les Anglais ont sauté à pieds joints sur la théorie de Savigny et de la Herrschaft, qui est cependant aux antipodes de la théorie anglaise. Comme la Herrschaft (contrôle) parle à l'imagination on était susceptible de faire rentrer la notion dans le cadre général des relations féodales de domination, immédiatement, sans se piquer de logique, sans se demander s'il y avait un lien quelconque entre les deux et s'il était possible sans contradiction d'admettre la conception patrimoniale d'obligation et celle de rapport entre personnes envisagé sous cet aspect nos auteurs ont admis et développé la théorie de Savigny.

Du reste dans les éditions subséquentes, Pollock s'est écarté de cette théorie de Savigny pour revenir à la notion anglaise traditionnelle et il est amené à déclarer que la notion d'obligation n'a point de place dans le cadre du droit anglais.

C'est ainsi qu'à titre accessoire et comme importation le rapport obligatoire a pu être envisagé en Angleterre. La raison pour laquelle le droit anglais ne conçoit pas l'obligation comme rapport en personnes, c'est qu'il ne conçoit pas du tout la notion d'obligation.

Je borne là mes explications sur la notion et la définition de l'obligation. Il me faut, pour terminer l'introduction et à la théorie des contrats, aborder maintenant le § 2 de cette introduction.

Source : BIU Cujas

§2. – Considérations générales sur le droit des obligations au premier quart du XXe Siècle.

L'obligation considérée au point de vue de la liquidation.

Pour poser la question en d'autres termes et préciser le point que nous examinons, disons que nous allons analyser la matière des obligations considérée, non plus dans son objet, mais considérée par rapports à un ensemble, comme fraction du corpus juris, c'est-à-dire que nous allons cesser de nous placer au regard de l'analyse doctrinale pour nous hausser jusqu'au point de vue de la législation.

Ce point de vue, en toute matière, qu'il s'agisse de l'obligation ou de n'importe quelle autre institution juridique, n'est pas un point de vue unique. L'étude de la manière dont le droit positif accueille à un moment donné, et pour une société déterminée, une institution dans le cadre de son système, cette étude doit toujours être conduite à deux points de vue qui ont été dégagés par la théorie générale du droit au début du XXe Siècle. On a attaché des noms différents à ces deux points de vue auxquels, en législation, il convient de se placer. On leur a donné des noms un peu techniques, un peu savants, certains même un peu teintés de pédantisme. On les a opposés l'un et l'autre, comme on le voit dans un livre de M. Geny (Science et technique du droit privé positif) sous les termes du point de vue du construit et point de vue du donné. On les a également appelés (Bonnecas Introduction à l'étude du droit 1926) sous le nom de sources formelles et sources réelles. Qu'est-ce que cela veut dire? Le premier point de vue consiste à envisager une institution au regard des différents éléments qui concourent directement et immédiatement à l'élaboration du droit positif, c'est-à-dire à examiner comment une institution est traitée par la loi, par la jurisprudence, par la coutume, par la doctrine, par la convention des parties, bref au regard de tout ce qu'on appelle sources formelles du droit. Sources formelles "parce que ce sont les formes que doivent emprunter des règles de conduite pour être des règles juridiques, pour s'imposer socialement

Les deux points de vue auxquels on peut se placer pour examiner cette question: le construit et le donné

Source : BIU Cujas

sous le couvert de la puissance coercitive du droit". (Bonnecase). Les sources formelles, comme le dit Cornil (le droit privé p. 46) ce sont les organes d'expression du droit et c'est ce que Geny appelle le "construit" c'est à dire le résultat de la construction obtenue par la mise en jeu de la technique du droit.

Le second point de vue, celui du donné de M. Geny, des sources réelles de M. Bonnecase, conduit à analyser une institution au regard des données qui fournissent la substance des règles du droit, les éléments générateurs du droit, c'est à-dire les faits et les idées, même les sentiments d'ordre politique, économique, moral, psychologique, religieux qui engendrent les règles du droit, qui font qu'on les édicte, qu'on les observe, qu'on les abandonne, qu'on les transforme pour les remplacer par de nouvelles. Voilà le second point de vue auquel conduit la législation et c'est à ces deux points de vue auquel conduit la législation et c'est à ces deux points de vue (construit et donné, - sources formelles et sources réelles) que je devrai successivement envisager le droit des obligations et l'obligation si le temps me le permettait.

Combien en effet serait large une étude qui prendrait l'obligation pour se demander d'abord comment l'obligation est elle, chez nous et à l'étranger, traitée successivement par la législation, la codification, la jurisprudence, la doctrine, la coutume, les usages et enfin la convention des parties; puis, en second lieu, au deuxième point de vue comme il serait intéressant de rapprocher successivement le droit des obligations des considérations politiques, économiques, morales et sociales auxquelles correspondent les différentes institutions qui rentrent sous le couvert de l'obligation!

Je me bornerai ici à examiner les deux points de vue sous certains angles très réduits seulement. Je ne prendrai pas l'angle tout entier de chacun de ces points de vue et je vais successivement, dans une première partie, traiter d'implement la place et le mode d'exposition de la matière des obligations dans le droit positif contemporain.

Puis, me plaçant au deuxième point de vue, je rapprocherai seulement le droit des obligations

Source : BIU Cujas

des données économiques et morales qui présidents à sa formation et à son évolution au premier quart du XXe Siècle. C'est cette deuxième étude qui nous conduira, comme conclusion, à dégager la méthode à observer d'une façon générale dans tout le droit des obligations et, d'une façon plus précise, dans le droit des contrats auquel nous serons alors convenablement introduits

I. Place et Mode d'exposition de la matière des obligations dans le droit positif contemporain.

Les trois étapes du Droit français concernant la place et le mode d'exposition des obligations.

J'examinerai d'abord et surtout notre droit français.

Le droit français concernant cette double question de la place et du mode d'exposition du droit des obligations a passé depuis le C.C. jusqu'à nos jours par trois étapes que nous allons parcourir.

1ère étape. Le C.C. et l'Ecole de l'exégèse

La première étape est marquée par le C.C. et par l'école à laquelle on a donné le nom de l'école de l'exégèse du C.C. Le C.C. a conçu à la fois la place de l'obligation dans l'ensemble du corpus juris et le plan de cette matière des obligations en faisant à la fois amalgame et de la place et du plan occupés par cette matière dans les Institutes de Gaius et de Justinien, et d'autre part, des précédents de la théorie dans Pothier.

Le C.C a emprunté aux Institutes de Justinien la place qu'il a donné aux obligations dans la théorie générale du Droit.

C'est aux Institutes que le C.C. de 1804 a emprunté la place accordée à l'obligation dans l'ensemble de la matière juridique. Si le Code traite des obligations dans le Livre III, Titre 3, dans le livre consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété, et immédiatement après l'étude des successions et des testaments, c'est parce que, avant lui, les Institutes de Justinien avaient suivi cette progression. Les Institutes dans une division célèbre en effet, inspirée par les Institutes de Gaius qui, sans doute, la tenait de quelque précurseur inconnu, peut être grec, après avoir enseigné le droit des personnes et celui des biens exposait la manière dont on accède à la propriété : de ce chef, le L. II et le début du Livre III développaient pour les étudiants de Byzance la succession ab intestat et le testament, puis les Institutes en arrivaient au titre "de obligationibus" (III. 13 et s.). C'est conformément à ce plan que le Code a placé notre

Source : BIU Cujas

matière à l'endroit où elle se trouve. Il a encela suivi le droit romain et non pas Pothier, car celui-ci ne nous a pas légué une synthèse générale du droit français. Pothier ayant abandonné l'étude du droit romain pour rédiger à partir de 1761 (il avait alors plus de 60 ans) les notes de son cours à l'Université d'Orléans sur le droit français, Pothier, comme un homme qui sait que la vie va se clore bientôt pour lui, procède par traités successifs de 1761 à 1772. Le premier de ces traités est celui des obligations (1761) et c'est dans d'autres traités particuliers, qui n'avaient pas de relations systématiques avec le premier que, en 1767, nous trouvons l'étude du quasi contrat appelé promutuum et de la condictio indebiti.

Mais il a été emprunté à Pothier le plan de son exposé systématique.

Pour la place, le C.C. est donc redevable aux Romains. Par contre, c'est partout à Pothier que le Code a emprunté le plan de son exposé systématique. En effet les six chapitres du T III. L. III correspondent, mutatis mutantis à l'ordre des matières suivi par le Professeur d'Orléans. Les Ch. I à III du Titre III correspondent à la première partie du traité des obligations de Pothier. Le Code examine les dispositions préliminaires - les conditions de validité - les effets des contrats, ce qui correspond à peu près à la première partie du Traité des obligations de Pothier. Le Ch. III sur les différentes espèces d'obligations correspond à la deuxième partie de Pothier "des différentes espèces d'obligation". Le Ch. V sur l'extinction des obligations correspond à la 3e. partie de Pothier (des manières dont s'éteignent les obligations et des différentes fins de non recevoir ou prescriptions contre le créancier). Le Ch. VI, Preuve des obligations et du paiement, correspond (c'est une question célèbre) à la IVe. partie de Pothier "de la preuve tant des obligations que de leurs paiements" (au pluriel). Pourquoi Pothier traitait-il in fine la matière de la preuve? C'est que cette partie n'était pas traitée dans le droit romain. Elle résultait du droit des coutumes, et c'était en quelque sorte comme une annexe à la théorie de la raison écrite qu'il venait de développer que Pothier était amené à traiter d'un point dont le droit romain ne s'était pas inquiété, parce que le système des preuves libres ou morales y était peu en vigueur, tandis que le

Source : BIU Cujas

droit des coutumes consacrait celui des preuves légales.

Ainsi, dans le T. III, le Code a plus ou moins suivi Pothier. Dans le T. IV "des engagements qui se forment sans convention" le Code avait tâché de mettre pêle-mêle à la fois ce qui se rencontrait sur cette matière des quasi contrats, des délits et des quasi délits et de la loi au ch. I de la S 1 de la première partie de Pothier et dans des autres traités particuliers, notamment du quasi contrat, de la gestion d'affaire et le traité de la condictio indibite. Ceci explique que ce soient les deux seuls quasi-contrats que le C.C. ait repris dans le chapitre I du titre IV: "des engagements qui se forment sans convention".

Le C.C. donc, quant à la place s'inspire du droit romain et pour le plan il s'inspire du plan de Pothier qui s'était inspiré de la méthode romaine.

Le C.C. a également emprunté au Droit Romain la méthode d'exposition, dite méthode naturelle.

C'est ainsi que le Code se rattache donc seulement à Pothier pour le plan, non seulement au droit romain pour la place, mais aussi au droit romain pour la méthode. En effet les Romains ont connu une méthode exposition particulière et curieuse: la méthode naturelle. Et dans les créateurs des institutions juridiques, ou tout au moins les constructeurs de la science juridique, ils ont examiné les institutions juridiques à un point de vue très scientifique en partant de l'observation. Ils ont considéré l'institution comme un phénomène d'ordre naturel et lui ont instinctivement appliqué la méthode des sciences naturelles qui consiste à prendre un objet dans le temps, à voir comment il naît, se développe, se transforme et disparaît. C'est là essentiellement la méthode des romains commune aux romanistes. Les Institutes s'en sont inspiré, par exemple en matière de tutelle (Inst. I; 13 à 21). On voit comment se forme la tutelle (titres 13 à 19) le fonctionnement de la tutelle (20); puis par quels moyens elle disparaît, (titre 21) Commencement, fonctionnement, disparition, voilà la méthode naturelle, méthode d'observation que le droit romain a également appliqué aux obligations. Comment l'obligation naît-elle (unde obligatio nascitur), comment elle se présente à nous; les différentes espèces d'obligations; comment se transforme-t-elle et disparaît-elle; les Institutes, Pothier, le C.C. suivent la méthode naturelle et rationnelle qui constitue l'une de nos traditions juridiques françaises

Source : BIU Cujas

les plus précieuses dont on a eu l'imprudence, nous allons le voir, de s'écarter par la suite. La matière des obligations n'y a pas gagné et c'est par réaction contre les innovations de méthode que dans la période actuelle nous allons voir revenir en honneur, non plus dans tous ses détails, mais dans l'ensemble et dans la progression sage et rationnelle, la vieille méthode romaine.

2e Etape: Le livre d'Aubry et Rau.

2ème Etape: elle est marquée par le Livre classique de Aubry et Rau "Cours de Droit Civil français" qui d'une façon générale pour la Synthèse du droit civil français et plus spécialement pour le droit des obligations a marqué un tournant dans notre droit, tant au point de vue de la place accordée aux institutions qu'à leur mode d'exposition.

Pourquoi cet ouvrage, paru au courant du XIXe Siècle, en 1839, et qui a eu du vivant des auteurs quatre éditions, marque-t-il un tournant dans l'étude de notre droit civil français? C'est parce que, les premiers, ces auteurs ont abandonné la méthode de l'Ecole de l'exégèse, de l'école des commentateurs du C.C. qui, pleins d'admiration pour l'œuvre codificatrice et le Code Napoléon avaient limité les efforts de leur procédé d'exposition, ainsi que de leur méthode interprétative à l'application analytique et au commentaire sylbostique des textes du Code. L'ordre, la place, la matière étaient entièrement dominés par la codification.

Progression suivie par ces auteurs sous l'influence de Zachariae dans l'exposé général du droit français

Aubry et Rau, s'inspirant de la méthode des Pandectistes allemands et du Manuel de Droit Civil français publié par Zachariae, Professeur à Hédelberg, en 1808, ont modifié dans son entier la synthèse générale de notre droit civil. Au lieu d'adopter la progression du Code, ils l'ont remplacée par une progression fondée sur les principes suivants; d'abord, distinction entre le droit civil théorique et le droit civil pratique - ce dernier n'étant autre que la mise en œuvre de toutes les institutions du droit civil et contenant notamment la théorie générale des preuves. Dans le Droit Civil théorique, Aubry et Rau commencent, dans une introduction, après avoir défini le droit civil, par une théorie générale de la personnalité, sous la rubrique: Etat et Capacité des personnes (Tome I de la 4ème édition (1869)). Après cette

Source : BIU Cujas

théorie, vient de la théorie des droits, qu'Aubry et Rau divisent en trois catégories : droits réels - propriété et démembrements, notamment privilèges et hypothèques, (T. II et III, 4ème Edition) "droits personnels proprement dits" ou obligations (T. IV) - droits de puissance et de famille, rapports entre mari et femme, parents et enfants (T. V et VI), et après, en troisième lieu, théorie du patrimoine : ce patrimoine envisagé comme universalité, théorie nouvelle et intéressante, après laquelle Aubry et Rau envisagent la transmission des biens d'une personne décédée (successions et libéralités testamentaires, T VI in fine, VII et une partie du T VIII). Cette progression retournait entièrement l'ordre des matières du C.C.

Plan nouveau de la matière des obligations.

Dans le cadre général ainsi présenté, la matière des obligations est traitée au T. IV et si l'on observe le T. IV lui même, on aperçoit que le plan de la matière des obligations n'a pas été moins transformée dans son ensemble que la synthèse générale dans laquelle se place le droit des obligations.

Quel reproche faisaient donc au plan traditionnel les pandectistes allemands, notamment Zachariae, qui vivait et écrivait dans un pays où le C.C. était introduit et mis en vigueur.

Critique générale admise au plan suivi en cette matière par le C.C. qui a rattaché à tort la théorie générale des obligations à celle des contrats, alors que Pothier avait su éviter ce défaut de méthode.

La principale critique adressée à l'ordre de notre Code, c'est que tout ce qui est d'ordre général dans la matière des obligations était, par un défaut de méthode, traité à propos des contrats. C'est là la critique classique adressée à notre C.C. Au titre "des contrats et obligations conventionnelles" en général, le C.C., conformément à la méthode des Institutes de Justinien a traité des obligations en général à propos du contrat. C'est là un défaut de méthode dans lequel Pothier n'était pas tombé et c'est là la nuance à établir entre le droit romain et Pothier. En effet, si l'on regarde de plus près, on aperçoit que Pothier, dans la 1ère partie de son traité des obligations en général, s'est gardé de tomber dans le défaut des Institutes. Le Ch. I de cette première partie : de ce qui appartient à l'essence des obligations et de leurs effets" est relatif aux sources des obligations. Il examine les contrats (S. I) et (S. II) les autres sources obligations : quasi-contrats délits, quasi-délits. C'est dans un ch. II, intitulé :

Source : BIU Cujas

effets des obligations que Pothier, pour toutes les obligations, contractuelles ou non, étudiait les effets par rapport au débiteur - par rapport au créancier - les dommages-intérêts. Ce fut l'erreur incontestable du C.C., en copiant Pothier, de replacer ce qui était traité au Ch. II dans la 1ère Partie, sous la rubrique des contrats et obligations conventionnelles, en retombant dans le défaut de méthode des Institutes, dont Pothier s'était bien gardé.

La critique consiste donc à dire que le Code a eu tort de traiter par exemple la théorie des preuves exclusivement à propos des contrats, alors qu'elle a une portée infiniment plus générale, de parler des modes d'extinction des obligations à propos du contrat, alors qu'ils s'appliquent aussi aux obligations nées d'autres sources, telles que le quasi contrat, le délit, le quasi-délit. Il fallait donc dégager dans la matière des obligations deux séries de règles qui demandent à n'être pas confondues, d'une part, les règles visant "l'obligation envisagée en elle même", en soi, indépendamment de ses sources et, d'autre part, les sources de l'obligation. L'obligation envisagée dans ses effets, dans ses modalités, dans ses modes de transmission et d'extinction, voilà l'obligation envisagée en elle-même. D'autre part les sources des obligations : contrats, quasi contrats, délits, quasi-délits, loi.

Le plan d'Aubry et Rau dans l'exposition des obligations

Telle était la doctrine à la fois critique et positive, négative et reconstructrice de Zachariae, à laquelle se rallièrent Aubry et Rau. Dans leur T. IV, dans un Titre I, les professeurs de Strasbourg étudient : des obligations envisagées en elles-mêmes. C'était la première partie de l'étude et dans cette rubrique ils exposent la division des obligations, les effets juridiques des obligations (droits principaux et accessoires du créance, droits auxiliaires, mesures conservatoires action oblique et action paulienne) puis l'extinction des obligations. Sous le titre II, ils étudient "les diverses espèces d'obligations en particulier" savoir : les contrats en général (divisions des contrats, conditions d'existence et de validité) puis les différentes espèces de contrats en particulier, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits.

On voit à quel point la synthèse du droit des obligations par Aubry et Rau diffère de la méthode du C.C. et des exégètes.

Source : BIU Cujas

Influence de l'ouvrage d'Aubry et Rau sur l'enseignement et le programme de Droit Civil de Licence. L'arrêté de 1895

L'apparition et le succès du Livre d'Aubry et Rau eurent des effets sur notre droit français et particulièrement sur les études juridiques. En effet, le Professeur Bufnoir avait depuis longtemps arrêté le projet de faire admettre officiellement la progression du livre d'Aubry et Rau comme schéma général des études de droit civil au cours des trois années de la Licence en Droit. Un arrêté du 24 Juillet 1895, rendu par le Ministre de l'Instruction Publique, d'alors sur un rapport de Bufnoir, donnait aux études de droit civil, dans le cadre de la licence, c'est-à-dire dans les trois années d'études du Droit Civil, la progression de la Synthèse d'Aubry et Rau. En En conséquence, on étudiait en première année des notions d'ordre général correspondant à l'introduction d'Aubry et Rau et à la théorie générale de l'acte juridique, puis la théorie de la personnalité (état, capacité), les droits réels à l'exclusion de privilèges et hypothèques.

On étudiait en Deuxième année, les obligations et les privilèges et hypothèques, rattachés, disait Bufnoir plus logiquement à la théorie des obligations dont les privilèges et hypothèques ne sont que des garanties.

La troisième année contenait le reste de l'ouvrage d'Aubry et Rau: droits de parenté et de famille - transmission du patrimoine d'une personne décédée et cette étude cadrait avec l'ouvrage des deux Membres de Strasbourg puisqu'on étudiait aussi en 3e année la procédure civile, c'est-à-dire le Droit Civil pratique.

Influence d'Aubry et Rau sur la doctrine

La méthode d'Aubry et Rau triomphait en même temps dans la Science. A ce moment apparut le livre fondamental de Saleilles, Essai sur l'obligation d'après le premier projet de C. C. allemand, étude qui, conformément à ce premier projet, divisait la matière en deux parties: - I, l'obligation en elle-même; - II, Sources de l'obligation.

Ainsi en quant à la Synthèse générale, en quant à la place de l'obligation, et quant au plan adopté pour l'étude des obligations, la méthode d'Aubry et Rau l'emportait pédagogiquement et scientifiquement.

C'est cette deuxième étape qui marque encore à l'heure actuelle, les productions de notre Science et la progression des études juridiques; c'est la raison pour laquelle on étudie encore aujourd'hui le droit

Source : BIU Cujas

civil dans un ordre différent de celui du code, et pour laquelle les ouvrages généraux, les traités parus depuis le commencement du XXe siècle (Planiol, Colin et Capitant) suivent une progression, non pas inspirée par le C.C. mais par la révolution opérée par Aubry et Rau dans l'exposition du Droit.

Inconvénients pratiques du système d'Aubry et Rau au point de vue de l'enseignement. Le malencontreux arrêté de 1904

Toutefois, ce n'est pas tout à fait la méthode des Professeurs de Strasbourg qui l'emporte aujourd'hui. En effet, depuis l'arrêté de 1895, on s'est aperçu que, dans l'ordre des trois années de la Licence en droit, les matières, ainsi réparties logiquement, ne l'étaient pas rationnellement au point de vue de l'effort demandé aux étudiants. La troisième année était beaucoup trop chargée (organisation de la famille; Successions, Contrat de mariage, Testaments) alors qu'en première année un vide que l'on comblait facilement et heureusement par des exposés tirés de la théorie générale du droit, mais exagéré aux yeux les fidèles de l'exégèse, se manifestait. Un deuxième arrêté, très malencontreux, celui du 20 Juillet 1904, a réparti les matières du droit civil dans les trois années de la licence suivant un procédé empirique, qui n'a plus rien de commun avec l'ordre naturel du C.C. ni avec l'ordre plus rationnel d'Aubry et Rau. On a réparti "au petit bonheur" les matières. On a rétabli en première année les droits de famille, en laissant en 3e année le contrat de mariage, les successions et donations. Tout cela tient dans des proportions plus ou moins égales, mais présente le grand défaut d'être illogique, de ne se rattacher à aucun principe et d'être le pur effet du hasard. M. Planiol, (T. III, préface) a présenté une critique vigoureuse de l'arrêté de 1904. Il préconise une méthode consistant à traiter, en tête, de la théorie de l'obligation, avant même de la théorie des droits réels, plan qui s'inspire de sa conception particulière de l'obligation et du droit réel (obligation passive universelle).

La distinction générale de cette deuxième étape a donc été de mettre entre nos mains, relativement au droit des obligations, des ouvrages rompant avec la méthode naturelle du C.C., des livres s'inspirant les uns et les autres de la distinction inaugurée par Aubry et Rau entre l'obligation en elle-même et les sources des obligations. C'est la progression suivie par M. Planiol et par MM. Colin et Capitant

Source : BIU Cujas

avec quelques nuances.

3e étape : réaction contre la méthode d'Aubry et Rau

3e Une troisième étape, caractérisant la tendance actuelle de notre droit s'est manifestée chez nous, en réaction de la Méthode d'Aubry et Rau.

Nécessité de revenir à la méthode naturelle dans l'étude de l'obligation.

Quelles sont les critiques adressées à celle-ci La première critique, c'est qu'elle écarte ce qu'il y avait de bien fondé, de justifié dans la méthode adoptée par les auteurs du C.C. à la suite de Pothier et des Romanistes, c'est-à-dire la méthode naturelle, le principe consistant à traiter une institution juridique comme un organisme vivant en le suivant de sa naissance à sa mort, à travers toute son évolution. Si le C.C. pouvait justement être critiqué dans la manière dont il avait appliqué la méthode, ce n'était pas une raison pour s'écarter du point de départ, auquel il convient de revenir. Il était donc indiqué d'abord de replacer les choses dans leur ordre naturel en étudiant les sources de l'obligation avant d'étudier l'obligation en elle-même. Fruis oportet esse quam esse tale avant d'examiner l'obligation, il faut savoir si elle existe et comment elle naît.

En deuxième lieu, dans l'étude de l'obligation envisagée en elle-même, des variations très nombreuses se manifestent dans les détails ; la Synthèse d'Aubry et Rau et de ses continuateurs n'est pas uniforme et révèle bien des hésitations.

La malheureuse théorie des preuves se trouve promenée d'un bout à l'autre de la Synthèse juridique sans savoir où elle a sa place rationnelle. Aubry et Rau la placent au T. VIII., dans le cadre du droit civil pratique. On l'a ensuite placée en première année, en tête du droit civil ; dans la théorie générale de l'acte juridique. Cette incertitude se révèle au maximum dans l'ouvrage de Planiol qui revient trois fois sur la matière (T. I dans l'acte juridique — T. II en tête de la théorie de l'obligation, puis à propos du contrat). C'est l'indice d'un défaut de méthode incontestable qui exige que l'on revienne à la progression naturelle du C.C., toutefois en le corrigeant pour ne plus tomber dans les défauts qui ont mérité au plan du Code de justes critiques, notamment en ce qui concerne les obligations, en ayant soin de ne pas traiter en général de l'obligation à propos du contrat.

Source : BIU Cujas

Retour à la méthode naturelle dans des ouvrages récents.

Ceci explique, avec des considérations comparatives tirées des corrections apportées au C.C. allemand, par d'autres codifications, que deux ouvrages où il est parlé de l'obligation, où que de caractères très dissemblables soient revenus à la méthode naturelle du C.C. C'est d'abord un grand ouvrage exclusivement consacré à la théorie générale des obligations, reprenant le traité de Larombière, le traité des obligations en général de M. Demogue, dont cinq volumes (Sources des obligations) sont parus et qui annonce comme plan, p. 19 (Tome I) un plan inspiré du C.C., mais tenant compte des critiques adressées à celui-ci : Sources des obligations. Effets des obligations - Preuves - Extinction des obligations. C'est la méthode naturelle dont s'est inspiré le projet franco-italien. L'autre ouvrage qui revient à l'ancienne méthode, c'est le petit précis Dalloz qui fait à la méthode naturelle sa part en examinant dans la 1ère partie les sources des obligations et dans la 2ème partie : l'obligation en général.

Voilà donc une concession faite aux critiques adressées au C.C. et en même temps un retour à la méthode naturelle.

Le plan nouveau du traité de MM. Ripert et Maniol.

Mais une autre tendance va se manifester dans notre science juridique civile. En effet, d'après ce qui est annoncé, le Traité de Droit Civil pratique de M. Ripert, avec la collaboration de M. Maniol, annonce l'examen et l'exposé de la matière des obligations sous une forme toute nouvelle en France, c'est-à-dire comprenant en des volumes séparés confiés à des collaborations distinctes, d'une part l'étude des contrats et d'autre part celle des obligations non contractuelles (délits, quasi-contrats, loi, etc ...). Il y a quelque chose de nouveau et de très particulier. On ne peut juger par avance cet effort scientifique, mais il faut se tenir prêt à l'observation. En effet, la méthode adoptée par M. Demogue d'une part et d'autre part celle qui sera adoptée par MM. Maniol et Ripert représentent exactement les deux pôles d'orientation vers lesquels se dirige aujourd'hui l'effort législatif et scientifique des pays étrangers et du nôtre. Car si nous considérons, comme nous allons le faire maintenant, après le droit allemand, le droit Suisse et le projet franco-italien, nous observons qu'avec

Les deux pôles d'orientation de l'effort législatif et scientifique actuel en France et à l'étranger

des corrections nécessaires, ils reviennent à la méthode française, à la progression du C.C. en faisant de la matière des obligations un code à part: tandis que d'autre part, en vertu d'une tradition née au XIXe siècle, le droit des pays anglo-saxons n'envisage l'étude de notre matière que comme une étude jumelle des contrats, des délits et autres modes de formation des obligations; Contrats et torts, c'est là exclusivement la manière dont en Angleterre et en Amérique on étudie le droit des obligations.

Ceci nous amène à rechercher comment le droit des pays continentaux s'oriente vers une Synthèse de l'obligation incluse dans un code à part en suivant la méthode naturelle des Romains, puis comment les pays anglo-saxons ont conçu la matière des obligations sous la forme d'une étude double : contrats et obligations non contractuelles.

Les trois étapes du mouvement législatif

Je m'attacherai d'abord au mouvement du continent qui peut être divisé en trois étapes :

1°. L'étape du C.C. allemand

2°. L'étape du Code des obligations Suisse.

3°. L'étape du projet franco-italien. Par ces trois étapes, nous arriverons à l'aboutissement suivant : insertion de la matière des obligations dans un code à part, et exposé progressant suivant le plan naturel.

1°. L'étape du C.C. allemand. Aggravation dans le C.C. allemand de la conception de Zachariae.

Ce n'est certes pas là le spectacle final que donne le C.C. allemand, ni par le plan général qu'il suit, ni par la place qu'il accorde au droit des obligations, ni enfin par la progression observée dans l'exposé du droit des obligations, il est au contraire pleinement inspiré de la méthode des Pandectistes, de Zachariae qu'il a même poussée à l'exagération; et c'est ce qui a amené une réaction.

La place du droit des rapports obligatoires dans le C.C. Allemand et le défaut d'harmonie qu'elle présente à raison de l'exposé de la théorie du contrat dans la partie générale.

Le droit des rapports obligatoires (Schuldverhältnisse) se trouve, dans le C.C. allemand, traité aux art. 241-853 et forme le deuxième livre du Code. La progression générale du C.C. allemand est la suivante:

I. Partie générale, des personnes, des choses, des actes juridiques, des délais et de la prescription, de l'exercice des droits, de la prestation de sûreté.

II. Droits des rapports de dettes (Recht du Schuldverhältnisse)

III. Droits des choses (Sachenrecht)

IV. Droit de la famille (Familienrecht)

Source : BIU Cujas

V. Droits de Successions (Erbrecht)

Telle est dans le plan général du C.C. allemand la place assignée à la matière qui correspond à notre droit des obligations. Mais en essayant de perfectionner le système, le C.C. l'a, dans un sens, aggravé. En effet, présentant conformément à la méthode des pandectistes, une partie générale en tête du C.C. (L. I), les rédacteurs du C.C. allemand ont été amenés par la logique et la suite de leurs idées à insérer dans la théorie de l'acte juridique un certain nombre de matières qu'on avait jusque-là coutume d'exposer à propos des obligations ; notamment dans la partie relative à l'acte juridique qui forme la IIIe section du L. I (a. 106. 185) se rencontrent des matières dont l'application à la théorie des obligations est constante et dont certaines même lui appartiennent entièrement. Voici en effet les titres de cette 3ème Section : Titre I. Capacité T. II Déclaration de volonté. T. III du contrat. T. IV. forme et condition. T V. Représentation et procuration, T. VI. Autorisation et approbation.

On voit à quoi tend déjà le système. Voulant perfectionner, il a aggravé. Car non seulement il traite dans cette partie générale de matières dont l'application est constante dans les obligations (déclaration de volonté, modalités, etc.) mais encore il a extrait de celle-ci le contrat. Dans le L. II on trouve une progression qui ressemble dans une certaine mesure à celle observée par Aubry et Rau (a. 241 et ss.). Les différentes sections qui jalonnent cet exposé ne font en somme que retracer le contenu, les modes d'extinction, la transmission, les modalités des obligations et ensuite les contrats particuliers et autres rapports non contractuels (indivision, gestion d'affaires, enrichissement sans cause 812. 822 ; faits illicites 823. 853).

Mais le fait que le contrat a été placé dans la partie générale, a engendré dans ce deuxième livre une grande confusion, car la S. II de ce 2e livre, intitulée : "Rapports résultant des contrats", contient elle-même cinq titres (formation, contenu du contrat, les contrats synallagmatiques, la promesse de prestation à un tiers ; les arrhes, la clause pénale ; la résiliation), qui ont évidemment aussi avec la théorie générale du contrat un lien si étroit qu'il est difficile de distinguer la raison

Source : BIU Cujas

pour laquelle on les a séparés de cette théorie générale présentée au L. I.

Réaction contre la méthode du C.C. allemand et retour à la méthode naturelle du droit français.

Cette critique du C.C. allemand est tellement fondée, que le projet franco-italien a délibérément rejeté l'ordre du C.C. allemand, lequel l'avait déjà été aussi par le Code des obligations suisse de 1883, lors de la réfection du Code des obligations en 1907-1912, les juristes suisses ont marqué leur volonté de réagir nettement contre l'ordre du Code allemand, en maintenant l'ancien ordre adopté en 1883, persévérant ainsi à revenir à la méthode naturelle du droit français.

Avant de quitter le Code allemand, il nous faudra maintenant nous arrêter à examiner une question qui va nous expliquer certaines des autres raisons pour lesquelles le droit des obligations n'est pas traité en Suisse conformément au droit allemand. Cette question est la suivante : étant donnée la commercialisation intense de la vie allemande, comment se fait-il qu'en Allemagne le droit civil et le droit commercial soient encore régis par deux codes différents, par des corps de lois différents ? Il y a là un fait surprenant contre lequel le Cº de Suisse a réagi et contre lequel le projet franco-italien réagit aussi dans une certaine mesure, il est indispensable d'en fournir la raison, afin de sentir, par la suite, le sens des étapes parcourues par le droit des obligations sur le continent.

Pourquoi l'Allemagne, malgré la commercialisation de la Société, a-t-elle conservé un C.Cº distinct du C.C.

L'examen de cette question a une importance particulière pour celle que j'ai examiné d'une façon plus générale, c'est-à-dire l'exposé du mouvement du droit des obligations sur le continent à la fin du XIXe Siècle et au début du XXe. Il est en effet difficile de comprendre comment on est passé de la première étape, du C.C. allemand, à la deuxième, du Code Suisse des obligations, si on ne connaît pas certains évènements survenus en Allemagne au milieu du XIXe Siècle.

Les trois grands courants contraires à la codification au milieu du XIXe S.

Il faut donc nous arrêter sur la tradition juridique en Allemagne au début du XIXe siècle.

Trois grands courants, bien que divergents avaient pour résultat commun de s'opposer à une codification générale, tant du droit civil que de l'ensemble même du droit privé.

Il y avait d'abord un premier fait qui, depuis longtemps, dominait la tradition juridique

Source : BIU Cujas

1° La réception du droit allemand.

de l'Allemagne. C'était la réception du droit romain opérée au XVe Siècle et réalisée au XVIe et dont la date peut être fixée à l'époque où fut créée en Allemagne le tribunal supérieur d'Empire (Reicho Kammergericht) en 1495. A cette époque, le droit romain fut reçu en Allemagne, (d'où le nom de "Aufnahme", réception) comme droit commun (allgemeine Ruht). L'effort ayant eu ce résultat avait été dû exclusivement à la guerre aux juristes, d'où le nom de Juristen Recht (droit des juristes), donné au droit romain ainsi étendu comme droit commun de l'Allemagne. Ce n'était pas le droit romain classique, pas plus que celui-ci n'est encore en vigueur en Ecosse et dans l'Afrique du Sud; c'était le droit romain trouvé dans les glossateurs, mis à la portée des besoins pratiques et étendu par l'Ecole des Humanistes sur toute l'Europe, où la réception se fit avec des modalités diverses, comme droit supplétif en France. Et ailleurs comme droit général bouleversant toute la coutume antérieure, ainsi qu'il arriva en Allemagne.

2° Le mouvement de réaction contre le droit romain en faveur du Landschrecht. Le C.C. Prussien de 1794.

A ce premier fait dominant la tradition juridique allemande et s'opposant à une codification qui aurait fait disparaître le droit romain comme droit commun général, il faut joindre un second fait, moins ancien. C'est un fait en quelque sorte contraire au précédent : une réaction contre la réception du droit romain qui s'était dessiné au XVIIIe Siècle et qui avait tenté, par des codifications locales de rétablir, ou tout au moins, de sauver le droit germanique que la réception romaine avait momentanément effacé : mouvement dit du Volks Recht ou Landsrecht, les terres la loi territoriale. Ce mouvement fut marqué à son point culminant, à la fin du XVIIIe Siècle en Prusse par la promulgation du Code Frédéric, préparé par Frédéric le Grand, achevé en 1793 et mis en vigueur en 1794. A la fin du XVIIIe siècle, et à l'époque des guerres de la Révolution et de l'Empire, ce mouvement contraire au droit romain concourait cependant avec le premier élément de la tradition allemande pour s'opposer à une codification générale. Ce n'était pas le moment où on renaissait le Landsrecht qu'il fallait choisir pour codifier, unifier, c'est à dire faire disparaître la diversité

3° L'Ecole historique.

Enfin, au début du XIXe Siècle, il faut signaler un mouvement nouveau, la naissance de

Source : BIU Cujas

Allemagne de l'Ecole historique. Naissance qui, précisement, fut marquée par une controverse éclatante sur la valeur de la codification. En 1814, Thibaut avait écrit un opuscule sur la nécessité d'un droit civil général pour toute l'allemagne. Savigny lui répondit par un pamphlet qui fit grand bruit, assit sa réputation et engendra l'Ecole historique: "Vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence", 1814, 3e Edit. 1840. La théorie de Savigny était la thèse opposée à toute codification, son école préconisait le droit coutumier (Gewohnheitsrecht) et considérait que la coutume était supérieure à la loi écrite comme émanant des entrailles mêmes du peuple, correspondant à ses besoins, comme étant plus souple, plus facile à modifier, plus directement en contact avec la nation.

Ces trois fondations de la tradition allemande, bien que d'origines très différentes et antagonistes avaient toutes un ennemi commun: la codification et l'unification. Comment se fait-il que, malgré ces trois données de la tradition allemande, le XIXe siècle ait vu en Allemagne la codification et l'unification. C'est dans cette histoire que nous allons trouver la réponse à la question que nous examinons et aussi la raison pour laquelle c'est sur le mouvement allemand que s'est greffée la codification suisse spéciale concernant le droit des obligations.

Nécessités d'ordre politique, économique, juridique qui ont conduit à l'unification de l'Allemagne contrairement à sa tradition juridique.

L'unification allemande, à laquelle s'opposait sa tradition juridique, fut engendrée par une série de nécessités politiques, économiques et juridiques aussi.

Au point de vue politique, au lendemain de la défaite napoléonienne, l'Allemagne, en 1815, éprouva une déception. Le mouvement nationaliste qui avait soulevé le peuple en 1811 engendrait partout le particularisme et un particularisme de réaction singulièrement oppresseur. Le mouvement libéral était dompté. Pour sortir de ce particularisme, le mouvement libéral visa à l'unification allemande qui sortit des révolutions de 1830 et 1848. L'Allemagne tendit à son unification politique.

Au point de vue économique, dès 1828, le mouvement d'unification s'étendit du domaine politique au droit des affaires et alors fut conclue la grande alliance douanière entre tous les pays

Source : BIU Cujas

de l'Allemagne, le Zollverein.

En fin, au point de vue juridique pur, le sens pratique de l'Allemagne était trop éveillé pour supporter longtemps, au XIXe siècle, ce que la France du XVIIIe n'avait plus pu tolérer, c'est-à-dire le morcellement juridique, sur un territoire qui exigeait nécessairement l'unité de la loi correspondant à l'unité de langue et d'intérêts économiques. Le juriste est partout professionnellement épris d'ordre, d'unité et il est frappant de constater le désordre législatif, morcellement juridique de l'Allemagne lorsque l'on jette les yeux sur une carte dressée pour montrer ce morcellement, pire encore qu'il l'était en France, au XVIIIe siècle, quand Voltaire se plaignait qu'on changeât de loi chaque fois qu'on changeait de chevaux de poste aux relais.

Le rythme de l'unification du droit en Allemagne.

L'Allemagne, malgré sa tradition, allait donc s'engager dans le mouvement d'unification. Celui-ci a suivi un rythme bien curieux. Il nous révèle, non pas par lui seul, mais rapproché de faits analogues, la progression que suit généralement la marche vers l'unification du droit. L'Allemagne n'est pas le seul pays qui ait unifié son droit. Il existait alors, et il existe encore d'autres pays qui possèdent des législations multiples et qui aspirent à l'unification. Il en est ainsi des Etats-Unis d'Amérique. Il en était ainsi de la Suisse. Il en est encore ainsi des trois pays scandinaves qui cherchent, malgré leur séparation politique, à réaliser une certaine unification législative. Dans tous ces pays s'observe la progression à laquelle l'Allemagne va nous faire assister.

Les 4 Stades de l'unification.

On commence par unifier le droit du change. Ensuite on s'attache à l'unification du droit commercial, puis on songe à unifier le droit des obligations. On le réalise parfois. Ces étapes franchies, on songe enfin à l'unification générale du droit civil.

Voilà les quatre étapes auxquelles l'Allemagne nous fait assister, qu'on retrouve dans les Etats Scandinaves, dans les Etats d'Unis d'Amérique et qu'on va retrouver en Suisse. Mais les peuples ne s'arrêtent pas de façon égale à ces différentes étapes, d'où les différences entre l'Allemagne et la Suisse.

L'unification du droit du

Pourquoi l'Allemagne a-t-elle commencé par l'unification du droit du change ? C'est parce

Source : BIU Cujas

que l'intérêt général du commerce poussait le peuple à unifier les lois concernant l'instrument de crédit et de paiement le plus puissant de notre époque. De bonne heure, les Allemands du XIXe Siècle concentrent leur attention sur les questions de change. Une théorie célèbre en 1839 fut énoncée par le Jurisconsulte Einert, d'où est sortie la conception fondamentale qui domine tout le droit allemand du change, la conception qui fait de la lettre de change et des billets à ordre de véritables biens corporels.

C'est à ce mouvement théorique et pratique que l'on doit l'aboutissement, en 1848, des projets unifiant le droit du change, à la suite de conférences tenues à Leipzig; la loi sur le change fut promulguée comme loi d'Empire le 6 Novembre 1848.

L'unification du droit commercial.

La réussite de ce mouvement encouragea les juristes et les hommes d'affaires. De nouvelles conférences sont tenues à Nuremberg, et au bout de dix ans de négociations, malgré le particularisme allemand, on promulgua dans différents Etats un code de commerce (Allegemeines Deutches Handelsbuch) qui devint le Code de commerce général pour l'Allemagne. Il fut admis entre 1861 et 1865 dans un certain nombre d'Etats, et en 1869 il fut promulgué dans toute la Confédération. A ce Code se joignaient des modifications à la loi sur le change, sous le nom de Novelles de Nuremberg. L'Allemagne était donc munie d'un Code de Commerce, d'une loi générale sur le change, gigantesque codification du droit des affaires.

Tentative d'unification du droit des obligations.

Troisièmement, en 1860, les juristes allemands, au cours de leur premier Congrès (Juristentag) eurent l'idée de réaliser pour la Confédération une codification du droit des obligations.

(Nous voici donc à la 3e Etape, Droit des obligations) qui fut préparée par une troisième série de conférences à Dresde, d'où sortit en 1866 un projet de loi comprenant 1045 articles sur les obligations; ce projet fut publié par le premier tenisane de la conférence de rédaction Dr. Franck sous le nom: projet sur le droit des rapports de dette (Entwurf einer Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse).

L'unification générale du Droit Civil après l'établissement

Ici se produisirent des événements politiques et Constitutionnels qui firent échouer le projet. Tandis qu'on avait accepté volontiers l'idée du Code général de commerce, du droit sur le chang

De l'Empire.

le projet sur ces obligations rencontra des obstacles suscités par le particularisme des Etats, notamment dans le célèbre art. 4 de la Constitution fédérale de l'Allemagne et devant cette opposition le projet sur les obligations fut repoussé. Après la guerre de 1870-71, lorsque l'Allemagne bénéficie d'une unité politique quasi complète dans l'établissement de l'Empire, il se produisit un mouvement inverse. La campagne faite sur l'art. 4 ne pouvait plus persévérer. Les unitaires, les codificateurs l'emportaient avec une victoire telle que l'élan dépassa le but et que en 1873 on admit l'idée que le nouvel empire pouvait dûrement légiférer non seulement en matière d'obligation, mais pour tout le droit civil, pour tout le territoire. Le Gouvernement de l'Empire fut autorisé à présenter un projet de Code Civil général pour tout l'Empire, le 20 Décembre 1873. Ce fut là ce qu'on appella le cadeau de Noël du peuple allemand (C.f. Saleilles, Introduction au droit civil allemand).

Je conclus dès-lors sur notre question que si l'Allemagne n'a pas eu et n'a pas encore un code unique de droit privé, cela tient à l'évolution que je viens de retracer, à ce qu'elle est entrée petit à petit, par gradation dans la voie de la codification et de l'unification et qu'elle a marqué progressivement les victoires et que c'était pour ne pas compromettre les résultats acquis qu'on n'avait pas voulu confondre ce qui était promulgué et ce qui n'était qu'en projet. Le C.C. n'a en effet abouti (et non sans graves difficultés) qu'en 1900, et si l'on avait jeté dans ce mouvement la question de l'unité du droit privé alors que la codification du droit commercial avait déjà été réglée avec le plus grand succès, on risquait de compromettre l'œuvre toute entière.

L'exposé qui précède va maintenant nous donner par avance l'explication de la raison pour laquelle le droit Suisse, auquel j'arrive, nous fait apparaître un spectacle en apparence différent de celui du droit allemand.

II. Le Code fédéral suisse des Obligations. Progrès qu'il marque par-

II. Le Code Suisse des Obligations.

En effet le droit Suisse marque avec le droit allemand les différences fondamentales qui font qu'on peut considérer le Code fédéral de-

Source : BIU Cujas

rapport au droit allemand.

obligations comme une étape de progrès par rapport au droit allemand, progrès quant au sort réservé au droit des obligations et quant à la méthode et au plan de son exposition dans le Code nouveau.

Il nous faut montrer, avant d'en venir au texte, pourquoi et comment la Suisse en est venue, à présenter en cette matière une grande originalité. La Suisse est en effet le premier pays qui ait eu un Code des obligations et qui législativement soit revenu à la méthode naturelle du droit romain pour les dispositions des matières relevant de ce droit.

Comment cela s'est-il fait? Nous allons voir que bien que la loi qui veut, en législation comme dans la nature, que les mêmes causes engendrent les mêmes effets, cette loi reçoit parfois des exceptions que la raison peut expliquer. Le particularisme allemand, qui avait résisté énergiquement à l'unification et la codification n'avait pu empêcher la codification complète en Allemagne. Elle y a réussi momentanément en Suisse, et c'est parce que, les étapes étant les mêmes, le particularisme a momentanément triomphé en Suisse, là où, en Allemagne, il avait été finalement mis en déroute, que nous voyons les Suisses s'arrêter à cette troisième étape qu'avait brûlée l'Allemagne après 1870, et en rester momentanément au Code des Obligations; je dis plus: au Code même des obligations préparé en Allemagne par les conférences de Dresde de 1862-1866.

Les traits caractéristiques de la tradition juridique suisse. Son indépendance des mouvements qui se sont produits en Allemagne.

La Suisse n'a pas, et n'a jamais eu dans l'ordre juridique ni politique, les mêmes traditions que l'Allemagne. Je vous ai parlé de la réception du droit romain, du Landsrecht, de l'Ecole historique. Tout cela nous manque pour la tradition suisse. Celle-ci ne peut se caractériser dans l'ordre politique, social, juridique que par le mot: indépendance. La Confédération Suisse est la plus ancienne République de l'Europe, fondée par les Révoltes qui éclatèrent au Moyen-Age contre les Habsbourgs et dont l'indépendance est acquise dès 1315 à la suite de la victoire de Morgarten.

La Suisse était donc une sorte de Confédération de huit cantons qui, par la suite, se rattachèrent les communautés voisines. Le nom de canton n'existait pas encore, on disait Stande et le terme canton ne fut employé qu'après que la Suisse

Source : BIU Cujas

après notre Révolution française et sous son influence, en 1798, fut proclamée République Helvétique.

Le particularisme juridique.

Mais dans ces cantons qui avaient entre eux des liens et des causes de divergences, régnait un grand particularisme, non seulement politique mais juridique. Chaque canton tenait à son indépendance dans le sein même de la confédération et à son droit local. Le droit romain n'avait pas entamé les cantons germaniques et le droit local s'y maintint avec plus de vigueur qu'en Allemagne. Par contre dans les cantons romains, de langue française, la coutume était romanisée et le droit local était à base romaine. Il n'y avait aucune nécessité de recueillir par réception ce qu'on avait déjà.

Le projet éphémère d'unification législative de 1798.

A un seul moment on songea à une unification complète, en 1798, quand sous l'enthousiasme des victoires de la Révolution française se constitue la République Helvétique, sous la poussée des idées françaises, sous la tradition de Barbeyrac, de J. J. Rousseau, on songea à unifier et à fondre dans le droit universel un droit suisse et un projet fut rédigé, à l'époque, d'une loi civile unique pour toute la Confédération, salué avec enthousiasme par le philosophe anglais, très partisan de codification, Bentham qui, en 1800, écrivait à Genève des livres sur la codification.

Codification locale opérée par les cantons

Ce ne fut qu'un feu de paille. Le particularisme se développa bientôt à nouveau et aggrava même la situation puisque les cantons se mirent à codifier, mais localement, et non pas d'une façon générale. Ainsi on voit des cantons romans codifier leur droit, (Vaud, Fribourg, Tessin, Neuchâtel, Valais) sur le modèle du C.C. français, tandis que les cantons de langue allemande, Berne, Lucerne, Soleure prenaient pour modèle le C.C. autrichien de 1811 et une troisième pousée de codification locale prenant de plus près le droit national (Code de Zurich 1853-55).

On voit à quel point la tradition d'indépendance et le particularisme des cantons morcelait l'unité juridique.

Raisons qui malgré ce morcellement juridique ont poussé

Pourquoi dans ce mouvement qui avait cristallisé le droit local de chaque canton en est-on arrivé à l'unification législative? Pour des raisons semblables à celles qui avaient milité en Allemagne,

Source : BIU Cujas

la Suisse à l'unification législative.

le désir d'accompagner l'unification politique de l'unité juridique et aussi pour des raisons économiques en égard au succès obtenu en Allemagne par la codification du droit des affaires. La loi de l'imitation allait jouer une fois de plus, mais elle joua avec des modalités engendrant certaines différences.

La tentative d'unification du droit du change en 1854.

La grande loi allemande sur le change et les conférences de Leipzig soulevèrent en Suisse un grand enthousiasme et sur l'initiative d'un magistrat bernois, Bloesch, le canton de Berne, en 1854, convoquait une Conférence à laquelle participèrent 14 cantons pour adopter une loi sur le change. Comme il fallait respecter l'indépendance de chaque Canton et faute d'autorité centrale, on dut agir par voie de concordat, c'est-à-dire d'entente entre les cantons, suivi d'un vote de chaque canton. Cette procédure dangereuse amena un échec du projet: 9 Cantons vinrent discuter et 6 seulement promulguèrent le texte, du reste retouché, Là où l'Allemagne avait réussi en premier lieu le mouvement Suisse échouait.

Nouvel échec nouvelle difficulté constitutionnelle, d'une tentative d'unification du droit commercial.

Quand l'Allemagne se donna un C.C° un mouvement identique se produit en Suisse. On tenta d'aboutir alors, sur le terrain d'un C.C° général. Le Jurisconsulte Mutziger fit rédiger un projet de C. Com. englobant le droit du change. Prêt en 1863, il fut présenté à des assemblées de délégués des cantons, mais alors se posa la question de savoir si l'on procéderait par voie de concordat ou si l'on trouverait dans la Constitution de l'époque la ressource permettant d'établir une législation générale. C'est devant cette controverse constitutionnelle qu'échoua à nouveau l'espoir des unificateurs. Là où l'Allemagne avait vu une deuxième fois, triompher des efforts, les juristes Suisses virent se briser, une 2ème fois, les leurs. Et par une ironie du destin, la troisième étape, l'étape du Code des obligations, qui avait engendré, en Allemagne, un échec, fut précisément celle qui conduisit la Suisse au succès final.

Nouvel effort d'unification sur le droit des obligations. Le Code fédéral

Battus sur le terrain du change, battus sur le terrain d'un Code de commerce englobant le droit de change, les unificateurs de Suisse s'emparèrent du projet issu des conférences de Dresde (projet Franke), se disant que dans ce cadre il

Source : BIU Cujas

des obligations.

y avait place pour une unification du droit général des obligations en y faisant rentrer, avec un peu d'artifice, les contrats de droit commercial, y compris le change. C'était une revanche de ceux qui voulaient un code de commerce en y adjoignant le droit des obligations, en rendant la devanture plus somptueuse. On arrivait à un meilleur résultat en dotant la Suisse d'un véritable Code des affaires, d'un Code, en même temps, très rationnel, car le droit commercial n'est, en somme, qu'une partie spéciale du droit des obligations.

Controverse constitutionnelle sur la possibilité de légiférer pour toute la Confédération en cette matière ; efforts, batailles, victoire ! en 1874 l'art. 64 modifié de la Constitution autorisait la codification du droit général des obligations pour la Suisse : nous arrivons ainsi à la réussite du projet ; si bien que le 14 Juin 1881 fut promulgué, pour entrer en vigueur le 1er Janvier 1883, un Code fédéral des obligations.

Les progrès de l'unification constitutionnelle après le C. fédéral des obligations.

C'est donc à une raison de pure circonstance que l'on doit d'avoir vu promulguer en Suisse le premier Code des obligations. Les Suisses en ont été tellement satisfaits qu'ils ont conservé ce code. Son succès entraîna en effet la Suisse dans une voie d'unification législative définitive. Après le Code des obligations, une nouvelle bataille s'engagea que gagnèrent les unificateurs. Le C.C. voté en 1906-1907 fut la marque de leur nouvelle victoire. En même temps qu'on promulguait le C.C. Suisse, on songeait à la révision du Code des obligations et à côté du C.C. du 10 Décembre 1907 prit place une réfection du Code des obligations de 1883, qui fut achevée en 1911 (30 Mars) pour être mise en vigueur en même temps que le C.C. le 1er Janvier 1912.

Place respective du C. Civil et du droit des obligations en Suisse.

Nous apercevons relativement au droit Suisse qui marque notre deuxième étape de l'histoire du droit des obligations que le droit des obligations est distinct du droit civil. Il est distinct et il y est tout de même rattaché. Il y a là une sorte de compromis curieux qui n'est guère en harmonie avec la tradition continentale et qui serait plus à sa place en Angleterre. Le Code des obligations fait en somme partie du C.C. comme issu d'une loi fédérale complétant le C.C. Suisse "Livre V : Droit des obligations". Le C.C. comprend

quatre livres : Droit des personnes ; droit de la famille ; des successions ; des droits réels, et un cinquième livre qui est le droit des obligations. Mais ensuite, on lit dans le C.C. : "l'assemblée fédérale, vu les Messages du Conseil fédéral du 7 mai 1905 et 1er Juin 1909, arrête : Code des obligations".

Mérite du Code Suisse des obligations. Son retour à la méthode naturelle d'opposition de la matière.

Il y a donc un Code des obligations qui forme à la fois le L.V. du C.C. et un code à part, un Code qui possède des articles et une numérotation à part. Il y a là quelque contradiction. Le droit des obligations fait partie du C.C., mais le droit des obligations a son individualité. C'est que le Code des obligations avait connu une fortune retentissante. Les Suisses en étaient très satisfaits à cause de sa clarté, qui l'avait rendu populaire. Dans son Rapport au Conseil des Etats, le Conseiller fédéral Hoffmann, chef du département de la Justice, disait que "ce code avait été une loi populaire au meilleur sens de ce mot". "Si l'on considère les difficultés que nos anciennes et multiples législations particulières notre organisation judiciaire parfois encore rudimentaire, devaient susciter pour son application, on peut dire que ces difficultés, le Code des Obligations les a relativement très facilement surmontées et qu'il a été ainsi un puissant auxiliaire à la réalisation de l'unification complète du droit".

Si le Code Suisse des obligations a obtenu un pareil succès, ce n'est pas seulement parce que la langue en était très claire ; c'était aussi parce qu'il en était revenu à la méthode d'exposition naturelle du droit romain et du droit français. C'est parce que, dans le plan du Code, on était, en 1883, revenu à cette progression très simple qu'on retrouve dans le Code de 1912 : formation, effets, modalités, cession, transfert, extinction des obligations.

En faisant, en 1912, la part des idées nouvelles (cession de dettes, promesse unilatérale) le droit Suisse avait réalisé une œuvre législative en matière d'obligation qui est devenue un modèle. C'est ce modèle que le projet franco-italien a eu sans cesse sous les yeux. Si le projet franco-italien marque une troisième et importante étape dans le progrès législatif du droit des obligations il faut, dans une certaine mesure, en reporter le mérite au précédent dont il s'est inspiré, le C.C. fédéral Suisse des obligations.

Source : BIU Cujas

3° Le Projet franco-italien des obligations.

3° Le Projet franco-italien.

Pour en finir avec la tradition continentale, je n'ai plus à vous faire connaître comme conclusion que la manière dont le projet franco-italien de code des obligations et des contrats a conçu la progression générale de la matière des obligations.

La matière des obligations extraite du C.C. pour faire l'objet d'un Code à part.

A l'imitation du Code des obligations de la Suisse, le Comité franco-italien a décidé d'extraire la matière du C.C. et de faire un code à part. Par conséquent, sur ce premier point, le droit français souscrirait à la dernière forme prise par l'évolution du droit continental. On ferait des obligations un code à part. Par conséquent la place du droit des obligations serait transformée dans notre droit français; on l'extrairait du C.C. comme la loi du 10 août 1927 a déjà extrait du C.C. la matière de la nationalité.

Retour à la méthode d'exposition naturelle

En dehors de cette innovation, dans l'intérieur du projet, on revient, comme le Code Suisse, à une méthode d'exposition naturelle; on la perfectionne même. Le texte de l'avant-projet franco-italien a été publié dans le Bulletin de la Société d'Etudes législatives, N°s 3 et 4 de l'année 1925. Vérification faite, après les dernières délibérations du Comité, le projet définitif n'a en rien innové en ce qui concerne le plan. Il y a à la dernière loi quelques modifications de détail dans les articles, mais les six chapitres qui composent le projet sont restés identiques. Ces six chapitres sont:

Les 6 chapitres du projet:

Ch. 1er: Sources des obligations, et là on passe en revue les diverses sources en commençant par les contrats. L'art. 1er qui figurent dans l'ancien avant-projet a été supprimé. Cet art. 1er qui énumérait les sources des obligations contrat, promesse unilatérale, quasi contrat acte illicite, acte de dernière volonté ou loi, a été supprimé parce que dans l'intérieur du ch. 1er sur les sources, on a supprimé les quasi-contrats. On a remplacé la rubrique générale des quasi-contrats par trois sections séparées: l'une sur la gestion d'affaires, l'autre sur le paiement de l'indû, et la troisième sur l'enrichissement sans cause. Donc, premier chapitre: les sources.

Source : BIU Cujas

Ch. II : les effets.
Ch. III : les diverses espèces d'obligations, les modalités.
Ch. IV : Extinction des obligations. Vous voyez que la progression naturelle est absolument observée. Les deux derniers chapitres sont relatifs, respectivement, le Chapitre V à la transmission des obligations, et le Chapitre VI aux preuves. Par conséquent, c'est l'application absolue de la méthode naturelle. Si bien que si l'Italie et si le Parlement français adoptaient l'avant projet et le projet actuel, on aurait non seulement extrait du Code la matière, mais par rapport au C.C. lui-même on l'aurait singulièrement refondue, et on peut le dire améliorée, parce que, à cet égard, toutes les critiques adressées au C.C. qui ont été examinées par nous - tomberaient et seraient remplacées par un progrès véritable.

III. Le Droit anglais.

III. L'obligation en Droit anglais.

Pourquoi le Droit anglais n'a-t-il pas dans sa tradition juridique fait place aux obligations.

En ayant ainsi fini avec la tradition continentale, pour terminer cette partie de mon introduction relative à la manière dont les législations ont accueilli le droit des obligations, il ne me reste plus qu'à essayer de vous expliquer comment et pourquoi le droit anglais, dans sa tradition classique, n'avait pas fait place à la matière des obligations, et pourquoi aujourd'hui encore, dans la synthèse générale qui embrasse l'ensemble du droit anglais, on trouve une rubrique des contrats, une rubrique des torts. Dans la codification de M. Jenks il y a une partie relative à la matière des obligations, mais il n'y a que le mot, on passe tout de suite des contrats aux torts. Pourquoi en est-il ainsi?

Explication historique de ce phénomène.

Pour le comprendre, il faut faire un peu d'histoire. Il est impossible de comprendre le droit anglais quand on ne remonte pas dans l'histoire, parce que ce droit est un droit historique: en Angleterre, à la différence du droit français, il n'y a pas d'"ancien droit", il n'y a pas eu cette coupure entre le droit d'une ancienne société et le droit d'une société nouvelle qu'a marquée notre Révolution française et la codification napoléonienne. Le droit anglais se suit dans toute sa tradition, non seulement en remontant jusqu'aux

Source : BIU Cujas

XIIe et XIIIe siècles, mais encore au-delà, en remontant même aux temps antérieurs à l'invasion normande en Angleterre. Sans remonter ici aussi loin, nous pourrons prendre comme point de départ, un moment psychologique du droit anglais, le moment où une synthèse scientifique très puissante, très belle a été rédigée par un grand magistrat d'Angleterre, au XIIIe siècle. Dans cette synthèse nous avons la surprise agréable pour des romanistes et des continentaux, d'apercevoir le droit des obligations. Cette synthèse est dûe à un grand jurisconsulte anglais, qui s'appelait Bracton. Son véritable nom était Henri de Bratton, auteur d'un ouvrage bien connu "De legibus et consuetudinibus Angliae". Bracton vivait dans le courant du XIIIe siècle, et la confection de De legibus se date à peu près de l'année 1256 (Nombreuses éditions, Bibl. N° 10818, et surtout N° 14732, dernière édition qui est en ce moment en cours de publication par M. Woodbine de l'Université de Yale en Amérique).

La théorie des obligations dans Bracton, son emprunt direct au Droit romain des Glossateurs.

Dans le de legibus de Bracton, on rencontre la matière des obligations. Elle est traitée dans un passage spécial qui figure en tête dans les anciennes éditions de ce que l'on appelait le L. III, les anciens éditeurs de Bracton ayant, peut être arbitrairement, divisé le traité en 5 livres. C'est donc en tête du L. III, sur les actions, au folio 99 On peut voir dans l'édition de Woodbine, Tome II, p. 283, que nous rencontrons une exposition du droit des obligations qui, à la première apparence, est entièrement romaine. Non seulement le livre est écrit en latin, langue scientifique et juridique de l'époque et aussi fort le français judiciaire n'est apparu qu'un demi-siècle après environ) mais encore l'exposition s'apparente beaucoup non pas tant aux Institutes de Justinien qu'aux ouvrages des Glossateurs, et notamment à la Somme d'Azo. Un grand Professeur d'Angleterre Maitland, a, par un rapprochement remarquable, identifié dans l'ouvrage de Bracton un certain nombre de passages empruntés à la Somme d'Azo. C'est précisément parmi ces passages empruntés aux glossateurs que l'on rencontre la matière des obligations telle qu'elle est traitée dans Bracton. On a établi scientifiquement que si Bracton n'avait pas connu lui-

Source : BIU Cujas

même les cours de l'Ecole de Bologne, les maitres près desquels il avait étudié, dans les Ecoles de droit de ce temps en Angleterre, avaient suivi les cours d'Azo à Bologne.

Dans ces passages, on trouve une définition de l'obligation et une présentation du droit des obligations qui se rapprochent d'une façon très stricte, presque mot pour mot, de la définition romaine citée dans notre première leçon. Voici, en effet (p. 283, folio 99) comment Bracton, au XIIIe siècle en Angleterre, définissait les obligations : "Et sciendum quod obligatio est (et il faut savoir que l'obligation est) juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum". Qu'est-ce que cela, sinon la définition romaine dont nous avons eu à faire la critique ? Il y a sans doute, dans le passage de Bracton, par la suite, des additions spéciales, dans le détail desquels je n'ai pas à entrer. Mais au seuil même du livre des actions de Bracton, datant du XIIIe siècle, nous, les continentaux, nous nous trouvons comme chez nous, parce que l'on y rencontre ces définitions que l'on donne encore aujourd'hui au XXe siècle, dans les manuels qui sont entre vos mains.

De plus, si nous poursuivons la lecture, Bracton nous dit : Obligatio originalem decit ex initium (l'obligation prend origine et commencement) ex aliqua causa precedente, (de quelque cause précédente) sive ex contracta vel quasi (soit de contrat ou de quasi-contrats) sive maleficio vel quasi (soit de délits ou de quasi délits). On croirait lire notre C.C. Au XIIIe siècle, dans Bracton, on trouve exactement les sources de l'obligation : contrats, quasi contrats, délits, quasi délits, que nous lisons dans le C.C !

Identité des sources de l'o. dans Bracton et dans le C.C.

Donc, au XIIIe siècle, en Angleterre, on se trouvait en face d'une synthèse scientifique faisant connaître la matière des obligations comme on le faisait en droit romain, et comme on le fait en France aujourd'hui.

La question qui va maintenant se poser devant nous est celle de savoir comment il se fait que, parti de ce point de départ, le droit anglais n'ait pas évolué comme a évolué le droit de nos pays de coutume français ? A l'époque où écrivait Bracton, la France du Nord se trouvait dans un état de droit à peu près identique à

Source : BIU Cujas

l'Angleterre. Les rois d'Angleterre de cette époque étaient des rois français ; c'était la branche angevine, c'étaient les Plantagenet, c'étaient Henri II et Henri III. On parlait français à leur Cour, on y parlait en latin également ; on jugeait en latin, on allait juger en Français. Les rois d'Angleterre, par leur mariage, avec Eléonore d'Aquitaine et Théonore de Provence étaient des seigneurs continentaux, comme le dit un historien du droit anglais. En Somme il y avait une parenté si proche entre les droits des deux pays, que Philippe de Beaumanoir, notre auteur coutumier, qui a écrit la Coutume du Beauvaisis, quelques quarante ans plus tard après de legibus de Bracton, qui avait passé sa jeunesse en Angleterre, puisqu'il y avait été page de Simon de Montfort, n'avait pas dû trouver grande différence entre le droit de la Picardie et le droit qui s'observait de l'autre côté de la Manche.

Raisons qui expliquent pourquoi le droit anglais n'a pas subi en cette matière la même solution que le droit coutumier français.

Comment se fait-il donc que parti d'un point identique, le droit anglais n'ait pas fait ce qu'a fait le droit français ? En pays de coutume de France, on n'avait pas un ouvrage aussi important que le de legibus, et cependant le droit des obligations s'y est introduit et implanté comme raison écrite. Les coutumes n'ont jamais réglementé, sauf la matière des preuves, le droit des obligations, qui s'y est transmis par la Science, par les Universités, par les Cours de Justice, jusqu'au C.C. Pourquoi n'en a-t-il pas été ainsi en Angleterre ?

L'unification de la justice en Angleterre dans les cours de Common Law

C'est parce qu'il y a eu entre l'Angleterre et la France à cette époque une grande différence. C'est que, tandis qu'en France, la justice n'était pas centralisée, qu'il y a eu sans doute un parlement de Paris, mais que bientôt les provinces réclamèrent leur cour de justice : l'Echiquier de Normandie, les Parlements du Midi et du Centre de la France. Il y a donc eu plusieurs Cours de Justice en France. Et derrière ces Cours de Justice le droit s'est développé dans les coutumes locales, puis provinciales. En Angleterre, au contraire, dès le XIIe et XIIIe siècles, la justice royale a été centralisée pour toute l'Angleterre, au Palais de Westminster, dans des cours historiques, qui ont pris le nom de Cours de Common Law : les cours où l'on appliquait les coutumes du royaume.

Source : BIU Cujas

Abandon du droit romain par les Cours de Common Law.

Seconde différence: En France le personnel des juges se recrutait parmi les romanistes ecclésiastiques ou laïques; or aux facultés et aux Universités, on étudiait le droit romain et le droit canon. Si bien que la Science et la pratique ont perpétué le droit romain. En Angleterre, au contraire, le personnel des juges cessa d'appartenir à la catégorie de romanistes. La génération de Bracton fut la dernière génération des juges romanistes. Bracton était un ecclésiastique, il était chancelier de la Cathédrale d'Exeter, mais après lui, ce furent, au cours de Droit commun, de plus en plus des magistrats non ecclésiastiques, qui, pour des raisons qu'il serait trop long de faire connaître, n'aimaient pas le droit romain, et ne voulaient pas le pratiquer. Le droit qui fut alors pratiqué dans les trois Cours de Common Law, ce fut un droit spécifiquement anglais développé par ces cours autour des actions en justice, autour de la procédure et notamment autour des brefs, des writs, par lesquels s'introduisait l'action en justice. C'est autour du bref initial, le bref de debt, writ of debt, que se développe d'abord le droit de ce que nous appelons aujourd'hui les contrats et les torts: puis, à côté du bref of debt, on trouve le bref de convenant, le bref de trespass (ou trespassement, transgression, principe général d'où est sorti tout le droit des délits). Enfin le célèbre bref de responsabilité assumée, (assumpsit), par lequel s'introduit le principe de la responsabilité en matière de contrat. C'est toujours autour de ces actions que le droit anglais a développé des principes spéciaux, différents de ceux du droit continental; et c'est ainsi que l'on s'est écarté, au fur et à mesure que les siècles passaient, du droit de Bracton et du droit des romanistes. Lorsque la Science apparut en Angleterre sous la forme de livres importants, ayant pour matière la common Law, la Science dirigea ses efforts, par observation et par publication, non pas sur le droit des obligations que l'on oubliait, mais sur le droit de la propriété. Le premier ouvrage important de droit, le premier book of authority, est le célèbre livre sur les tenures écrit en français, du juge Littleton. C'est une synthèse du droit de la propriété.

Développement du droit des contrats et torts autour des différents brefs servant à introduire l'action en justice.

Ouvrages de Droit postérieurs à Bracton sur la théorie des

Le second livre faisant autorité, qui jusqu'

plus d'un siècle après, est d'un autre grand magistrat, le chef Justicier Coke : the institutes of the laws of England : les Institutes du droit de l'Angleterre en quatre parties. Or, dans ces Institutes, le droit privé et la common law figurent dans la première partie et cette partie n'est qu'un commentaire du livre précédent. La première partie des Institutes de Coke, c'est le commentaire des Tenures de Littleton : donc, encore Synthèse de la propriété. Les autres parties de l'ouvrage de Coke se réfèrent aux Statuts (c'est-à-dire au droit écrit), au droit criminel, à la procédure, à l'organisation des cours de justice ; mais on n'y trouve pas le droit des obligations.

L'obligation et la Synthèse du Droit anglais classique dans Blakstone.

Nous arrivons ainsi - et c'est là alors la seconde étape du droit anglais - au droit anglais classique, celui qui est marqué par une grande et importante Synthèse scientifique, analogue à celle de Bracton, qui y fait pendant, la Synthèse du Professeur d'Oxford Blackstone, qui vivait dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, à l'époque de Pothier, dont on a souvent rapproché. On l'a appelé le Pothier anglais, de même que l'on pourrait appeler Pothier le Blackstone français. (Cf. Blackstone et Pothier, Thèse Paris 1927). Blackstone écrivait dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, au temps même où Pothier écrivait son Traité des obligations, un livre qui a fait époque, et qui s'appelle les Commentaires des lois de l'Angleterre : Commentaries on the laws of England. Il est important de nous arrêter quelques instants sur la Synthèse blackstonienne, car c'est là que s'est fixé, pour à peu près jusqu'à nos jours, le sort très malheureux de la matière des obligations en Angleterre.

Le livre de Blackstone est un ouvrage considérable, qui n'a son pareil dans aucun pays, car en quatre volumes ces commentaires embrassent la totalité - sauf quelques lacunes - du droit anglais, public et privé. C'est une synthèse magistrale, qui embrasse toute la matière juridique de l'Angleterre. Or dans cette Synthèse on ne trouve pas la matière des obligations ; on ne trouvera même pas l'obligation ; le mot obligation n'est mentionné qu'à une seule occasion (Tome II, p. 340) pour viser ce que nous appelons à l'époque, en France, l'obligation spéciale,

Source : BIU Cujas

ce qui était notre contrat notarié emportant hypothèque, et ce qui était au-delà de la Manche une promesse écrite passée sans condition dans un acte solennel revêtu du Sceau. Voilà le seul passage où l'on a parlé de l'obligation, et sous une forme technique spéciale.

Idée directrice de l'ouvrage de Blackstone Opposition du Jus et de l'injuria.

Comment est-ce que la synthèse blackstonienne a pu, non pas, certes, ignorer ce que nous faisons rentrer dans la matière des obligations, mais a pu passer sous silence l'obligation ? et comment donc alors la chose est-elle traitée dans le livre de Blackstone ? Les commentaires sont divisés en quatre livres, comme les Institutes de Coke, mais la division est très différente. Blackstone part d'une idée directrice, indiquée en tête de son ouvrage. Il rappelle que l'on doit toujours sans cesse opposer l'un à l'autre le droit et l'atteinte au Droit, le jus et l'injuria, qui s'opposent comme ce qui est permis à ce qui est défendu, le fas et le nefas. Au permis, au jus, au fas, correspondent les deux premiers livres, jura personarum, jura rerum, droit des personnes, droit des choses. A l'injuria, au nefas correspondent les deux derniers livres, sur les torts causés aux particuliers, (private wrongs ou civil injuries) les délits civils du continent, et les fautes qui correspondent à nos infractions pénales (public wrongs, crimes).

Voilà le cadre, et dans ce cadre, si nous regardons là où nous aurions chance de trouver ce qui correspond à notre matière des obligations, au livre du droit des choses, nous sommes tout de suite décontenancés. Nous nous heurtons en effet à une division fondamentale que nous ne comprenons pas du tout, et qu'en Angleterre on a essayé fort souvent d'expliquer, parfois très aisément, parfois moins facilement, la différence entre la real property, la propriété dite réelle et la personnal property la propriété dite personnelle. La real property, la personal property, qu'est-ce ?

La distinction de la real property et de la personal property.

Il est très difficile de fournir une distinction très claire pour du français. Cette distinction née au Moyen-Age, développée sur le droit de la procédure et le droit successoral, correspond aux biens féodaux (principalement la terre) et aux droits non féodaux (principalement la propriété commerciale). Je laisse de côté le sens de

Source : BIU Cujas

cette distinction, pour chercher dans son cadre ce qui correspond à notre droit des obligations.

Le Contrat étudié simplement comme mode d'acquisition de la personal property.

C'est à la personal property qu'il faut se reporter, car tout ce qui touche de la terre est étranger à la matière des obligations. Dans le personal property nous trouvons, non pas entre la matière des obligations, - mais en feuilletant le Tome II, nous trouvons dans ce livre II, un chapitre spécial faisant partie de ceux où il est traité des modes d'acquisition de la personal property; nous trouvons un chapitre 30, intitulé de l'acquisition par donation, gift, par concession, grant, et par contrat. C'est le 9e mode de transmission de la personal property. Ainsi le contrat n'apparaît que comme un simple mode de transmission de la propriété personnelle et dans quelques pages l'auteur étudie, à propos du contrat, le consentement, la convention, l'objet du contrat, et quelques cas particuliers: la vente, l'échange, un contrat spécial qu'on appelle en Angleterre le bailment, le bail (sorte de contrat fiduciaire de dépôt de confiance, avec un dépositaire, aubergiste, voiturier, etc.) le louage et l'acte pour dette". Voilà la forme sous laquelle on rencontre le contrat dans la synthèse de Blackstone. Mais ce n'est pas tout.

Etude du délit à propos du tort fait à une chose in action.

La matière contractuelle y est encore envisagée sous un autre angle, à un autre endroit. En effet, on trouve dans le L. III, parmi les torts ou délits civils, les torts faits à la personal property, les délits civils à l'encontre de la propriété personnelle. On sait que ce que nous appelons obligations apparaît en Angleterre sous la forme de choses in action. Dans le L. III ch. 9 de la synthèse de Blackstone, il est traité du tort fait à une chose in action; c'est l'inexécution, la violation du contrat, qui est un tort, qui est une faute délictuelle dans le droit de Blackstone.

Voilà comment la matière des Contrats est traitée. La matière des délits, elle, figure au L. III, et je vous ai ainsi donné d'ensemble une vision de la matière dont ce que nous appelons l'obligation a trouvé place dans la grande synthèse anglaise à la fin du XVIIIe siècle. On le voit, le droit des obligations n'y figure pas comme tel. On trouve les matières qui correspondent à notre droit des obligations, mais le droit des obligations n'y est pas. Il s'est évanoui, il s'est en quelque sorte volatilisé

Du XIIIe S. au XVIIIe S. le droit des obligations

Source : BIU Cujas

s'est évanoui en Angleterre.

entre le XIIIe siècle, Bracton, et le XVIIIe siècle, Blackstone

Il reste à montrer comment au XIXe siècle, le droit a évolué, et comment, s'il n'est pas revenu totalement à notre conception de l'obligation, le droit anglais a cependant dans une certaine mesure, modifié sa synthèse scientifique.

Aggravation au début du XIXe siècle de la dispersion de la matière des obligations.

Il faut bien dire, et c'est la première observation - que le début du 19e siècle n'a guère été encourageant. L'écartèlement" du droit des obligations dans la synthèse blabstonienne s'est trouvé aggravé par trois séries de causes : 1° la Synthèse de Blackstone a eu un tel succès que des éditions se sont succédées, puisqu'un continuateur de Blackstone, Stephen, dans les New Commentaires, parus en 1841, a remanié l'ordre des commentaires et la synthèse, mais sans toucher à la distinction entre la propriété personnelle et la propriété réelle, et sans améliorer le sort de l'obligation. Ainsi les éditions de Stephen, succédant aux éditions de Blackstone, et le livre de Stephen étant un livre très classique, celui dans lequel on travaille pour devenir solicitor, homme de pratique, le droit des obligations n'a pas subi dans les commentaires d'amélioration sauf dans les toutes dernières éditions ainsi que nous le verrons plus loin.

2ème cause d'aggravation : au XIXe siècle, s'est développée en Angleterre ce que l'on appelle la méthode monographique, c'est-à-dire la confection et l'usage de livres consacrés à un seul sujet. La monographie anglaise renfermait surtout des cas, des espèces, commentés par des hommes de pratique, ce qui a aggravé le sort de l'obligation, c'est que l'on a fait des monographies séparées pour la propriété réelle et pour la propriété personnelle, et que l'on a ainsi perdu des chances, dans une Synthèse unique, de voir les morceaux se rétablir sous une forme un peu différente. La situation était donc aggravée une nouvelle fois.

Enfin, une troisième et dernière cause de la dispersion de la matière est une cause très spéciale au droit des anglais. Il n'y a pas que les cours de common law qui avaient développé le droit anglais. Une Cour spéciale, qui exista jusqu'en 1873, la Cour du Haut Chancelier d'Angleterre avait en elle aussi une juridiction qui s'était formée à côté de la juridiction des cours de

Source : BIU Cujas

droits commun et qui est entrée en conflit avec ces Cours, jusqu'à ce qu'un modus vivendi s'établisse à la fin du XVIIIe siècle, entre ces juridictions rivales. Or une partie de ce qui rentre dans notre droit des obligations était jugée et faisait l'objet de la juridiction du Chancelier jusqu'en 1873. On a donné le nom de Equity à la juridiction du chancelier, et au corps de droit qui est sorti de cette juridiction, par opposition à la common law, qui est sortie des cours de Westminster. La matière de common law et la matière d'équity étaient traitées à part, dans des monographies spéciales et dans des livres généraux spéciaux. Alors que le droit des contrats, par exemple, était traité dans la matière des common law ainsi que la matière des délits, dans la matière de l'équité on trouvait de très nombreuses règles applicables au droit des contrats. Je n'en indique qu'une que nous retrouvons : la specific performance, l'exécution in specie. Devant les cours de common law ; on ne pouvait demander que des dommages-intérêts en cas de rupture du contrat, mais on ne pouvait pas conclure à l'exécution in specie. Le Chancelier, lui, de très bonne heure, trouvant qu'il était contraire à l'équité, et contraire à la conscience, que lorsqu'on est obligé à donner un objet on ne soit pas obligé de livrer cet objet lui-même institua des règles sanctionnant l'exécution in specie. De même, et à l'inverse, pour les obligations de ne pas faire, notre jurisprudence française des astreintes s'est trouvée en Angleterre, grâce au chancelier, et à l'equity, instituée depuis bien plus longtemps que chez nous sous la forme de l'injunction.

Pour ces trois raisons : 1°) Conservation de la synthèse blackstonienne ; 2° existence de monographies spéciales à la personal property et 3° distinction entre l'équité et le droit commun, la conception blackstonienne avait des chances de se perpétuer. Cependant un mouvement contraire a abouti à faire naître en Angleterre une synthèse plus rapprochée de la nôtre, non pas identique, mais plus rapprochée. Voici les trois causes qui y ont contribué.

Renaissance en Angleterre d'une synthèse de l'O. plus rapprochée de la nôtre.

En premier lieu, la méthode monographique n'a pas eu que des effets regrettables ; elle a eu aussi, dans notre matière, des effets bienfaisants. Des monographies spéciales ont été consacrées,

Source : BIU Cujas

d'une part aux contrats et d'autre part aux torts. C'était déjà rassemblé la matière ; notamment en 1826 parut : The law of contracts de Chitty, et il y a eu également des livres consacrés aux torts. C'était donc polariser la matière des obligations autour de deux rubriques que nous connaissons dans le continent.

2e cause : les ouvrages de "jurisprudence", de théorie générale du droit dont le jurisconsulte John Austin fut le protagoniste, dans le premier tiers du XIXe siècle, firent mention des catégories admises sur le continent, des classifications continentales et romaines. C'est dans ces livres que nous voyons apparaître pour la première fois sous une plume anglaise le nom de law of obligation ; et ceci surtout dans les ouvrages écrits par ceux des jurisconsultes anglais qui ont eu contact avec les législations du continent, notamment dans les colonies anglaises. Salmond dans son livre sur la jurisprudence, et aussi dans ses Principles of the law of contract, livre qui vient d'être publié par M. Winfield, professeur à l'Université de Cambridge (1927).

Mais ceux qui ont eu véritablement le mérite de prononcer en Angleterre, pour la première fois dans une synthèse le nom d'obligations, ce sont les auteurs du Digest of English civil law, dirigé par le Doyen Jenks dans la partie sur les contrats et sur les torts qu'a rédigée M. Lee.

Le droit anglais est donc encore loin d'avoir fait place à la notion d'obligation. Il n'a fait place qu'au mot ; car dans la synthèse des deux savants professeurs il n'y a pas de partie générale sur l'obligation. Cette partie du Digest s'ouvre immédiatement sur le contrat, puis sur le tort. C'est donc uniquement deux monographies des contrats et des torts que l'on a accolées et sous le nom d'obligations. Néanmoins, l'effort est très remarquable et nous devons avoir en France une reconnaissance particulière pour les hommes qui, en présence d'une tradition juridique aussi longue et aussi décourageante, ont ainsi eu le particulier mérite de travailler au rapprochement du droit, des idées, des conceptions et des sentiments entre l'Angleterre et la France.

Si des publications de la dernière époque ont permis de mettre à l'intérieur de certains ou-

vrages

Retour à l'exposé des contrats suivant la méthode naturelle.

de droit l'expression : law of obligations, la méthode continentale d'autre part s'est imposée aussi, dans une certaine mesure à l'intérieur de ces grandes divisions. C'est ainsi que, en ce qui concerne le contrat, nous voyons dans le Digeste adopter la méthode naturelle, l'ordre classique auquel sont revenus le Code Suisse et le projet franco-italien. Plusieurs sections contiennent la matière : formation du contrat, parties au contrat, extinction du contrat, cession du bénéfice du contrat. Par conséquent, c'est la méthode naturelle qui se trouve adoptée. Il en est de même dans les dernières réfections des Commentaires de Stephen, qui sont copiés sur les commentaires de Blackstone. Dans la 17e édition de ces Commentaires, par M. Jenks dans le volume III intitulé : Droit des obligations et de la procédure civile et dans le premier chapitre, on rencontre encore la progression naturelle appliquée aux contrats et aux torts. Il en est de même dans un ouvrage très général de Campbell (Principes du Droit, 1 vol. 1907, Bibl. n° 37539). La troisième partie est intitulée : obligations, et se développe en somme comme dans le droit privé continental, dans le cadre de l'opposition entre le droit des contrats et le droit des délits.

Malgré qu'on vienne apparaître au début du XXe siècle en Angleterre le droit des obligations. Cette conception se heurte en Angleterre à de nombreuses résistances notamment quant à une codification de la matière.

On voit donc apparaître, au début du XXe siècle, de l'autre côté de la Manche, le droit des obligations. Mais il ne faut pas nous faire d'illusion : le droit anglais est très loin d'être encore au point d'adopter l'obligation comme une institution juridique, et comme une division principale de son corpus juris.

Nous connaissons maintenant les raisons de cette résistance du droit anglais. L'une, c'est que le droit anglais, dans sa synthèse, ne considère, en premier lieu, que le droit de propriété, et que c'est sous cet angle qu'a été traditionnellement envisagé le rapport obligatoire comme un objet de propriété, comme une chose in action. Le droit anglais, d'autre part, dans la mesure où il considère les relations entre personnes et dans la mesure où il a reconnu ces relations comme la base d'institutions juridiques distinctes n'a pas envisagé les rapports de débiteur à créancier autrement que dans les rapports de "debt", et nous savons quel sens étroit présente ce terme. Le type de la relation engendrant institution juridique, c'est la relation féodale

Source : BIU Cujas

entre landlord et tenant. Sur ce type se sont modelés pour tous les rapports entre individus en Angleterre : les rapports de famille, les rapports du mari et de la femme ; des parents et des enfants, du tuteur et du pupille, du maître et du serviteur ; et si l'on rencontre par hasard l'expression "vendor and purchaser" vendeur et acheteur, il ne faut pas croire qu'il s'agit de toute espèce de ventes de biens quelconques, mobilières ou immobilières. Sous cette expression, on ne vise que le vendeur et l'acheteur de biens fonciers, (of land). Ces livres intitulés : Vender and purchaser, parlent uniquement de la vente de biens immobilier. Lorsque l'on veut parler de la vente d'objets mobiliers corporels, on dit sale ; la vente, le contrat of sale. Pour avoir un aperçu complet du contrat de vente en Angleterre, il faut à la fois acheter un livre sur "Vender and Purchaser" et un livre sur le contrat de "Sale of goods".

Importance de la common Law dans la réglementation des obligations. Part minime faite aux Statuts en cette matière.

Mais enfin la principale et fondamentale raison pour laquelle le droit anglais n'est pas prêt d'accueillir le droit des obligations dans une codification particulière, c'est qu'en réalité ce qui y correspond notre droit des obligations, c'est-à-dire le droit des contrats et les torts, en Angleterre, sont les derniers vestiges de la vieille "common law" d'Angleterre et que c'est précisément sous le nom de "common law" que l'on désigne aujourd'hui l'ensemble de la matière des contrats et de la matière des torts. La Common law, ce n'était pas à proprement parler le droit coutumier, mais c'est quelque chose qui y ressemble. C'était le droit développé au cours des siècles, depuis le XIIIe jusqu'au XXe siècle, par les décisions des cours de Justice, et notamment par les décisions des Cours de Justice de common law siégeant à Westminster.

Or, à diverses époques de l'histoire de l'Angleterre, et surtout depuis 1832, depuis la grande réforme électorale anglaise, qui a amené un mouvement législatif considérable, la Statute law, la lex scripta s'est développée d'une manière progressive, incessante et considérable, au point que presque toutes les matières du droit anglais sont aujourd'hui régies par le droit né de ces Statuts. Le droit de famille a été entamé par des statuts considérables, notamment sur la femme mariée, sur les enfants. Le droit de la propriété foncière, qui était le domaine par excellence de la common law, a été, entre 1919

Source : BIU Cujas

et 1925, codifié par des lois fondamentales qui forment un véritable code de la propriété foncière. Si bien que si, du jour au lendemain, en Angleterre, on insérait dans une codification, ou dans quelque chose qui y ressemble, dans une construction doctrinale rapprochant le droit anglais du droit du continent et susceptible de prendre pour modèle une codification continentale, la matière des contrats et des torts, le droit anglais passerait très rapidement du vieux système du droit coutumier, au système du droit codifié. Il ne resterait plus qu'à mettre bout à bout les lois sur la famille, sur la propriété, et sur les contrats et les torts, pour faire un véritable code de droit privé correspondant à ceux du continent.

Et bien, ceci, la pluralité - et peut être l'unanimité - des juristes anglais ne le veut pas. Ils sont restés attachés à la common law d'Angleterre. Si l'on jette un coup d'œil sur la matière des contrats on s'aperçoit qu'il y a très peu de statuts c'est-à-dire de lois émanant du Parlement, qui règlementent, non pas même la matière du contrat dans son entier, mais qui sont susceptibles d'être cités à propos de points de détails. En voici un exemple : dans la partie du Digeste de Jenks qui correspond aux contrats en général, il y a tout juste 15 citations de statuts, dont 12 citations de statuts datant du règne de la Reine Victoria ou ultérieurs, c'est-à-dire depuis 1837. Il y a donc 12 statuts à citer et à utiliser dans cette matière depuis l'époque du Reform bill de 1832, et 3 seulement pour l'époque antérieure, tandis que dans la table of cases, c'est-à-dire dans la table des décisions judiciaires citées, il y a sur cette matière du contrat plus de 500 cas cités, et encore l'on n'a cité comme cas que les leading cases les espèces générales faisant autorité.

Autre exemple : dans le plus récent traité sur les contrats, celui de Sir John Salmond, cité plus haut, ouvrage terminé cette année même après la mort de l'auteur par M. Winfield, professeur de l'Université de Cambridge), il y a exactement 45 statuts cités pour toute la matière générale des contrats, par conséquent 45 lois auxquelles on a renvoyé dans un ouvrage général sur les contrats, dont 38 datent du règne de la reine Victoria et de ses successeurs, tandis que dans la table of cases il y a environ 800 cas cités.

Source : BIU Cujas

Ceci pour montrer que la matière des contrats et des torts est le dernier coin du droit anglais qui n'a pas été entamé par la lex scripta. Les Anglais estiment que dans une matière aussi fluide que l'est la matière du contrat et la matière du délit, il n'y a pas lieu de faire intervenir la loi écrite, que tout se règle au mieux par ce que nous appelons la jurisprudence, que c'est par l'évolution des décisions judiciaires que l'on peut arriver à règlementer les difficultés qui se présentent au prétoire. Nous en trouverons des exemples pendant notre étude du contrat, surtout à propos des questions d'imprévision de révision des contrats.

Toutes ces questions contemporaines ont été remarquablement traitées par les juges anglais, au point que lorsqu'ils discutent avec un juriste continental, ils ont d'excellents arguments à opposer à l'encontre et de notre droit des obligations et de nos projets de codification du droit des obligations.

Les rapports du Droit des obligations avec l'Economique et la morale.

Nous arrivons maintenant à une dernière question qui est celle de savoir quel rapport existe entre le droit des obligations et ce que l'on appelle l'économique, par abréviation, et ce que l'on peut appeler également, par abréviation, la morale. Je désirerais faire très rapidement un rapprochement entre le droit des obligations d'une part, et d'autre part les données économiques et les données morales qui président à la formation et à l'évolution de ce droit, au premier quart du XXème siècle.

Ce point de vue est un point de vue très différent de celui auquel je me suis placé dans la première partie de ces considérations générales sur le droit des obligations. C'est, comme le dit M. Geny le point de vue du donné, par opposition à celui du construit. C'est, comme le dit M. Bonnecase, le point de vue des sources réelles par opposition à celui des sources formelles. Nous allons nous transporter par conséquent dans un tout autre domaine des sciences morales et sociales. Je suis obligé de faire comme le professeur de mathématiques, qui, ayant développé un théorème au tableau noir, efface sur le tableau la géométrie pour la remplacer par de l'algèbre, ou comme le professeur de sciences de la nature qui passent de la physique à la

Source : BIU Cujas

après avoir utilisé la machine électrique, la remplace par une corrue. Je suis obligé de m'écarter momentanément du côté de la technique, le côté par excellence du juriste, pour me tourner du côté des données sociales, économiques et morales ; je suis obligé d'une part d'ouvrir la fenêtre du juriste sur le dehors, sur l'extérieur, sur les faits, et d'autre part, par un mouvement semblable mais inverse, de creuser dans le domaine de la conscience, dans l'intérieur de nous-mêmes, pour en extraire les principes des devoirs moraux.

Rapports entre le droit des obligations, l'économique et la morale.

C'est là un double sujet qui pourrait donner - et qui a donné matière - à un enseignement spécial portant sur toute une année ou même sur deux. Mr Ripert, dans son Cours de Droit civil approfondi et comparé 1923-24, avait consacré son année à une étude sur les rapports entre le droit des obligations et la morale, étude qui a paru en un volume intitulé : "La règle morale dans les obligations civiles" 1925. C'est le point de vue auquel je me placerai également quand j'examinerai les rapports entre le droit des obligations et les données morales qui président à son évolution.

1°) Les rapports entre les faits économiques et le droit des obligations

Par contre, les rapports entre les faits économiques et le droit des obligations n'ont pas encore été l'objet d'un exposé d'ensemble et j'avais songé à consacrer cette année de présent enseignement à l'étude spéciale de ces rapports entre l'économique et les obligations civiles. J'ai dû m'orienter d'une façon différente, et je me bornerai à tracer le cadre de cette étude en l'illustrant de quelques exemples.

Je me placerai exclusivement au point de vue français, ce qui peut paraître contradictoire, car la vie économique de nos jours est essentiellement internationale. (Cf. Barthélemy-Raynaud :

Source : BIU Cujas

la vie économique internationale). Mais, si je ne fais pas intervenir l'internationalisation de la vie économique, c'est que, exclusivement du point de vue français, le canevas de l'étude est déjà singulièrement délicat et difficile à traiter pour que je ne m'embarrasse pas d'une internationalisation que vous aurez une suffisante facilité à rétablir.

Les deux éléments du problème : faits économiques - droit des obligations -

Je voudrais d'abord confronter les deux éléments du rapprochement : d'une part les faits économiques, et d'autre part le droit des obligations. Lorsque nous aurons bien posé la question, lorsque nous nous serons bien mis d'accord sur la position de cette question : rapports entre les faits économiques et le droit des obligations, nous aurons déjà fait réaliser à la question un grand pas : une fois la question bien posée, nous aurons beaucoup plus de lumière pour tâcher de l'élucider.

Identité de progression naturelle de l'étude des faits économiques et des obligations.

Les faits économiques relèvent de la science qui s'appelle l'économie politique que, depuis Adam Smith, on définit la science de la richesse ; Adam Smith disait même : la science de l'opulence. Des analyses très scientifiques mettant en jeu l'observation, la classification, la définition, ont, par une suite de rapprochements et de généralisations qui ont formé une synthèse, abouti à un cadre classique. On étudie la richesse au moyen de la méthode naturelle que nous avons vue appliquer au droit des obligations, en la prenant dans sa formation, en l'étudiant ensuite dans ses transformations et en la suivant jusqu'à sa consommation, à travers sa répartition. Ce qui n'est pas autre chose que ce que nous avons vu opérer dans le droit des obligations en les suivant depuis leur naissance jusqu'à leur mort. C'est le procédé scientifique, et nous ne pourrions qu'approuver les économistes classiques s'il n'y avait deux reproches à adresser

Source : BIU Cujas

à l'économie politique classique.

Observations sur l'ordre dans lequel devraient être étudiés les phénomènes économiques.

Je ne retiendrai pas le premier, parce qu'il n'est pas en rapport absolument direct avec la question que je me puis posée et néanmoins c'est celui qui me tiendrait le plus à cœur, car je puis de ceux qui estiment, avec Mr Charles Gide, que l'économie politique a été prise par de mauvais côté, et que au lieu de commencer par l'étude de la production et de terminer par l'étude de la consommation, c'est le contraire que l'on aurait dû faire. On aurait dû commencer par la consommation, qui est le vrai commencement si l'on envisage l'économie politique sous un angle différent de celui sous lequel on est habitué à l'étudier depuis Adam Smith, si l'on peut bien considérer que l'économie politique n'est pas tant la science de la richesse que la science des besoins matériels de l'homme, et des moyens d'y subvenir. Si vous considérez l'économie politique en renversant l'ordre des facteurs, si vous considérez que c'est l'étude des besoins, vous classerez les besoins, et vous classerez les sources de la richesse en fonction des besoins de l'homme. Vous arriverez alors à une méthode qui est la même, mais qui s'applique inversement. Mais c'est là une question doctrinale, qui n'a point à voir directement avec celle que j'étudie à l'heure actuelle.

Absence d'une histoire des faits économiques.

Mais le second reproche que l'on adresse fort justement à l'économie politique classique touche, au contraire, directement à la question. Les économistes ont fait de l'économie politique une véritable science: on raisonne sur les analyses et dans le cadre de la synthèse que je signalais tout à l'heure; on établit les lois des phénomènes, on imagine des doctrines et on fait l'histoire de ces doctrines.

Source : BIU Cujas

Malheureusement, il y a quelque chose qui est resté, non pas en dehors de leur observation, mais en dehors de leur science, et ils sont les premiers eux-mêmes à le reconnaître, puisqu'ils tâchent aujourd'hui d'y pourvoir par les moyens qui sont en leur pouvoir : c'est l'histoire des faits économiques. Si, par exemple, on se demande où trouver l'histoire des principaux faits économiques qui se sont succédé depuis l'apparition du C.C. français, et qui expliquent précisément que le C.C. se soit trouvé débordé et transformé, il faut reconnaître qu'il n'existe pas d'histoire de ce genre, on est obligé de la faire soi-même, et d'aller rechercher dans les faits quels sont ceux qui ont été les véritables facteurs de l'évolution de notre droit privé au XIXe siècle.

Aujourd'hui, pour combler la lacune, les économistes essaient de présenter, avec beaucoup de soins, beaucoup de méthode, l'histoire des faits économiques contemporains. Ainsi la Revue d'Économie politique a consacré depuis quelques années des études importantes à une série qui s'appelle : la France économique (Annuaire de la vie économique française) qui renseigne sur les faits économiques de l'année courante.

Si nous avions cette histoire depuis 1804, la lacune que je déplore serait comblée, et il y aurait longtemps que nous aurions dégagé les lignes générales de la vie économique et de la société française depuis le C.C. Mais cela n'est pas, et c'est regrettable.

Demandons-nous, par exemple à propos de la production, quels sont les faits de la production qui ont engendré des rapports susceptibles de modifier les règles du droit civil, les règles du droit privé et - nous le verrons tout à l'heure, - les règles des obligations.

La production et ses facteurs; La production est le résultat de trois facteurs : les forces naturelles, le travail, et

Source : BIU Cujas

faits économiques qui les ont transformé au XIXe siècle.

le capital. Quels sont les faits économiques du XIXe siècle qui ont transformé - certains mêmes, ont dit : bouleversé - ces facteurs de la production ? Il n'est pas besoin d'ouvrir un manuel d'économie politique pour savoir que le XIXe siècle a été le siècle des grandes inventions et des grandes applications des sciences, le siècle de la vapeur, du gaz, de l'électricité, des forces motrices de toute nature. Si bien que les trois facteurs de la production se sont trouvés influencés tour à tour par l'apparition de ces applications des sciences, par ces grandes inventions, et qu'au delà du bouleversement économique, nous assistons alors, sinon au renversement des rapports économiques, du moins à des modifications très notables de ces rapports.

les inventions scientifiques et le machinisme. La multiplication du personnel industriel. Insuffisance des dispositions du C.C. à cet égard.

Les forces naturelles sont les premières qui ont été touchées par les grandes applications des sciences. Un seul mot rappelle cette révolution : le machinisme. L'utilisation des forces naturelles par la machine décupla, centupla, multiplia la production, donna à l'industrie un essor jusqu'alors inconnu, et partout inconnu du C.C., lequel à l'époque où il fut rédigé, à l'époque des guerres de la Révolution et de l'Empire, ne connaissait guère qu'une société purement agricole.

Accroissement du travail, d'autre part, à la suite du machinisme. Le personnel industriel, loin d'être, comme on le craignait au début, restreint quant à la main d'œuvre, s'est trouvé, au contraire, lui aussi, décuplé, centuplé, multiplié ; une armée de salariés, d'ouvriers, d'employés, se trouve constituée par le développement de l'industrie. Voilà l'aspect nouveau du travail auquel correspondaient, dans le C.C., deux pauvres articles sur le louage des domestiques et ouvriers, notamment l'art. 1781 qui apprit du louage d'ouvrage et d'industrie de ce jour une telle opinion, qu'il édictait qu'en justice, dans un procès sur les gages ou

Source : BIU Cujas

ou le salaire, « le maître est cru sur son affirmation. »

La concentration du capital et la constitution de grandes sociétés.

Voilà le C.C. en face des faits nouveaux; enfin, et surtout, le jeu combiné de machinisme et de la main d'œuvre, multipliant, décuplant, centuplant la production, entraînera un accroissement du capital, lequel, produit du travail et des forces naturelles combinées, réservé pour reproduire à nouveau de la richesse, se concentrera au cours du XIXe siècle en des entreprises exigeant de plus en plus de numéraire, de plus en plus de crédit, de plus en plus d'apports de fonds : constitution des grandes sociétés, constitution des sociétés par actions, constitution de sociétés de sociétés, c'est à dire ententes entre les producteurs et les détenteurs d'un même produit, syndicats de producteurs, ententes industrielles et commerciales, qui portent des noms venus d'Allemagne ou d'Amérique : cartels, trusts, etc...

Le C.C. ayait du contrat de société une vision toute romaine, sur ce point il s'est trouvé inutilisable; un autre code qui était en jeu, le code de commerce, fut mis à contribution et très largement éventré.

Telles sont les quelques réflexions qui viennent à l'esprit lorsque l'on envisage simplement la production; on pourrait faire le même travail en ce qui concerne la consommation, la répartition et la circulation de la richesse. Recherchez quels sont les faits, du XIXe et du XXe siècle, dont il faut tenir compte en face des cadres et des principes généraux du C.C. français.

Et voilà aussi ce que j'entendrais par "l'économique", qui est le premier élément, le premier terme du rapprochement que nous allons tenter.

Y.a-t-il un rapport entre le droit des obligations et les faits économiques ?

Le second terme, c'est le droit des obligations. Dans ce rapprochement, il est toute une partie que nous ne retiendrons pas à savoir celle qui est appliquée dans notre Code de commerce. Ce n'est pas à moi à rechercher ici les rapports entre les faits économiques et le droit commercial. Mais ce qui est la question, ce sont les rapports entre les faits économiques et cette partie du droit des obligations qui n'est pas dans le code de

Source : BIU Cujas

commerce.

Pour poser la question plus radicalement, je voudrais rechercher quels sont les rapports entre la partie générale des obligations et les faits économiques, c'est à dire me demander, en mettant les faits concernant la production, la circulation, d'une part, la répartition et la consommation, ou du moins certains de ces faits, - et d'autre part, la théorie générale de l'obligation, envisagée dans sa synthèse (formation, effets, transmission, extinction de l'obligation), quel est le choc en retour des faits économiques, groupés dans la synthèse naturelle des économistes sur le droit des obligations, systématisé dans la synthèse naturelle des juristes. Je n'aurai pas le temps de me lancer à la recherche, mais je voudrais à titre de démonstration, examiner la question préalable, celle de savoir s'il y a un rapport entre le droit des obligations et les faits économiques.

Théorie négative de l'influence des faits économiques sur le droit des obligations. Exemples invoqués à l'appui.

Certains juristes, exclusivement juristes, estiment que, surtout en matière d'obligations, il faut se méfier de l'économique, il est désirable de la laisser à la porte, il convient d'examiner les institutions en matière d'obligations au regard de la raison raisonnante, au regard des catégories qui les répartissent dans le cadre sacro-saint qui nous a été légué par le droit romain, et que nous n'avons pas nous, juristes, à ouvrir la porte aux considérations tirées des faits économiques.

Je reconnais que, à l'appui d'une thèse plausible - qui n'a jamais été professée d'une manière expresse, mais qui est consacrée par les nombreuses applications qu'elle a reçu - l'histoire est susceptible de donner raison à ceux qui prétendent que la théorie générale des obligations est trop loin, est trop haut, pour subir les atteintes des faits économiques.

En effet, deux exemples, une double évolution portant sur de longs siècles, sont là pour nous enseigner qu'en somme, dans l'ordre des obligations, les faits éco-

Source : BIU Cujas

nomiques n'ont jamais pu apporter grand changement à la théorie générale.

Part insignifiante des faits économiques dans l'évolution des obligations du Droit Romain.

Le premier exemple, c'est celui des dix siècles d'évolution du droit romain, depuis la loi des XII Tables jusqu'à Justinien. En somme, qu'y a-t-il donc eu d'attribuable aux faits économiques, que l'on puisse relever dans l'évolution de l'obligation romaine ? Dans l'ordre de la formation des obligations, on a vu sans doute les Romains passer des vieilles obligations délictuelles aux obligations contractuelles, et des contrats formels aux contrats moins formels. Dans la dernière phase du droit romain, beaucoup de contrats étaient consensuels ; il y en avait quatre, plus les pactes prétoriens, les contrats innommés. Cette évolution est peut-être due, en partie, au grand phénomène romain, c'est à dire à la conquête territoriale de l'univers, à la transformation de la Méditerranée en mer romaine, et de Rome en capitale du monde, ce qui a amené à Rome l'afflux de toutes les richesses du monde connu. Oui, évidemment, un fait de ce genre a pu avoir de l'influence sur la simplification des contrats. Mais d'abord il n'est pas exclusivement économique : il est surtout et principalement d'ordre politique. De plus, il n'est pas le seul à pouvoir être invoqué en l'occurence ; Le jus gentium peut aussi expliquer l'évolution des sources des obligations à Rome. Les effets des obligations n'ont guère varié à Rome, sauf cependant que les droits du créancier ont été légèrement adoucis ; l'"in partes secanto" de la loi des XII Tables s'est trouvé remplacé par la venditio bonorum. Il y a eu là une conquête de la civilisation, mais les faits économiques y sont-ils pour quelque chose ?

En ce qui concerne les modes d'extinction des obligations, y a-t-il eu un progrès si sensible ? La règle de la concordance des formes a fait évoluer les modes d'extinction en vertu d'une évolution

Source : BIU Cujas

parallèle à celle de l'obligation et de ses sources, et nous n'avons guère, dans ce domaine à rattacher à l'économique romaine, (là encore avec un point d'interrogation) que la fameuse compensation, le rescrit de Marc-Aurèle et l'origine problématique que cette institution peut avoir trouvé dans le droit des banquiers de l'époque. Quant à la transmissibilité du rapport obligatoire, on est bien obligé de convenir que ce sont les théories économiques qui ont fait passer de l'intransmissibilité originaire à l'idée de la transmission. Mais transmission bien pauvre, puisque c'est par la novation, la procuration in rem suam c'est à dire par une transmission déguisée que les Romains ont fini par arriver à la transmissibilité. Il a fallu dix siècles pour parvenir à ce résultat ! On a bien raison de dire que l'économie politique n'a rien à voir avec la théorie générale des obligations.

Autre exemple dans le même sens tiré de l'histoire du Droit de Justinien au C.C.

Autre exemple dans le même sens : de Justinien à Napoléon, entre les Institutes, et le Code civil, treize siècles se sont écoulés, et nous retrouvons dans le Code de Napoléon le droit des obligations des Institutes de Justinien. Si vraiment l'évolution économique pouvait avoir une influence sur le développement de la théorie générale du droit des obligations, on trouverait bien, au cours de ces treize siècles, des faits susceptibles de le prouver. Or, qu'est-ce que l'on rencontre comme modification imputable à l'économie politique dans l'ancienne France ? D'abord le principe du consensualisme, se substituant au formalisme des contrats, le consentement achevant de libérer la volonté, le contrat engendré par la volonté des contractants, et non plus par la forme, ce qui était déjà à peu de choses près, le dernier état du droit romain. Est-ce bien à l'économie politique que l'on doit cette petite révolution, pleine de conséquences pour notre

Source : BIU Cujas

droit actuel ? ou ne serait-ce, beaucoup plutôt, à ces raisons morales qu'il convient de le rattacher ?

Alors ?? Voici pourtant un fait purement économique, que nous pouvons relever celui auquel est dû le fameux édit de 1601. Lorsque la prospérité reprit en terre française après les secousses des guerres de religion, les capitalistes s'aperçurent d'un phénomène qui les troubla beaucoup, mais qui réjouit leurs débiteurs, ce que nous appelerions aujourd'hui la baisse du taux de l'intérêt - s'il y avait eu intérêt à cette époque, mais le prêt à intérêt était interdit, et il s'agissait de rentes constituées. En 1576, les rentes constituées étaient au denier douze (8 1/3 %), c'est à dire au douzième du capital; elles passèrent, après l'édit de 1601, au denier 16, c'est à dire au 16ème du capital (6 1/4 %). Un autre édit de mai 1609, (confirmé par la suite, par un autre règlement de 1679) vient autoriser le débiteur à subroger dans les garanties du premier contrat les bailleurs de fonds, permettant aux débiteurs de se libérer du premier contrat, ce fut là l'origine du paiement avec subrogation par changement de créancier, consentie par le débiteur (actuellement art. 1250 du Code Civil.) Ce que l'on rencontre donc à la base de ces édits du XVIIe siècle, c'est un fait économique incontestable. C'est à peu près l'un des seuls faits de ce genre que l'on puisse vraiment mettre en lumière au cours des treize siècles qui séparent Justinien et Napoléon.

Bouleversements économiques du début du XXe siècle et leur répercussion sur la théorie générale des obligations

Il y semblerait donc qu'il y ait quelque chose de fondé à dire que l'économique n'a aucun rapport avec la théorie générale des obligations si, au XIXe siècle, et plus particulièrement au XXe, et plus particulièrement encore dans cette partie du XXe siècle qui a pris naissance avec la guerre mondiale en 1914, on ne trouvait la démonstration la plus

Source : BIU Cujas

lumineuse du rapport étroit qui unit la théorie générale de l'obligation et des faits économiques.

Si, soit en face du droit romain au cours des siècles de sa formation et de toute son évolution, soit même entre le droit romain et le droit français, entre Justinien et Napoléon, la théorie générale des obligations n'a guère été touchée par les faits économiques, au contraire, et surtout à notre époque, de notre temps, au XIXe siècle, au XXe siècle, et plus particulièrement depuis la guerre, les faits économiques ont un rapport intense avec la théorie générale des obligations. Entre ces faits et les règles générales qui gouvernent les obligations, il y a des relations constantes, journalières, dans la loi, la jurisprudence, la doctrine. Je ne pourrai vous le montrer que par des exemples, mais je voudrais que cette démonstration sur exemples puisse vous servir à édifier vous-mêmes l'ensemble de la démonstration.

Les relations à l'époque actuelle entre les faits économiques et les règles des obligations.

Cette démonstration peut être faite d'après deux méthodes : soit en partant des faits pour arriver au droit, soit, à l'inverse, en partant du droit pour remonter aux faits, et en empruntant mes exemples, je vais successivement prendre, l'une et l'autre de ces méthodes. Prenons d'abord quelques faits économiques, vous montrant leur répercussion dans le domaine du droit. Ensuite, employant la méthode inverse, nous nous placerons en face du droit, de la technique, de ce que l'on appelle les sources formelles ou le construit, pour montrer, par quelques exemples, le rapprochement avec les faits économiques, en voyant les faits à travers le droit.

Les 2 méthodes de démonstration.

1ère méthode. - Parmi les données économiques du XIXe siècle, il en est une déjà à laquelle j'ai fait allusion à propos de la théorie générale des obligations à savoir les nécessité du crédit. La cir

1er Examen des faits pour remonter au Droit.

Source : BIU Cujas

culation des richesses est intéressé à ce que les obligations circulent facilement. Pour accroître les facilités de circulation des rapports entre créancier et débiteur, pour accroître leur crédit, la loi s'est efforcée de dégager des institutions établies des conceptions, on se rappelle que toute la théorie objective de l'obligation exposée par Saleilles, avec toutes ses conséquences : cession de dette, promesse unilatérale, titres au porteur, stipulation pour autrui, tout cela n'était que des conséquences juridiques répondant à des nécessités économiques, à la nécessité du crédit. Inutile d'y revenir. Prenons maintenant deux autres exemples antérieurs à la guerre ; nous prendrons ensuite quelques exemples postérieurs à la guerre. D'abord le machinisme et la concentration des capitaux.

Conceptions juridiques nées des nécessités du crédit.

Le machinisme et ses conséquences : importance du mouvement juridique suscité par les accidents.

Au XIXe siècle, le machinisme est le fait économique le plus important. Dans le droit positif, le machinisme n'a pas opéré une révolution moindre. Nous plaçant en face d'une série de ces conséquences, nous voyons surgir immédiatement, derrière cette conséquence, de la législation, de la jurisprudence, un intense mouvement doctrinal. Un seul mot va le faire apparaître, le mot : accident, les accidents industriels, qui sont les conséquences du machinisme.

Le machinisme a engendré pour le travail un état d'insécurité. On sait quel mouvement de législation, de doctrine de jurisprudence, ont fait naître les accidents du travail, en France notamment jusqu'à la loi de 1898 sur le risque professionnel. Voilà la traduction juridique de l'accident causé par le machinisme, ou du moins un des premiers aspects de ce mot, car en dehors de l'industrie, dans les rapports de la vie civile, le machinisme engendre aussi les accidents : l'accident de chemin de fer et d'automobile. C'est dans cette formule - et nous y reviendrons - que, d'abord sur le terrain délictuel, et ensuite sur le terrain contractuel et réciproquement,

Source : BIU Cujas

puis soit sur le fondement de l'art. 1382, soit sur celui de l'art. 1384, qu'on a rattaché les bases de l'indemnité, de la réparation due à la victime de l'accident. Nous aurons à y revenir dans une certaine mesure. Mais ceci suffit à montrer quelle a été, au XIXe siècle et au commencement du XXe, la traduction juridique d'une seule idée, conséquence du machinisme : les accidents.

La concentration et les problèmes juridiques qu'elle soulève par elle-même ou par ses conséquences.

La concentration des capitaux, est aussi l'une des conséquences du machinisme. Un ordre considérable de problèmes juridiques, visant soit la concentration elle-même, soit ses conséquences sollicitent à tout instant le législateur, le juge, le jurisconsulte. Prenons, par exemple, la concentration elle-même, sous la forme où elle se manifeste, sous la forme des ententes entre producteurs, ou entre détenteurs d'un même produit. Il suffit d'énoncer simplement ce fait pour voir apparaître, non seulement le problème pénal, mais aussi le problème civil fondamental : ces ententes sont-elles licites et dans quelle mesure ? Là encore, il a fallu et il faut aujourd'hui au jurisconsulte, une grande force d'attention, une certaine puissance de pénétration dans les faits économiques, pour régler cette délicate question.

C'est ainsi que dans une thèse toute récente intitulée : "Le standard juridique", Me Stati a pris précisément ces concentrations de capitaux dans le cadre des ententes entre producteurs et détenteurs d'un même produit, comme l'un des faits les plus typiques où le jurisconsulte fait appel au "standard juridique", qui n'est qu'un procédé empirique d'un genre analogue à celui de la fiction et qui n'est pas autre chose qu'un certain nombre de points de repère que se donne le jurisconsulte, le magistrat notamment, lorsque l'on défère une question à son peup juridique sans lui fournir d'autre indication.

Qu'une question de ce genre puisse

être considérée comme l'exemple-type de l'application d'un procédé de technique juridique, c'est à mon sens une des démonstrations les plus fortes que l'on puisse donner des rapports entre l'économique et le droit des obligations ? car c'est dans le droit général des obligations que l'on va aller chercher les principes du standard juridique en matière d'ententes entre producteurs.

Les conséquences de la concentration des capitaux sur les rapports entre individus.

Mais la concentration de capitaux n'engendre pas ce seul problème. Ses conséquences vont rejaillir sur les rapports entre individus, et c'est un point sur lequel nous aurons longuement à revenir, en ce qui concerne le contrat. Elle a modifié la nature des rapports entre contractants, en mettant en présence, dans une convention destinée à engendrer des obligations, deux parties qui, économiquement, ne sont pas un pied rigoureux d'égalité.

Les concentrations de capitaux mettant l'individu isolé en face de puissantes compagnies, de sociétés industrielles, commerciales, financières, offrant en elles-mêmes, ou par leur réunion, une force économique telle que le contrat n'est plus un contrat, que ce n'est plus que la loi édictée par l'un des contractants à l'autre, avec obligation pour celui à qui le contrat est imposé de le prendre en entier, ou de le rejeter en entier, comme un bloc : à prendre ou à laisser.

Les contrats en formules imprimées.

Les exemples abondent. Ceux dont on tire surtout argument, ce sont ceux qui se traduisent par des formules imprimées, les formules d'assurances, généralement réglées par des modèles-types adoptés par le consortium des compagnies et que l'assuré doit accepter telles qu'elles sont, sans pouvoir modifier la moindre ligne. Ou encore les diverses modalités des contrats de transport par chemins de fer, le voyageur, l'expéditeur isolé étant dans l'impossibilité de discuter les conditions du contrat avec son puissant-co-contractant et étant obligé de se plier aux clauses,

Source : BIU Cujas

parfois les plus rigoureuses et les plus désavantageuses pour lui. De même le contrat de travail où le travailleur isolé est dans l'impossibilité de discuter des propres intérêts, au point de vue de l'hygiène, au point de vue du régime des repos, au point de vue non seulement du montant des salaires, mais encore des modalités de son paiement. De même encore les ventes de produits présentés par les sociétés entrées dans une combinaison d'affaires, et obligeant les acheteurs à passer des contrats désavantageux, par exemple la vente de produits tels que les engrais chimiques aux agriculteurs, qui sont en réalité des produits trustés, et gouvernés par de puissantes concentrations de capitaux. Enfin, encore en formules imprimées, les ventes à tempérament, les ventes à crédit payables par mensualités où les particuliers se voient parfois imposer des conditions draconiennes, léonines.

Formes variées d'intervention du Droit en cette matière: législation interventionniste.

Evidemment, le droit devait intervenir; il est intervenu, et c'est là que nous pouvons marquer la rencontre des principes généraux du droit, et notamment du droit des contrats, plus généralement de la théorie des obligations avec les faits économiques. Le droit est intervenu sous plusieurs formes; il est intervenu notamment par une législation qui n'était autre chose que l'application juridique de la formule politique et sociale de l'interventionnisme, de l'Etat.

Citons comme exemples, en ce qui concerne les contrats d'assurances et les compagnies de chemins de fer, la loi du 17 mars 1905 sur les clauses de non-responsabilité des fautes par les compagnies de chemins de fer. Le législateur s'est aperçu qu'il y avait un danger considérable pour la liberté individuelle et la sécurité, à permettre l'introduction de ces clauses dans les transports. Citons également la loi du 8 juillet 1907 sur la lésion dans les ventes d'engrais et substances destinées à l'alimentation des animaux de ferme. C'est un

Source : BIU Cujas

des exemples les plus typiques de l'intervention de l'État pour protéger l'agriculteur isolé contre la force économique de puissants trusts détenant les produits agricoles et les engrais chimiques. Rappelons encore, l'immense législation du travail et de la prévoyance, toutes les lois des dernières années du XIXe siècle et des premières du XXe, visant le truck système, c'est à dire le paiement du salaire en nature, et prohibant le sweating système : lois sur l'hygiène, sur le repos hebdomadaire, en attendant les lois dont on parle déjà, qui établiraient des restrictions au système Taylor. Enfin, une troisième catégorie de lois : les lois sur les ventes à tempérament, moins nombreuses en France qu'à l'étranger. Les seules ventes à tempérament atteintes par la législation française, sont les ventes à tempérament des valeurs mobilières, particulièrement, des valeurs à lots, combinaison imparfaitement réglementée le 12 mars 1900, a été prohibée complétement par la loi du 111 décembre 1916.

Ceci suffit pour les trois faits économiques qui existaient avant la guerre, et qui ont engendré des conséquences depuis la guerre : les nécessités du crédit, le machinisme, la concentration des capitaux.

Les faits économiques d'après-guerre et les bouleversements juridiques qu'ils ont provoqués.

Plaçons-nous maintenant, à l'époque d'après-guerre, époque infortunée, mais bien curieuse pour l'économiste et le jurisconsulte. Nous allons voir apparaître un nombre de faits économiques intenses, qui vont engendrer des conséquences qui prendront figure de véritables bouleversements dans notre théorie générale des obligations.

L'impossibilité d'exécuter les contrats et la théorie de l'imprévision.

Et d'abord - ce fut le premier aspect sous lequel la guerre eut une influence sur la théorie des obligations et devant lequel les jurisconsultes prirent l'éveil - les conséquences des moratoires et prorogations que la guerre avait amenées. Le législateur dut intervenir. Dans les obligations entre particuliers, les contrats étaient devenus inexécutables ; il a fallu réglementer la question ; la jurisprudence était incertaine ; la

Source : BIU Cujas

jurisprudence du Conseil d'Etat, dans le célèbre arrêt, de la Compagnie du Gaz de Bordeaux de 1916, avait admis la théorie de l'imprévision, que la Cour de Cassation dans l'ordre civil, se refusait à reconnaître, notamment dans le non-moins célèbre arrêt de 1921 sur le bail à cheptel. La loi décida. Ce fut la loi Failliot, du 21 juin 1918. Voilà la premières des espèces où les faits économiques emportent la théorie juridique vers ce problème désormais renouvelé: d'inexécution pour cause d'impossibilité, chapitre fondamental de la théorie des contrats et de la théories des obligations.

L'insuffisance des immeubles et les lois sur les loyers.

Autre fait économique qui a donné lieu, dans l'ordre jurisprudentiel, aux conséquences les plus délicates: la raréfaction de certaines richesses. Un certain nombre de richesses se sont trouvées en quantités notablement inférieures à la demande. Ces richesses ce sont les maisons d'habitation et les immeubles à destination commerciale et industrielle. Résultat: plus de 25 lois sur les loyers d'habitation sans compter les lois importantes sur la propriété commerciale, de 1926 et 1927. Voilà un fait économique qui a eu pur la législation, et par conséquent aussi pur la jurisprudence, et pur la technique une influence démesurée.

la dépréciation de la monnaie: les problèmes des paiements en or et de l'action en rescision.

Troisième fait economique, consécutif à la guerre: la dépréciation de la monnaie française. Elle a engendré, comme dans tous les domaines, des conséquences dans le domaine du droit et dans le domaine de la théorie générale des obligations. Voici deux exemples: ils sont de discussion presque journalière.

D'abord le problème de la validité des paiements en or, ou des paiements en denrées, pour remplacer la monnaie dépréciée. Autre problème juridique, touchant également à la théorie générale de l'obligation: les conséquences de la dépréciation de la monnaie sur l'évaluation de la lésion, pour la mise en jeu de l'action en rescission. Là encore, à propos de nombreuses questions, notamment à propos des options immobilières, des promesses unilatérales, discussions et procès.

Source : BIU Cujas

L'augmentation du prix de la vie et la spéculation.

Enfin, pour en terminer avec la démonstration d'après la première méthode, indiquons un autre fait économique, qui est le même que le précédent, mais vu d'un autre côté : l'augmentation du prix de la vie, et plus particulièrement des denrées; c'est l'aspect civil de la spéculation illicite et aussi (conséquence dans une matière connexe à celle des loyers d'habitation) la question des baux à ferme.

2° Examen des faits à travers le Droit.

L'emploi de cette première méthode, semble bien avoir suffisamment prouvé l'importance des faits économiques et des conséquences qu'ont pu avoir ces faits sur la théorie générale des obligations

Employons maintenant la seconde méthode : partons du droit pour remonter aux faits, elle nous conduira à la même conclusion : relation étroite entre les faits économiques et la théorie générale des obligations. Pour faire cette démonstration, la méthode conduit à un procédé bien simple, dont voici quelques applications qui pourront être multipliées pour compléter ce qui est dit ici, très brièvement.

Elle consiste à choisir, à titre d'exemple, une année, et à se placer successivement au point de vue de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine, pour voir, dans cette année, quelles sont les principales questions intéressant la théorie générale des obligations, qui ont donné lieu à des lois, à des décisions juridiciaires, à des observations doctrinales, et qui se rapportent à des faits économiques. C'est la méthode inverse; elle est comparative, et hautement suggestive.

Année 1927 - lois inspirées par les faits économiques et ayant un rapport avec la théorie des obligations lois sur la révision des baux.

Prenons l'année 1927. Ouvrons le recueil des lois. J'y trouve un certain nombre de lois importantes, intéressant la théorie générale des obligations. D'abord les lois sur la révision des baux. L'année 1927 nous a gratifiés dans cette ordre d'idées, de trois lois fondamentales : la loi du 22 avril 1927, tendant à interpréter et à compléter celle du 20 juin 1926 sur la propriété commerciale, sur le renouvellement des baux à loyer d'immeubles

Source : BIU Cujas

ou de locaux à usage commercial ou industriel. Dans les dispositions concernant les conditions de renouvellement du bail, ou dans les conditions d'exercice du droit de reprise, la théorie générale des obligations est copieusement perdue. Il y a là des données nombreuses.

2°- La loi du 9 juin autorisant la révision du prix des baux à ferme, - révision des contrats -, le principe est là, c'est un principe qui touche essentiellement la théorie des obligations.

3° Loi du 21 juillet 1927, modifiant les art. 5 et 7 de la loi du 1er avril 1926 relativement aux rapports des bailleurs et des locataires des maisons d'habitation. Les art. 5 et 7, c'est tout le droit des contrats, pris sous l'angle de la célèbre et fameuse question de savoir dans quelle mesure le propriétaire peut se refuser à la prorogation du bail, et dans quelle mesure il peut, au contraire, invoquer le droit de reprise avec ou sans motifs légitimes. C'est là un problème capital.

Loi sur la réduction des charges des fondations.

En dehors de ces lois sur les baux, voici deux autres lois, qui engagent également des principes généraux du droit des obligations : la loi du 21 juillet 1927 sur la réduction des charges des fondations. Sans doute la matière des fondations ne touche pas exclusivement le droit des obligations; elle touche également de très près au droit des successions et des personnes morales, mais ce qui est en jeu, c'est la question du modus, de la charge, de la condition. Toute la théorie de la condition se trouve dans cette loi qui fait intervenir la puissance publique exemptée de l'observation des charges acceptées par celui qui en avait pris la responsabilité, à cause de la dépréciation de la monnaie.

Loi sur les monuments historiques.

De même, la loi du 23 juillet 1927, qui, quoique sous un aspect très particulier au premier abord, résulte cependant de la chute du franc et du renchérissement de la vie. C'est une loi singulière, sur les monuments historiques, qui vient compléter la loi de 1913. L'art. 11 de cette loi interdit

Source : BIU Cujas

de vendre, en totalité ou en partie, des matériaux qui, assemblés, constituent des monuments historiques. C'est celle qui interdit de démolir un vieux château pour aller le reconstruire de l'autre côté de l'Atlantique.

Lois relatives au travail et à la prévoyance sociale.

Enfin, voici encore d'autres textes, qui se réfèrent au travail, à la prévoyance sociale : loi du 2 février et 9 juillet 1927 sur les allocations temporaires en matière d'accidents de travail, les frais médicaux et pharmaceutiques ; loi du 25 février , loi du 7 décembre 1927 sur les contrats passés entre compagnies d'assurances et agents, ayant pour objet expressément de déclarer applicable l'art. 1780 du C.C. à la résiliation unilatérale du contrat, donnant lieu à des dommages-intérêts. La loi du 28 décembre sur les sociétés de secours mutuels, et enfin la loi du 27 décembre 1927, qui est la loi du budjet. En étudiant les lois du budjet à la loupe, on est sûr d'y faire des découvertes importantes pour la théorie générale des obligations.

Donc l'année 1927 a donné lieu à des textes que j'aurai, au cours de cette année même, à utiliser d'une façon immédiate.

Nombre important d'arrêts en matière d'obligations.

Quant à la jurisprudence, on ne peut compter les arrêts de toute sorte engageant la théorie générale des obligations, dans le domaine des assurances, des transports, du louage, de la responsabilité, du paiement. En matière d'obligations en général, arrêts fondamentaux, concernant la responsabilité, à raison d'accidents : Chambre des Requêtes du 12 janvier, Chambre civile du 25 juillet et du 26 octobre 1927, sur la présomption de faute en matière d'accident d'automobile. Requêtes, 29 mars 1927 sur l'application de l'art. 1382 et la non-application de l'art. 1384 en matière de transports gratuits ; Cour de Paris, 8 juillet 1927, sur les accidents en matière de personnes. Pour le paiement, et notamment la monnaie de paiement : Chambre Civile, 17 mai 1927, sur la stipulation de paiement du loyer en or ; - Requêtes, 11 janvier 1927 sur le point de

Source : BIU Cujas

savoir si on considère comme un fait de force majeure, le refus par le Comité de contrôle de l'exportation des capitaux, d'une autorisation d'exporter des capitaux en garantie d'un crédit confirmé. Il y a là, un fait économique certain, qui engage la question de la force majeure, qui est une question de la théorie générale des obligations.

Importance des dissertations doctrinales sur les problèmes soulevés par les faits économiques dans le Droit des obligations.

Enfin dans l'ordre doctrinal, dressons une facile et curieuse statistique. Parmi les dissertations doctrinales, publiées par le Dalloz Hebdomadaire 1927, sur 20 dissertations, un quart se réfèrent au droit des obligations : les deux dissertations de Mr Capitant sur la clause-or ; celle de Mr Josserand : sur la conduite des automobiles ; celles de Mr Lalou : imprévision ; celle de Mr Pic : assurances sociales devant le Sénat, engageant la théorie générale du contrat.

L'année précédente, nous mettait en face d'une proportion infiniment plus forte : 5 chroniques sur 12 se référaient à des questions touchant la théorie des obligations : trois chroniques de Mr Capitant sur les succédanés de la clause-or et sur la jurisprudence de la question ; une de Mr Josserand : transports et responsabilité des accidents d'automobile ; et une de Mr Lalou.

Enfin, le D.H. du 5 Janvier 1928, le seul paru en 1928 à l'heure qu'il est contient une dissertation sur les options c'est-à-dire, sur les promesses unilatérales de vente.

La méthode que j'ai employée était différente de la précédente ; je suis parti cette fois du droit pour arriver aux faits économiques. La démonstration est éclatante : un rapport étroit unit, de nos jours, les faits économiques et la théorie générale des obligations. La conclusion qu'il faut en tirer est double. J'ajourne pour l'instant celle qui va nous conduire à dégager une méthode de travail, dans l'étude du contrat. Je vous en donnerai la formule lorsque

Source : BIU Cujas

j'aurai examiné les conséquences des données morales sur la théorie des obligations.

Les idées suggérées aux jurisconsultes par les faits économiques. Les nouveaux concepts en matière de contrats

Il est une autre conséquence qu'il faut faire ressortir immédiatement : c'est dans l'ordre de la technique juridique, les diverses pensées qu'a pu suggérer tout ce mouvement économique aux jurisconsultes. Est-ce qu'ils se sont bornés simplement, froidement - comme on vient de le faire - à dresser le bilan des rapports entre l'économique et le droit, à constater que ce rapport est étroit et à passer ? Ou bien est-ce que, en dehors de la méthode d'exposition, le juriste n'a pas son mot à dire devant ce mouvement économique ?

Dans cet ordre d'idées citons le livre paru l'an dernier, de Mr Gaston Morin, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. "La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté." Les conclusions de cet opuscule sont les suivantes : la décadence de la souveraineté de la loi et du contrat, cela signifie que toute l'économie du C.C. est renversée ; que cette liberté des contractants, que cette égalité des contractants (on n'ose dire : que cette fraternité des contractants !), que le C.C. a tant engagée, et qui est à la base non seulement de son économie, mais de sa philosophie du contrat, tout ceci se voit bouleversé, car d'une part le contrat se trouve transformé, par la domination de l'un de ses contractants, en une lex, en une loi impérative, à laquelle l'autre est obligé de céder. Le contrat fait place à l'imperium. Oui, mais, comme la lame d'Achille, le droit est apte à guérir les blessures qu'il produit, et dans un ordre juridique nouveau, qui est peut-être l'ordre de l'avenir, la technique a fait sortir le remède du mal : en face de la concentration des capitaux, de la concentration des entreprises, il a dressé la solidarité professionnelle ; en face du contrat de travail où le travailleur est isolé, il a fait naître la convention collective de travail où les travailleurs groupés peuvent discuter leurs intérêts (loi du 25 juin 1919, art. 31 et suivants du C. Tr.)

Nous voyons alors apparaître une

Source : BIU Cujas

seconde forme de la législation, une forme collective, ce que Mr Gaston Morin appelle la législation professionnelle.

Ainsi à la place du contrat individuel et individualiste du C.C., nous voyons entrer dans notre technique la lex, la législation professionnelle. Voilà une conséquence juridique, une observation de jurisconsulte qui ne se borne pas à enregistrer simplement les faits mais essaie d'en dégager les conséquences.

Autre conséquence, non plus dans l'ordre de la formation des obligations, mais dans l'ordre de l'intervention nécessaire dans les conséquences des contrats, en laissant de côté la manière dont ils se forment et les effets qu'ils entraînent. Mr Gaston Morin préconise la création ou le développement de nouveaux concepts juridiques qui vont se substituer aux idées désuètes du C.C., sur l'autonomie des volontés, la lésion d'une part, et la révision de l'autre. Le concept de la lésion, le concept de la révision, cette intervention juridique, vont là, dans le domaine du contrat, des idées nouvelles qui vont se substituer à la toute puissante volonté des contractants.

Dans l'ordre délictuel, le concept d'assurance, perfectionnement de l'idée de risque qui est trop brutale : la responsabilité quittant le terrain subjectif pour être placée sur le terrain objectif, exclusivement rattachée à l'idée de risque, engendrerait des abus et des injustices plus criantes que la simple application de l'idée de faute, si le concept d'assurance, dominé et dicté par l'esprit solidariste, ne venait en détruire les effets.

Rapports entre la morale et la théorie générale des obligations.

Pour faire saisir sur le vif, le rapport Exemple actuel étroit qui unit la morale et le droit des o- montrant la re- bligations, empruntons un exemple très ac- lation de la mo- tuel. Une proposition de loi votée le 17 no- rale et du droit vembre 1927 par la Chambre des Députés des obligations. a pour but d'instituer une récompense La proposition pour les personnes ayant trouvé des objets

Source : BIU Cujas

votée le 17 nov. 1927 sur l'obligation de payer une certaine récompense à l'inventeur d'un objet perdu.

de valeur, et les ayant restitués. Cette récompense est égale à 5 % du montant de la valeur des objets, jusqu'à 5.000 francs, et à 2 % au-delà. L'art. 2 est également intéressant : dans le cas où la récompense sera refusée par le bénéficiaire, elle sera attribuée au bureau de bienfaisance de la commune, sur le territoire de laquelle a été effectuée la trouvaille, et s'il n'y en a pas, au bureau de la commune la plus proche (Officiel n° 2017, Chambre des députés, 18 novembre 1927).

Pour analyser cette proposition, qui a été votée sans l'ombre de discussion, à mains levées, la presse, organe de l'opinion publique, a, à la fois, approuvé la proposition, et déploré les circonstances qui en avaient amené le dépôt et le vote.

Aspect moral du problème.

Progrès, en effet, disait-on, satisfaction à la conscience : les faits non pas quotidiens, mais répétés, montrant que trop souvent des personnes infortunées, ou très fortunées, égarant par distraction des objets de valeur, titres ou bijoux, n'accordaient à ceux qui les rapportent que des rémunérations dérisoires.

Mais on ne pouvait pas s'empêcher de déplorer qu'une pareille loi ait été nécessaire. Faut-il que cette même conscience soit oblitérée pour que le législateur se voie obligé d'intervenir pour assurer une récompense pour celui qui a trouvé l'objet ; et d'autre part qu'il faille en venir jusqu'à un appât de récompense pour engager ceux qui trouvent des valeurs, des titres au porteur, ou de l'argent, à les rapporter au lieu de les mettre dans leur poche. Affaiblissement de la morale disait-on.

Son aspect juridique, l'exception légale de l'obligation de reconnaissance.

Le juriste, en face de cette loi se posera d'autres questions. Le technicien du droit y verra un nouveau cas d'obligation lege, à mettre dans cette espèce d'addendum au droit des obligations que figure le Tit. IV, livre III du C.C. Mais il ira plus loin et il posera le problème comme il doit l'être, car il y a un problème juridique qui est le suivant : *on attribue une récompense à celui qui rap*

Source : BIU Cujas

porte l'objet. Et s'il ne l'avait pas rapporté, que lui attribue-t-on ? Une punition. Et la preuve, c'est un second fait : celui-là est d'avant-hier.

Au Palais de Justice, une femme malheureuse et sa fille, l'esprit perdu probablement par un procès, oublient sur l'un des bancs un sac dans lequel se trouvait une somme de 700.000 francs, en valeurs, en argent, et, certaines de ces valeurs étant nominatives, au bout de trois jours celui qui avait trouvé l'objet, le rapporte, l'air souriant, sollicitant une récompense. On l'envoie au dépôt.

En effet on peut se demander quelle singulière loi qui récompense un fait qui, s'il n'était pas accompli, serait puni comme un délit ? Quelle explication en donner ?

C'est là que j'en arrive à ma démonstration. L'explication est très simple : c'est la morale qui fait intrusion dans le droit, ou tout au moins c'est l'une des applications de la règle morale, sanctionnée par le droit.

Quels sont à cet égard, les principes de morale qui sont appliqués dans la proposition votée le 17 novembre 1927 ? On sanctionne comme une obligation civile, une obligation de conscience. L'obligation en vertu de laquelle celui à qui on a rendu le service de rapporter les valeurs perdues, est tenu par un devoir moral, qui s'appelle le devoir de reconnaissance, devoir de reconnaissance qui, jusqu'alors, n'avait pour application en droit positif qu'une institution, d'un caractère difficile à analyser et sur laquelle il y a controverse : la donation rémunératoire, qui est, suivant les auteurs et la jurisprudence, tantôt considérée comme une donation, tantôt considérée comme l'exécution d'une obligation naturelle.

Et voilà ces controverses réglées par une nouvelle loi - si elle est votée par le Sénat après les délais d'usage. Le devoir de reconnaissance sera sanctionné par le droit privé.

Mais il y a plus, et à un autre point de vue, la loi morale s'introduit dans le droit privé. La morale repose sur la distinc-

Source : BIU Cujas

tion du bien et du mal. Or dans l'ordre des sanctions, elle préconise une sanction double : la punition de celui qui fait le mal, la récompense de celui qui agit bien. Jusqu'à présent, dans le droit, on s'était préoccupé de la punition de ceux qui agissent mal. On entre dans une voie nouvelle, en prévoyant la récompense de ceux qui agissent bien.

Cependant, à cet égard, lisez l'art. 2 de la proposition. Il y a encore des hommes qui comprennent que la vertu doit trouver sa récompense en elle-même et non pas ailleurs, et que c'est dans le for de la conscience et non pas dans une récompense, quelle qu'elle soit, argent ou autre, que l'homme doit aller chercher la satisfaction du devoir accompli. Alors, pour s'arrêter devant ce sentiment, qui doit être à mon sens, hautement approuvé et propagé, et pour, cependant, continuer à maintenir l'obligation à la reconnaissance, lorsque celui qui aura rapporté l'objet aurait mérité la récompense, celle-ci sera attribuée, en cas de refus de l'inventeur, au bureau de bienfaisance de la ville ou de la Commune où l'objet a été retrouvé.

Cet exemple montre que le droit des obligations est dominé par la loi morale. Toutefois je ne prendrais pas me borner à cette démonstration facile, quel qu'en soit le caractère nettement scientifique ; et, je vais maintenant faire une démonstration plus détaillée, en suivant le processus déjà observé, relativement aux faits économiques, contempler des objets à rapprocher : morale et obligations.

La théorie générale des obligations, nous n'avons plus à la définir. Mais d'autre part qu'est-ce que l'on entend par : *les données morales qui président à la formation et à l'évolution du droit des obligations* ? Lorsque j'aurai établi ce point, qui, pour le reste de ce cours, et notamment à propos du contrat, présente une importance fondamentale, je vous montrerai quel rapprochement doit être fait et je vous démontrerai le rapport étroit qui existe entre ces données morales et le droit des obligations. C'est par là que je terminerai cette introduction à l'étude du Contrat : vous apercevez alors qu'il

Source : BIU Cujas

s'agissait bien d'une introduction, car de la conclusion par laquelle nous allons clore cette discussion, se dégagera la méthode que j'observerai pour le restant de cet enseignement.

Les données morales présidant à la formation et à l'évolution du Droit

Qu'est ce que les données morales présidant à la formation ou à l'évolution du droit ? Le juriste a toujours professé que les données supérieures dominent et dictent les règles du droit positif, des données supérieures qui trouvent leur source dans les replis intimes de l'âme humaine. Le mot de Cicéron est resté, à cet égard, véridique à travers les âges : C'est dans la plus intime philosophie qu'il faut aller rechercher les sources de la discipline du droit. (Petitus ex intima philosophia disciplinam

Cette vérité, pour les juristes, est tellement rapprochée de leur conscience, qu'il paraît difficile de ne pas rappeler ici qu'un grand juriste du début du XIXe siècle, un des plus grands civilistes, Toullier, a demandé que sur sa tombe, à Rennes, figurât en inscription la phrase de Cicéron. C'est donc du tréfonds de la conscience qu'il faut faire sortir la règle morale qui forme la discipline du droit.

D'autre part, les juristes ont aussi, de tout temps, essayé de condenser, dans un mot, ou dans une expression à deux ou trois mots au plus, ces données morales qui influent sur la formation et l'évolution du droit. En général quatre expressions ont été, au cours des siècles, et inspirées par des philosophies différentes, prononcées par les juristes pour exposer en substance, et sous une forme condensée, ces données morales. Ce sont les quatre expressions suivantes, sur lesquelles nous allons successivement nous arrêter, d'ailleurs assez inégalement : justitia, la justice ; aequitas, l'équité ; le droit naturel ; la règle morale.

1° Justitia. Le premier, la justice, justitia, je l'ai prononcé en latin, parce que c'est en latin, et sur des définitions latines immortelles que les juristes ont appris à lire le droit. La définition de la justice est inscrite dans les Institutes de Justinien, dans ces Institutes qu'à l'Ecole, il y a une vingtaine d'années, on expliquait texte par texte. Elle est inscrite aux

Source : BIU Cujas

Définition de la Justice par les jurisconsultes philosophes romains.

Institutes et elle était antérieurement inscrite dans les règles d'Ulpien, (Livre I) et reproduite au Dig. I, 1, 10. pr. : "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi." Le texte est repris à part, par les Institutes de Justinien, I, 1, pr.[1]

Cette définition qui a été reproduite d'ailleurs dans notre ancien droit, dans la langue savoureuse du XIIIe siècle, était devenue classique en France. Dans le Grand Coutumier de France, dans le Conseil à un ami de Pierre de Fontaines, dans les Etablissements de Saint-Louis, on trouve des traductions telles que celle-ci : "Justice est volunté ferme et pardurable qui rend à chascun sa droicture." Dans le vieux langage français, on a trouvé les termes exacts qui traduisent, de la manière la plus adéquate la pensée des philosophes romains. Qu'est-ce que cette définition, et qu'est-ce qu'elle nous dit.

Analyse de la définition.

Elle nous apprend que la justice est une volonté ; que c'est une volonté ferme et „pardurable", pour employer le mot de nos vieux auteurs. Constans, c'est la fermeté ; perpetua, c'est le terme qui signifie beaucoup plus que continu ; perpetua cela signifie qui dure aussi longtemps que la vie humaine elle-même. La volonté de rendre à chacun jus suum, son droit, sa „droicture", comme disaient encore nos vieux auteurs.

a voulu été

Pour éclaircir cette définition, Mr Senn, l'a rapprochée d'un passage où cette définition, sinon copiée, mais où l'on en avait trouvé l'expression première. C'est un passage du

---

[1] Sur les difficultés de lecture et les parianles de ce texte, voir communication faite l'an dernier, au Congrès des Sciences historiques de Bruxelles, par Mr Félix Senn, professeur à l'Université de Nancy : De la Justice et du Droit ; explication de la définition traditionnelle de la justice. On trouve dans ces pages, la discussion des textes, la véritable version, et surtout la définition de la justice, commentée et rapprochée des principaux textes de l'époque des doctrines philosophiques romaines, et des doctrines de la philosophie grecque.

Source : BIU Cujas

De inventione de Ciceron, que le Moyen-Age chrétien a reproduite fréquemment, et elle était ainsi conçue : Justitia est habitus animi communi utilitate conservata suam quique tribuens dignitatem et voici les principales différences que nous apercevons alors entre le texte d'Ulpien et les textes de Ciceron.

Ciceron disait : Justitia est habitus animi. Et Ciceron au lieu de prendre le mot jus, prenait le mot dignitas. Ainsi le mot habitus animi et le mot volontas se trouvaient employés comme équivalents par la sagesse romaine, c'est à dire que la justice était à la fois un concept de l'esprit, fruit de l'intelligence, de la raison, et une volonté, c'est à dire une action en puissance : Concept et volonté.

D'autre part, dignitas et jus substitués indifféremment l'un à l'autre expriment une relation du même genre. Dignitas, c'était, d'après ce que nous montre le De inventione de Ciceron, ce qui revient, ce qui convient à Chacun, à raison de son rang, à raison de sa situation dans la société ou dans la famille.

Nous sommes ici en présence d'un produit de la philosophie antique, et plus particulièrement des écoles pythagoricienne et stoïcienne. La justice, conception abstraite, repose sur la raison de l'homme et sur sa volonté. Le sentiment est absent. Les Romains n'étaient pas des sentimentaux.

D'autre part, la dignité, le droit, ce qui convient, ce qui revient, cela veut dire qu'au-dessus de la justice, il y a quelque chose ; que la justice n'est en réalité qu'une idée seconde. Bien que les Anciens en aient fait une déesse, que sa définition implique quelque chose de plus élevé puisque la vertu de justice consiste à rendre à chacun ce qui lui revient, ce qui lui convient.

Idée qui la domine : l'aequitas.

Mais qu'est-ce donc qui revient, et qu'est-ce donc qui convient ? Voilà le problème. Quelle est donc la donnée supérieure à la justice ? Qu'est-ce que cette justice ou cette dignitas doivent à cette notion inconnue, et quelle est cette notion ? D'où résulte-t-elle ? En quoi

Source : BIU Cujas

s'analyse-t-elle ? Elle résulte de la nature, de l'ordre social, et de la morale, qui créent les devoirs, les offices, comme dit Cicéron, (de Officiis). La nature a établi des rapports entre les hommes et la civilisation, dirions-nous aujourd'hui, la vie, les devoirs, disait-on autrefois, ont renforcé entre les hommes ces rapports qui marquent entre eux des inégalités, permettant à certains de réclamer des autres, ce que les autres ne peuvent pas réclamer d'eux. La religion, la piété, le culte des ancêtres, le respect dû au père de famille, la reconnaissance dûe pour les services rendus, la vindicatio, le respect de la propriété, voilà les rapports établis entre les hommes par les devoirs

L'observation égale de ces rapports, cette observation égale des inégalités humaines, c'est à ce concept qu'il fallait donner un nom, c'est à cette idée qu'il fallait trouver un substantif. Quel est le nom, quel est le substantif, qui est sorti de la sagesse antique, pour exprimer cette égalité dans l'inégalité, ces rapports de proportionnalité entre les hommes, instrument de précision qui apertira avec certitude, si le calcul est exact ou non, si l'on a bien estimé l'égalité proportionnelle recherchée ? aequum, aequitas, voilà le mot, voilà l'idée.

L'équité, dans la société antique, nous apparaît donc comme cette unité de mesure révélant entre les hommes, et permettant de calculer entre eux, avec toute l'approximation désirable, ces rapports d'égalité proportionnelle, dont le principe va être transmis au Moyen-Age : hominis ad hominem proportio écrira plus tard Dante.

L'équité

Arrivons maintenant à l'équité, que nous venons ainsi d'introduire, car elle était le dernier mot de la philosophie gréco-romaine. Si je m'arrête un peu plus longtemps sur l'équité, c'est parce que d'abord, en France, l'analyse n'en a jamais sérieusement été faite.

La notion de l'équité en France.

L'équité est une de ces notions dont, chez nous, on emploie le nom, sans beaucoup se préoccuper de ce qu'il contient et de ce qu'il renferme. Notre équité, à nous, c'est une notion terre à terre, en quelque sorte, une notion de prétoire, de palais de justice, presque pourrait-on dire, de tribunaux de commerce et d'arbitres rapporteurs. L'équité, c'est l'invitation à juger ex aequo et bono, c'est l'argument dernier qu'un avocat, ayant épuisé dans son dossier les ressources qui lui fournissaient les arcanes des textes et les chicanes de la procédure, invoque ex tetundo, à la fin de sa plaidoirie,

pour un tribunal qui a cessé de l'écouter.

Lorsque nous nous retournons du côté du dictionnaire, puisque les juristes ne nous donnent rien, celui de Littré par exemple, nous y trouvons quelque chose d'exact, mais qui, cependant, ne nous satisfait pas pleinement. Ce qui est exact dans le dictionnaire de la langue française, c'est de montrer l'équité sous son double jour : L'équité est à la fois chez nous, aujourd'hui un concept, comme chez les Romains, mais ce qu'elle n'était pas chez les Romains, un sentiment. L'équité est un concept, et c'est ainsi que Littré définit l'équité : La justice naturelle, par opposition à la justice légale. Et comme tel, par conséquent, c'est un concept, une donnée de l'entendement, une notion que l'on dégage de la raison.

Mais - et c'est pourquoi Littré la donne en première ligne ; - l'équité possède dans le dictionnaire une autre définition : c'est, écrit l'auteur du dictionnaire, une disposition à faire à chacun part égale. Une disposition, une inclination, un penchant, un sentiment; voilà ce qu'il y a d'exact encore dans la notion du dictionnaire de la langue courante.

L'équité est chez nous, à la fois, un sentiment et un concept; c'est beaucoup plus un sentiment qu'un concept, et c'est le penchant sentimental qui fait toujours invoquer l'équité à la barre de nos tribunaux.

Mais où il y a des réserves à faire, c'est dans le contenu de ces définitions ; car ce contenu ne nous satisfait plus, parce que l'équité que nous a léguée la tradition romaine, est une notion qui a évolué : au Moyen-Age, elle s'est, en quelque sorte, coupée en deux. Elle est restée, pour partir, enfouie, pendant très longtemps dans les profondeurs de l'histoire ; la pleine équité romaine n'est pas morte, certes, avec le Moyen-Age, mais elle s'y est endormie ; et à sa place, ailleurs chez nous, mais dans d'autres pays, est venue se substituer une fraction d'elle-même, une équité d'un sens plus technique, plus étroit, plus rapprochée du droit, plus rapprochée aussi du positivisme, plus rapprochée des désirs con-

Source : BIU Cujas

crets des cerveaux qui l'invoquaient : c'est l'équité anglaise.

Il est indispensable de donner la définition de l'équité anglaise, parce que l'équité anglaise, au fond, c'est bien la notion d'équité telle que nous la retrouvons, dans une certaine mesure, aujourd'hui, dans notre droit français, mais sans que nous le sachions, sans que nous en rendions un compte exact.

Quel est donc ce second concept de l'équité, qui répond à une donnée de l'esprit, à une donnée de l'entendement, et qu'invoquent les juristes ?

Cette équité, stricto sensu, elle peut se réclamer de parents illustres, elles est aussi vieille que l'autre, elle est aussi ancienne que la grande aequitas à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure. Ceux qui nous l'ont définie, ceux qui nous en ont légué la formule, sont deux hommes qui portent des noms illustres dans l'histoire de la pensée philosophique et juridique : l'un est Aristote, et l'autre est Grotius.

La notion aristotélicienne de l'équité.

Dans Aristote, esprit positif s'il en fut, on trouve de l'équité une notion qui s'oppose à celle du droit : l'équité s'oppose au droit. L'équité est „ce qui est droit, en dehors de la loi écrite", dit-il dans la Rhétorique. Ce qui est droit en dehors de la loi écrite, ou encore (autre définition) „ce qui est une juste rectification du juste rigoureusement légal", une correction de la légalité. (Ethique à Nicomaque.)

Dans ce cas, la définition de l'équité est singulièrement plus étroite. Elle vise ce que plus tard Cicéron exprimera lui aussi, en quelques mots, demeurés classiques : *Summum jus, summa injuria*. Cela veut dire que le droit rigoureusement appliqué, que la loi ou la coutume, bref que la règle positive, peut conduire à des injustices, et qu'il est nécessaire de réparer ces injustices. Cette rectification, c'est l'équité.

Voilà ce qu'est l'équité. Définition infiniment plus modeste que la fière définition stoïcienne de l'aequitas, qui passait tous les hommes sous la toise et établissait rigoureusement entre eux des mesures de proportion-

Source : BIU Cujas

nalité : définition plus concrète aussi, plus rapprochée des faits, plus facile à saisir, et pour les justiciables et pour ceux qui rendent la justice

La notion d'équité au Moyen-Age dans Bracton.

Au Moyen-Age, cette notion aristotélicienne de l'équité s'est substituée à l'ancienne notion, et nous en avons la preuve en Angleterre par un passage bien connu de Bracton. Bracton, au XIIIe siècle, romaniste et canoniste, donnait de l'équité la définition suivante : (De Legibus, fol. 3) „aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis paria desiderat jura et omnia bene conquiparat." „L'équité est cette convenance des choses qui, dans les causes pareilles désire des droits pareils, et qui rend bien égales toutes choses." Et dicitur aequitas quasi égalitas", et l'équité est dite comme une sorte d'égalité. Bracton plus loin, terminait ainsi sa doctrine : „Justitia in mentibus justorum quiescit" : la justice repose dans l'esprit des justes. Voilà la belle notion antique reprise par le Chancelier de la Cathédrale d'Exeter !

La notion de l'équité anglaise au XVIe siècle.

Or au commencement du XVIe siècle, nous voyons que la notion a évolué, s'est retrécie et dans un dialogue, célèbre, paru environ vers 1520 et vulgarisé sous le nom de „Doctor and Student", (le Docteur et l'Etudiant) on trouve une définition de l'équité anglaise qui n'est plus autre chose que le summum jus summa injuria, l'équité restreinte d'Aristote.

Définition de l'équité par Grotius.

Grotius, avons-nous dit, a, lui aussi, tenu la notion nouvelle d'équité sur les fonds baptismaux du droit, et en effet Grotius, désireux de développer le plus largement possible sa théorie du droit naturel, désireux aussi de ne point mélanger les notions, de maintenir au droit de la nature et des gens la place prédominante qui lui revenait, avait le souci, au contraire, de réduire l'idée d'équité à son sens le plus technique. Et après avoir montré, dans son traité "De aequitate" (Chap. I. § 2.) l'erreur de ceux qui prétendent que l'équité était encore, soit l'ensemble du droit naturel, soit même l'égalité dont parlait Bracton, il donne cette définition du sens propre de l'équité : „Proprie vero et singulariter aequitas

Proprie vero et singulariter aequitas est virtus voluntatis

Source : BIU Cujas

correctrix ejus, in quo lex propter universalitatem deficit.

est virtus voluntatis" Au sens propre et singulier du terme, l'équité est une vertu de volonté ... "correctrix ejus in quo lex propter universalitem deficit"..."qui vient corriger les fautes que la loi commet à cause de son caractère général"

C'est la correction de la loi, l'équité.

Et Grotius ajoute, un peu plus loin : "aequum est id ipsum quo lex corrigitur..." "L'équité est le juste souci par lequel la loi est corrigée.

Voilà la notion traditionnelle de l'équité anglaise. Ce n'est pas la notion de l'antiquité, cette Dominis ad hominem proportio que Dante a reprise. Ce n'est pas l'équité du Moyen-Age, c'est une équité technique, ayant pour but, en quelque sorte, de corriger les fautes contre la morale, contre la conscience, qui peuvent résulter d'une application un peu trop rigoureuse des textes ou des coutumes, élaborés par le droit positif.

Le développement de la notion d'équité en Angleterre. L'Equity réduite au rôle d'une seconde branche technique du système juridique général anglais.

Cette notion traditionnelle de l'équité a été développée en Angleterre, dans des conditions particulièrement intéressantes, et qui n'ont jamais été étudiées chez nous. Elles ont engendré - et c'est pourquoi j'y insiste - dans le domaine de l'obligation, des conséquences considérables qu'il faudra à préciser au cours de cet enseignement.

Mais les idées et les mots ont parfois, comme les hommes, leur revanche, et en ayant fait à l'équité, derrière Aristote et Grotius, une place de "seconde zône", les mots et les choses ont travaillé. L'équité anglaise, dans le sens qui vient d'être défini, a été de plus en plus en se rétrécissant, en se systématisant, en ne devenant plus qu'une seconde branche technique du système général juridique de l'Angleterre. Common law, droit commun, (droit coutumier, disent certains), et équity étaient, en 1873, et sont peut-être encore aujourd'hui, deux branches du système général de l'Angleterre, répondant à une conception identifiée, - en somme à celle de la loi non écrite, développée par des décisions des tribunaux.

Mais tandis que l'équité du XIXe siècle prenait ainsi figure, de plus en plus, de droit

Source : BIU Cujas

positif s'éloignant de la morale, les mots travaillaient d'eux-mêmes. Il y a des mots-forces", comme il y a des "idées-forces". Les auteurs anglais, les juristes, élaborant un corps de doctrines, sur lequel nous aurons à revenir, ont essayé, derrière les règles et les institutions de l'équité, de dégager des "maximes de l'équité;" parmi ces maximes, il en est deux principalement qui sont aptes à faire toute une besogne, et qui ont ressuscité en partie, dans l'Angleterre d'aujourd'hui, la vieille notion de l'équité de Bracton et la vieille notion de l'équité du Moyen-Age, la notion romaniste et canoniste.

La résurrection de l'équité au XIXe S. en Angleterre et la conception de moralisation du droit.

La première de ces maximes, c'est: Aequalitas est aequitas: l'égalité c'est l'équité. L'équité, disent les Anglais, fait des délices de l'égalité". D'autre part, seconde maxime: Equity acts in personam: l'équité agit sur la personne, ce qui veut dire que l'équité s'attache plus au devoir qu'au droit; que l'équité juge et départage les consciences; que lorsqu'un individu doit, il a le devoir de payer; que lorsque le droit intervient, ce n'est pas tant pour faire obtenir au créancier son droit que pour faire exécuter et accomplir au débiteur son devoir.

Alors il ressort de l'équité anglaise - et les auteurs américains l'ont aperçu encore mieux que les auteurs anglais - une conception du droit qui est peut-être la conception de demain, dans le domaine du droit privé, comme dans le domaine du droit public et aussi du droit international. Le rôle auquel vise le droit, au nom de cette équité supérieure, c'est d'intervenir, non pas comme juge de droit, mais comme juge de morale, pour mesurer et déterminer la part qui revient aux hommes et aux peuples, au nom de la moralité, et d'établir entre eux cette égalité proportionnelle, rêvée à travers le moyen-âge par les canonistes et par les philosophes, héritiers de la grande pensée léguée par la Grèce et par Rome.

Il faut retenir cette idée qui se dégage de l'équité anglaise si passionnante à l'analyse: nous aurons très souvent à y faire appel au cours de cet enseignement.

Source : BIU Cujas

Il reste à définir deux autres termes : droit naturel, règle morale.

3°- Le Droit naturel. Antiquité de cette conception.

Droit naturel, c'est une formule, qui, au fond, est très ancienne. Dans Ciceron, chez les Grecs, chez les Romains, chez les philosophes de l'antiquité, on a toujours eu tendance à rapprocher le droit de la nature, à rechercher dans la nature, comme l'a fait Ciceron, la source des rapports que le droit doit réglementer.

Néanmoins, l'expression droit naturel, à l'Ecole et de nos jours, vise une doctrine philosophique ayant pris naissance au début du XVIIe siècle, et qui est attachée plus particulièrement au nom du juriste philosophe, Hugo de Groot dit Grotius, la doctrine dite du droit de la nature et des gens qui, adoptée avec enthousiasme par ses disciples, par les philosophes du XVIIIe siècle, a inspiré toute la philosophie de notre Révolution française. Combattue, ensuite* abandonnée, cette doctrine a été reprise sous des formes nouvelles, de nos jours, au cours d'une âpre controverse.

* presque

Grotius et les 3 caractères de la théorie du Droit naturel.

On dit que Grotius est le père du droit naturel. En effet c'est dans ses écrits que cette doctrine a surtout pris les trois caractères que l'on rencontre en permanence dans toutes les théories, sous quelque forme qu'elles aient été présentées, qui se réclament de l'idée morale du droit, on dit également aujourd'hui de l'idée philosophique ou métaphysique du droit.

II° Affirmation définitive du Droit naturel.

D'une part, l'affirmation du droit naturel. On affirme qu'un droit naturel existe. Cette affirmation, Grotius la produit principalement dans son grand ouvrage, écrit au cours de son exil : De jure belli ac paci, (1625). L'affirmation de Grotius porte sur l'existence d'un jus naturale : est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem immutari queat : il y a un droit naturel, à ce point immuable que même par Dieu il ne pourrait être transformé; c'est une donnée de la raison, dictatum rectæ rationis inhérente à la nature humaine.

Voilà le premier trait caractéristique de la doctrine. Grotius le justifiait par une sorte de consentement universel des philosophes, des moralistes, des historiens, même des poètes. Toute sa doctrine repose sur une série de citations, et il concluait d'une manière particulièrement frappante de toutes ses observations. « Ce ne serait vraiment pas la peine de tant discuter si vraiment il n'y avait pas de droit. »

Source : BIU Cujas

(Frustra de jure disputatio auscipiatur, si ipsum jus nullum). Voilà le premier caractère.

H^el Analyse de cette notion de droit en une idée égalitaire.

Le second, c'est ce droit s'analyse dans une sorte d'égalité entre les hommes, égalité reposant sur la dignité de la personne humaine. Nous trouvons là, la phrase même de Ciceron, et c'est surtout le disciple de Grotius, Pufendorf qui a mis en lumière ce côté de la doctrine du maître hollandais qui n'a pas été l'une des moindres causes du succès de cette théorie.

"La nature n'a donné à personne le privilège de s'attribuer sur les autres un droit dont ils ne puissent user à leur tour par rapport à lui." (Pufendorf, L. II. chap. 3, § 10).

Enfin, 3e trait de la doctrine : nous venons de voir une affirmation, nous venons de voir l'analyse du contenu ; voici maintenant les effets de la doctrine, le but qu'elle poursuit, le résultat auquel elle tend. Le droit naturel est supérieur, s'impose à tous, s'impose même aux souverains qu'il domine et à qui il commande. L'autorité n'est reconnue à un souverain qu'en vertu d'une sorte de délégation de ses sujets. Et l'étude critique de Grotius va jusqu'à l'analyse très serrée, très prenante de ce que l'on appellera, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la résistance à l'oppression. Grotius a fait des raisons particulières d'analyser principalement cette notion, ayant payé de sa personne, par une condamnation à la prison perpétuelle à laquelle il peut se soustraire par l'évasion et l'exil, la liberté de conscience.

Voilà les trois données de la doctrine du droit naturel. A quelque époque que nous nous placions, chez les continuateurs immédiats de Grotius, chez les philosophes du XVIIIe siècle, ou même à l'époque actuelle où la doctrine se trouve renouvelée, ce sont toujours l'affirmation de l'idée du droit, son analyse dans une notion égalitaire, son rôle social en face de la puissance publique, ce sont là les trois caractéristiques qui ont été mis en lumière, et qui resteront la marque de la théorie.

Nous n'avons pas le temps d'analyser, à travers les philosophes et les doctrines, les transformations diverses, les modalités particulières sous lesquelles ces trois traits se présentent chez les philosophes, chez les moralistes, chez les juristes eux-mêmes. Retenons seulement, en ce qui concerne la tradition de cette doctrine jusqu'à la Révolution qu'elle fut le fond même de l'œuvre de Montesquieu

Source : BIU Cujas

La conception du Droit naturel chez Montesquieu.

C'est lui qui a peut être fourni les formules les plus définitives puisque, en réalité, son affirmation de l'idée du droit a passé dans des propositions demeurées mémorables, et même a failli devenir un article de notre C.C. La loi, disait Montesquieu, "la loi en général, est la raison humaine en tant qu'elle "gouverne tous les peuples de la terre"*. Et en tête du projet de C.C., en l'an VIII, les auteurs du projet avaient placé un art. 1 ainsi conçu: Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. A peu de chose près, c'était la formule même de Montesquieu.

*(Esprit des Lois, Liv. I. Chap. III.)

Dans Montesquieu on trouve aussi une lutte très vibrante en faveur de l'idée d'égalité entre les hommes, particulièrement au L. XV, Chap. 2 de l'Esprit des Lois, où il critique l'esclavage, et enfin une proclamation rigoureuse du rôle social joué par l'idée du droit par rapport à la puissance publique. Montesquieu l'affirme plus spécialement encore dans le L. XXV, chap. 9 de l'Esprit des Lois, sous la forme d'une discussion concernant la liberté de conscience. Le fond de l'ouvrage, c'est la théorie de la liberté politique, garantie des droits naturels. Dans l'œuvre de Montesquieu on trouve sous des formes différentes, et dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, une reproduction très nette de la doctrine de Grotius.

La théorie de Kant et les trois principes.

Le dernier philosophe représentant la tradition en la matière, dont il faut retenir le nom, c'est le contemporain du C.C., le philosophe de Kœnisberg, Kant. Lui aussi, proclame trois principes qui se trouvent être exactement les conséquences de la doctrine posée par Grotius. Mais ces principes sont bien personnels à la philosophie sociale de Kant, à sa conception du droit partant des principes de morale, qui ont fait de cette morale même une donnée classique. Kant partait du principe célèbre de l'universalité du pouvoir: Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse être érigée par ta volonté en une loi universelle.

Le second principe de Kant, c'était le principe de l'humanité, fin en soi, l'homme, et en général toute créature raisonnable, existe comme fin en soi, non pas simplement comme un moyen pour l'usage arbitraire de telle ou telle volonté.

Et le troisième principe de la morale de Kant

Source : BIU Cujas

- retenons-le, car c'est le principe du C.C. - c'est l'autonomie de la volonté : le commandement vient de la volonté elle-même, la volonté est législatrice, l'individu est à la fois auteur et sujet de la loi morale.

affirmation de l'idée de Droit.

Voilà les trois principes de la philosophie de Kant, qui mènent aux trois données de la théorie de Grotius, aux trois conséquences, aux trois caractéristiques de la théorie du droit naturel. En premier lieu, l'affirmation de l'idée du droit : le droit est un produit de la raison, c'est une idée érigée en loi par la volonté de l'individu, le droit c'est la volonté. En second lieu, l'idée s'analyse dans le respect égal et réciproque des individus les uns envers les autres. C'est la fameuse maxime inscrite dans les Principes métaphysiques du droit, de Kant, et que l'on a appelé la maxime de la coexistence : le droit a pour but la détermination des conditions sous lesquelles la liberté de chacun peut coexister avec la liberté de tous. C'est d'ailleurs de cette formule que Kant a tiré sa célèbre définition du droit : "Les conditions sous lesquelles la faculté d'agir de chacun peut s'accorder avec la faculté d'agir d'autrui, d'après une loi universelle de la liberté."

Respect égal et réciproque des individus.

Supériorité de l'idée de droit s'imposant à tous.

Enfin, troisième caractéristique, l'idée du droit est supérieure, s'impose à toutes les puissances publiques elles-mêmes, parce qu'en réalité l'humanité est fin en soi, la société ne peut être autre chose que cette liaison systématique des êtres raisonnables réunis par des lois communes. La loi commune, c'est que les hommes se traitent tous, les uns et les autres, les uns par rapport aux autres, comme les fins en soi. La société, dit Kant, c'est le règne des fins, le royaume, l'empire de la finalité.

La réaction de l'Ecole historique contre le Droit naturel.

On a critiqué, on a même à certains égards tourné en ridicule cette conception d'un droit universel et immuable. En particulier l'apparition de l'école historique, montrant l'évolution des législations et l'évolution même des conceptions juridiques, a eu fort fait de reléguer chez les juristes la théorie du droit naturel au rang de ces conceptions dont la critique historique avait fait justice.

La résurrection du Droit naturel.

A la fin du XIXe siècle et au commencement du XXe siècle, on a assisté, puisant la juste expression d'un auteur de la théorie du droit naturel - à la renaissance du droit naturel. C'est précisément le titre du livre d'un de ceux qui ont soutenu cette idée, M. Charmont professeur à la

Source : BIU Cujas

Faculté de Droit de Montpellier.

Mais ceux des juristes qui, en France, se sont le plus attachés à cette résurrection, qui y ont attaché la grande autorité de leurs noms et de leurs travaux scientifiques, ce sont Saleilles et Gény.

MM^rs Saleilles et Gény.

Saleilles, dans son étude bien connue de la Revue trimestrielle, 1902 : *Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents*, page 80 et puissantes pour réfuter l'objection tirée de l'immuabilité du droit naturel, a repris les conceptions de Stammler et a soutenu l'idée d'un droit naturel à contenu variable.

M. Gény, doyen de la Faculté de Droit de Nancy, a consacré plusieurs volumes à la défense de ce qu'il appelle - et la formule est restée célèbre - *l'irréductible droit naturel*. C'est l'objet du Tome II de son ouvrage : Science et technique en droit privé positif. Il y revient dans le 4e volume paru en Octobre 1924. J'aurai à reprendre, à propos de la théorie de M. Ripert quelques unes des conclusions contenues dans le dernier volume de M. Gény.

Enfin, pour montrer qu'il n'y a pas que des anciens qui soutiennent encore aujourd'hui la théorie du droit naturel, Cf. Georges Renard, Professeur de Droit public à l'Université de Nancy (Le droit, l'ordre et la raison) qui se déclare partisan de la théorie du droit naturel. Il y a, dit-il, „un droit, éternel et immuable, enraciné dans la nature spécifique de l'homme, révélé par la droite raison, reflet elle même de la raison divine" (page 18). M. Renard fonde sa conception sur une croyance religieuse que nous allons retrouver dans la théorie de M. Ripert. Pour M. Renard le droit préexiste à tout nos droits, pose la forme d'un Ordre où chacun trouve sa place, et dans cette place son titre de légitimité, sa fin, sa mesure, ses limites.

M^r La Règle morale.

La dernière théorie à laquelle il convient de s'attacher et qui a ceci de particulier qu'elle a été exposée à propos du droit des obligations, et en vue précisément de l'examen du rapport qu'elle présente avec cette partie de droit positif, c'est la théorie de M. Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles* (1924-1925)

M. Ripert est un adversaire acharné de l'idée de droit naturel. Il en critique, et il en a critiqué les données, le contenu dans un certain nombre

Source : BIU Cujas

de publications, notamment dans un compte-rendu sur le livre de M. Geny, en 1918, publié à part sous le titre : *Droit naturel et positivisme juridique*, auquel M. Geny répond dans les dernières pages de son dernier volume. Sans entrer dans le détail de la controverse, indiquons surtout, et en un mot, la critique essentielle que M. Ripert adresse à la théorie du droit naturel, puis l'idée et la doctrine qu'il y substitue.

La critique de M. Ripert contre le contenu du droit naturel.

La critique que M. Ripert adresse à la théorie du droit naturel vise surtout son contenu. "Je ne connais pas dit-il, de recherche plus stérile que celle du contenu du droit naturel." (p. 389). On ne peut pas arriver à saisir ce que les auteurs qui approuvaient cette théorie font rentrer exactement dans la formule. Et c'est là, il faut le reconnaître, une des faiblesses de la théorie du droit naturel. Si bien que M. Ripert, ayant démontré dans son livre que la théorie du droit naturel nous met en présence d'une recherche assez stérile, conclut que c'est „une position commode de juristes désireux de se consacrer uniquement à l'élaboration technique du droit", une théorie qui se confond, en somme, avec l'opinion publique et qui en vient purement et simplement à soutenir la vertu de la loi écrite, censée exprimer cette opinion.

La règle morale de Mr Ripert.

Mr Ripert oppose à cette doctrine une conception toute différente, et puisant hui les données morales qui influent sur la formation même du droit, qu'il appelle la règle morale, ces données morales ne sont pas autre chose que la somme d'idées morales inspirées par le christianisme et reçues aujourd'hui comme un fonds commun de règles généralement observées et acquises à un consentement universel dans l'Europe occidentale. "Je n'entends pas la loi morale, dit-il, (page 5), je ne sais quel vague idéal de justice, mais cette loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement purifiée par l'habitude ou par respect humain". Ce sont des idées morales que l'on juge, dit-il, en finissant (page 393), „supérieures à toutes autres, soit par une croyance infinissable, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes." C'est plus particulièrement dans le domaine du droit des obligations, dit Mr Ripert, que ces données morales apparaissent. „Il ne faut ja-

Source : BIU Cujas

mais oublier que le créancier et le débiteur, liés l'un à l'autre par le rapport de droit, sont des hommes qui font partie de la même communauté, qu'une morale publique appelle des frères et qui ne peuvent avoir l'un des droits, et l'autre des obligations que dans la mesure où la loi morale permet de tirer d'autrui profits et services, ou ne défend pas en tous cas de lui nuire." (page 5).

Différence entre la règle morale de M. Ripert et la règle de droit de M. Duguit.

Pourquoi M. Ripert a t-il choisi comme dénomination de sa doctrine cette expression : la règle morale, et non pas les règles morales ? C'est parce qu'il l'oppose au positivisme juridique, et plus particulièrement à la doctrine de M. Duguit sur „la règle de droit."

La règle de droit, suivant [illegible] le Doyen Duguit, le chef du positivisme juridique actuel, c'est le droit engagé dans ses rapports avec la société dans son but et ses effets sociaux, c'est à dire, dans le sens objectif, positif. De même la règle morale doit être examinée en tant que règle, c'est à dire en tant que précepte, ou collection de préceptes s'imposant à l'individu. A l'inverse il y a dans le droit un aspect subjectif, qui est le droit individuel, et, de même, il existe un aspect subjectif de la règle morale, qui est l'obligation de conscience. Mais c'est du côté positif, du côté où la loi impose ses textes et où la morale impose ses préceptes, c'est sous l'aspect objectif de ces deux conceptions qui s'affrontent, dont M. Ripert admet l'une et repousse l'autre, que M. Ripert entend les opposer par cette formule : la règle morale.

Les rapports entre les données morales et le droit des obligations.

M. Ripert, partant de ce principe a, dans son livre, examiné la question de savoir s'il existe des rapports entre les données morales et le droit des obligations. Pour M. Ripert la question doit être tranchée, et très nettement, par l'affirmative. Cette affirmation, il la produit, il l'exprime, il la formule dans de nombreux passages de son livre. „Le droit dans sa partie la plus technique, écrit-il, reste dominé par la morale." Il y a „une vie secrète de l'obligation juridique" qu'il faut aller rechercher# derrière la forme technique dont elle a été revêtue pour lui donner accès dans le monde juridique.

et retrouver

L'obligation, écrit-il encore (p. 389), „l'obligation civile ne peut être pleinement comprise et techniquement construite qu'en ayant constamment présent à l'esprit cette idée qu'elle traduit juridiquement les rapports que la morale établit entre les hommes." - Voilà l'affirmation : il existe un rapport étroit entre l'obligation et la règle morale.

Pourquoi M. Ripert soutient-il cette thèse ? Il

Source : BIU Cujas

va nous le dire : son but est double et il est essentiel de l'analyser, pour nos études. D'une part, il veut répondre à ce que l'on appelle parfois le positivisme juridique et qui, pour lui, est mal dénommé. Il l'appelle plus justement : le matérialisme juridique, celui qui identifie le droit et la loi. Il y a une erreur dans la doctrine de ce prétendu positivisme, qui assimile l'ordre légal et le principe d'où l'ordre est issu ; M. Ripert, qui se proclame positiviste - et nous allons voir pourquoi - nie cette forme de positivisme qui identifie exclusivement le droit et la loi.

Critique du matérialisme juridique par M. Ripert.

Le positivisme consiste, d'après M. Ripert, à examiner, par la méthode d'observation, les faits sociaux tels qu'ils s'offrent à nous. Ce qui ressort de cet examen, c'est qu'il y a une lutte incessante entre la règle légale et d'autres forces, aussi fortes qu'elle, qui entrent en bataille, qui s'allient parfois avec le droit et parfois aussi le combattent. De ce nombre est la règle morale. Etre positiviste, pour M. Ripert, ce n'est pas identifier la loi et le droit, c'est observer les forces qui se conjuguent ou se combattent, et où s'élaborent précisément le droit comme résultat de cette bataille.

Donc premier but : *écarter le matérialisme juridique dans la matière des obligations, et ne pas croire que la loi est bonne parce qu'elle est simplement la loi*

2ème but : réponse aux techniciens du droit. Là M. Ripert s'en prend à la fois à ceux qui voient dans le contrat le résultat de l'autonomie de la volonté, du consentement des parties, et, d'autre part, à ceux qui préconisent l'objectivité de l'obligation. (Cf. en ce qui concerne l'objectivité de l'obligation, Introduction, n° 2, p. 5 et les conclusions, p. 380, n° 3 où est critiquée la théorie de l'objectivité). La technique est souvent trop abstraite ; elle accorde une place exagérée au raisonnement, à la logique, à la construction juridique ; il faut la critiquer aussi parce qu'elle amène à faire disparaître la personnalité des contractants. Or, dit-il, en matière d'obligation la vérité est ailleurs : l'obligation est fondée sur la notion de devoir ; elle apparaît principalement sous son aspect de rapport de personne à personne si elle est la soumission d'un homme à un autre homme ; mais cette soumission „ne peut être demandée et permise, par conséquent n'est juridique, que pour des fins légitimes." Par conséquent, *le droit de l'obligation doit consister à analyser la légitimité de ses fins, dans toutes les hypothèses qu'on traite*

Critique de la méthode consensualiste et de la méthode d'objectivité. Les notions d'obligation. La lutte entre la technique et les règles morales.

Source : BIU Cujas

dans toutes les espèces dans tous les cas soulevés par cette soumission d'une personne à une autre, que révèle le rapport obligataire.

C'est en partant de ces prémisses, et avec ce double but, que dans tout son livre, M. Ripert s'est proposé de montrer ce qu'il appelle le combat du droit et de la morale ou plus exactement le combat de la technique et des règles morales, exposant comment la théorie consensualiste et la théorie objectiviste sont en défaut lorsqu'elles ne prétendent présenter un précepte qu'au nom de la raison.

Cette démonstration, il aurait pu la mener suivant les deux méthodes qui ont été indiquées à propos de l'économique. D'abord en partant des règles de la morale pour arriver au droit, et, en second lieu, en partant du droit pour y retrouver les règles morales. Il a choisi la seconde méthode et c'est en partant des règles du droit qu'il démontre, dans l'esprit qui vient d'être indiqué, le rapport étroit qui existe entre le droit et la morale. Le contraire eût été très difficile, à notre avis, bien que M. Ripert proclame que cela lui paraissait aisé et inutile.

Etroitesse des rapports entre le droit des obligations et la morale.

Je voudrais à mon tour, très brièvement pour montrer à quel point il existe entre le droit des obligations et la morale des rapports extrêmement étroits. Je suivrai la même méthode que M. Ripert, mais suivant un ordre différent.

1° Place faite par le C.C. lui même à la morale d'abord dans la reconnaissance de l'obligation naturelle.

1ère constatation. Le C.C. lui même fait une place à la morale. Il fait cette place à des endroits qui peuvent être classés sous deux catégories : d'une part le devoir moral est reconnu comme tel par le législateur dans ce qu'il appelle l'obligation naturelle. Quelles que soient les limites que l'on impose à cette notion, on ne peut contester qu'elle ne consacre la reconnaissance juridique de l'obligation de conscience. On est ici dans le domaine de la conscience, dans le "for intérieur" comme disait Pothier.

On peut discuter si toute obligation de conscience engendre une obligation naturelle ; mais ce que l'on ne peut pas discuter c'est que, derrière toute obligation naturelle, on ne trouve, à l'analyse, une obligation de conscience.

et dans certains articles visant le respect des bonnes mœurs.

En second lieu, dans un certain nombre d'articles, le Code tient compte lui-même de la morale dans une formule qui, au premier abord, ne vise pas à proprement parler la règle morale, mais qui, lorsque l'on assimile comme le fait M. Ripert la règle morale

Source : BIU Cujas

avec les préceptes positifs de la morale, coincide au contraire avec cette formule : art. 900, 1172 sur les conditions illicites et immorales, contraires aux bonnes mœurs ; art. 1387 sur les Conventions matrimoniales contraires aux bonnes mœurs. Voilà quatre articles où le C.C. a fait expressément un renvoi à la morale.

Toute la théorie de la formation et de l'exécution du contrat dominée par la règle morale.

Mais il y a plus : ce n'est pas seulement dans les textes, c'est dans les institutions elles-mêmes, c'est dans l'ensemble des règles des obligations que nous rencontrons à tous les articles, dans toutes les institutions, la règle morale jalonnant la théorie des obligations. Le contrat repose dans le C.C. sur le consentement des parties. Le principe du consensualisme c'est la foi due à la parole donnée, règle morale par excellence. Et cette foi ne sera sanctionnable que si le contrat est moral, s'il a été passé conformément aux données de la morale, si le pourquoi du contrat (théorie de la cause), si le comment du contrat, les conditions dans lesquelles il a été passé, correspondent aux données de la morale. Si l'un des contractants a bénéficié d'une méprise, a exploité la peur, la légèreté, l'inexpérience, a usé de manœuvres répréhensibles, a bénéficié à l'excès de circonstances économiques en forçant le prix de ce qu'il rend, la morale intervient. Le contrat n'est pas valable, il est frappé dans son efficacité.

Non seulement le contrat, mais l'exécution du contrat, son effet, est dominé par la morale. Lorsque les prévisions sont déjouées, lorsque les circonstances sont tellement différentes de celles où l'on avait contracté qu'il y aurait une injustice à sanctionner les conditions du contrat, le juge intervient pour reviser la convention : c'est la *révision pour imprévision*. On ne peut abuser des droits nés du contrat : c'est la théorie de l'abus du droit. On ne peut accorder les bénéfices du contrat lorsque ces bénéfices choquent la morale. Surtout l'on ne peut en réclamer ces bénéfices en justice : c'est la célèbre règle : *Nemo auditur*..... On ne peut se prévaloir du contrat quand la fraude l'entâche ; un débiteur négligent manque à son devoir ; ce sont les actions pauliennes et l'action de l'art. 1166.

Toute la théorie du contrat, les conditions dans lesquelles il est passé et les effets qu'il engendre sont dominés par la règle morale.

Importance de l'idée morale dans les sources contractuelles.

Et que dire des engagements qui se forment sans convention ? Que dire des autres sources de obligations ? C'est là que se rencontrent, d'une façon expresse, les préceptes de la morale : art. 1382 et suivants :

Source : BIU Cujas

...uelles des obligations.

ne pas nuire à autrui ; la condictio indebiti c'est-à-dire le paiement de l'indû : ne pas s'enrichir au détriment d'autrui. C'est sur cette donnée que s'est construit toute la notion de l'enrichissement sans cause. Sorter secours à autrui : devoir d'assistance qui est, dans une certaine mesure, sanctionné par notre C.C. ; dans la gestion d'affaires, dans le cas où le gérant s'étant ainsi immiscé dans les affaires d'autrui, répondant ainsi à l'obligation de conscience et à la règle qui veut que l'on s'aide les uns les autres, dans les obligations qu'à raison de cet acte qui est comme une sorte d'obligation naturelle exercée volontairement, le C.C. met à la charge du gérant l'obligation de mener à bien la gestion entreprise sous la pression de la conscience.

La voilà, la morale dans le droit des obligations. La contester, la discuter, c'est nier la lumière en plein jour. Je crois qu'à cet égard la démonstration est éclatante et qu'il est permis, pour l'instant, de s'en tenir là. Il reste à caractériser, étant donné ce qui vient d'être démontré relativement à la technique d'une part, et à l'économique de l'autre, à définir la méthode générale par laquelle nous essaierons de combiner à la fois la technique et la logique du droit, l'économique et les données morales dans la théorie du contrat.

Conclusion

Avant d'en venir à l'étude du contrat, il faut terminer l'introduction à laquelle ont été consacrées les leçons qui précèdent, par une conclusion. J'estime en effet que le juriste doit avoir toujours présente à l'esprit la double nécessité de définir et de conclure. La définition précise les notions ; la conclusion est un acte de courage, devant lequel il ne doit jamais fléchir. Cette conclusion me permettra de déterminer une méthode pour l'étude des obligations, et en même temps de poser quelques règles qui sont d'ordre général, non seulement pour l'étude de la théorie des obligations, mais encore pour l'étude de chacune de ses parties, et notamment celle du contrat.

Règles générales pour l'étude de l'obligation.

Nous allons, en effet, opérer, pour le contrat, puisant une progression identique à celle qui a été suivie pour l'étude de la notion d'obligation, avec cette différence que nous entrerons dans le détail de l'institution, et qu'un certain nombre de questions retiendront notre attention, et non point la seule question de la notion et de la définition.

J'observerai les trois règles suivantes, qui constituent, à mon sens, les trois principes de méthode qu'il

Source : BIU Cujas

convient d'observer dans l'étude des obligations :

1° Partir de formules techniques et si possible de textes.

1° Partir de formules techniques, et si possible de textes. Partir de textes, de textes du droit français tout d'abord, expliqués par l'histoire, et ensuite des textes du droit étranger. Si l'on a pas de texte, envisager d'abord les règles établies par les jurisconsultes ou par la jurisprudence, les principes dégagés de ces règles, en allant du particulier au général, les constructions dégagées des principes en les généralisant. Bref, on doit commencer par mettre sous ses yeux toutes les formules dont notre art a su doter notre science.

L'importance des formules légales surtout pour l'étude des obligations.

En préconisant ainsi une méthode partant des textes, des règles, des principes, des constructions de la technique, je vais à l'encontre d'une tendance, que je partage d'ailleurs moi-même, celle qui consiste, au contraire, par préférence, à partir du fait pour arriver au droit. Je dois expliquer la raison pour laquelle, en matière d'obligations, la méthode inverse me paraît s'imposer.

Motif d'ordre didactique de procéder de cette façon : solidité et clarté qu'elle donne à la construction.

Elle s'impose pour un premier motif d'ordre didactique : partir de la formule donne non seulement à l'exposé, mais aussi au raisonnement, à la discussion, au progrès, une base extrêmement solide, claire et précise. C'est le grand avantage des sciences juridiques que de posséder ainsi des formules ayant la solidité de la loi, source d'autorité que seuls, nous, les juristes, nous détenons.

Et c'est là peut-être l'un des secrets du sentiment complexe que professent, à l'égard des juristes, ceux qui s'adonnent aux sciences circonvoisines, les philosophes notamment, et aussi les historiens, par exemple, qui regardent les juristes avec un mélange curieux de mépris et de jalousie. Ils nous méprisent parce ce que nous n'avons pas, et qu'ils ont; ils nous jalousent pour ce que nous avons, et qu'ils n'ont pas. Ce que nous avons, et c'est notre bien le plus précieux, ce sont nos formules positives, auxquelles est attachée la force de la loi.

La formule, ne l'oublions jamais, c'est à un moment donné, un moyen de persuasion, et même dans une certaine mesure, un moyen irrésistible de forcer les convictions et les décisions. La formule est la maîtresse des assemblées; elle est la reine des parlements, des congrès, des conférences, nationales et internationales. Certes, on acclame les orateurs; mais, les discours éteints, vient toujours le moment

Source : BIU Cujas

où l'on finit dans l'assemblée, par se retourner vers le juriste, vers celui qui détient la formule, vers celui qui, noir sur blanc, dans un texte laconique, concentre la proposition qui clot une discussion, conduisant exactement celle-ci au point où elle devait être menée. Et celui-là, s'il a pu garder le silence, deviendra par une simple formule plus éloquent que les plus éloquents discoureurs.

b/ raison d'ordre social parce que la technique juridique représente en face des faits un élément de permanence.

Voilà une première raison pour laquelle, surtout dans le domaine de l'obligation, il est nécessaire de s'attacher à la formule du droit positif. Il est encore une autre raison, d'un ordre plus profond. Le droit est avant tout - et c'est une idée qui a été mise particulièrement en lumière par Mr Renard (Le droit, l'ordre et la raison) - le droit est avant tout un principe d'ordre, et sa technique représente, en face des faits économiques, en face même des règles morales, quelque chose de permanent. Le droit possède en lui-même un élément de permanence, en face du contingent. Il représente la stabilité, en face de l'instabilité. La technique du droit, il ne faut pas l'oublier, est le principal élément de sécurité dans toutes les sociétés civilisées, c'est à dire encore dans les sociétés qui possèdent des institutions civiles, c'est à dire encore dans les sociétés où le droit est la règle, et non pas celles où la force prime le droit. Dans toutes ces sociétés, la technique du droit est la charpente, le squelette, l'ossature. Sa construction est solide, et c'est sur elle que repose le poids de toute la société.

La formule si elle peut être un obstacle au progrès constitue en même temps un frein contre une trop rapide régression.

L'on objecte aux formules juridiques, et à nos formules légales en particulier, de constituer un obstacle au progrès. Le droit écrit, dit-on, sera toujours en retard sur les mœurs, les idées, les tendances, les faits. C'est exact. Mais il faut observer aussi que le droit est une limite à la regression trop vive et trop rapide. Si son progrès est lent, il s'oppose d'autre part à toute réaction trop prompte et l'on a fort souvent et fort justement, comparé la règle juridique et le rôle joué par le droit dans la société, au volant dans la machine; le volant qui permet un mouvement lentement et qui, peut-être, à certains jours, retarde les progrès rapides que l'on voudrait imprimer au mouvement, mais qui, par contre, lorsque le mouvement s'arrête, fait que l'arrêt n'est pas trop brusque et que la machine, en s'arrêtant progressivement, ne risque pas de briser tout, et de faire capoter les voyageurs.

Source : BIU Cujas

Pour ces deux raisons : raison didactique, raison sociale, il faut donc s'attacher à la formule ; mais il faut y mettre quelque précaution, et cela surtout dans le domaine des obligations. Si je fais ainsi la part belle à la technique et aux techniciens, ce ne doit pas être sans avoir placé au préalable sur la route l'écriteau sur lequel doivent être marqués ces mots fatidiques : Juristes, attention !

L'écueil de la technique juridique : l'abus de la logique.

Le grand écueil de notre technique juridique, particulièrement redoutable dans la matière des obligations, c'est l'abus de la logique, c'est l'abus du raisonnement, c'est l'excès de la dialectique, qui peut nous ramener à la dangereuse subtilité du Moyen-Age, c'est à dire, à une véritable scolastique. Rien n'est tentant, dans le domaine du droit des obligations, comme de raisonner sans fin et de raisonner dans l'abstrait. Ce raisonnement peut conduire à des erreurs, des erreurs contre lesquelles alors les faits entreraient légitimement en bataille. Rien n'est plus aisé, par exemple, que de faire rentrer tous les contrats les uns dans les autres. Le code nous donne une pléiade de contrats énumérés les uns à la suite des autres. Mais ne pourrait-on, par exemple, dire que le contrat de louage et le contrat de vente ne sont qu'une seule et même opération ?

Prenons par exemple le louage de choses : c'est la vente de la jouissance de la chose. Ne dit-on, pas, par exemple, du contrat de travail que l'ouvrier vend son travail, ses bras ? Il y a là un abus de langage contre lequel il faut protester. Si les contrats sont différents dans le Code, c'est parce qu'ils sont différents dans la réalité ; c'est parce qu'on ne peut pas assimiler le louage et la vente ; parce que l'intention économique, l'intention de fait des contractants n'est pas la même dans un contrat de vente et dans un contrat de louage. Dans la vente, l'un veut devenir propriétaire et l'autre veut toucher le prix de la propriété cédée. Dans le louage de choses, sans doute il y a encore une partie qui veut de l'argent, mais contre quelque contre-échange autre que la cession de la propriété : la concession temporaire de la jouissance ; le preneur n'est pas un acheteur. Faire rentrer les contrats les uns dans les autres n'est qu'un jeu d'esprit, contre lequel se révolte la réalité.

Si on voulait pousser le raisonnement jusqu'à

Source : BIU Cujas

l'absurde, on pourrait dire qu'il y a, en somme, que deux sortes de contrats : le contrat à titre onéreux et le contrat à titre gratuit, le contrat dans lequel on échange quelque chose contre quelque chose, puis le contrat à titre gratuit où il y a quelque chose d'échangé contre rien. Avec quelque subtilité d'esprit, ne pourrait-on pas encore identifier ces deux situations, en disant que celui qui donne est payé par le plaisir qu'il fait et qu'il prend lui même, et en réalité la donation elle-même est un acte à titre onéreux ?

Donc, si nous faisons ici à la logique la part très belle, et la première, si nous donnons dans nos explications le premier rang à la technique juridique, c'est à la condition de bien observer cette règle de ne jamais tomber dans la casuistique, dans la scolastique, dans la stérile subtilité.

2°/ La règle de l'actualité. Faire aux faits économiques leur part, leur juste part mais pas plus.

2e règle : Situer l'étude de quelque question que ce soit en matière d'obligations toujours dans le temps où l'on vit. Nous sommes au lendemain du premier quart du XXe siècle, et il a été dit qu'on étudiait l'obligation et le contrat au premier quart du XXe siècle. Ce n'est pas l'obligation des Romains, c'est l'obligation dans le droit français actuel. Il faut, proclamer un dicton populaire bien courant, vivre avec son temps. Il faut donc examiner les institutions de notre temps, et par conséquent accorder aux faits économiques leur part. Leur part, soit, mais leur juste part : la part exacte qui leur revient, et rien de plus. Quand nous apercevons un fait économique très grave, nous ne devons pas nous désoler en disant que tout est perdu, que nos institutions sont compromises, et qu'il faut les abandonner sans délai pour courir immédiatement des concepts nouveaux. Non. L'esprit de pratique n'a rien à voir avec l'esprit juriste. Une des qualités principales, primordiales du juriste, c'est la pérénité, c'est le sang-froid ; le juriste doit apprendre à conserver sa tête quand les autres sont en train de la perdre.

C'est ainsi, par exemple, que les circonstances nées de la guerre ont mis les contrats en singulier danger. Les choses n'étant plus les mêmes, la Claupe : rebus sic stantibus, dit-on, est sous-entendue dans tous les contrats : tous les contrats seraient donc résolus du fait des conditions nées de la guerre. On doit approuver, puisant nous, l'attitude de la Cour de Cassation qui, dans ce boulever-

Source : BIU Cujas

sement universel, a décidé en toute sécurité, que les contrats sont les contrats et que tant qu'il n'y avait pas de lois qui venait les modifier, ils formaient la loi des parties. Il n'y a pas d'imprévision, il n'y a que des gens qui n'ont pas été assez prévoyants, et à chacun selon sa prévoyance. C'est un des deux axiomes de notre temps. S'il faut des lois, le législateur est là pour en faire et il en fera. Et il en fera 10, il en fera 25, comme en matière de loyers, et il ne faut pas le railler : c'est la législation expérimentale. Les Anglais ne reculent jamais à accumuler les lois sur les lois. C'est la tâche propre du Parlement. Les Anglais confectionnent régulièrement 20, 30 lois sur la même matière, jusqu'à l'époque où elle est mûre pour ce qu'il appellent la consolidation, c'est à dire un texte général et définitif où sont fondus tous les autres.

Lorsqu'on se trouve en présence d'un fait économique, le juriste doit l'accueillir avec courtoisie, et le saluer poliment, comme on saluait autrefois, au temps d'Homère, les étrangers visitant un pays. Mais il ne faut pas leur ouvrir la porte en leur criant les bras levés : la maison est à vous, c'est à nous d'en sortir ! Clamer, en face du bouleversement qui menace le droit des contrats, qu'il faut faire appel à la réfision, à la lésion, ce ne sont pas des conceptions de juriste. Nous verrons, en étudiant la lésion notamment, que notre droit a passé par des paniques semblables et que la raison principale pour laquelle, en matière de lésion, le C.C. de 1804, réduit cette institution à la portion la plus congrue, c'est qu'on en avait éprouvé les dangers, c'est qu'on avait assisté aux abus plus graves encore auxquels conduisait son admission dans la législation et l'administration.

N'ayons donc pas la superstition de la fatalité des faits économiques. Tout ce qui se produit, tout ce qui s'observe dans l'ordre de la richesse : production, circulation, répartition, consommation, tout cela est très intéressant, mais que l'on ne nous accable pas, nous juristes, sous une poidisant fatalité des faits économiques. Non : derrière cette fatalité dont on peut nous accabler, prenons garde ; il y a des intérêts, il se dissimule des appétits, il se cache de dangereuses conspirations contre le bien général, au profit des compétitions particulières, soupent inavouables.

Les catégories du droit doivent être assez

résistantes pour ne point être faussées à tout moment par les fluctuations qui surviennent dans l'ordre de la richesse. Et j'estime pour ma part que, non pas une fois, mais souvent, quand un juriste vraiment digne de ce titre a dit, : "au nom de la loi, je veux," dans le domaine de l'économique, les faits eux-mêmes se sont inclinés.

Voilà donc par conséquent deux règles à observer : 1ère règle : partir des textes ; 2e règle : faire leur part aux faits, mais leur part, leur juste part, pas moins, mais pas plus.

3/ Nécessité d'avoir constamment sous les yeux les préceptes de la morale et de l'inspirer dans l'étude des obligations de la notion d'Equité.

3e. En troisième lieu, il faut avoir constamment sous les yeux les préceptes de la morale. Je vous ai énuméré un certain nombre de formules, formules dans lesquelles, à travers les siècles, les juristes ont tenté de condenser en quelques mots l'idée du lien qui unit les données morales et la loi positive. J'ai le devoir de vous exposer à quelle doctrine je me rattache, et quel rôle je lui attribue

Au premier abord, il semblerait que la conception qui s'impose en bonne méthode d'interprétation, est celle du droit naturel, puis que c'était celle qui dominait lors de la rédaction du C.C. en 1804. Il ne fait pas de doute que, à cette époque, le législateur - et tous les auteurs le reconnaissent - et plus particulièrement le législateur du C.C. (les citations en sont nombreuses) était inspiré par la théorie du droit naturel. Pothier lui-même, qui est en matière d'obligations l'inspirateur du Code, se réfère, à tout instant, à Grotius et invoque les principes du droit naturel. Dans les trois premières pages du traité des obligations de Pothier, nous trouvons deux invocations du droit naturel : la première dans la définition du contrat ; la seconde à propos de la pollicitation, où il cite le De jure belli (thèse Dumoyer, Blakston et Pothier)

Cependant je crois que l'on peut, même en partant de la méthode d'interprétation, se référer à une autre idée que celle du droit naturel. J'en veux pour preuve le discours préliminaire de Bigot Préameneu présentant le titre du C.C. sur les obligations : "Il n'est point besoin, pour régler ces rapports (c'est à dire les rapports nés de l'obligation) que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra

Source : BIU Cujas

immortelle leur législation. Il suffit de dissiper le nuage dont l'équité se trouve enveloppée, de faire appel à tout ce que la morale et la philosophie ont de plus sublime et de plus sacré ....."

Ainsi, bien que se déclarant du droit naturel et de Grotius, c'est le mot d'équité qui vient le plus facilement sur les lèvres des orateurs chargés de présenter le projet aux Assemblées législatives. Ce mot d'équité, nous le rencontrons également à toutes les pages de M. Ripert ; et de même les jurisconsultes romains, et en matière d'obligations précisément, partis de l'idée de justice, aboutissant à l'équité, sans laquelle, nous l'avons vu, la vertu "de justice ne serait qu'un vain mot."

Dans le classique, texte sur les pactes, Dig. L. II Tit. 14 § page 1, Ulpien, commentant le Liv. IV sur l'Edit, écrit - ou du moins Tribonien lui fait écrire : "Hujus Edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare ?" De cet édit, l'équité est naturelle. Qu'est-ce qu'il y a d'aussi conforme à la foi humaine, que d'observer ce qui a été convenu entre les hommes ? C'est le texte fondamental sur les pactes, sur lequel s'est développé le consensualisme des contrats. On fait appel, pour établir la force obligatoire du pacte, à la naturalis aequitas, à ce qui est conforme à la foi humaine.

Ceci dicte la méthode. Tour que, partis de trois notions différentes : de la notion de justice, du droit naturel, de la règle morale, tous en viennent à employer, à tout propos le mot d'équité, c'est qu'en réalité c'est la notion d'équité à laquelle je dois faire appel. J'appellerai donc équité les données morales qui influent sur la formation et l'évolution du droit en général et sur celui des obligations en particulier

Mais il est nécessaire de ne point laisser cette notion dans le vague. Le mot équité, en effet, de nos jours, et en France surtout, reste dans une note un peu grise, et le juriste se trouve dans l'obligation, lorsqu'il se réfère à des principes aussi sérieux et aussi haut placés, de les analyser, et de chercher à distinguer ce qui s'y trouve.

Précision du sens du terme équité

La critique adressée généralement à la doctrine du droit naturel est une critique fondée : le contenu n'en a pas été suffisamment précisé. Nous devons donc en cette matière - conformément aux termes employés par les glossateurs, car c'est eux qui ont modifié

Source : BIU Cujas

précisé la notion - ne pas nous satisfaire avec ce que l'un des plus grands d'entre eux, Martinus Gosa, l'un des „quatre docteurs", appelait l'aequitas rudis, l'équité rude, celle qui ne relève que du bon sens, par opposition à l'aequitas constituta, l'équité constituée, celle du juriste, qui répondait à des notions classées et qui permettait à l'homme de droit, lorsqu'il faisait intervenir la notion du juste, de la transporter dans les faits avec une assurance fondée.

Voici trois principes d'équité qui, lorsqu'on se trouve en face d'une question d'obligations, permettent de la trancher avec quelque certitude. Ils sont empruntés à l'aequitas constituta que nous avons rencontrée en Angleterre.

a/ Les obligations civiles reposent sur la sanction d'un devoir moral.

Le premier principe d'équité c'est celui qui consiste à se rappeler toujours que l'équité considère et sanctionne moins le droit que le devoir. L'équité consacre juridiquement l'obligation de conscience. L'obligation de conscience, elle ne se trouve pas seulement, en droit positif français, dans nos „obligations naturelles", celles qui ne sont admises qu'à moitié par la loi civile : elle se trouve aussi, elle se trouve surtout et principalement dans les obligations civiles, "principalement" parce que, entre l'obligation naturelle et l'obligation civile, il y a un rapport, non pas descendant, mais ascendant au regard de l'obligation de conscience. Si la loi positive, si le législateur armé du texte et de la sanction, a cru devoir dire : la convention fait la loi des parties, c'est qu'il y a, dans le respect du contrat, une obligation de conscience au premier chef.

L'obligation de conscience est contenue et exprimée dans la définition qui a été donnée de l'obligation. Il a été dit que, sous son premier aspect, l'obligation se présente à nous comme l'institution juridique qui exprime le rapport entre deux personnes dont l'une doit à l'autre une prestation ou une abstention. Or ce mot: doit, implique la notion de devoir, non pas l'assujettissement de la personne à la personne, mais l'assujettissement de l'homme au droit, c'est à dire à la règle civile qui, dans l'ordre social, vient consacrer l'obligation morale. Par conséquent, première règle: *les obligations civiles reposent sur la sanction d'un devoir moral.* Le débiteur doit, et il doit parce qu'il est tenu non seulement par la loi, mais aussi par la conscience.

Source : BIU Cujas

b/ Le créancier dans la réclamation de son droit est lui-même soumis à l'équité.

2ème règle : Le créancier aussi, celui qui se réclame de la loi, se réclame en même temps de l'équité, parce que si le débiteur est débiteur en équité, s'il doit à raison de son obligation de conscience, le créancier ne peut lui réclamer sa créance en choquant la conscience, en choquant l'esprit de justice. C'est la deuxième règle que les Anglais expriment sous cette forme pittoresque : l'équité exige des mains nettes, l'équité exige une claire conscience.

Nous aurons donc sans cesse à opposer au devoir du débiteur le devoir non moins clair du créancier de ne point choquer l'équité en présentant sa prétention. Nous allons avoir en somme, à faire une sorte de pesée, un équilibre. Dans cet équilibre - et c'est la troisième idée - l'équité ne doit pas être seulement une spéculation mentale, et se présenter à nous seulement sous la forme abstraite de la justice.

c/ L'équité c'est la justice transportée dans les faits.

Le glossateur le dit bien auquel Bracton avait emprunté non seulement la doctrine, mais les termes : la justice repose dans l'esprit des justes. Tout le texte a été copié par Bracton dans la Somme d'Azo. Mais les glossateurs nous disent que la justice n'est l'équité que lorsqu'elle se matérialise dans le domaine des réalités, des paroles, des actes, des faits. L'équité, c'est la justice objectivée. Nous avions déjà cité la définition de l'équité donnée par Bracton d'après les glossateurs (Rerum convenient a quae in paribus causis paria desiderat jura) - (L'équité est une convenance des choses qui exige, dans des causes pareilles, des solutions pareilles) Bracton ajoutait après Azo : „ Et vertitur in rebus, id est in dictis et factis hominum." („ Et elle se traduit dans les choses, c'est à dire dans les paroles et dans les faits des hommes. " L'équité, c'est la volonté de justice transportée dans les choses, dans les réalités existantes, et qui veut que, dans deux causes pareilles, le droit soit pareil.

Ainsi l'une des premières applications de l'équité en matière de contrat, a été de mettre sur le même pied le pacte et le contrat. Le pacte, c'est à dire la simple convention, n'était point reconnue en droit romain, n'était point élevée à la hauteur du contrat obligatoire. L'équité a conduit à l'assimiler au contrat parce qu'il repose sur la promesse et que lorsqu'une promesse a été faite, qu'elle soit

Source : BIU Cujas

enchassée dans un contrat formel, solennel, ou au contraire qu'elle se fonde simplement sur des paroles échangées sans formalité entre deux hommes) il y a des causes pareilles, paria causa, où l'équité exige que les sentences établissent, paria jura, des droits égaux, conformément à la raison.

La „ justice qui repose dans l'âme des justes" se réjouira de voir transportée dans le domaine des choses la propre réalisation de ce dont elle exprime le concept. Par conséquent, caractère objectif de l'équité. Nous ne sommes pas en présence d'une notion purement philosophique, mais d'une véritable idée-force qui exige que quand, dans le domaine du droit et particulièrement dans le domaine des obligations, nous apercevons une idée juste, elle doit être „versée dans les choses" pour y devenir une réalité.

Voilà les trois principes où se concentrent les données de l'équité, et qu'il faut avoir constamment sous les yeux en matière d'obligations.

Nécessité chez le jurisconsulte de l'esprit de mesure.

En ce qui concerne les préceptes, M. le Professeur tient à s'expliquer quant à l'école dont il se réclame. "Quel rôle, dit-il, allons-nous attribuer à ces idées morales dans le droit des obligations ? Je vous ai dit que, en ce qui concerne les faits, nous les recevons pleinement, mais sous bénéfice d'inventaire. En ce qui concerne les idées morales, il faut s'en inspirer, mais il ne faut pas les considérer comme des formules de lutte. Je n'admettrai jamais qu'il y ait, dans le domaine des obligations, une lutte entre le droit et la morale. J'estime, au contraire, qu'il doit y avoir une collaboration. L'esprit juridique consiste précisément dans cette balance, dans cette harmonisation à établir entre la logique d'une part, la logique qui est l'armature de notre technique, et d'autre part l'utilité et l'équité."

C'est dans cette combinaison, où l'on ne peut pas doser au milligramme combien on doit mettre d'utile, combien on doit mettre de juste et combien on doit mettre de logique, dans chaque cas particulier; mais c'est cependant dans ce dosage que se reconnaît le vrai juriste. C'est un don, sans doute, que celui qui consiste à trouver la formule satisfaisante à la fois pour les intérêts, pour l'esprit logique et pour la loi morale, qui réside au fond de notre cœur. Mais c'est aussi un art qui s'acquiert, et de même que l'on dit : fiunt oratores, on peut dire : fiunt juris prudentes. Et cet art

Source : BIU Cujas

est moins difficile à acquérir qu'on le prétend. L'exemple de la loi sur la récompense à accorder à celui qui a trouvé une chose perdue, nous a mis en face d'un cas de conscience délicat. Cependant la proposition de loi votée aboutit, dans une appréciable mesure, à donner quelque satisfaction à la fois à l'utilité générale et à la morale, tout en respectant les cadres du droit dans lequel cette obligation de conscience vient, et viendra éventuellement, s'encadrer au pein des catégories de notre C.C.

Le problème est donc moins ardu que l'on peut bien le dire, si l'on prend poin ajouter, comme qualité essentielle du juriste, à côté de celles qui ont été indiquées il y a un instant, à côté de la perenité, du sang-froid, cette autre qualité predominante chez lui et qui s'appelle : la mesure. Le juriste doit non seulement être un homme de grand sang-froid; il doit être, dans ses jugements, pondéré, modéré; il doit savoir concilier, à la satisfaction générale, l'équité, l'utilité et la loi morale.

Source : BIU Cujas

Etude du Contrat.

Plan de l'Étude du Contrat.

Un paragraphe, aussi bref que possible sera consacré à : La définition du contrat
1ère partie : La formation du contrat
2ème partie : L'effet du contrat.

La formation du contrat, c'est à dire un certain nombre de problèmes fondamentaux tirés du contenu de ce qui figure dans le C.C. aux art. 1101 à 1133. L'effet du contrat, c'est à dire les problèmes particuliers que l'on peut extraire des art. 1134 à 1167. M. Levy-Ullmann ne présentera naturellement pas, comme cela se fait au cours de licence, un exposé complet des principes, encadré dans un plan systématique. Il extraira dans chacune de ces parties les problèmes fondamentaux où il lui semblera précisément que le dosage de la logique, de l'utilité avec l'équité entre en combinaison d'une façon plus intéressante que dans d'autres.

C'est ainsi que dans la première partie, il montrera le consentement, la manière dont le contrat se forme, et s'arrêtera plus particulièrement au caractère obligatoire de l'offre et au problème du contrat entre absents. Il examinera naturellement, la notion de cause, les vices du consentement, la représentation, la promesse et la stipulation pour autrui.

Paragraphe préliminaire : Définition du contrat.

La définition du contrat dans l'art. 1101. C.C. français et dans l'art. 1 de l'avant-projet franco-italien.

Afin d'observer immédiatement la méthode dont je me suis réclamé dans la dernière leçon, nous allons pour établir cette définition, partir de deux textes : l'un qui figure dans le code civil français, art. 1101, et l'autre qui forme aujourd'hui l'art. 1 de l'avant-projet franco-italien, qui n'est d'ailleurs que la répétition de l'art. 1098 du code civil italien.

Le code des obligations suisse, aussi bien dans sa première édition que dans celle de 1913 ne contient pas de définition du contrat. Il en est de même du C.C. allemand.

La définition de l'art. 1101 du C.C. est ainsi

Source : BIU Cujas

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

L'autre définition, (art. 1er du projet franco-italien, répétition de l'art. 1098 du code civil italien), est la puissante : "Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique."

Point commun et différences apparentes entre ces 2 définitions.

Superficiellement, au premier aspect, on aperçoit dans ces deux articles, que nous opposons ici, un point commun et deux différences

Le point commun, c'est qu'on conçoit le contrat comme quelque chose qui se passe entre deux ou plusieurs personnes. Ce point est commun aux deux définitions

D'autre part, deux différences : en premier lieu le substantif de la définition est différent dans les deux définitions. Dans la définition du Code Napoléon, c'est le mot convention qui est choisi comme substantif, comme genre prochain. Dans l'avant-projet italien, c'est le mot : accord. Il y a donc là une différence sur laquelle nous aurons à nous expliquer.

2ème différence : l'objet de la convention dite contrat est, d'après le Cc. français : s'obliger à donner, faire ou ne pas faire quelque chose. Dans le texte nouveau franco-italien (ou italien), c'est : créer, modifier ou éteindre un rapport juridique.

Toujours d'après la première apparence, il résulterait de cette confrontation que l'art. 1101 laisse entendre : 1° qu'il y a des conventions qui ne créent pas d'obligations et qui sont même impuissantes à en créer ; 2° qu'il peut y avoir des conventions qui ont un but autre que de créer des obligations, par exemple : modifier une obligation par un terme, par une condition ; transférer une obligation par une cession ; éteindre une obligation par une remise de dette. Tout ceci, ce sont des conventions, mais qui ne sont pas des contrats.

3° enfin, qu'il y a, ou qu'il y aurait, des conventions dépassant le domaine des rapports obligatoires proprement dits, pour embrasser celui plus large, de tous les rapports juridiques.

Tandis, qu'au contraire, l'art. 1098 italien, devenu l'art 1er projet franco-italien, laisse entendre d'abord qu'il y a identité entre convention et

Source : BIU Cujas

contrat, que ce sont deux synonymes, que convention, contrat, tout cela c'est un accord. D'autre part, que le contrat a un but de caractère universel, sinon quant à son objet, du moins quant à son effet. Quant à son objet : c'est un rapport juridique limité à plusieurs personnes; quant à son effet : créer, modifier, éteindre un rapport juridique, de quelque nature qu'il soit.

Raison historique de ces différences.

Voilà, au premier aspect, les différences entre les deux textes. A quoi maintenant devons-nous rapporter ces différences ? C'est à l'histoire qu'il faut s'adresser pour obtenir la réponse : l'explication des différences entre le contenu de la formule de l'art. 1101 français, et le contenu de la formule nouvelle nous est donnée par la tradition.

En réalité, la définition de l'art 1.101 est une définition traditionnelle, donnée en raison et en fonction du passé. Au contraire, l'autre définition est une définition actuelle, répondant dans sa formule au présent, mais au présent des législations latines, au présent du droit français et du droit italien. Dans l'ordre international, et pour adopter une définition susceptible d'être admise par d'autres nations que des nations latines, inspirées de la tradition du Code Napoléon, c'est encore l'art. 1101 qui devrait être préféré. Ce qui est assez curieux. En réalité, la définition de l'art. 1101 correspond presque exactement, nous le verrons, à la définition anglaise actuelle.

Je vais donc vous montrer, d'abord, en face de l'art. 1101 à quoi il correspond; je vais vous en donner l'explication historique; ensuite je me placerai en face de l'art. 1er du code franco-italien, représentant l'état actuel de la doctrine française et de la doctrine italienne. Et ceci fait, vous montrant que cette nouvelle définition est le résultat de la conception consensualiste du droit français et italien, je vous formulerai, par l'exemple du droit anglais, la définition qui résulte de la conception formaliste du contrat.

I. Etude de la définition du C.C. art. 1101. rapprochée à celle-ci : le contrat est un pacte obligatoire.

Prenons d'abord la définition du C.C., que je qualifie de définition traditionnelle. L'art. 1101 pourrait être remplacé par une définition plus courte et qui historiquement se comprendrait encore beaucoup mieux. Il faudrait dire dans la conception du C.C. : le contrat est un pacte obligatoire. Car c'est la vraie traduction historique de l'art. 1101.

Source : BIU Cujas

Le contrat est un acte qui oblige, qui engendre une obligation, un pacte suceptible d'être sanctionné par une action en justice. Nous allons en donner la démonstration, et cette demonstration doit être recherchée ayant tout dans Pothier, car c'est à Pothier que l'art. 1101 a emprunté la formule et par conséquent, comme on va le montrer, la doctrine.

Dans le § 1er, art. 1er, section 1ère, chapitre I, 1ère partie (ce sont par conséquent les premiers mots, ou à peu près) du fameux Traité des obligations, qui est le premier traité français écrit par Pothier, nous rencontrons la définition du contrat. C'est donc l'essence même du traité du célèbre jurisconsulte. Voici la définition de Pothier : „Le contrat doit être défini une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose." A peu de détails près, c'est la définition de l'art. 1101.

Définition donnée du contrat par Pothier en partant de la définition de la convention considérée comme genre dont le contrat est l'espèce.

Comment Pothier est-il arrivé à cette définition ? nous le lisons dans les lignes qui précèdent : „Un contrat, dit-il, est une espèce de convention." - Par conséquent, la convention est genre, et le contrat est espèce - „Pour savoir, ajoute-t-il, ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention".

Définition de la Convention par Pothier -

Et alors Pothier nous donne la définition de la Convention : „Une convention, dit-il, dont le terme synonyme est pacte, est le consentement de deux ou plusieurs personnes, au pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier. Pothier ajoute : „L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est un contrat."

Pothier montre donc le genre, qui est la convention, et qui a un triple objet possible : former, résoudre, ou modifier une promesse, un engagement. Et enfin, le contrat est l'espèce de convention qui a seulement pour objet de former quelque engagement.

Origine romaine de cette définition.

Pothier part de la définition de la convention donnée par les Romains. Il cite lui-même le texte dont nous avons donné le Dr. : c'est le fragment d'Ulpien, au D. 2-14-1, au titre de pactis, dont le Dr. fait reposer l'obligation des pactes sur l'équité. Ulpien définit alors le pacte : „Pactum autem et pactione dicetur : Le mot pacte vient du mot pactio (il ajoute, entre parenthèses : d'où le

Source : BIU Cujas

nom de paix, pax, et constitue le concours de deux ou plusieurs personnes dans le même arrangement, dans le même consentement: et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus"

Répudiation par Pothier de la définition du contrat par les Romanistes comme contraire au droit naturel.

Pothier est donc parti de la définition romaine de la convention, mais il repousse la définition romaine du contrat, ou plus proprement, comme il le dit lui-même: la définition des interprètes du droit romain. Car c'est une chose curieuse, et digne d'être notée, que si, de très bonne heure, le droit romain a possédé le mot: contractus, mot inventé pour symboliser le lien qui enserre de force deux personnes dans une convention obligatoire (on trouve ce mot déjà dans Gaius: III, § 98.) le droit romain ne nous a pas légué de définition du contrat. Cette définition n'est apparue que chez les glossateurs et chez les commentateurs de l'époque qui a suivi. La définition que Pothier repousse est la définition de cette époque: "Conventio nomen habens a jure civili vel causam": une convention tirant du droit civil son nom ou sa cause." Nomen: c'est parce que dans le droit romain les pactes obligatoires étaient ordinairement nommés, les contrats avaient des noms.

Causam, c'est la causa civilis dans ce cas-là, c'est à dire la cause efficiente de l'obligation, l'acte valable, jure civili, auquel on rattache la naissance de l'obligation.

Pothier, qui avait admis la définition romaine de la convention, repousse au contraire la définition romaine du contrat. Et pourquoi? Pothier dit: "On ne peut dans notre droit définir le contrat comme le définissent les interprètes du droit romain. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes et sur la distinction des contrats et des simples pactes n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit"

Ainsi la raison pour laquelle Pothier repousse la définition du contrat comme un acte obligatoire et tirant son nom ou sa cause civile du droit, c'est que, dit-il, notre droit français, (le droit du temps où il écrit) repousse la distinction du contrat et des simples pactes, parce que cette distinction n'est pas fondée sur le droit naturel et est très éloignée de la simplicité du droit naturel

A Rome il y avait une règle fondamentale:

Source : BIU Cujas

L'ancienne distinction romaine entre pacte et contrat. De là règle : Ex nudo pactio non praecitur actio.

c'était le fameux principe du formalisme, que l'on a condensé de nos jours dans un brocard bien connu : Ex nudo pactio actio non nascitur. Vérification faite sur les textes, cet axiome provient de trois textes principaux du droit romain. Ulpien, D. 2, 14 de pactio, 7, §1 : nudo pactio obligationem non parit ; C. §1, 65 de locato et conducto, 27 : Ex nudo pacto actionem jure nostro nasci non posse ; texte plus ancien, Paul, Sent II, 14, 1 : Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur. Ce sont des textes qui ont engendré la formule du formalisme anglais.

Ces textes ont exprimé la vérité juridique jusque dans le dernier état du droit romain ; le formalisme a gouverné les contrats à Rome jusque dans le dernier état de ce droit. Sans doute, avec le temps, le formalisme s'était atténué ; en ce sens, cette évolution a fait introduire, à côté des contrats dits formels, un certain nombre de contrats réels, les contrats consensuels, les contrats innommés sanctionnés par l'actio praescriptis verbis, les pactes dits légitimes.

Mais malgré ces atténuations, malgré cette accumulation de contrats nommés et même de contrats innommés, jusqu'au dernier état du droit romain, un contrat ou une convention n'était obligatoire que si elle rentrait dans ces catégories. Si elle n'y rentrait pas, il fallait recourir au contrat formel, au contrat verbal pour rendre obligatoire une convention, un pacte.

Par conséquent, le pacte, en principe, n'était pas obligatoire, tandis qu'il en a été, de bonne heure, différemment dans notre droit. Pothier indique le contraire et se réfère au droit naturel. On pourrait croire, par conséquent, que c'est seulement au XVIIIe siècle que l'on s'est aperçu que la distinction entre les contrats et les pactes, étant très éloignée de la simplicité, ne pouvait être fondée sur le droit naturel. La vérité est autre. En France, à une époque

Reconnaissance en France au moins dès le XVIe siècle du caractère obligatoire du pacte sous l'influence du Dt canonique et du Dt coutumier.

plus tard, fixée au XVIe siècle, les pactes, les conventions ont tous été obligatoires. On a cessé de faire la distinction entre les pactes obligatoires et ceux qui ne l'étaient pas, entre ceux qui étaient sanctionnés et ceux qui ne l'étaient pas.

Ceci sous une double influence, sous l'influence des canonistes du XIIe siècle et du XIIIe siècle, et sous l'influence des jurisconsultes du XVIe siècle. Laissons

Source : BIU Cujas

de côté pour l'instant le droit coutumier, qui souleve une grave controverse. La règle de l'effet obligatoire des pactes a été proclamée par le droit canonique, et sur ce point nous avons des textes.

Jusqu'au XIIe siècle, dans le droit canonique, on avait respecté la règle romaine : Ex nudo pacto non nascitur, bien que cependant les textes sacrés, les Evangiles aient prohibé le mensonge, et même le mensonge contenu dans une affirmation non formelle. A l'origine, l'Eglise a été hostile au serment et l'a prohibé. Donc, au XIIe siècle encore, au début, on rencontre la règle romaine.

Nulle part dans le Décret de Gratien on ne trouve de règle concernant l'effet obligatoire du simple pacte. Au contraire, dès la fin du XIIe siècle, dans la compilation Prima de Bernard de Pavie, d'où sont tirées les Décrétales de Grégoire IX - on trouve, au titre 35, de pactis, deux textes célèbres : le premier ainsi conçu (Chap. 1) : „Universi dixerunt, pax perpetua, pacta custodiantur." L'autre formule est la puissante (Chap. 3) : Studiose agendum est ut ea quae promittuntur opere compleantur."

Ces textes ont été reproduits dans les Décrétales de Grégoire IX, L. I, tit. 35. de pactis. La sanction était une sanction purement canonique. Dans le texte en question le manque à l'observation du pacte donnait lieu à la denuntiatio evangelica et le refus d'exécuter la promesse étant signalé au juge ecclésiastique, celui-ci pouvait mettre en jeu la sanction ecclésiastique, c'est-à-dire l'excommunication. C'est ce qu'on trouve dans l'Apparatus d'Innocent III, sous le canon Atigonus : Nudi pacta pereunt, excommunicatur. Si le pacte n'est pas observé, l'excommunication vient sanctionner la non-observation. C'est au début du XIIIe siècle que nous rencontrons alors, dans les écrits canoniques, la règle inverse de la règle romaine : Ex nudo pacto oritur actio.

D'autre part au XVIe siècle, en France, les civilistes proclament l'effet obligatoire du pacte, et dans des formules, dans des passages célèbres. En voici deux : Loisel, dans une formule mémorable (qui dit d'ailleurs le contraire de ce qu'elle signifiait trois siècles auparavant) : "On lit les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et tant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain." Et Dumoulin sur le code de Justinien : „Toute convention licite, pro stipulatio habetur; la règle est

Source : BIU Cujas

appliquée, dit-il, : in utroque foro seculari et ecclasiastico, dans les deux prétoires, le prétoire laïque et le prétoire ecclésiastique

Par conséquent, en droit canonique, au XIIe siècle, en droit coutumier au XVIe siècle, nous voyons observer la règle que les pactes doivent être exécutés, que tous les pactes sont obligatoires.

Il reste à signaler, pour terminer sur cette question, deux points curieux : le premier c'est la grande controverse qui divise les historiens sur le problème consistant à savoir si notre droit coutumier, même au XIIIe siècle, ne contenait pas déjà une règle sur l'observation nécessaire des pactes. La controverse divise les historiens à raison d'un passage de Beaumanoir et d'un passage du livre de Justice et Plet.

"Convenances vainquent loi", disait Beaumanoir, "ce qui tient à ce que - et c'est là le mot célèbre - toutes convenances font (ou font) à tenir" (Chap. 34 n° 2). Et dans le livre de Justice et Plet : "L'en commande que convenances accordées par bonnes mœurs font le marché, non pas la pannee, et le cœur doit puiyre la parole." Il y a controverse sur le sens de ces deux passages. Suivant Brissaud, ces passages ne signifieraient nullement que les pactes étaient obligatoires au XIIIe siècle. Il indique même que le passage d'où est tiré l'aphorisme de Loisel, au XVIe siècle, voulait dire, au XIIIe siècle, tout le contraire : "Comme les bœufs par les cornes on lie, ainsi les gens par leurs mots sont liés."

A l'inverse, Esmein estime que, dès le XIIIe siècle, "toutes convenances font (ou font) à tenir". Ce mot de Beaumanoir indique que tous les pactes étaient obligatoires.

Persistance chez les romanistes italiens du vieux principe romain.

2ème observation : Si le droit coutumier français, d'après l'opinion d'Esmein, a consacré dès le XIIIe siècle, : "toutes conventions font à tenir", les héritiers du droit romain, au contraire, aux mêmes époques, se conformaient à la tradition romaine. En Italie les glossateurs, en face des textes formels du Digeste et du Code ont toujours professé que les pactes n'engageaient pas, et il y a dans la Somme d'Azo, un passage vraiment curieux, où par une théorie ingénieuse, imagée, Azo oppose les pacta vestita aux nuda pacta qui n'engagent pas. Il énumère les sept vêtements que peuvent porter les pactes pour, revêtus de ces vêtements d'apparat, devenir

Source : BIU Cujas

des conventions. Ce passage se retrouve nous le verrons, dans le droit anglais où, sa forme figurative, s'est perpétuée et où l'on oppose encore le pactum nudum et le contrat, pacte obligatoire.

Réaction contre cette persistance de la règle romaine au XVIe S. pour l'influence des nécessités commerciales.

L'École des glossateurs a maintenu dans les villes italiennes la règle du droit civil, et ce n'est que par une conception du droit commercial, au XIVe siècle, que l'on voit, en Italie, naître une règle différente dans la coutume des marchands. Cette consuetudo mercatorum a engendré en Italie la force obligatoire du pacte fondé sur l'équité; et c'est au nom de l'équité que Bartole et son école ont admis et fait admettre petit à petit dans la pratique civile, et non pas seulement chez les commerçants, la règle que certains pactes engendrent une obligation.

J'ai insisté sur ces données historiques pour montrer comment Pothier avait attribué au droit naturel une solution qui était admise bien avant que fut professée la doctrine du droit naturel. Par la foi due aux Pactes, le droit canonique, par notre tradition coutumière, nos vieux auteurs coutumiers, et en Italie par l'équité, la solution dont se réclamait Pothier était déjà admise depuis plusieurs siècles.

C'est seulement par la suite que le droit naturel et sa simplicité interviennent pour sanctionner la notion de pacte obligatoire dans toute convention, toute convention constituant un pacte et tout pacte étant obligatoire, rompant ainsi avec la tradition du droit romain.

Distinction faite par Pothier entre la promesse qui engage et celle qui n'engage pas.

Dernière observation sur l'avant-dernier et le dernier paragraphes de Pothier qui viennent d'être cités, parce qu'il y a là un précepte illustré d'un exemple. Pothier indique qu'il y a des promesses qui n'engagent pas: "Il y a d'autres promesses
" que nous faisons de bonne foi et avec la volonté ac-
" tuelle de les accomplir, mais sans une intention
" d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit
" d'en exiger l'accomplissement; ce qui arrive lors-
" que celui qui promet, déclare en même temps qu'
" il n'entend pas néanmoins s'engager; ou lorsque
" cela résulte des circonstances ou des qualités de ce-
" lui qui promet et de celui à qui la promesse est
" faite." Par exemple ajoutait Pothier - et ce sont certainement ses notes de cours qu'il reproduit - "lors-
qu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de

Source : BIU Cujas

"lui donner de quoi faire, dans les vacances, un
"voyage de récréation en cas qu'il emploie bien son
"temps, il est évident que le père, en faisant cette pro-
"messe, n'entend pas contracter avec son fils un
"engagement proprement dit. Ces promesses pro-
"duisent bien une obligation imparfaite de les accom-
"plir, pourvu qu'il ne soit survenu aucune cause,
"laquelle si elle eût été prévue, eut empêché de fai-
"re la promesse; mais elles ne forment pas d'enga-
"gement, ni par conséquent de contrat."

Consécration de la doctrine de Pothier par les commentateurs du C.C. au XIXe 5.

Voilà la doctrine de Pothier, et par elle nous pénétrons dans le C.C. Les commentateurs du C.C., jusqu'à la fin du XIXe siècle, s'en sont tenus à la doctrine de Pothier. Prenons par exemple d'abord l'un des premiers commentateurs du code, le célèbre Toullier; puis ceux qui se sont le plus éloignés du C.C.* du XIXe siècle, Aubry et Rau. On retrouve la doctrine de Pothier: dans le Droit civil français suivant l'ordre du code de Toullier, qui est un des premiers commentaires du C.C., mais commentaire assez près des philosophes, pour qu'on en recommande la lecture, quant à l'influence du droit naturel sur la doctrine au début du XIXe siècle, Toullier reproduit, au Tome VI de son livre, la distinction romaine entre les pactes et les contrats, et, la critique. On trouve aussi chez lui la distinction de Pothier entre les conventions imparfaites et les conventions qui engagent et amènent à une sanction.

Toullier.

* au cours

Il y a des conventions qui ne produisent pas d'obligation, comme lorsque deux personnes ayant des affaires à Paris conviennent de faire le voyage ensemble. Toullier reproduit également l'exemple de la promesse d'un père ou d'un oncle de donner à son fils ou à son neveu de quoi faire un voyage de récréation. Mais il est plus prévère que Pothier, et dans le langage un peu ampoulé du temps, voici ce qu'il dit: "Cependant celui qui
"promet avec réflexion, quoique sans vouloir confé-
"rer le droit d'usage l'accomplissement de sa pro-
"messe, parce qu'il veut qu'on s'en repose sur sa
"parole, n'en doit pas moins être fidèle à ses en-
"gagements, à moins qu'il n'y ait eu de justes
"motifs de changer de volonté en frustant sans rai-
"son l'espérance qu'il avait donnée, il trompe la per-
"sonne qui a compté et dû compter sur sa parole, et si
"les lois n'arment pas la justice contre lui, elles l'a-

Source : BIU Cujas

bandonnent au tribunal sévère de l'opinion, et le notait d'improbité par cette sentence accablante: "Grave est fidem fallere". Comparativement à la doctrine de Pothier, on observe donc dans Toullier un renchérissement dans le sens de la nécessité morale sur laquelle repose l'obligation: c'est à dire un pas vers la conception de l'obligation comme constituant avant tout une obligation de conscience.

Aubry et Rau.

Dans Aubry et Rau, nous rencontrons moins de philosophie, mais nous retrouvons la doctrine même de Pothier: distinction entre les conventions et les contrats, exposée très lumineusement au Tome IV sur les obligations, § 344: "Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. Elle peut avoir pour objet soit la formation d'une obligation, soit sa modification ou son extinction, soit enfin la translation d'un droit."

Alors voici la définition du contrat: "La convention qui a pour objet la formation d'une obligation, ou la translation d'un droit, se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, et le contrat l'espèce." La doctrine est très claire: c'est Pothier reçu par Aubry et Rau.

Aubry et Rau opposent même le *distrat* au contrat. Le distrat, c'est la convention qui éteint une obligation, alors que le contrat fait naître une obligation.

Ce langage traditionnel s'est perpétué à travers tout le XIXe siècle, dans le Traité élémentaire de Droit civil Français de M. Planiol, (T. II n° 9111) on lit encore, établie, d'ailleurs, sous l'autorité d'Aubry et Rau, la distinction entre le contrat et la convention, et la définition du contrat comme une espèce de convention productive d'obligation.

Définition de MM^rs^ Colin et Capitant.

Ce n'est que dans le Cours de Droit civil français, (Tome II, p. 257 de la dernière édition) de MM. Colin et Capitant que nous rencontrons une nouvelle définition du contrat: *Le contrat ou convention est un accord de deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets juridiques.*

A peu de choses près, les derniers auteurs d'un traité français de droit civil basé sur le C.C., aboutissent ainsi à une formule qui n'est autre que la formule moderne que celle que nous rencontrons dans le projet de Co de franco-italien, à laquelle nous arrivons maintenant.

Source : BIU Cujas

La formule qui figure dans l'avant-projet franco-italien est en somme une formule analogue à celle de MM. Colin et Capitant, assimilant complètement les obligations et les contrats. Pothier définissait les contrats comme des "obligations par consentement": convention, contrat, consentement, c'est tout un, et la formule qui va être commentée n'est autre qu'un développement de la règle moderne: solus consensus obligat, le seul consentement engendre l'obligation.

Analyse et commentaire de la définition de l'art. 1er de l'avant-projet franco-italien.

Rappelons les termes de cet art. 1er du projet franco-italien, qui est la traduction de l'art. 1098 du code italien: Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique.

Le substantif de la définition: le contrat est un accord.

Nous allons décomposer cette définition, voir d'abord le substantif de la définition, qui indique le genre, puis les traits spécifiques. Le substantif de la définition c'est le mot: accord. C'est le mot qui figure dans l'art. 1098 du code italien. Ce mot accord indique un rapprochement, dont on aura à préciser plus tard la nature. C'est un mot qui est d'ailleurs emprunté à la langue courante. Dans le dictionnaire de la langue française, Littré définit le contrat comme un accord de deux ou plusieurs volonté. C'est un mot pris dans la réalité, qui a pour objet d'éveiller l'image de l'opération effectuée, tout en étant d'ailleurs d'un caractère juridique.

Il ne faut pas cependant que ce substantif nous fasse oublier qu'il existe d'autres genres dont le contrat est espèce, et il est nécessaire de rapprocher le contrat de ces genres moins prochains que le genre prochain qui figure dans la définition.

Deux autres termes plus généraux, plus éloignés, auraient pu être adoptés, et l'un d'entre eux va nous permettre de préciser, dans une certaine mesure, certains des traits caractéristiques du genre auquel appartient le contrat.

Pourquoi ne pas dire que c'est une institution juridique.

On aurait pu tout d'abord définir le contrat comme j'avais moi-même opéré pour l'obligation, en partant du terme institution juridique. On aurait pu dire: le contrat est l'institution juridique qui désigne l'acte par lequel deux personnes s'accordent pour créer... etc un rapport juridique.

Il ne faut recourir à ce procédé de définition qu'en désespoir de cause, et lorsqu'il est impossible de dégager un genre plus rapproché. En l'espèce on peut en trouver un, et même deux. Il n'était donc pas utile de faire appel à ce terme très générique d'institution juridique.

Source : BIU Cujas

N'oublions cependant pas que le contrat est une institution juridique

ou un acte juridique ?

Un second terme, plus rapproché, est celui d'acte juridique. Le contrat est l'institution juridique qui désigne un acte. On pourrait définir le contrat : l'acte juridique par lequel deux personnes s'accordent pour créer... etc, un rapport de droit. L'avantage de rappeler que le contrat est un acte juridique, nous allons l'apercevoir en replaçant pour le moment - et pour le moment seulement - le contrat dans le cadre de ce genre moins prochain, mais prochain cependant qu'est l'acte juridique. C'est d'ailleurs le procédé qu'emploie M. Demogue, dans son Traité des obligations en général, au T. 1er : il part de la notion d'acte juridique pour définir et délimiter la circonscription du contrat

L'acte juridique a donné lieu à diverses définitions : des définitions inspirées de l'esprit individualiste du XIXe siècles et des définitions plus modernes, inspirées de l'esprit sociologique. C'est ainsi que Saleilles définissait l'acte juridique : tout fait volontaire auquel la loi attache un effet de droit. Les faits juridiques sont des faits d'ordre volontaire, conformes à la volonté de leur auteur, et produisant des effets juridiques.

Définition de l'acte juridique par M. Demogue.

Aujourd'hui on a une tendance à rectifier cette définition, et notamment M. Demogue, au Traité des obligations, p. 25 N° 12 définit l'acte juridique : *l'acte ou le but social poursuivi concorde avec la volonté individuelle.*

C'est de ces définitions que nous allons déduire deux observations qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on définit le contrat moderne.

La première c'est que ce rappel de la définition de l'acte juridique nous remémore également la raison d'être de la force obligatoire attachée aux actes juridiques, et notamment aux contrats : raison d'être qui, à l'origine, avait été plus ou moins heureusement définie par les philosophes. Grotius, dont M. Demogue cite le raisonnement, raisonnait par analogie du transfert de propriété : Celui qui s'oblige, disait Grotius, à transférer un droit contre lui, droit qu'il possédait virtuellement, qu'il a appelé à l'acte et qui doit être respecté comme un transfert de propriété. C'est une sorte de transfert de propriété, c'est le transfert d'un droit créé contre soi.

Bentham, le philosophe de l'utilitarisme, contemporain du C. C., fondait la force obligatoire de l'acte juridique sur l'avantage de celui qui s'oblige dans une formule présentant le flanc d'ailleurs à une objection possible : si l'acte devient désavantageux la force obliga-

Source : BIU Cujas

toire perd sa raison d'être.

La base morale et la base sociale modernes de la force obligatoire de l'acte juridique.

Aujourd'hui la force obligatoire des actes juridiques repose sur deux bases : une base morale et une base sociale. La base morale consiste à dire que l'acte juridique engendre obligation ; par conséquent on doit réprimer les atteintes à la foi, les atteintes à la confiance, réprimer le mensonge et sanctionner la promesse. Ainsi, sanction d'une obligation morale, telle serait la première raison d'être de la force obligatoire de l'acte juridique, et notamment des conventions.

Au point de vue social, au point de vue de la sécurité, même base : la force obligatoire de l'acte juridique sera le respect nécessaire des droits acquis ; lorsqu'une personne a voulu d'une certaine façon, elle ne peut plus impunément vouloir le contraire, et arbitrairement. Le contrat est notamment une transaction entre des personnes ayant des intérêts opposés ; admettre que cette transaction puisse être remise en question arbitrairement, unilatéralement, ce serait une atteinte à la sécurité.

La volonté source de la force obligatoire de l'acte juridique.

Ainsi, base morale, base sociale, l'acte juridique puise sa force obligatoire dans la volonté, dans le respect de la volonté émise et dans la sécurité de ceux qui ont déclaré vouloir utilement l'acte.

M. Demogue notamment ne manque pas de rappeler que les philosophes aujourd'hui proclament que la volonté seule n'explique point l'obligation. Il y faut, disent-ils, dans leur langue, „ le concours du moi et du non moi, " c'est à dire de la volonté et du milieu social.

Ainsi replacée dans le cadre de l'acte juridique, cette première observation nous permet donc d'apercevoir les bases de la force obligatoire qui s'attachera au contrat, la raison d'être de cette force.

Deuxième observation : en replaçant le contrat dans le cadre de l'acte juridique, nous rappelerons utilement, pertinemment, un autre terme qui doit être sous-entendu avec le mot accord. Le mot accord en lui-même, qu'est-ce qu'il indique ? C'est, dit Littré (dictionnaire de la langue française), une réunion des cœurs et des esprits sur le même point, c'est un assentiment.

Nécessité de préciser la définition trop large du contrat comme un accord en faisant intervenir la notion de "juridique".

Définir le contrat comme un accord, c'est une chose beaucoup trop large. En admettant que le contrat soit une adhésion des esprits, il faut préciser ; cette précision est sous-entendue. Elle est sous-entendue, pourquoi ? Parce que le contrat est un acte juridique. On sous-entend le mot : juridique : le contrat est un accord (sous-entendu) juridique, l'adhésion de l'esprit dans l'ordre juridique. D'ailleurs ceci va se trouver précisé dans un trait spécifique, mais ce n'est

Source : BIU Cujas

pas au trait spécifique qu'il appartient de dire que le mot juridique est sous entendu ; c'est au substantif lui-même.

Voilà donc commenté - provisoirement du moins, car nous aurons à y revenir dans l'analyse et le mécanisme du contrat, - ce premier mot : accord. Restera à voir en quoi consiste cet accord.

Traits spécifiques de la définition du Contrat.

Examinons maintenant les traits spécifiques. Ce sont : accord entre deux ou plusieurs personnes en vue de créer, modifier ou éteindre un rapport juridique. Commentons ces mots.

Accord entre 2 ou plusieurs personnes.

Accord entre deux ou plusieurs personnes. Voilà en quoi le contrat se distingue, comme accord, d'autres accords. Qu'est-ce que ce trait spécifique élimine donc par à contrario ? Lorsque l'on parle de personnes, on indique manifestement dans cette définition des personnes physiques ou des personnes morales du droit privé. En tout cas, on exclut un certain nombre d'accords qui, s'ils mettent en présence des personnes, mettent en présence des personnes d'un genre spécial ou dans des conditions spéciales.

Maintien de cette définition dans le domaine du droit privé et du droit interne à l'exclusion des accords qui peuvent intervenir en D. I. public.

Bien que la définition présentée par l'art. 1er de l'avant-projet soit très large, et que ces termes mêmes puissent comprendre les accords qui vont être exclus, c'est une définition de droit privé, et de droit interne, qui ne convient pas au droit international. Les Traités sont des accords, et des accords entre personnes du droit international, entre Etats notamment. Les internationalistes diront qu'il faut bien se garder de transférer dans le droit public et le droit international public, nos vieilles catégories du droit privé. Oui, les traités sont des accords, mais ce ne sont pas des contrats, et les clauses des traités ne doivent pas être confondues avec les clauses des contrats. Et cependant si forte est la technique du droit privé, que bien souvent elle fait dans le domaine du droit international une irruption bien embarrassante pour les spécialistes du droit international eux-mêmes.

Donnons-en un autre exemple : les traités qui ont mis fin à la guerre ont employé un mot qui figure dans le C.C. : ce mot, c'est le mandat. Il y a des territoires sous mandat", il y a des pays „sous mandat de la Société des Nations." Lorsque les négociateurs du traité où ce mot figure y ont inséré ce mot, ils n'ont oublié qu'une chose, c'est que ce terme de droit privé, s'il figure dans le C.C. français et dans les codes similaires, ne figure pas dans le vocabulaire juridique de certains autres pays, et notamment de certaines nations co-signataires des traités ; les nations anglo-saxonnes. Le mandat

Source : BIU Cujas

n'existe pas en droit anglais, ni en droit américain. La question n'avait pas été soulevée ; elle l'a été depuis. Recherchant quels sont, dans le droit anglo-saxon, les termes juridiques susceptibles d'y traduire l'expression employée par le Traité de Versailles et le Pacte de la Société des Nations, les Anglais ont assez habilement indiqué que l'on avait vraisemblablement voulu désigner l'institution, qui ne correspond pas au mandat dans le droit anglais, mais en tient lieu et forme une catégorie même beaucoup plus large que celle du mandat français et continental, la grande conception anglaise et américaine des *trusts et trustees*

Il n'y a qu'un malheur c'est que le rapport né du *trust* n'est pas à proprement parler, un rapport obligatoire ; c'est une décomposition de propriété, analogue à la propriété bonitaire, à la propriété prétorienne à Rome, opposée à la propriété du jus civile. En se proclamant "trustee" pour la Société des Nations, notamment en Mésopotamie, (pays à gisements de pétrole), les Anglais ont revendiqué purement et simplement la propriété.

Dans le droit international, si on proclame que les catégories du droit international public n'ont rien à voir avec les catégories du droit privé, il serait prudent de ne pas employer le vocabulaire du droit privé.

Exclusion de la définition du contrat des accords de droit public dans lesquels intervient la puissance publique.

Seconde réserve : dans le domaine du droit public interne, les contrats ne figurent point sous la définition d'accord entre deux ou plusieurs personnes, parce que pouvoir la personne contractante est la personne publique par excellence, l'État, contractant avec des particuliers. Il y a bien accord, il y a bien deux personnes, mais c'est une convention d'un genre spécial. Exemple : la nomination d'un fonctionnaire, l'élection d'un maire. Entre le fonctionnaire et l'État intervient une convention, que l'on peut qualifier de contrat, mais qui présente cette particularité de soumettre celui qui bénéficie de cette convention à des obligations particulières. On dit aujourd'hui : à un statut particulier. Donc la nomination n'est pas seulement un contrat, c'est un contrat qui amène à un statut, c'est l'offre et l'acceptation d'un statut. L'élection d'un maire met en présence, par exemple, le maire qui accepte les fonctions, et le conseil municipal qui lui confère les fonctions. C'est un acte qui engendre également un statut, mais qui repose sur une délibération à plusieurs. Et ces délibérations à plusieurs, qui font un accord, rentrent également dans le droit public dans des notions en dehors de la notion de contrat. Enfin, prenez le cas de l'élection d'un député ou d'un sénateur : il y a là un accord sans doute entre l'élu et la majorité qui fait de lui un élu,

Source : BIU Cujas

ce n'est pas un contrat. Et cependant j'ai encore le langage courant va spontanément - tant est grande et tant est forte l'énergie de nos catégories du droit privé - employer instinctivement le langage du droit privé. On dit d'un parlementaire qu'il a un „mandat parlementaire." Et lorsque plus ou moins fréquemment un parlementaire fidèle vient entretenir ses électeurs de la manière dont il a opéré dans les assemblées législatives ou au dehors, cela s'appelle : un compte-rendu de mandat "

Néanmoins, il faut reconnaître que l'on est en présence de contrats d'un genre spécial. Quelle que soit la largeur des termes employés dans le projet franco-italien et dans l'art. 1098 du code italien, il n'a jamais été, semble-t-il, dans les intentions de ceux qui l'ont rédigé, de faire rentrer, malgré la généralité de ces termes, toutes les conventions dont il vient d'être parlé dans les contrats.

Le contrat est un accord entre personnes du droit privé.

Par conséquent : accord entre deux ou plusieurs personnes - sont entendu personnes du droit privé. Mais on dit personnes du droit privé avec un peu d'hésitation, parce que dans les personnes du droit privé il y a les personnes morales et les personnes physiques, les personnes morales, dont la nature engendre des controverses, qui ne sont point près de finir, et dont les actes sont particulièrement délicats à analyser.

Mais certains accords intervenant au sein d'une personne morale de droit privé ne sont pas un contrat

Mais il faut prendre garde qu'à côté du vote des assemblées, de l'élection d'un maire, du vote par un collège électoral qui élit un parlementaire il y a les votes dans les sociétés, dans les associations, le vote des assemblées d'actionnaires, des assemblées de membres de l'association ... ? Il y a là des actes „complexes". C'est d'ailleurs le terme que l'on emploie, lorsque, par exemple, un accord s'opère au sein d'une assemblée d'actionnaires pour approuver une distribution de dividendes. Dira-t-on qu'il y a là un accord ? Oui. Dira-t-on qu'il y a là un contrat ? Non.

Par conséquent, la notion stricte de contrat est, en réalité, une notion qui se restreint dans les rapports entre deux ou plusieurs personnes, dans des personnes physiques, ou alors des personnes morales du droit privé, contractant dans les mêmes conditions que peut le faire une personne physique.

Différenciation du contrat et des actes unilatéraux -

En second lieu, ces mots d'accord entre deux ou plusieurs personnes, différencient le contrat des actes unilatéraux. Je ne dis pas : des promesses unilatérales, je dis des actes juridiques unilatéraux. Il faut toujours, lorsqu'on étudie le contrat, avoir présent à l'esprit cette distinction du contrat, qui est l'accord de deux ou plusieurs personnes - et l'acte juridique unilatéral, qui est beaucoup plus fréquent qu'on ne le croit. On se figure que les actes unilatéraux sont en nom-

Source : BIU Cujas

bre très restreint; on pense au testament. Mais on jette un coup d'œil sur l'énumération qui est donnée par M. Demogue, au N° 16 de son traité des obligations en général, p. 35, on voit une énumération qui est extrêmement importante. Il y a des actes unilatéraux qui interviennent notamment dans le domaine des obligations, comme l'option, par exemple dans une obligation alternative ou in facultate solutionis; il y a des actes unilatéraux, comme des renonciations à des droits acquis, par exemple à une pûreté réelle. Il y a des actes unilatéraux qui sont purement conservatoires: la déclaration de réserve de droits, les mises en demeure, les commandements. Il y a enfin - et je m'arrête surtout à ceux-ci - les actes unilatéraux qui complètent un acte bilatéral, qui par conséquent apportent un consentement supplémentaire dans un acte: par exemple les confirmations d'actes nuls, la ratification par le maître d'une gestion d'affaire qui transforme la gestion d'affaire en mandat; l'acceptation d'une stipulation pour autrui par le tiers bénéficiaire. Ce sont des actes unilatéraux par excellence.

Les traits spécifiques du contrat, présentant donc les conceptions consensualistes actuelles, le contrat comme un accord entre deux ou plusieurs personnes, excluant du domaine du contrat les actes juridiques unilatéraux. Nous aurons à voir comment se concilie l'exclusion du domaine du contrat des accords qui ne sont pas entre deux ou plusieurs personnes, avec les conditions consensualistes du contrat.

Exclusion de la notion du contrat de l'opération avec soi-même.

Enfin, dernière observation, dès l'instant où l'on dit que le contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes, on exclut du contrat - et ceci paraît presque l'évidence, une convention qui serait passée entre un homme et lui-même, c'est à dire ce qu'on appelle aujourd'hui juridiquement, le contrat avec soi-même. Les deux mots sont contradictoires d'après la définition de notre art. 1 du projet franco-italien (1098 du code italien) puisque le contrat, par définition, comporte deux ou plusieurs personnes. Et néanmoins l'acte juridique d'une personne avec elle-même a donné lieu à de très grandes difficultés.

Voici ce que dit M. Demogue (Tome 1er page 161 et s.). Peut-on parler d'un acte juridique avec soi-même, notamment dans les cas suivants: d'abord dans le cas de représentation, lorsque le représentant se fait le co-contractant de la personne qu'il représente? Tel serait le cas d'un tuteur, représentant le pupille, et contractant avec son pupille par son propre intermédiaire, agissant à la fois en tant que tuteur et en tant que lui-même? Tel serait

Source : BIU Cujas

le cas d'un père, administrateur légal, qui contracterait avec l'enfant dont il administre les biens, en tant qu'administrateur et en tant que lui-même ? Tel est enfin le célèbre cas du commissionnaire, qui se fait le contre-partiste de son client. Tout ceci se présente dans les rapports de représentation.

L'acte juridique avec soi-même se manifeste aussi dans les rapports qui ne sont peut-être pas des rapports de représentation, dans les rapports de société avec associés, avec sociétaires. Le contrat passé par le directeur d'une société avec la société elle-même; ou même le contrat passé par les membres de la société avec la société; ou encore le contrat passé entre deux entités peu différentes; par exemple le contrat passé entre une succursale et la maison mère ou sa filiale. Voilà un acte avec soi-même.

Mais - et enfin - l'acte avec soi-même se rencontre encore dans ce que l'on appelle le cumul de qualités, lorsqu'une personne, cumulant sur sa tête, en dehors de tout rapport de représentation, deux qualités, passe avec elle-même une convention dans chacune des qualités. Telle est l'hypothèse du contrat passé par l'héritier bénéficiaire, qui, par exemple, tranche avec la succession, et ceci à raison de ce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire amenant une séparation des patrimoines, on considère qu'il y a des patrimoines séparés qui se trouvent appartenir à la même personne. Ceci engage la théorie générale du patrimoine, et la conception spéciale que l'on s'en fait.

Voilà trois catégories d'hypothèses dans lesquelles on rencontre l'acte avec soi-même : est-ce un contrat ? Est-il possible de l'analyser comme un contrat ? Nous donnerons la réponse en étudiant le mécanisme du contrat.

But du contrat : Créer, modifier, éteindre un rapport juridique.

Voyant maintenant la seconde branche des traités spécifiques : en vue de créer, modifier, éteindre un rapport juridique. Créer, modifier, éteindre, dit la formule. On ne parle pas de transfert. Ceci est assez curieux, car dans d'autres formules, et notamment dans celles étudiées précédemment, on parlait de transfert de droits, comme objet possible des conventions. Puisque toute convention est un contrat dans la doctrine moderne, est-ce qu'on ne peut pas considérer comme un contrat les accords en vertu desquels on transfère un bien ?

L'accord par lequel on transfère un bien est-il un contrat ?

Le projet franco-italien a pris en considération une observation présentée par certains juristes, notamment par M. Planiol, au Tome 2, n° 5 bis, de son traité de droit civil. En réalité, dit-il, il n'y a pas de contrat ayant pour objet la translation d'un droit. Et pourquoi ? La translation d'un droit dit-il, est la conséquence de l'obligation de donner créée par le contrat et réalisée immédiatement par lui comme acte de transfert. Par conséquent,

Source : BIU Cujas

en réalité, il n'y a pas là, et il ne peut pas y avoir dans notre droit, de contrat ayant pour objet la translation d'un droit. Voilà la raison pour laquelle la formule parle exclusivement de création, de modification et d'extinction.

Des accords ayant pour but de créer un rapport n'ayant pas un caractère juridique. Quelques faits de fait.

La dernière question qui se posera relativement à cette formule, c'est celle qui avait déjà été examinée par Dothier et par Toullier, dont on a analysé la doctrine sur ce point. On dit que le contrat et la convention ne sont qu'un. C'est là le point de départ de la définition qu'on analyse. Mais quid juris des exemples donnés par Dothier et par Toullier : l'engagement pris par deux personnes de voyager ensemble en diligence pour aller à Paris ? la promesse faite par un père à son fils de lui offrir un voyage pour avoir bien conduit ses études de droit ? une promesse de rendez-vous ; voire même une invitation : sont ce des contrats ? Ce sont des accords ayant pour objet, non pas de créer un rapport juridique, le rapport dans ce cas n'est pas juridique. Mais pourquoi et quand saura-t-on qu'un rapport est, ou n'est pas, juridique ? Quand saura-t-on qu'un rendez-vous donné sera une simple proposition donnée, ou un rendez-vous d'un caractère commercial engendrant des obligations juridiques ?

Là, nous nous arrêtons, parce que nous sommes dans un domaine où il n'y a pas de critère possible. C'est une appréciation des faits que le juge aura à dégager soit des termes exprimés par la volonté des contractants, soit, si les termes sont ambigus, de leur intention ou de l'usage. Quoi qu'il en soit, nous sommes à la limite de la réglementation positive, et nous disons simplement en revenant alors au substantif de la définition que c'est le moment de nous rappeler que l'accord dont il est question est ayant tout un acte juridique.

Caractère ordinairement consensuel du contrat moderne. Résistance cependant de certains contrats solennels.

Voilà la définition du contrat moderne, telle qu'elle résulte explicquée exégétiquement, de la formule du projet de code franco-italien. Il semble en résulter que tout contrat est consensuel, toute obligation naissant d'un contrat ne du consentement. Il faut cependant mentionner que, bien qu'étant sorti du formalisme, notre droit français et notre C.C. lui-même a, dans certains cas très rigoureusement limités cependant, maintenu un certain formalisme, et qu'il y a des contrats qui exigent, pour que le negotium soit réalisé, comme en droit romain, une formalité, et plus spécialement un instrumentum.

Ces contrats sont en nombre restreint, dans le cadre du C.C., ce sont les suivants : en matière patrimoniale la donation (art. 931) et le contrat de mariage (art. 1394), la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1252) ; 2° et

Source : BIU Cujas

en matière de devis et marchés l'autorisation par écrit nécessaire pour pouvoir augmenter le prix dans les contrats à forfait (art. 1793). Dans ces diverses hypothèses, un acte écrit, voire même parfois un acte notarié, est indispensable pour raison de protection des parties ou des tiers. En matière hypothécaire, la constitution d'hypothèque (art. 2127), la radiation provenant du concours de volonté des parties (art. 2157 et 2158), et la cession d'hypothèque (loi du 23 mars 1855, art. 9 et loi de février 1889)

Voilà dans le cadre du C.C., (en laissant de côté notamment les lois sur les brevets) les contrats qui exigent un instrumentum pour qu'il y ait negotium. Dans le domaine extrapatrimonial, le mariage et ses publications, et l'adoption (art. 353). En dehors des cas d'acceptation bénéficiaire, des renonciations, il y a dans le domaine du droit de famille la reconnaissance d'enfant naturel, l'adoption, et même dans le cadre des contrats il y a bien d'autres formalités. D'abord des formalités exigées en faveur des tiers : la publicité immobilière, la transcription, les inscriptions pour faire valoir les actes et les contrats à l'égard des tiers; la publication en matière de sociétés de commerce, etc...

Il y a encore un autre formalisme, c'est celui qui résulte des instruments eux-mêmes, et où, à la différence de ce qui vient d'être indiqué tout à l'heure, le formalisme attache l'instrumentum au negotium. C'est le negocium qui s'attache à l'instrument dans la lettre de change, le billet à ordre, etc. Le formalisme de l'instrumentum fait naître des rapports juridiques et fait naître un negocium (Cf. Moeneclacy : "La renaissance du formalisme." Paris. thèse 1911)

Caractère formaliste des contrats anglais. Intérêt que présente leur étude.

Dans de très rares cas, en France, le contrat est formaliste. Au contraire, en Angleterre, la règle est le formalisme. Si nous examinons le contrat anglais, ce n'est pas par simple désir de satisfaire une curiosité scientifique, une prédilection pour les idées comparatives, mais pour bien montrer qu'à l'heure actuelle, et plus particulièrement pour la génération présente, il sera aussi indispensable de connaître les principes du contrat anglais que ceux du contrat français. Ici encore voici une démonstration par les faits, et par les faits du jour.

A la fin de la semaine, va être soutenue, à notre Faculté, une thèse ainsi intitulée : le contrat de la "London Corn Trade association." Ce contrat est appelé "contrat de Londres" dans toutes les transactions de céréales. C'est un contrat-type, formule imprimée en Angleterre, qui domine entièrement le marché des céréales et qui a donné lieu déjà à de très nombreuses décisions judiciaires, dont deux, en particulier, se trouvent dans le S. de 1927.

Source : BIU Cujas

Importance pratique prise dans les affaires internationales par les contrats-types anglais.

Ces contrats-types sont beaucoup plus nombreux qu'on ne pourrait le supposer. Aujourd'hui les grandes affaires sont internationales, et en ce qui concerne tout ce qui s'importe, tout ce qui voyage sur l'eau, tout ce qui requiert un crédit à l'étranger, se passe sous forme de contrats anglais, et la plupart du temps de contrats-types. C'est ainsi par exemple que tout ce qui passe par la Mer du Nord emprunte "the Time Charter of Liverpool", c'est à dire le contrat-type dont les formules sont rédigées par les brokers de Liverpool.

Non seulement l'Angleterre et les Etats-Unis imposent ainsi leurs contrats types dans la pratique, par l'influence de leurs associations professionnelles, mais aussi - mais surtout - c'est au sein des comités et associations juridiques qu'en matière de contrats les Anglo-Saxons sont en train de prendre la prédominance, ainsi non seulement en matière maritime, au Comité maritime international d'Anvers, mais encore dans des associations telles que l'International Law Association, et au sein de la Chambre de commerce internationale. C'est donc ces organismes que s'élaborent, se discutent et se rédigent les clauses des contrats commerciaux internationaux, et ces contrats sont de plus en plus, à l'heure actuelle, basés sur le modèle, sur les principes, sur la théorie du contrat anglais.

Je ne dis pas qu'il y ait lieu d'admirer; j'estime pour ma part, que les catégories continentales sont plus solides que les catégories du contrat anglais, qu'elles donnent plus de sécurité malgré leur apparence plus souple, qu'il y a dans les contrats anglais des archaïsmes, des pétrifications, des choses mêmes qui prêteraient à rire ou à pourrir. Nous verrons par exemple la superstition qui s'attache à une sorte de petit pain à cacheter rouge qui figure dans tous les contrats "scellés" anglais. Nous allons voir la curieuse théorie de la consideration qui va jusqu'à empêcher comme une consideration suffisante un grain de poivre, ou même, comme on disait en 1824, un "chapeau de feutre de castor". Malgré tout cela, le contrat anglais nous domine, nous menace. Il faut donc l'étudier, l'analyser, en connaître les principes, la définition, le mécanisme. Il faut l'étudier avec le sang-froid nécessaire. Il faut ne pas s'étonner, mais tâcher de savoir, et plus que jamais en étudiant le contrat anglais, se rappeler la grande maxime de Spinoza: "Humanas actiones, nique ridere, neque lugere neque detestari, sed intelligere ... Les actions humaines, il ne faut pas les tourner en dérision, il ne faut pas s'en affliger, il ne faut pas les exécrer, il faut s'efforcer de les comprendre."

Source : BIU Cujas

Plaçons-nous donc en face, non pas d'une formule, parce qu'il n'y a pas de formule légale, et que le droit anglais des contrats n'est pas codifié, mais en face de définitions que l'on rencontre dans les arrêts, ou plutôt de définitions que, des arrêts, les auteurs ont su extraire.

La définition du Contrat tirée des arrêts par les auteurs anglais

Il faut ayant tout se placer en face de la définition donnée par le dernier ouvrage paru en l'espèce. Ce document (N°J1191J de la Bibliothèque) c'est le traité: Principles of law of contracts, de Sir John Salmond, ouvrage achevé par le Professeur de l'Université de Cambridge, Mr. Winfield, octobre. novembre 1927.

Comparaison de la définition actuelle du contrat employant le terme obligation aux définitions anciennes qui ne l'employaient pas.

Voici la définition du contrat (p. 1): "Un contrat est l'espèce de convention, par laquelle une obligation juridique est créée et délimitée entre les parties qui y figurent.

De cette définition, on peut rapprocher l'ayant dernière, celle qui a été écrite dans le Digeste de droit civil anglais, sous la direction de M. Jenks: art. 183: "Un contrat est une convention ou un pacte qui crée, ou a pour but de créer une obligation juridique entre les parties qui y figurent."

A très peu de chose près ces définitions concordent. Elles sont établies toutes les deux puisant une méthode qui a été fixée pour la première fois par un auteur qui, jusqu'à l'apparition de MM. Jenks et Salmond, avait donné la définition classique du contrat, le célèbre Professeur Anson, de l'Université d'Oxford. C'est lui qui avait imaginé, pour définir le contrat, de dire que le contrat est la rencontre de deux notions: la notion de convention ou pacte, (agreement), et la notion d'obligation.

Les plus anciennes définitions ne faisaient pas entrer le mot obligation dans leurs formules. Et de ces définitions je dois mentionner deux autres: celle de Pollock et celle de Blacktone. Pollock définit dans son célèbre livre sur les contrats, le contrat: un pacte juridiquement exécutoire: an agreement enforceable by law, un pacte sanctionné par le droit.

Pourquoi Pollock emploie-t-il cette formule? Pour une raison négative et pour une raison positive. Raison négative: il a exclu de la formule de sa définition l'idée, le mot, la notion d'obligation, laquelle n'est point anglaise. D'autre part, raison positive: il a voulu, en employant la formule: un pacte juridiquement obligatoire, rappeler comme il le dit formellement, que le droit anglais est soumis à la règle: ex nudo pacto actio non nascitur: d'un simple pacte, l'action ne naît pas. On distingue en droit anglais le pacte qui est muni d'action et le pacte qui ne l'est pas. Par sa définition, Pollock indique le genre et l'espèce: le genre: pacte; l'espèce: sanctionné.

Source : BIU Cujas

D'autre part, il tient également à rappeler par sa formule toute l'évolution historique du contrat anglais, et notamment l'idée que l'action n'était donnée que lorsque le contrat remplissait les formalités désirables, ou comportait en lui-même cet élément auquel nous aurons longuement à nous attacher, qui est la clef du contrat anglais non formel ou non scellé : la consideration.

C'est ce qui explique la définition de Blackstone : Tome II, p. 444 de ses commentaires, Ch. 30, un pacte (an agreement) reposant sur une consideration suffisante (upon sufficient consideration) visant le fait ou l'abstention d'une chose déterminée, (to do or not to do a particular thing)

Analyse de la définition du contrat anglais.

Voilà les formules de définition du contrat anglais. Ayant ainsi posé un certain nombre de règles, de propositions, nous allons maintenant, comme on l'a fait pour les définitions du contrat français, nous demander successivement ce qu'il y a dans cette formule, d'une part de générique, d'autre part de spécifique, dégager le genre, dégager l'espèce, dire de quoi le contrat dépend comme genre le plus proche et déterminer ensuite en quoi il s'en distingue, quels sont ses traits caractéristiques et en quoi il a son originalité comme institution juridique.

En ce qui concerne l'indication du genre appartient le contrat, il y a, de Blackstone jusqu'à Winfield une suite de définitions qui emploient toutes le même substantif : agreement, qui veut dire pacte ou convention. Dans cette catégorie où le contrat est espèce, l'agreement, c'est le genre. C'est ce que nous disent d'une façon très claire, Salmond et Winfield à la p. 3 ; dans les termes qui ne sont autre que ceux que nous avons rencontrés dans Aubry et Rau : la convention est le terme générique, le contrat est le terme spécifique. C'est exactement ce que disaient Aubry et Rau.

Agreements ne constituant pas des contrats.

Mais le droit anglais possède toute une théorie des conventions qui ne sont pas des contrats. Il y a en Angleterre une série d'actes juridiques où concourt la volonté des parties, et qui, par conséquent peuvent être proprement dénommés des agreements, c'est à dire des conventions, des pactes, qui sont juridiquement existants, reconnus par le droit, sanctionnés par des actions, et qui ne sont pas des contrats. Il y a là une théorie particulière, qui a été exposée avec beaucoup de clarté dans les 151 premières pages du livre de Salmond et Winfield.

C'est en passant par une progression, en quelque sorte éliminatoire que l'on arrive, petit à petit, au contrat. Il faut éliminer une série, une succession de conventions obligatoires, sanctionnées par le droit et qui ne sont pas des contrats, stricto sensu. Voici, en résumé, la doctrine des auteurs

Source : BIU Cujas

qui ont écrit ce livre, et comment-ils en dégagent la définition du contrat anglais.

Distinction de 3 catégories de pactes qui-pant qu'ils ont pour objet de créer, d'éteindre ou de transférer des droits.

A travers le genre auquel se rattache le contrat, Salmond et Winfield nous indiquent qu'il y a trois catégories à distinguer parmi les pactes, parmi les conventions, parmi les agreements. L'ordre logique amène d'abord nos auteurs à les indiquer dans une progression assez naturelle: les pactes generateurs, (ou conventions génératrices) d'obligations; les pactes extinctifs, (ou conventions extinctives); les pactes translatifs (ou conventions translatives): créer, détruire, transférer des droits entre deux ou plusieurs personnes. Voilà les trois catégories dans lesquelles peuvent se répartir les conventions. Ici, il n'y a rien de spécifiquement anglais, puisque nous l'avions déjà trouvé dans Pothier.

Mais après avoir ainsi indiqué les trois catégories, nous allons voir pourquoi nos auteurs en inversent un peu l'énumération. Il faut, disent-ils, examiner tout d'abord les conventions qui ont pour objet de détruire des droits, puis finir en troisième lieu avec ceux qui ont pour objet de créer des droits. C'est dans les deux dernières distinctions de cette dernière catégorie, que nous allons rencontrer le contrat.

1° Conventions translatives de droits.

D'abord conventions translatives de droits: (agreements transferring rights). Ce sont les cessions. Ces accords transférant des droits, ce sont ce que nous appellerons des actes de transfert. Ils portent en Angleterre des noms extrêmement connus; ils s'appellent conveyances; c'est en général la mutation à titre onéreux de biens fonciers, de choses réelles, real property. Ils s'appellent également assignments, ce sont les cessions, (cessions-transports comme dans notre C.C.) ou encore, transferts; ce sont alors en général des cessions de biens qui relèvent de la propriété commerciale, de la personal property. Enfin on doit mettre dans une catégorie spéciale les gifts, (qui s'appellent aussi alligments, transferts) parce qu'ils sont à titre gratuit. Pourquoi faut-on figurer les transferts dans ces catégories? Il y a là une opération déclarative, reposant sur l'assentiment des parties, résultant de leur volonté; mais c'est une opération qui n'engendre pas de droits, qui se borne à en transférer. C'est l'opération correspondant à la convention de dessaisissement-investissement de notre ancien droit. En effet que nous disent nos auteurs anglais? "c'est une opération déclarative de l'assentiment, ou du consentement du propriétaire de ces biens, à l'effet de revêtir de ces biens une autre personne que lui."

Par conséquent, voilà le caractère de la première de nos catégories: convention ayant pour objet un transfert de propriété.

2ème catégorie: celle-là est très claire et très facile à

Source : BIU Cujas

2° Conventions ayant pour but d'anéantir des droits antérieurs.

comprendre : la catégorie ayant pour but de détruire, d'effacer, d'anéantir des droits antérieurs. Ce sont les distraits d'Aubry et Rau, par opposition aux contrats. Exemple : la remise de dette. Le droit anglais en général est dominé, comme tous les droits formalistes, par la règle que les mêmes formalités sont exigées pour faire disparaître un droit que pour le créer. Exemples : la remise de dette, release, abandonment, etc..

3° Conventions créant des droits.

3ème catégorie : les actes qui créent des droits, non pas des actes qui transfèrent des droits comme tout à l'heure, mais des conventions, des pactes créant des droits, engendrant des droits, des actes générateurs de droits. C'est là que nous allons rencontrer les contrats, mais pas tout de suite, en troisième lieu seulement.

Nous allons rencontrer dans la théorie anglaise, avant d'en venir au contrat, deux catégories bien intéressantes d'actes créant des droits, et c'est par là peut-être que le droit anglais montre qu'il est resté encore de nos jours un droit très archaïque et féodal.

Subdivisions de cette 3e catégorie de conventions :

La première de ces sous-catégories d'actes, de conventions, de pactes créant des droits, c'est ce que les Anglais appellent : grant, c'est à dire ce qui peut être proprement traduit en France par concession. Un grant ou concession, disent Salmond et Winfield (p. 5) est une convention par laquelle une partie crée, engendre, par son assentiment ou son consentement, un droit en faveur de l'autre partie. Mais un droit qui n'est pas seulement un jus in personam, valable contre lui seul, mais valable erga omnes. En d'autres termes, c'est la convention qui crée en faveur du co-contractant, nous dirions en droit français, un droit réel. Exemple : la création d'une perpétuité, (easement) ; d'un mortgage, qui remplace en Angleterre l'hypothèque ; d'un droit au profit d'un locataire, (création d'une locataire, lease) car le bénéficiaire d'une locataire en Angleterre a un droit opposable à tous.

a/ Grant (concession) créant un droit opposable à tous

Tous ces droits ainsi créés portent un nom générique dans le droit anglais. Lease, easement, mortgage s'appellent des emcumbrances. Le bien est "encombré" et nous retrouvons là le mot de notre vieille procédure normande : le fief encombré c'est le fief sur lequel pèse ou une locataire, ou une perpétuité, ou un mortgage, ou les trois simultanément.

Dans l'acte de transfert, nous l'avons vu, le droit est préexistant, et en réalité la convention d'aliénation porte sur un droit anciennement existant. Voilà pourquoi il y a transfert, tandis que dans la concession il y a création d'un droit nouveau. La convention engendre un droit

nouveau; ce n'est pas une autre opération que la vieille concession du fief.

b/ Conventions ayant pour effet de placer une personne dans un statut.

2ème catégorie de conventions: les conventions desquelles il ressort par l'acceptation de celui qui se soumet, ce que les Anglais appellent un status; nous dirions aujourd'hui un statut. Il y a des conventions, agreements, qui font entrer celui qui se soumet dans un régime de droits et d'obligations qui n'est pas déterminé par la convention, qui est déterminé par avance par la loi, par la coutume, par la jurisprudence. Il dépend de la volonté des parties d'y entrer, quoiqu'il existe des status engendrés par la loi elle-même. Mais on peut s'y mettre volontairement, et la convention qui a pour but de placer une personne dans un statut, les Anglais ne l'appellent pas un contrat.

Exemples de statuts.

Voici quatre exemples de statuts donnés par MM. Salmond et Winfield:

Le mariage.

1er exemple, le plus frappant: le mariage. L'état de mariage, en Angleterre, est considéré comme un statut. On peut se marier ou on ne peut pas se marier, mais lorsque l'on passe le contrat, on se soumet, disent les Anglais, à une série d'obligations qui ne sont pas déterminées par la volonté des parties, mais qui résultent de la coutume et de la loi; on entre dans le statut des personnes mariées.

Les rapports entre ouvrier et employeur.

2ème exemple: le rapport entre serviteur, ou employé, ou ouvrier et l'employeur, workmen and employers. On peut engager, ou ne pas engager ces services. Mais dès l'instant où l'on les engage, on entre dans un statut, dans une situation réglementée par la loi et où, par exemple, lorsqu'un accident survient, les conséquences en sont réglées par un texte, notamment pour les accidents du travail, le Workmen's compensation act de 1906. C'est un statut. C'est là une chose curieuse, car Summer Maine avait souvent écrit que l'évolution du droit consiste à passer du statut au contrat, alors que en droit anglais, on considère que le résultat du contrat de travail est d'engendrer un statut.

Le trust

3ème exemple: le trust, c'est à dire un état, un statut auquel l'bénéficiement, volontairement, se soumet une personne, dans l'intérêt pur d'autrui. Le statut qui résulte du trust, c'est le statut de trustee. Le trustee est la personne qui accepte bénéficiement d'entrer dans la situation faite par la loi et par la coutume, déterminée, définie comme étant celle d'un trustee.

La définition du trust se trouve d'abord dans l'art. 1765 du Digeste de Jenks: Un trust est une obligation

Source : BIU Cujas

de détenir et d'administrer un bien, un objet de propriété, et d'agir vis-à-vis de ce bien consciencieusement pour le bénéfice d'une ou plusieurs personnes autres que celui qui s'est soumis à l'obligation. Ce mot "consciencieusement" indique que l'institution est une institution d'équité. C'est même la plus générale et fondamentale des institutions qui ont été créées en Angleterre par la jurisprudence de la Cour du Chancelier.

Elle est née au XIVe siècle. Essentiellement elle repose sur une fiducie; c'est la fiducie romaine, c'est la fiducie française; et la preuve c'est que dans le C.C. de Québec qui est un C.C. Français, on a traduit le terme trust par le terme fiducie (art 981 a et suiv.)

Il y a là un statut, parce qu'on peut, ou non accepter de se mettre dans la situation infiniment délicate d'un administrateur des biens d'autrui. On peut, ou on peut ne pas accepter d'être trustee. Mais dès l'instant où l'on a accepté d'être trustee, alors on contracte une série d'obligations, on entre dans un statut qui lie la conscience ou au regard des juges de conscience que sont les juges d'équité, on est responsable, d'une façon excessivement sévère de la gestion et de la fiducie. C'est le contrat qui repose sur la bonne foi; c'est le contrat fiduciaire par excellence.

On trouve une autre définition moderne du trust, définition susceptible de nous faire mieux comprendre encore, à nous Français, ce que peut-être cette opération, à quoi elle répond. Cette définition est contenue dans une série d'articles de M. Pierre Lepaulle (notamment Clunet 1927)

d/ engagement militaire.

4ème exemple: l'engagement militaire, la convention, le pacte passé entre Sa Majesté et un fidèle sujet qui entre dans les armées britanniques. Il peut, ou il ne peut pas entrer dans l'armée. Mais dès l'instant où il y entre, il se soumet à un statut. Nous avons d'ailleurs cette expression en droit français, nous pouvons parler du statut des militaires, comme on parle du statut des fonctionnaires

Le statut, c'est donc une situation dans laquelle on se place la plupart du temps par convention. Mais il peut y avoir des statuts qui ne reposent pas sur la volonté individuelle: par exemple le statut d'enfant. L'état de l'enfant vis-à-vis des parents ne repose pas sur le consentement de l'enfant. De même lorsque l'Angleterre a fait appel à la conscription l'état militaire qui en résulte, le statut du militaire est le même que pour ceux qui se sont engagés volontairement, mais il ne repose pas sur une convention.

Ce qui fait la différence entre le statut et le contrat,

Source : BIU Cujas

ce n'est pas l'origine d'où il sort, sauf les exceptions qui viennent d'être indiquées, le statut repose sur l'assentiment ou le consentement des parties, comme le contrat. Ce qui fait la différence, c'est que dans le statut les rapports qui en naissent sont définis et déterminés autoritativement par la loi, indépendemment du consentement des parties. Un statut - nous disent MM. Salmond et Winfield, page 8 - est une relation juridique dont la nature, le contenu, les conséquences sont définies et déterminées autoritativement par la loi elle-même, indépendemment du consentement des parties.

Différence entre le statut et le contrat.

Tandis qu'au contraire, dans le contrat, le contenu, les effets sont déterminés par la volonté des parties. C'est ce que nous voyons à la page 9, où la comparaison nous montre qu'entre les parties, dans le contrat non seulement la relation juridique, mais aussi le contenu de cette relation dépendent de la volonté des parties.

C/ Le contrat.

Nous arrivons donc ainsi, en procédant par élimination, à déterminer ce qu'est le contrat, car nous arrivons par cette méthode, à dégager, en résumé, avec nos auteurs, cinq catégories de conventions :

1ère catégorie : les conventions transférant des droits. les cessions.

2e catégorie : les conventions détruisant des droits, faisant disparaître des droits : les distrats.

3e catégorie : les concessions

4e catégorie : l'acceptation d'un statut

5e Enfin en dernier lieu le contrat.

On peut donc génériquement situer le contrat, l'encadrer dans son genre, en disant que c'est une convention créatrice de droit, qui n'est ni une concession, ni l'acceptation d'un statut. Voilà, dans une certaine mesure, défini le contrat. Nous avons dégagé le genre, nous avons isolé le contrat dans le genre. Mais il nous faut maintenant en déterminer les traits spécifiques.

Les deux traits spécifiques du contrat :
1°/ un pacte exécutoire.
2°/ qui ne soit pas un pacte nu.

Ces traits spécifiques sont au nombre de deux : d'une part, il faut qu'il y ait un pacte exécutoire, il faut qu'il y ait un acte juridique exécutoire, une promesse, un engagement, une entreprise, undertaking, quelque chose que l'on assume, que l'on prend sur soi ; et 2° il faut que cette promesse ne soit pas un acte nu - pactum nudum, - mais soit revêtue de conditions auxquelles, et auxquelles seules, le droit reconnait la force d'obliger, la puissance d'engendrer un engagement civilement obligatoire, dont on peut poursuivre l'exécution devant les tribunaux.

Il faut maintenant, après avoir bien montré ce que c'était qu'un agreement, voir en quoi le contract se dis-

Source : BIU Cujas

tingue des autres conventions.

Les traits spécifiques du contract, comme agreement, sont, on le sait, au nombre de deux. En premier lieu, il doit être exécutoire, et d'autre part il faut qu'il soit juridiquement exécutoire, qu'il soit reconnu et sanctionné par le droit. Ici encore nous allons rencontrer des notions extrêmement anglaises, et plus particulièrement encore le formalisme.

Elément caractéristique du contrat.

Le premier trait caractéristique c'est que le contract est une convention exécutoire, „executory", disent les Anglais, (Salmond et Winfield) qui s'oppose à „executed". Ce qui est exécutoire s'oppose à ce qui est exécuté. La caractéristique donc du contrat, par opposition et par comparaison avec les autres parties des agreements, des conventions, c'est qu'il est exécutoire. Qu'est-ce que cela peut dire ?

Le contrat à la différence des autres conventions, est une convention exécutoire.

Notre guide, le livre de Salmond et Winfield, nous donne, à la p. 13, la signification du terme. Cela signifie, dit-il, une convention dans laquelle, après sa conjection, il reste encore quelque chose à faire par l'une des parties, ou par les deux, en exécution de la dite convention.

Différence à cet égard entre le contract et la cession, le diotrat et la concession qui s'opèrent en un trait de temps.

Il doit rester donc quelque chose à faire, et ceci est très apparent - et c'est le seul point sur lequel il faut insister - quand on compare le contract avec la cession, le diotrat, et la concession, qui sont les trois premières catégories de conventions.

La cession s'opère en un trait de temps. Le transfert est une chose tellement rapide que nos anciens auteurs au XVIIIe siècle ont fini par le sous-entendre, au point qu'il n'est plus resté en présence que les deux consentements.

Dans le diotral également, c'est à dire lorsqu'en principe les parties sont d'accord pour faire disparaître la convention, il ne reste également plus rien. Cela est également très apparent dans la concession, le grant; une fois que l'on a investi du droit créé, du mortgage par exemple, vis-à-vis de la personne que l'on veut faire bénéficier de ce droit, il apparaît que cet investissement s'opère en un trait de temps, comme d'ailleurs dans la cession.

L'opposition est moins apparente - malgré la publicité de nos auteurs, et sur ce point il est intéressant de se reporter à la manière dont ils essaient de l'expliquer -, lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'un status. Il me paraît un peu tard de venir dire que lorsque l'on a accepté les fonctions de trustee, par exemple, il ne reste plus rien à faire, et je n'irai pas jusqu'à discuter sur les autres exemples qu'ils nous ont donnés d'acceptations d'un status, comme l'acceptation du status de militaire; je n'irai pas jusqu'à dire qu'il ne reste „nothing to be done" quand ce status est accepté, et je me garderai bien de discuter à ce même point de vue la question du mariage.

Source : BIU Cujas

La promise ou offre acceptée.

Restons donc en face de ceci : le contrat est essentiellement executory, c'est à dire que quelque chose, juridiquement, reste encore à faire ; cet élément caractéristique exécutoire, que constitue ainsi ce quelque chose qui reste à faire, les Anglais (Salmond p. 14) ont donné le nom de promise. C'est le nom technique adopté pour désigner cet élément : ce qui reste encore à faire, ce qui subsiste lorsque deux personnes sont d'accord pour la passation d'un contrat. C'est, dit l'auteur (p. 141), une entreprise, undertaking, une prise en charge par l'une des parties de faire quelque chose dans l'avenir. C'est la prise sur soi, l'assumption, consistant à promettre de faire quelque chose.

Ce terme "promise" doit retenir l'attention parce qu'on pourrait croire, eu égard au terme, que cette promise c'est l'offre, ce que nous appelerions en France la pollicitation. Non. Promise, en Angleterre, est quelque chose de plus : c'est l'offre acceptée. Nous verrons que le contrat anglais se décompose en deux éléments : une offre et une acceptation. Mais la promise, c'est l'offre acceptée, qui fait que quelque chose reste à faire : something to be done.

La promise est conclue entre deux personnes qui portent respectivement, dans la langue anglaise, le nom de promisor celui qui fait la promesse, et de promisee[1], celui à qui la promesse est faite, non pas à proprement parler le bénéficiaire de la promesse - ce bénéficiaire peut-être un tiers - mais celui à qui la promesse a été faite, avec qui le contrat a été passé. Il n'y a de contrat que reposant sur la promesse ; tout contrat contient une ou plusieurs promesses.

Voilà le premier élément il faut donc une promesse, un undertaking, "un quelque chose à faire", qui est passé entre le promettant et un acceptant - je ne dis pas le bénéficiaire - un acceptant de la promesse.

2e Elément caractéristique : la promesse doit être légalement obligatoire par opposition au pacte nu.

Le second élément va nous mettre en présence de l'élément le plus caractéristique du droit anglais. Il faut que la promise soit légalement obligatoire, il faut que ce soit a "legaly binding promise", il faut que ce soit une promise ou un groupe de promises que la loi accepte de sanctionner, sinon la convention, le pacte, l'agreement n'est pas légal, n'est pas civilement obligatoire. Autrement dit la promesse, dans ce cas-là portera dans le langage technique du droit anglais, le nom de nudum pactum, pacte nu

---

[1] Ces terminaisons or et ee sont constantes dans le droit anglais. "Or" termine, en général, le nom de celui qui s'engage à une sorte d'activité, et "ee" est celui qui passivement bénéficie, dans une certaine mesure, de l'activité de celui qui s'adresse à lui (Digeste de Jenks, art. 202, en note). Dans d'autres cas de contrat, dans le contrat de covenant, par exemple, par acte scellé, on appelle covenantor celui qui crée le covenant ; on appelle covenantee celui qui en profite.

Source : BIU Cujas

Du XIIIe siècle jusqu'au XXe, et encore à l'heure qu'il est, on distingue en Angleterre les pactes qui sont des contrats, et les pactes qui ne sont que des pactes nus. Comparativement au droit romain, et au très ancien droit français, la distinction entre le contrat et la convention, en Angleterre, n'est pas absolument la même que celle que nous trouvons dans le droit romain classique, car il y a une série de conventions qui sont civilement obligatoires.

C'est dans le domaine du contrat, c'est à dire de l'agreement après lequel il reste encore quelque chose à faire, que l'on rencontre la distinction entre le contrat et le nudum pactum. Et alors, qui est-ce qui est contrat ? Qu'est-ce qui est sanctionné par la loi ? Et qu'est-ce qui ne l'est pas ?

Enumération des contrats.

Article 201 du Digeste de MM. Jenks et Lee : Sont contrats et cette énumération contient tous les contrats, all contracts, - soit les contrats écrits sous sceau (il faut que les contrats soient passés par écrit et scellés : voilà la première catégorie) ; ou, deuxième catégorie : il faut que le contrat, s'il est autrement exprimé, contienne une considération. Qu'est-ce que cela peut dire ?

Contrats écrits sous sceau.

Le contrat écrit sous sceau, est dénommé dans la technique et la terminologie actuelle : contrat formel, formal contract. Ce contrat formel porte encore d'autres noms : speciality, c'est l'ancienne obligatio specialis de notre droit français, covenant (le covenant, c'est le mieux mot français, c'est celui dont on a revêtu le contrat de la Société des Nations, que nous avons eu le tort d'appeler pacte) ; act under seal. Quelquefois, mais improprement, il est appelé deed, l'acte, le factum par excellence. Il faut se garder, en matière d'obligations de parler de deed.

L'acte sous sceau est un acte assimilable à l'acte per aes et libram du droit romain, qui servait à beaucoup de fins, à créer des obligations, comme dans le nexum, comme à éteindre des obligations, et qui était également un mode de transfert dans la mancipatio.

L'acte sous sceau, en Angleterre, est également un acte employé pour faire naître une obligation, et pour transférer ou créer un droit, et c'est lorsqu'il a pour effet de transférer, ou de faire naître un droit, plus particulièrement un droit foncier, qu'on lui donne le nom de deed. Au contraire l'acte sous sceau prend le nom de covenant, de speciality lorsqu'il a pour objet d'engendrer une obligation, un agreement executory

2 contrats exigeant une considération (contrats par paroles)

La seconde catégorie qui nécessite, pour être un contrat, une considération, porte le nom générique de simples contrats, ou de contrats par paroles : simples contracts et parol contracts. Cette expression ne doit pas laisser croire qu'il s'agisse de contrat verbal, car il peut y avoir - et il y a beaucoup de parol contracts - qui sont des contrats passés par écrit. Nous savons d'ailleurs très bien qu'en droit français, (par exemple en matière

Source : BIU Cujas

de baux ce que nous appelons parfois un contrat verbal est un contrat passé par écrit.

Il faut distinguer en droit anglais le parol contract et le verbal contract. Le parol contract c'est bien un contrat passé parfois par des paroles. Mais rentrent encore dans la catégorie du simple ou parol contract, les contrats passés par écrit n'étant pas sous sceau. Rentrent également dans les parol contracts, les contrats qui se concluent by conduct, par la conduite des parties, c'est à dire les contrats sous entendus.

Voilà la seconde catégorie et c'est cette seconde catégorie qui exige une consideration.

De quoi résulte juridiquement cette distinction entre les contrats sous sceau et les parol contracts, et d'où résulte cette affirmation que, en dehors du contrat par paroles, ou du contrat sous sceau, il n'y a pas d'autres catégories à établir en droit anglais?

La doctrine des cours de Justice et la théorie anglaise des contrats.

Le droit anglais, et surtout le droit anglais des contrats, ne repose pas sur des textes de loi écrite; il repose sur la "doctrine", c'est à dire non pas la doctrine des jurisconsultes, mais la doctrine des cours de justice, exactement ce que nous appelons jurisprudence; c'est à dire des arrêts fondamentaux, une suite de leading cases.

Pour établir juridiquement, en droit positif, les sources d'où l'on tire cette distinction entre les parol contract et les actes sous sceau, et d'autre part leur liste exclusivement limitative et leurs effets obligatoires, il faut se reporter au leading case de la matière, indiqué sous le N° 201 du Digest de Jenks. C'est un arrêt de la Chambre des Lords, de 1778, dans une affaire Rann C. Hughes. Cet arrêt est reproduit dans de vieux recueils de reports anglais. Mais les ouvrages qui sont entre les mains des étudiants, en Angleterre, sont surtout des recueils de cases, et de cases classiques, et on peut trouver dans les bibliothèques des recueils de cases dans lesquels on trouvera cet arrêt, qui correspond à l'art. 1101 de notre C.C. (Notamment Collection des Leading cases of contracts de Keener, N° 39.151; l'arrêt Rann contre Hughes figure aux pp. 211 à 213).

L'arrêt Rann C. Hughes de 1778.

Dans cet arrêt il y a une relation de l'opinion des juges. Les arrêts anglais ne sont pas rédigés comme les nôtres par attendus et considérants, c'est une relation, d'ailleurs quelquefois peu authentique faite par un "reporter" de la manière dont l'arrêt a été jugé par la cour, notamment pour le XVIIIe siècle. Dans les reports de la fin du XVIIIe siècle, on relate, d'une façon assez sommaire, la décision.

La division bipartite en conventions par speciality et en conven-

Cette décision a été prononcée par le Chef Baron Lord Skynner; et Lord Skynner entre autres motifs, indique: "Tous les contrats, en vertu des lois d'Angleterre, se distinguent en conventions par speciality et conventions par parol." On peut

-tions par parol, en dehors desquelles on applique la règle Ex nudo pacto...

prendre cette affirmation comme un article de code; cela a la même valeur, la même portée, et d'ailleurs la même formule. L'arrêt ajoute qu'il n'y a pas de troisième classe de contrats, et qu'en particulier il ne faut pas considérer comme une troisième classe les contrats qui sont passés par écrit, bien qu'ils ne soient pas par écrit sous sceau.

Et Lord Skynner avait raison de dire cela en 1778, parce qu'un de ses très notables prédécesseurs Lord Mansfield, en 1765, avait essayé de faire échapper, au nom de la coutume commerciale, à cette division bipartite très rigide, les contrats passés par écrit non scellé. Il avait notamment essayé de les faire échapper à la nécessité d'une considération.

L'arrêt de 1778 est formel: il n'y a que deux catégories, et il ajoute: *si les contrats sont passés par de simples écrits, n'étant pas des actes sous sceau, ce sont des parol contracts et une considération doit être prouvée.*

Par conséquent la règle est formelle; elle a la valeur d'une règle indiscutable et indiscutée: échappent à la dénomination de *nudum pactum*, d'une part les contrats passés sous sceau, et d'autre part les contrats sous quelque forme que ce soit, écrit ou non, mais non sous sceau, qui comportent cet élément spécial et mystérieux qui s'appelle la considération. Autrement la convention n'est qu'un nudum pactum, et le droit anglais est encore aujourd'hui dominé par la règle fondamentale: Ex nudo pacto non oritur actio. Le nudum pactum n'oblige pas.

Explication de l'adoption en droit anglais du principe : Ex nudo pacto....

Il y a là, évidemment, une chose d'un caractère surprenant. Comment se fait-il que le droit anglais connaisse encore cette règle, l'ait reprise, et même reprise dans ses termes romains, alors que le droit anglais, au contraire, est aux antipodes du droit romain, ou tout au moins le proclame et s'est affirmé, tout au moins dans sa partie la plus coutumière, qui est la partie des contrats, en dehors du droit romain ? Il y a là un problème extrêmement curieux, sur lequel il faut s'arrêter.

Je voudrais d'abord prouver que cette règle: ex nudo pacto non oritur actio est bien la règle fondamentale du droit anglais, établie au XIIIe siècle, reprise à toute époque, et qui dure encore, et qui est encore proclamée par les arrêts des leading cases d'Angleterre.

Affirmation du principe par Bracton au XIIIe siècle d'après la théorie des pacta nuda et des pacta nuda d'Ago

Ex nudo pacto non oritur actio, nous trouvons la formule et sous cette forme même dans le livre de Bracton (la de Legibus legum Anglica de 1259, f° 99, où Bracton en toutes lettres nous dit: "Ex nudo pactio actio non nascitur". Voici le passage de Bracton: "L'obligation peut naître ex-contractu, « sous beaucoup de formes, comme par convention comme sont « les pactes, dont certains sont nus, il ne provient pas d'action

Source : BIU Cujas

Ils ne sont pas sanctionnés, il n'y a pas d'action en justice pour poursuivre l'exécution parce que "d'un pacte nu il ne naît pas d'action". Il faut donc par conséquent, qu'ils soient habillés et, nous allons le voir, bien habillés, et même bien habillés de fourrure."

Le passage de Bracton, en effet, a été inspiré, et même copié, par la célèbre glose d'Azo, et sa distinction mémorable entre les pactes qui sont nus et les pactes qui sont richement revêtus de vêtements. En donnant le commentaire des lois romaines, dans sa Summa du Code, Azo nous fait la description pittoresque des pactes du droit romain. Ces pactes sont au nombre de six, dont quatre, disait Azo, sont revêtus de vêtements, lors de leur naissance même, tels que les contrats verbis, consensu, litteris ou re. En aucun moment de leur vie ils n'ont été nus, ils ont toujours été vêtus; ils ont commencé à avoir des vêtements dès le début. Au contraire, il y en a qui sont véritablement nus et qui, en naissant, ont jeté des regards effrayés en avant et en arrière, et alors se sont raccrochés à des contrats existant antérieurement: ce sont les pactes adjoints; ou au contraire se sont accrochés à des pactes nés plus tard en vertu de la tradition, et alors ont emprunté à ces riches vertus, (eux les pauvres!) des vêtements de fourrure, "de vair et de petit gris", (variés et grisés) avec lesquels, dit Azo, ils pouvaient lutter contre le vent qui venait les assaillir.

Voilà la célèbre glose dont, certainement, le souvenir est resté marqué dans l'esprit anglais, toujours propre à s'attacher aux images. Cette image s'est perpétuée, et alors que ce n'est pas sur la doctrine de Bracton que l'on base la doctrine du pactum nudum, le mot est resté avec sa signification très pittoresque dans l'esprit et dans l'imagination des lawyers anglais.

Affirmation du même principe de l'arrêt Rann C. Hughes.

Par conséquent, distinction entre les pactes nus et les pactes revêtus, faisons un saut de cinq siècles: au XVIIIe siècle, exactement, dans le leading case Rann contre Hughes, nous trouvons la même affirmation que le contrat anglais repose sur une formalité, ou sur la consideration, et que s'il n'y a pas l'un ou l'autre de ces deux éléments le contrat est un nudum pactum d'où ne naît aucune action; ce qui est dit en toutes lettres dans l'arrêt de 1778 -

"Il est indiscutablement vrai que tout homme en vertu de la loi de nature, est obligé de remplir son engagement. "Mais, il est également vrai que le droit de ce pays ne fournit "aucun moyen, n'apporte aucun recours de ses procédures, "pour obliger à l'exécution d'un agreement fait sans considération suffisante. Une pareille convention est nudum pactum "ex quo non oritur actio. C'est un pacte nu, duquel il ne ressort "pas d'action. Et quel qu'ait pu être le sens de cette maxime

Source : BIU Cujas

„dans le droit romain, c'est dans le pens que je viens de spé-
„cifier qu'elle doit être comprise dans notre droit."

L'affirmation est donc absolument formelle. Bornons-nous à ce leading case, nous en retrouverons d'autres où l'on fait la distinction entre le pacte nu et le pacte qui est panctionné. C'est là un principe absolument formel. Digeste de Jenks, art. 201 à 203.

Pourquoi le droit anglais s'est-il arrêté à ce principe, qui est le principe même du formalisme? Ici il y a une raison d'un caractère très spécial, en dehors même des précédents historiques, dont on va parler.

Raison fondamentale pour laquelle le Droit anglais s'est arrêté à ce principe: appréciation des questions de fait non par le juge mais par le Jury civil ce qui exclut toute recherche d'intention.

La raison fondamentale, c'est que, en Angleterre, les questions de fait ne sont pas appréciées par le juge, mais par un jury civil. Les Anglais ont le jury en matière civile, et non pas seulement en matière criminelle comme nous. Toutes les questions qui soulèvent une preuve de fait, ce qu'ils appellent un trial, doivent être présentées devant cette assemblée de douze citoyens, d'intelligence moyenne, ordinaire, qui, à l'origine étaient des conjurateurs, et ce n'est que plus tard qu'ils se sont transformés en juges.

Ces douze juges doivent pouvoir apprécier et discuter la question des contrats. Alors, dès le XVe siècle, nous rencontrons dans un arrêt anglais un considérant, qui a la valeur de la loi, qui a traversé les siècles et qui est encore reproduit et invoqué dans les arrêts du XXe siècle, c'est un dictum d'un célèbre président de cour anglaise en 1477, la 17ème année du règne d'Edouard IV.

A cette époque les arrêts étaient prononcés en français. Les juges, d'ailleurs, portaient des noms normands, angevins, bretons; le juge en question s'appelait Brian. Ce dictum dit: C'est un lieu commun que l'intention d'un homme ne peut être déduite en justice et soumise au jury, car le diable lui-même ne peut avoir connaissance de l'intention des hommes.

Donc, pas de recherches psychologiques! Voilà le fondement du droit anglais en matière de contrat. Ce dictum du juge Brian a traversé les siècles et on le retrouve invoqué dans un arrêt de la Chambre des Lords en 1901. Pas d'enquête psychologique, pas de recherche d'intention en aucune espèce de façon; l'intention n'est pas quelque chose que l'on puisse prouver devant un jury de pujets anglais, hommes raisonnables mais moyens, qui ne sont pas des psychologues.

Le pens de la règle ex nudo pacto non oritur actio n'est donc pas à proprement parler le pens auquel les Romains s'attachaient. C'est un caractère extrêmement spécial et qui est de nature à donner au contrat anglais un caractère tout particulier.

Source : BIU Cujas

Le contrat consensuel en Droit anglais au XVe siècle devant la Cour du Chancelier.

Pourtant il y a un moment, dans le droit anglais, où l'on a connu le contrat consensuel. Dans son évolution, à un moment donné, sous l'influence des principes du droit canonique, que nous avons également rencontrés dans le droit français et qui ont joué d'une manière particulièrement forte, jusque au XVIe siècle et peut-être même au XIII, si l'on en croit Beaumanoir, le contrat consensuel était déjà connu (on pouvait lier des hommes par les paroles) le droit anglais a connu un moment ce régime de contrats : aux XIVe, XVe et XVIe siècles s'est constituée, en Angleterre, une Cour extrêmement curieuse.

Le Chancelier, le premier secrétaire d'État du roi, avait, par un processus historique, fini par constituer une cour de justice. Comme ce chancelier, jusqu'à la Réforme de l'Église d'Angleterre était presque toujours un ecclésiastique, il avait appliqué à la formule du droit canonique : pacta sunt servanda, et il avait pendant presque deux siècles, sanctionné devant son tribunal les nuda pacta : nous en avons des preuves en 1464-1465. Dans un arrêt de cette époque le Chancelier dit : "Puisque le demandeur est en dommage pour la non performance de la promesse, il aura un recours dans ma cour de justice."

Seulement, ce ne fut qu'un temps très bref. A la suite de la Réforme de la religion d'Angleterre, la Cour du Chancelier tomba petit à petit entre les mains des common lawyers, entre les mains des hommes nourris aux sources du droit d'Angleterre. Bien que la procédure devant le Chancelier fut une procédure ecclésiastique et qu'elle restât jusqu'à nos jours, les lawyers finirent par y implanter la formule de common law, et au XVIIe siècle les chanceliers proclamèrent, non pas absolument la règle ex nudo pacto... mais condamnèrent la règle que le contrat non formel pouvait créer une action en justice (1731).

Voilà le sens de la règle du formalisme anglais. Il reste encore à montrer comment entre Bracton et le XIXe et le XXe siècles, le droit anglais a persisté dans l'observation de la règle du formalisme. Il serait impossible de comprendre la règle du contrat anglais sans savoir ce qui s'est passé à cet égard. M. Jenks donne l'idée de ce qui s'est passé au XVIe siècle en disant : *le droit anglais est tombé sur sa définition du contrat, par un accident de génie.*

Comment le droit anglais est parvenu à sa définition du contrat par un accident de génie.

Qu'est-ce que c'est que "l'accident de génie" qui a fait tomber le droit anglais sur sa définition du contrat, notamment sur la définition qui exige et implique la sanctionnabilité du pacte par le droit lui-même ?

Origine germanique du....

En Angleterre, au cours des siècles, il s'est passé un fait curieux : au fond, le droit anglais est resté marqué depuis

Source : BIU Cujas

-formalisme du droit anglais.

les débuts de la tradition, par les précédents germaniques. Si la règle romaine: ex nudo pacto actio non oritur est demeurée en Angleterre, derrière cette forme romaine ce sont les idées et les conceptions germaniques qui se sont maintenues. En réalité la persistance du formalisme, de l'autre côté de la Manche, est un phénomène qui tient sa source du vieux droit allemand.

Ceci est d'autant plus curieux que, dans le pays même où est née la tradition germanique, en Allemagne, le principe du formalisme a été abandonné. Par conséquent nous assistons à ce spectacle singulier du maintien des précédents germaniques, sous forme d'une règle romaine par la jurisprudence des cours anglaises de l'autre côté de la Manche, alors qu'en Allemagne nous verrons pour quelles raisons le formalisme a été aboli.

Les précédents germaniques sont très nets, relativement aux caractères du contrat, dans les tribus du Rhin et sur les territoires sur lesquels leur droit a été appliqué à la suite des Invasions.

La réalité et la solennité du contrat en Droit Germanique. La res praestita.

Le droit germanique a toujours été marqué par une double caractéristique relativement aux contrats: la réalité et la solennité. Réalité, c'est à dire la nécessité, à la source même du contrat, d'une res praestita ou commandata, d'une chose fournie, donnée, recommandée, et le type originaire du contrat était le prêt et le wadium, wadiatio, c'est-à-dire une sorte de mise en gage. Dans tout l'ancien droit germanique, la prestation d'une chose en vue de sa restitution, et dont la non restitution est un délit, ou d'autre part la mise en gage d'une chose pour soutien d'un contrat, constitue le trait originaire qui y caractérise le contrat.

Son influence sur la vente anglaise au 13e siècle.

La preuve que ce caractère réel originaire des contrats est bien l'un de ces éléments qui ont marqué le droit anglais, c'est le souci que prend, au XVIIIe siècle Blackstone de montrer comment, dans la vente anglaise, l'accord sur la chose et sur le prix doit s'accompagner de l'offre de la mise en possession immédiate de la chose, le simple accord sur la chose et sur le prix ne suffisant pas, dans la pensée du commentateur, pour qu'il y ait contrat (Blackstone, Tome II. Chap. 30, p. 1116 et suiv.)

Dans le droit germanique, tous les contrats étaient susceptibles de rentrer dans la catégorie du contrat re. La vente, par exemple, quand elle est sortie de la période du troc, n'était pas autre chose que l'engagement qui résultait, au bénéfice du vendeur, de la remise de la chose qu'il avait exécutée, et au bénéfice de l'acheteur du prix qu'il avait payé. Il y avait là deux contrats re accolés. C'est là une analyse parallèle de celle qu'on peut faire, dans l'histoire de la vente romaine, au moyen des deux stipulations accolées

Source : BIU Cujas

Ainsi, premier élément qui se propage dans tout le droit anglais, un élément réel, une res : nécessité d'une porte de transmission réelle d'une chose.

La solennité en droit germanique, par nécessité pour pouvoir faire valoir son droit en justice :

D'autre part, deuxième caractéristique du contrat germanique : une certaine solennité. Il ne faut pas, dans ces époques anciennes, transporter notre distinction moderne des solennités, qui sont exigées pour l'existence du contrat ou de celles qui sont exigées simplement pour la preuve. La distinction des actes requis ad solemnitatem ou ad probationem est une distinction moderne. A l'époque où la justice a commencé à se former, tout ce que l'on demandait, c'est que l'on puisse, en justice, faire étalage de son droit, au moyen d'une certaine solennité. C'était la solennité, l'appareil dans l'affirmation du droit en justice.

Ceci est frappant en Angleterre. Quiconque agissait devant le roi, en appelait à lui, à raison de l'inexécution d'une promesse, d'un fait quelconque qu'il invoquait in curia domini regis, se faisait mettre hors de cause, se faisait débouter s'il ne pouvait pas invoquer, à l'appui de sa demande, soit une secta, (d'où le mot anglais suit), c'est à dire une suite, un certain nombre de cojurateurs, de gens d'armes, de voisins, de parents, d'amis qui venaient jurer avec celui qu'il avait le bon droit de son côté.

Nécessité en droit anglais pour pouvoir agir en justice de pouvoir invoquer une secta, une carta, ou de recourir au duel judiciaire.

Il y avait là un ensemble d'institutions qui se caractérisaient par cette expression : le wage of law, l'engagement du droit. Il fallait donc pouvoir arriver en justice avec un très grand nombre d'assistants. Ou bien alors on pouvait remplacer les amis par cet ami fidèle, qui s'appelle un écrit, mais un écrit solennel, que l'on ne puisse pas discuter, un écrit revêtu du sceau de celui qui s'était engagé, la carta, la charte, le papier, c'est l'écrit muni du sceau (carta sigillata, charte scellée)

Enfin, si le demandeur ne pouvait pas invoquer une secta, ou une carta, il pouvait avoir encore recours au vieux mode germanique et féodal du duel judiciaire. C'est l'état de droit que nous rencontrons en Angleterre à la fin du XIIe siècle dans le livre sur les lois et les coutumes de l'Angleterre, de Glanville, paru vers 1189. Dans plusieurs passages nous rencontrons cette affirmation que l'on n'est reçu en justice, devant la Cour du roi, que si l'on peut invoquer un de ces trois arguments : secta, duellum ou carta ; si l'on ne peut pas invoquer l'une de ces trois raisons on se fait mettre hors de cour. Si notamment l'on invoquait la seule foi, la pola fideo, la cour du roi ne vous entendait pas. Voici par exemple au L. X, ch. 12 à propos de prêt d'argent ce que disait Glanville sur ce point : "Au jour fixé, le débiteur "paraissant devant la cour, si le créditeur lui-même n'avait "pas gage ni cojurateurs, ni d'autres raisons à invoquer que "la seule foi, cette preuve est nulle devant la cour du roi." Ainsi, il

Nullité de la pola fideo comme moyen de preuve devant la Cour du roi.

Source : BIU Cujas

fallait donc pouvoir prouver à cette époque par les deux modes germaniques.

A propos du commodatum il était encore dit, au Chap. 17 : „Celui qui se réclame du contrat en question, s'il n'a pas une "suite (sectam) suffisante, il est en grand péril. La chose due à " coutume, en effet, d'être prouvée par le mode général de preuve "usité en la cour du roi, à savoir par un écrit ou par le duel."

A la fin du XIIe siècle, on se trouve donc en Angleterre dans une situation tout à fait germanique : il faut pouvoir invoquer, en règle générale, une solennité à l'appui de ses droits, et Glanville va même jusqu'à dire que les conventions, qu'il appelle privées, c'est à dire qui ne s'appuient pas sur la réalité et les solennités, la cour du roi ne s'en occupe pas; elle n'a pas à s'en occuper; elle n'a pas à les protéger.

Dans le livre de Bracton (1259 environ), nous rencontrons, nous l'avons vu, la formule de règle romaine; mais nous rencontrons aussi le principe posé au siècle précédent par Glanville. Nous rencontrons à côté des pacta vestita, le principe des conventions particulières, des private conventiones, dont parlait Glanville, la cour du roi ne s'en occupe pas, si ce n'est dans quelque cas, et „par mesure de grâce," dit le F° 100 de Bracton. Ainsi au XIIIe siècle, le droit est très net : *il exprime par une formule romaine les précédents germaniques.*

C'est ici que se place alors la période au cours de laquelle nous l'avons dit le Chancelier, au nom de la foi, avait pendant deux siècles admis la consensualité des contrats, c'est à dire que l'on pouvait s'adresser, au nom de la bonne foi, au Chancelier pour faire sanctionner, par mesure de grâce, de faveur, des contrats reposant sur la seule promesse

Influence exercée par la jurisprudence des Cours de Droit commun au 13e S. sur le développement des brefs.

C'est vrai. Mais pendant ce temps là, aux Cours de droit commun, aux Cours de common law, il naissait et allait se développer une jurisprudence qui a eu sur la destinée du droit anglais une influence déterminante : c'est là l'accident de génie, dont nous parle M. le Doyen Jenks.

Devant les cours de droit commun, l'on ne pouvait procéder, l'on ne pouvait être admis en justice que si l'on invoquait un writ, un bref, c'est à dire une sorte de formule d'action, analogue aux formules d'actions admises en droit romain en vertu de l'édit du préteur.

Or, au XIIIe siècle, pour sanctionner ce qui correspond aujourd'hui aux contrats, il n'y avait que deux brefs, le fameux bref de debt, c'est à dire le bref par lequel on réclamait la propriété de certaines sommes d'argent monnayées, soit parce qu'elles avaient été prêtées, soit parce qu'il y avait eu un autre contrat de ce genre, comme la vente; en tous cas on revendiquait les espèces. Cette formule était tout à fait insuffisante.

Au XIIIe siècle on voit apparaître une formule nouvelle,

Source : BIU Cujas

sanctionnant le contrat scellé, le contrat passé sous sceau, le "covenant" comme on l'appelait à l'époque, et nous voyons naître à côté du bref de debt le bref de covenant. Ainsi on respecte le vieil usage germanique, consistant à donner une action en justice à celui qui pouvait se prévaloir d'une carta sigillata, d'un acte scellé. C'est là l'origine de la première de nos règle, indiquant que le contrat scellé est un contrat véritable et muni d'action.

Mais il restait les contrats non scellés, pour lesquels, alors, on ne pouvait avoir d'autre recours, d'après les précédents germaniques, qu'en vertu du duel, ou en vertu de la secta. Le bref de debt s'y prêtait. Mais de plus en plus on voulait en justice écarter le duel judiciaire et la secta se transforma petit à petit, d'une assemblée de témoins en une assemblée de juges et de la secta est sorti le jury. Si bien que le créancier qui n'avait pas possibilité d'invoquer une secta ou le duel, était lui aussi hors de cause s'il ne se trouvait pas dans les conditions rigoureuses exigées pour le bref de debt.

Insuffisance du bref de dette pour faire valoir des créanciers en réparations d'un tort causé.

Ces conceptions qui exigeaient la preuve d'une res praestita, d'espèces prétées, ces conceptions étaient tellement rigoureuses que devant certains faits le juge de common law se trouvait très embarrassé. Et ici apparaissent, au début du XIVe siècle, devant les cours de common law, une série d'espèces curieuses, mettant en jeu des questions embarrassantes pour le juge de cette époque, dont la subtilité juridique n'était pas très développée; c'étaient des juges, ce n'étaient pas des romanistes..

Il s'agissait, dans trois de ces espèces, de chevaux ayant subi des dommages à la suite de faits particuliers se rattachant à des conventions nouvelles. En 1348, un plaignant, propriétaire de cheval, demandait justice parce qu'un passeur, ayant trop surchargé son bac, l'embarcation avait sombré et le cheval avait péri. Impossible d'invoquer le bref de debt; il n'y avait pas une somme d'argent monnayé dont l'on réclamait la propriété.

Autre espèce en 1369; un deuxième propriétaire de cheval agissait contre le vétérinaire qui avait négligé l'animal, lequel était mort faute de pains. On venait demander au juge de Westminster d'accorder une indemnité; mais le bref de debt était inapplicable.

Troisième espèce: en 1372, un maréchal-ferrant avait estropié une bête en la ferrant. On demandait une indemnité, mais le bref de debt était encore inapplicable.

Enfin, nous voyons arriver, en 1374, une espèce où il s'agit d'un homme. Un client, dont un chirurgien avait blessé la main, demandait des réparations et le bref de debt pas plus que dans les cas précédents, n'était susceptible d'être

Source : BIU Cujas

mis en jeu.

Quid juris, ? se demandèrent les juges de Westminster.

C'est là que se place l'„accident de génie". Il y avait, dans le droit anglais de cette époque une autre action curieuse, intéressante, et d'où est partie par la suite une série de recours, une série de moyens, une série d'autres actions. On l'a appelée: „la fertile mère des actions". Cette action, qui porte un nom de vieux français, c'était l'action de trespass, (transgression, outrepassement)

Extension de l'action de trespass par voie d'analogie.

Cette action était d'un caractère assez composite; beaucoup d'auteurs estiment qu'elle avait un caractère délictuel, qu'elle ressemblait, en somme, à l'action de la loi Aquilia à Rome. Elle était donnée pour réparer le préjudice causé à la personne et aux biens. C'est en quoi elle se distingue, dans une certaine mesure, de l'action de la loi Aquilia.

On eut l'idée d'étendre aux cas qui viennent d'être indiqués l'action de trespass. Mais comme le bref de trespass était d'un caractère strict et ne visait que les espèces en question, on les étendit par analogie, en vertu d'un procédé autorisé en 1285 par le statut d'Édouard 1er, permettant ce que les Romains appelaient l'action in factum, et ce que les Anglais appelèrent l'action in consimili casu. On étendit, par analogie, le bref de trespass aux cas dont il vient d'être parlé et on l'appela le trespass in consimili casu.

Lorsque l'on s'est trouvé, par la suite, en présence, non plus de lésions corporelles (malfeasance), mais d'un préjudice pécuniaire engendré par une exécution défectueuse, d'une convention, par exemple, en cas d'abus de confiance dans l'exécution d'un achat, dans tous ces cas il y avait, disaient les Anglais misfeasance, mauvaise exécution, exécution défectueuse, et on étendit à ces espèces par le consimilis casus, un autre bref, le bref du deceit = deceit in consimili casu. Enfin on fit un pas de plus, et on l'étendit l'action de trespass in consimili casu au cas de non feasance, au cas où il y avait inexécution complète du contrat. Mais comment justifier l'extension du trespass in consimili casus au cas où une personne, s'étant engagée dans un contrat, ne l'avait pas exécuté ?

La notion d'emprise et l'action d'assumpsit, permettant de sanctionner tous les contrats à condition de

C'est là que l'on a fait appel à une notion très moyennageuse, à la notion d'emprise, à la notion de responsabilité assumée. On a dit aux XVe et XVIe siècles, que celui qui s'était engagé dans un contrat avait accepté de prendre sur lui, assumpsit supra se, l'exécution de la promesse contractée. Au XVIe siècle, tout ceci fut condensé dans une dernière action qui forma, avec l'action de covenant, l'action générique par laquelle furent sanctionnés tous les contrats anglais,

Source : BIU Cujas

Justifier de la consideration

la grande action d'assumpsit, reposant sur l'idée d'undertaking, c'est à dire responsabilité assumée, de charge prise sur soi.

Ainsi se trouvaient, d'un bloc, sanctionnés tous les contrats anglais, d'une part par l'action de covenant (contrats scellés) d'autre part par l'action d'assumpsit (contrats non scellés, verbal contracts, parol contracts)

Mais la condition pour que l'assumpsit réussisse, pour qu'il soit sanctionné par les cours de justice, c'est que celui qui l'invoquait puisse justifier de cette chose mystérieuse, que nous apercevons dans le contrat anglais dès le XVIe siècle, et que l'on appelle la consideration.

Qu'est-ce que cette notion de consideration ? Les arrêts de l'époque nous le disent: quid pro quo, une res, une chose à laquelle on puisse rattacher l'assumpsit, rattacher la responsabilité assumée. On ne pouvait gagner son procès en assumpsit, que si l'on pouvait dire devant le juge: Je suis créancier parce que j'ai fourni telle chose, parce que j'ai subi tel préjudice.

Et voilà le droit anglais des contrats tels que nous le rencontrons encore au XXe siècle. Il s'est ainsi formé au XVIe siècle, d'une part par la sanction déjà acquise depuis le XIIIe siècle du contrat scellé, action de covenant, et d'autre part par l'assomption de responsabilité dans les parol contracts, dans les contrats verbaux. Grâce à l'action d'assumpsit, on est recevable en justice, mais seulement lorsque l'on peut invoquer une consideration.

Ainsi se trouve justifiée par l'histoire la formule de définition anglaise du contrat, puisque les traits spécifiques du contrat anglais sont: d'une part la promesse, mais d'autre part la promesse sanctionnée et la promesse n'est sanctionnée que dans deux cas: 1° lorsque l'on est en face d'un contrat formel; ou 2° lorsque l'on se trouve en présence d'un parol contract, contract non scellé, muni d'une consideration. Il ne reste plus qu'à dire ce qu'on entend par contrat scellé, et ce qu'on entend aujourd'hui par consideration.

Définition du contrat scellé.

Le contrat scellé, dont il vient d'être parlé assez fréquemment, s'il fallait le décrire, de nombreuses leçons seraient nécessaires, et malheureusement nous n'avons à cet égard, en France, aucune monographie à laquelle on puisse renvoyer. La matière est difficile, et les sources ne se trouvent pas facilement même en Angleterre, pour la raison que l'acte scellé étant à la fois, comme l'acte per aes et libram romain, un acte de transfert et un mode générateur d'obligation, les ouvrages anglais ont l'habitude de se renvoyer la balle, les ouvrages sur les contrats renvoyant aux ouvrages

Source : BIU Cujas

sur le transfert, et les ouvrages sur le transfert renvoyant pouvent aux ouvrages sur les contrats. Donnons-en donc seulement la définition.

On en trouve, non pas la définition, mais une description qui peut équivaloir à une définition dans l'art. 215 du Digeste de MM. Jenks et Lee : *Le contrat formel doit être ou complètement écrit, ou complètement imprimé, ou en partie écrit et en partie imprimé sur papier ou parchemin scellé et délivré par la partie qui l'exécute, ou sur ses instructions.*

Blackstone a défini, au XVIIIe siècle, le contrat scellé dans les termes suivants : *Un écrit scellé et délivré par les parties : writing sealed and delivered by the parties.*

Les 3 caractères. Les trois caractéristiques principales, ce sont : l'écrit, le sceau et la délivrance.

1° Il faut un écrit, écrit sur papier ou parchemin, écrit qui peut être soit à la main, soit imprimé, ou soit naturellement à la machine.

2° Il faut un sceau ; il faut que l'acte soit scellé, soit le sceau particulier et propre à la personne, si elle a un cachet, ou sinon dans la pratique, le sceau est représenté aujourd'hui par une sorte de petit pain à cacheter qui se trouve encarté dans le filigramme du papier.

Puis troisième condition : il faut la délivrance ; qui dispu une formalité très originale : celui qui s'oblige prend l'acte dans la main droite entre le pouce et l'index, de manière que le pouce soit exactement placé sur le cachet (symbole de l'appropriation du sceau), et en prononçant solennellement ces paroles : *Ceci est mon acte : I deliver this as my act and deed.* C'est la mise en circulation (délivrance, delivery) solennelle de l'acte scellé. Enfin l'on donne le nom d'„exécution" à l'ensemble de l'opération qui consiste à la fois à sceller et à délivrer ; c'est l'ensemble du sealing et de la delivery qui s'appelle : „exécuter" la formalité, „exécuter„ le deed ou le specialty contract

Observation : on ne parle pas de signature, et ceci est assez curieux. En effet, pendant très longtemps, l'acte scellé anglais n'a pas nécessité la signature des parties, et pour la vieille raison traditionnelle, que les Normands avaient précisément inventé le sceau parce qu'ils ne savaient pas écrire, et que même les rois saxons confessaient très simplement que, ne sachant pas écrire, ils avaient recours au sceau, ou au signe de la croix.

Nécessité introduite récemment de signer les actes scellés. L'usage, cependant, a introduit la signature, et des textes tout récents sont venus aujourd'hui l'imposer. Si bien qu'à la définition de Blackstone, on doit ajouter que l'acte doit sceau et non seulement un acte écrit, scellé et délivré, mais aussi un acte signé.

Source : BIU Cujas

Ce sont les lois nouvelles sur le droit de la propriété (Law of Property Acts) de 1922 et de 1925, dans des dispositions totalement inconnues en France à l'heure qu'il est, qui ont prescrit la nécessité de signer les actes scellés en Angleterre : Art. 72 al. 4 de la loi du 29 juin 1922, (law of property act) remplacé par l'art. 73 de la loi du 9 avril 1925 qui remise la première loi. Lorsqu'une personne „exécute" un acte scellé, elle devra, ou bien signer, ou placer sa "marque", c'est à dire son paraphe ou tout autre signe sur l'acte ou le sceau seul ne sera pas considéré comme suffisant.

L'authenticité des actes en Angleterre.

Deuxième observation : Il faut remarquer qu'il n'y a pas de notaires en Angleterre. Néanmoins l'acte est authentique. Il suffit de s'approprier le sceau, de prendre le petit pain où cacheter entre le pouce et l'index, et de dire : Cet acte est mien, pour que l'acte soit authentique. On authentifie les actes par son cachet et par sa parole. Alors, qu'en France, au XVIe siècle, cette règle de l'authentification des actes par le sceau, qui avait été le privilège de la noblesse fut battue en brèche par les légistes, par les jurisconsultes et qu'il fallut recourir aux formules de contrat notarié, que l'on soit duc ou pair, ou que l'on soit simple bourgeois ou vilain, en Angleterre, un mouvement inverse s'est produit : tout le monde est gentilhomme, tout le monde a un sceau, un cachet qu'il suffit d'apposer sur un acte pour que l'acte vaille, que l'on soit le plus modeste des sujets du roi ou le premier des pairs d'Angleterre. C'est un acte authentique, parce qu'une véritable authenticité y est attachée; depuis Glanville, la règle est affirmée, elle est formelle, on l'appelle la règle de l'estoppel, (forclusion) qui vient du vieux mot stopper. On est forclos à discuter l'acte sur lequel on a mis son sceau, ou son cachet. Cela pour plusieurs raisons. D'abord, puisque l'on a mis son sceau sur l'acte, c'est que l'on a voulu s'engager solennellement et que l'on a par conséquent renoncé par avance à toute discussion à cet égard. Si une personne a mis le sceau d'autrui sur l'acte, celui qui a mal gardé son sceau n'a qu'à s'en prendre à lui. C'est ce que disait déjà Glanville au XIIe siècle : Lorsqu'une personne a reconnu en justice, devant le roi, que le sceau placé sur un acte était le sien, il est obligé d'observer la charte, telle qu'elle est rédigée et il est obligé d'exécuter complètement et sans contradiction la convention telle qu'elle est écrite dans la charte; il n'a qu'à s'en prendre à sa maupaise garde s'il lui est arrivé quelque malheur parce que son sceau a été mal gardé.

La règle de l'estoppel.

Par conséquent, première règle : le sceau est censé venir de celui qui l'a mis, et s'il a mal gardé son sceau tant pis pour lui, l'acte est considéré comme authentique.

Source : BIU Cujas

Et, deuxième règle, celui qui s'engage ainsi solennellement, celui qui met son sceau sur un acte, celui-là a solennellement pris un engagement dont il ne peut pas discuter le contenu. C'est ce qui a été dit notamment en 1834 par le juge Taunton, dans une affaire bien connue, le case Bourman contre Taylor : Lorsqu'un homme est entré dans un engagement solennisé en vertu de sa main et de son sceau, il ne lui est permis de discuter aucune question qu'il a ainsi affirmé solennellement, de discuter la moindre parcelle de ces questions.

La consideration quid pro quo on s'est engagé : l'onus.

Voilà ce qu'est l'acte solennel. Quant à la consideration, c'est le quid pro quo du XVIe siècle, c'est le pourquoi l'on s'est engagé, et ce pourquoi c'est quelque chose, (something) c'est un quelque chose qui doit être une res, un quelque chose qui doit matériellement être susceptible d'être aperçu par le juge, d'être aperçu par le jury.

Nous verrons, en étudiant la cause et la consideration, à quelles données particulières répond la consideration. Mais sa définition est très claire, bien que ce ne soit qu'à une époque très rapprochée que la consideration ait été définie. Si on se reporte à l'art. 2011 du Digeste de Jenks, on y trouve, ici encore, non pas une définition, mais une description, et il faut retourner la description pour obtenir la définition.

Les auteurs qui ont essayé de donner une définition en règle de consideration ont été, pendant très longtemps, obligés de prendre comme substantif de définition le quid pro quo, ou „le quelque chose" : some thing. Carter définit la consideration, dans son livre sur le contrat : un quid pro quo. En réalité, la consideration répond à une donnée „onereuse" et je la définis d'après notre langage technique français et continental : l'onus. C'est l'onus, dans le contrat à titre onereux. En réalité, en Angleterre, il n'y a contrat que lorsqu'il y a acte à titre onéreux, et s'il ne contient pas un onus c'est un pacte nu, et qui alors n'engendre pas une action en justice.

Alors on peut comprendre la définition donnée par Salmond et Winfield ; page 75, ch. 11 : *La consideration, dans un contrat, est le prix pour lequel la promesse de l'une des parties est achetée par l'autre. C'est le prix par lequel une partie paie la promesse de l'autre.*

Le domaine du contrat anglais.

On aperçoit alors très nettement le champ du contrat anglais : *le contrat anglais, c'est la promesse exécutoire et sanctionnée, la sanction n'étant attachée qu'aux contrats qui présentent soit les caractères d'un contrat formel, soit les caractères d'un parol contract, d'un contrat non formel, mais à la condition qu'il constitue un acte à titre onereux, c'est à dire qu'il ait l'onus, qu'il ait la consideration, qu'il y ait une res, une some thing, à laquelle on peut attacher le contrat. Autrement c'est*

Source : BIU Cujas

un pactum nudum, c'est quelque chose qui n'est ni pan-
tionné, ni panctionnable.

Relativement à la définition formaliste du contrat ain-
si précisé, il reste à fournir quelques explications, d'abord sur
la définition anglaise, puis sur la disparition du formalisme
en Allemagne.

Les pactes nus et leur caractère ordinairement gratuit.

Il y a encore en Angleterre des pactes nus, des pactes qui n'engagent pas, des conventions non obligatoires. Elles portent, en général, dans la terminologie anglaise le nom de gratuitus, promises, promesses gratuites, et parfois on les appelle aussi promesses unilatérales. Certains auteurs emploient le mot d'unilatéral comme synonyme de gratuit. En effet, les pactes nus sont ceux pour lesquels il n'a pas été donné de considération, ou ceux que l'on n'a pas eu la précaution d'enchâsser dans un acte sous sceau. Ils sont donc, la plupart du temps, à titre gratuit.

On les appelle parfois mais moins souvent, actes volontaires, voluntary, mais cette terme de voluntary, qui signifie également à titre gratuit, est généralement réservé aux actes de transfert : voluntary conveyance doit être traduit acte de transfert à titre gratuit, mais cette épithète s'attache plutôt aux actes de transfert qu'aux promesses, c'est à dire aux actes générateurs d'obligations. Lorsqu'on trouve par exemple, surtout dans le gage, dans l'équité, l'expression : les "volunteers", il faut bien se garder de traduire par volontaires, ce sont les acquéreurs à titre gratuit, et quand la maxime d'équité vient dire que l'équité ne voit pas les volunteers sous un œil favorable, cela veut dire que l'équité ne voit pas d'un œil favorable ceux qui luttent de lucro captando.

Promesses n'ayant pas pour objet de nier une obligation juridique.

D'autre part, en Angleterre comme en France, dès l'instant où on sépare la convention et le contrat, et même sous le régime du code et de la définition moderne, il faut encore mettre à part et laisser de côté les promesses qui n'ont pas pour objet de créer une obligation juridique. Même sous le régime de la définition moderne, de la définition actuelle, dans le droit continental, dans le droit français, il faut tout de même nous l'avons vu, laisser une marge pour ces sortes d'engagements qui ne comportent pas la possibilité d'une action en justice : l'exemple classique de Pothier, repris par Toullier, du père qui promet à son fils, étudiant en droit, un voyage s'il passe bien ses examens, le démontre.

Dans le droit anglais, on fait la même réserve, et ce n'est pas une réserve purement théorique : la pratique fournit des espèces. Dans l'art. 186 du Digeste de Jenks, il est dit qu'il n'y a pas contrat s'il résulte du langage ou de l'attitude des parties ou des circonstances de chaque espèce, que les parties n'ont pas entendu faire renaître une obligation juridique entre elles.

Source : BIU Cujas

Quoique l'auteur du Digeste dise en note sous l'art. 186, qu'il y a peu de décisions judiciaires à l'appui de cette proposition et que ce sont surtout des exemples que l'on peut tirer de la pratique, il existe pourtant de ces décisions judiciaires. J'ai relevé notamment - et elle est citée d'ailleurs par Salmond et Winfield, un arrêt de la Chambre des Lords, Rose and Frank Co contre Crompton Brothers Ltd, décision de 1925. Law Reports, année 1925, (A.C., Appeal Cases, c.à.d. décision de Cassation et d'appel) page 445; et également (à la salle de travail) Law Times Reports, Tome 132 p. 611.

Dans cette décision, les parties avaient passé par écrit leur contrat, dans ce que les Anglais appellent un memorandum, ou simple acte, un acte écrit non scellé et elles y avaient introduit la clause suivante: "le présent arrangement n'est pas considéré par les parties comme une convention formelle ou légale, et ne pourra soumettre le fait contrat à la juridiction des cours de justice, soit dans les Etats-Unis, soit en Angleterre. C'est seulement l'expression précisée, le procès-verbal du but et de l'intention concernant" - et voici la phrase intéressante - "ce à quoi elles s'engagent réciproquement honorablement, avec la plus grande confiance, en se basant sur les affaires qui ont été antérieurement traitées entre elles, qu'elles continueront à conduire entre elles avec une mutuelle loyauté et une amicale coopération"

C'est une chose extrêmement curieuse. D'ailleurs le fait l'a prouvé: au bout de quelque temps un procès éclata cette convention qui ne devait motivée aucune action en justice été déférée à tous les degrés des tribunaux anglais, et jusqu'à la Chambre des Lords, qui a annulé en partie la décision des autres Cours.

On se trouve donc souvent en face de cas d'espèces. MM. Jenks et Lee indiquent cependant que la plupart du temps on est en présence d'engagements sociaux et non pas d'engagements juridiques.

La disparition du formalisme germanique et son maintien en Angleterre.

Il faut maintenant, dans une seconde observation complémentaire donner l'indication des raisons pour lesquelles le formalisme, qui était en Angleterre d'origine germanique, ne s'est pas maintenu jusqu'au XIXe siècle en Allemagne même, dans le pays où il avait pris naissance.

Le formalisme a disparu de toute l'Allemagne à l'époque de la réception du droit romain, fin du XVe siècle. Voilà encore un fait assez curieux: le formalisme germanique est demeuré en vigueur en Allemagne jusqu'à la réception du droit romain. Or, nous savons que le droit romain était formaliste. Comment se fait-il qu'au XVe siècle, ce fut la réception du droit romain qui amena la disparition du formalisme germanique ?

Source : BIU Cujas

La disparition du formalisme en Allemagne coïncidant avec la réception du Droit romain.

La raison est la puissante : le droit romain qui fut reçu en Allemagne à la fin du XVe siècle n'était pas le droit romain classique, c'était le droit romain des post-glossateurs, de l'école de Bartole et également des humanistes, de Cujas, droit qui refleurit en Allemagne à la fin du XVe siècle amendé par les écoles nouvelles. Or, en Italie, au XIVe siècle, grâce à la consuetudo mercatorum, la règle romaine avait été abrogée et dès le XIVe siècle on avait écarté la règle : ex nudo.... De même les éléments canoniques intervenaient pour libérer le contrat.

De sorte que, au moment de la réception du droit romain s'introduisit en Allemagne la liberté, l'émancipation des formes attachées au droit commun, c'est à dire au droit romain reçu à l'époque.

Mais ce n'est pas tout, parce que dans certaines parties de l'Allemagne, notamment de l'Allemagne du Nord, le formalisme cependant se maintint. Et c'est pourquoi, à la fin du XVIIIe siècle, lorsque le droit de la Prusse fut codifié, à la suite de l'initiative de Frédéric II, on maintint dans le Landrecht prussien la nécessité de la forme écrite pour tous les contrats dont la valeur dépassait 50 thalers.

Ainsi, à côté du droit commun qui avait émancipé les contrats, on avait cependant maintenu, de la règle du formalisme, pour les contrats dépassant la somme qui vient d'être fixée.

Malgré tout, au XIXe siècle, c'est la liberté qui l'emporta. Le code de commerce abolit la règle du Landrecht prussien, et le 10e congrès des juristes, tenu en 1872, se prononça pour l'abolition définitive de toute solennité. Ce ne fut pas seulement le droit romain commun de l'Allemagne qui engendra cette abolition, il y eut des idées proprement germaniques qui furent mises en opposition avec le principe du formalisme, et il est important de le noter, parce que ce sont ces idées qui expliquent aujourd'hui les théories et les solutions allemandes

Idées proprement germaniques opposées au XIXe s. au formalisme.

Théorie de la valeur obligatoire de la promesse.

Gierke nous montre, dans deux passages qui vont être précisés, qu'une idée très germanique lutta en Allemagne contre le formalisme. c'est la fameuse théorie de la valeur obligatoire de la promesse, du Versprechen, théorie développée à la fin du XIXe siècle, notamment par Seuffert (Histoire des Contrats obligatoires, 1881)

Gierke indique qu'en Allemagne la dette, Schuld, a toujours reposé sur la promesse, sur le Versprechen, c'est à dire sur l'engagement solennellement pris, au nom de la foi, par celui qui se rend débiteur. Le formalisme, disent les auteurs allemands, n'a fait, et n'a jamais eu fait qu'à cet autre complément de l'obligation, qu'ils ont dénommé le Haftung

Source : BIU Cujas

la responsabilité. Mais en ce qui concerne la dette elle-même, schuld, elle naît de la volonté d'être obligé du débiteur, elle repose sur la volonté de contracter du débiteur. Donc, le débiteur prend l'initiative sur lui-même.

L'idée de devoir fondement de l'obligation.

Cette théorie rejoint une indication qui a été donnée précédemment, à savoir que l'obligation repose, en Allemagne, sur l'idée de devoir, que la Schuld, la dette repose sur l'idée de devoir contracté par le débiteur au regard du droit. C'est, nous dit Gierke, cette notion, cette conception de la dette considérée comme un devoir, et ayant son point initial dans la promesse, dans l'acte d'initiative émané du débiteur, qui a repoussé à la fois et le formalisme germanique et même l'ancien formalisme latin de la stipulation, parce que, dans la stipulation romaine, nous dit Gierke, c'était le créancier, l'interrogeant qui avait l'initiative, qui avait le rôle actif, et c'était le débiteur qui répondait. Au contraire, dans le Verspreechen allemand, c'est le débiteur qui a l'initiative, qui se rend de sa propre volonté débiteur. Alors c'est ainsi, nous dit Gierke, que pour toutes ces raisons, l'emporta, "sur toute la ligne" le principe de la force obligatoire, de l'union des volontés en dehors de toute formalité. (Cf. Encyclopédie d'Holtzendorff, Tome I, §91, p. 269. 7e éd. (1915) et dans le Deutsches Privatrecht Tome II, § 184 et 186)

Le principe de l'autonomie de la volonté et la force obligatoire de l'engagement unilatéral pris par le débiteur.

C'est ce qui explique que ce qui va dominer dans le droit allemand, plus que dans tous les autres droits, c'est l'idée de la force obligatoire attachée dans les contrats à la volonté du débiteur. C'est par là que nous allons pouvoir expliquer qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, on va faire reposer presque toute la théorie du contrat sur l'engagement unilatéral pris par le débiteur qui se reconnaît individuellement dans la dette un devoir de conscience.

Ce complément d'explications était nécessaire, car nous allons maintenant considérer des idées venues des quatre coins de l'horizon, et concourant à des solutions communes, parfois même rattachées à des notions très différentes. Il était indispensable de mettre en parallèle le formalisme anglais et les raisons pour lesquelles l'Allemagne a repoussé le formalisme, car nous allons avoir cependant à constater que, partis de ces deux principes en apparence antagonistes, le droit anglais et le droit allemand sont parvenus, sur certaines questions, à des solutions communes. Il était donc nécessaire de dégager toutes ces idées qui vont se rattacher à la conception générale de l'obligation.

Source : BIU Cujas

Chapitre 1er

Mécanisme de formation du Contrat.

C'est ce que les Anglais appellent making of contract, la confection du contrat, le contrat envisagé dans sa confection.

Pour rester fidèles à la méthode que je vous avais proposée en matière d'obligation: partir de la technique et la placer ensuite dans le cadre des faits et des idées morales, je vais vous mettre sous les yeux des formules législatives, ou quasi-législatives, qui nous serviront de point de départ et auxquelles nous pourrons toujours rattacher nos idées.

Afin de bien éclairer la matière, prenons comme base de notre analyse du mécanisme de formation du contrat, trois textes législatifs, ou quasi législatifs. D'abord le texte de l'art. 2, (ancien art. 3) du projet franco-italien, art. 2, al. 1, ainsi conçu: "Le contrat se forme aussitôt que l'auteur de l'offre a eu connaissance de l'acceptation de l'autre partie." C'est un article assez long, qui comprend cinq paragraphes, sur lesquels, on aura plus tard à revenir.

Les trois formules législatives servant de point de départ de cette étude.

Ce premier texte quasi-législatif, n'a pas de valeur législative proprement dite, mais il a une valeur de manifestation relativement à une théorie.

2ème formule: celle du code fédéral des obligations, aussi bien dans son édition de 1881, que dans celle de 1912: art. 1er du Code des obligations: "Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement, et d'une manière concordante, manifesté leur volonté".

Et enfin, 3ème formule, empruntée à deux moitiés d'articles du Digeste de MM. Jenks et Lee que l'on peut mettre bout à bout, et qui constituent toute une théorie, tout un système: l'art. 189 ab initio, et 196 ab initio du Digeste. Art. 189: "Le contrat est conclu lorsque l'une des parties a communiqué à l'autre son offre et que l'autre l'a acceptée", et art. 196: "Il y a acceptation lorsque le bénéficiaire de l'offre exprime son acceptation de la manière établie par l'offrant."

Voilà les trois formules en face desquelles il faut nous placer car elles concrétisent, elles synthétisent les divers systèmes que l'on peut trouver dans les diverses législations concernant le mécanisme de formation des contrats. Deux observations sur ces formules:

Pourquoi avoir pris des formules quasi-législatives, et pourquoi avoir laissé de côté les deux textes les plus importants: le C.C. français et le code allemand de 1900?

Voici pourquoi:

Source : BIU Cujas

Silence du C.C. sur notre question.

D'abord en ce qui concerne le C.C. français, il est entièrement muet sur le mécanisme du contrat. C'est une question qui a été livrée, dès le début de l'élaboration du C.C., à la doctrine et à la jurisprudence. Les auteurs du Code ne trouvaient en effet dans Pothier, leur guide, du moins au traité des obligations, qu'un seul passage qu'ils ont laissé de côté, estimant qu'il n'y avait pas lieu de l'insérer dans le code: c'est le n° 11 du Traité des Obligations, où Pothier proclame que la simple pollicitation, la simple offre ne produit aucune obligation. C'est pour la rubrique: En quoi le contrat dérive-t-il de la pollicitation? La pollicitation, dit Pothier, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation. Et, à côté du pur droit naturel, il invoquait l'Ordonnance de 1731.

Pothier a dû revenir sur la question, notamment à propos de la grave controverse des contrats entre absents, des contrats par correspondance. Mais cela, il l'a fait au traité de la vente, n° 32, et ce n'était pas cet ordre qui suivaient les rédacteurs du C.C. Voilà la raison pour laquelle le C.C. a gardé le silence sur le mécanisme du contrat, son guide habituel lui faisant défaut, ou ne lui fournissant que des principes qu'il ne voulait pas insérer dans le code.

Dispositions trop nombreuses et difficiles à concilier du C.C. allemand sur notre question.

La raison pour laquelle il faut s'écarter du C.C. allemand est diamétralement inverse. Ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de texte, c'est bien plutôt parce qu'il y a dans ce Code, relativement au mécanisme du contrat, un très grand nombre de textes qu'il n'est pas toujours facile de mettre d'accord. La matière dépend, dans la partie générale, L. 1er du C.C. allemand, du T. 2, art. 116 et suiv. sur la déclaration de volonté, et du T. III, art. 145 et suiv. intitulé du contrat.

En lisant superficiellement les textes, on pourrait trouver dans le C.C. allemand un texte dont la formule paraît très claire et nous conduirait à envisager la possibilité de la placer dans notre lot de formules; c'est l'art. 151 aux termes duquel le contrat est formé par l'acceptation de l'offre. Et combinant cet art. 151 avec le principe des art. 116 et suivants sur la déclaration de volonté, on aboutirait à une formule assez analogue à celle de l'art. 1er al. 1 du Code fédéral suisse. Malheureusement l'interprétation de l'art. 151 du Code montre qu'il ne faut pas prendre à une façon absolue, à la lettre, les termes de l'art. 116. On le verra notamment à propos du contrat par correspondance. C'est la raison pour laquelle M. Léoy-Ullmann estime qu'il faut se borner strictement, pour voir avec clarté les différents systèmes qui s'opposent sur la question, aux trois formules indiquées.

Source : BIU Cujas

La conception objective et la conception subjective de l'obligation correspondant à la conception subjective ou objective du contrat.

2ème observation : Qu'est ce qu'il résulte de ces formules ? La réponse va diriger et guider le plan de tous nos efforts. Il en résulte qu'il y a deux conceptions fondamentales qui s'opposent concernant le mécanisme de formation du contrat, et deux conceptions auxquelles on peut donner très proprement les noms de conception subjective et de conception objective, noms que nous avons déjà trouvés à propos de l'obligation et qui vont former avec la notion de l'obligation, une notion du contrat absolument parallèle, et même dépendante, car les pays qui adoptent la conception subjective du contrat sont ceux qui se rattachent à la conception subjective de l'obligation et les pays qui adoptent la conception objective du contrat sont ceux qui se rattachent principalement à la conception objective de l'obligation.

La conception subjective et la conception objective de l'obligation sont deux conceptions en vertu desquelles, dans la première, on envisage l'obligation comme un rapport entre deux personnes ; dans la seconde conception, on envisage l'obligation comme une relation entre deux patrimoines.

Voilà, brièvement résumée, la substance des doctrines qui a été expliquée au début de ce cours. Que signifie maintenant la conception subjective et la conception objective du contrat ? C'est ce que nous allons avoir à montrer, mais indiquons immédiatement que la première formule, la formule du projet franco-italien peut être considérée comme la formule type de la conception subjective du contrat : le contrat se forme aussitôt que l'offrant a eu connaissance de l'acceptation de l'autre partie. Deux personnes sont en présence ; le contrat résulte du concours psychologique de volonté.

Au contraire les deux autres formules, avec des nuances, peuvent être considérées comme les formules types de la conception objective du contrat. Que disent ces formules ; elles ne disent plus qu'il faut que l'auteur de l'offre ait eu connaissance de l'acceptation, elles disent qu'il faut que les parties aient manifesté leur volonté réciproquement et d'une manière concordante, ou encore, dit la formule anglaise, par des offres et des acceptations communiquées. On s'attache à la communication. En un mot on remplace la compénétration des volontés par leur simple coexistence, ou plutôt, nous le verrons, par leur communication objective. Voilà les deux thèses, les deux conceptions qui s'affrontent ; voilà les deux conceptions que nous allons avoir à discuter.

1. La conception subjective...

1ère Conception : la conception subjective du contrat.

Cette conception, qui est celle des pays latins, qui

Source : BIU Cujas

...du contrat.

est celle du droit français, du droit italien - et c'est pourquoi nous la trouvons dans le projet de code franco-italien - a inspiré toutes les doctrines et toute la jurisprudence française au cours du XIXe siècle et dans le premier quart du XXe, sans qu'elle ait été exposée et développée doctrinalement. Ce n'est que dans des écrits relativement récents que l'on peut trouver l'exposé de la conception subjective du contrat, notamment dans un article paru dans la Revue critique de Législation et de Jurisprudence, novembre 1901 : Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, par M. Dereux, novembre 1901, tome 30, p. 514 - Et dans la thèse de doctorat, du même : De l'interprétation des actes juridiques privés, Dario 1905.

La théorie a été également exposée et discutée, mais non plus sur le terrain du contrat, sur un terrain plus général et plus abstrait de l'acte juridique, par M. Bonnecase, Tome II, 1925, du supplément du Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, p. 448 et suiv. sur le formalisme dans les actes juridiques, et dans les pages 476 et suivants, sur la déclaration de volonté sur les actes juridiques. Enfin, des thèses de doctorat ont fait état de la théorie sans peut être l'exposer nettement, voir notamment la thèse de M. Delire : L'erreur dans les contrats, Dario 1922, et celle de M. Cohen sur les contrats par correspondance, Dario 1921. Voilà les quelques écrits dans lesquels on peut trouver exposée systématiquement la conception subjective du contrat. Comment se présente-t-elle ?

Les 2 idées fondamentales de cette conception

1°. caractère consensualiste du contrat.

La conception subjective du contrat repose sur deux idées : une première que nous connaissons, puisqu'elle résulte de la définition même : par définition le contrat français repose sur la volonté, et non sur le formalisme. Le système français est donc non formaliste et consensualiste voilà la première idée ; elle se dégage de la définition même ; on n'a plus à y insister.

2°. le contrat implique concours de volontés.

La seconde idée, c'est que le contrat est un accord, c'est à dire l'adhésion des esprits, la réunion des esprits sur le même point, l'assentiment dont parle la définition de Littré. Le contrat doit donc essentiellement reposer non pas seulement sur la volonté abstraite, exempte de toute formalité, mais sur le concours des volontés.

La conception subjective dans la doctrine française.

C'est la formule que nous rencontrons dans Pothier, Traité des obligations, N° 1. Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. Et Pothier l'oppose à la simple pollicitatio. La pollicitatio, dit-il, est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite. Par conséquent, pour qu'il y ait contrat

Source : BIU Cujas

il faut qu'il y ait concours des volontés de deux personnes. Cette idée se trouve à toutes les étapes du XIXe siècle et jusqu'au début du XXe siècle proclamée par toutes les commentateurs du code.

Au lendemain du code, prenez Toullier, n°21 de son Droit civil, d'après le jus naturale de Wolff, nous dit: "Consentir, c'est vouloir ce qu'un autre veut et nous propose de vouloir également." Aubry et Rau, qui pourtant ont des velléités d'indépendance vis à vis des doctrines des commentateurs disent également, § 3 art. 352: "Tout contrat exige le concours du consentement des parties". Ils ne disent pas: le consentement, ils disent: le concours du consentement des parties. Ainsi il faut non seulement le consentement de chacun, mais leur concours.

Faisons un saut et arrivons à Colin et Capitant, Tome II, p. 269: La conception doctrinale, classique, définit le consentement: le consensus voluntatum; c'est cet accord qui, en effet, constitue le contrat et donne naissance à l'obligation, (contrat unilatéral), ou aux obligations, (contrat synallagmatique)

Voilà l'idée. On la trouvera exposée avec une très grande clarté dans l'article de M. Dereux, indiquant que le contrat, dans la doctrine française, c'est essentiellement l'union de deux esprits. Il faut psychologiquement non seulement la coexistence, mais la compénétration des volontés. Pour l'école classique, écrit M. Dereux, l'essence ou l'élément constitutif du contrat, c'est un concours de volontés purement intérieures; ce qu'il faut pénétrer pour constater cet accord, c'est l'âme même de chacune des parties contractantes. Et M. Dereux ajoute que si l'école classique s'est ralliée à cette conception, elle l'a fait inconsciemment et presque instinctivement sans la développer. Et il nous dit: la plupart des auteurs français l'adoptent à peu près comme M. Jourdain faisait de la prose sans s'en apercevoir.

M. Dereux critique cette conception, parce qu'il estime qu'elle a engendré à l'excès des portes de fictions, de suppositions d'intention; il la repousse comme divinatoire. Toutes les difficultés sont tranchées par des présomptions de volonté, et même on suppose parfois cette présomption de volonté en face d'une volonté contraire exprimée par les parties ou résultant le plus éloquemment possible de faits en contradiction avec la présomption. On aboutit, dit-il, à des recherches psychologiques qui constituent un véritable abus.

Quoiqu'il en soit de cette critique, la conception est nettement formulée, nettement exposée. On l'aperçoit très clairement. La conception subjective du contrat est dite

Source : BIU Cujas

subjective parce qu'elle fait reposer le contrat non pas sur quelque chose de réel ou d'extérieur, mais sur cette chose intérieure qu'on appelle le concours de volontés des parties. Ces volontés des parties, elles s'analysent en vertu d'une décomposition classique, dans le détail de laquelle nous n'avons pas à entrer. On sait que, d'une part, il y a une offre, ou pollicitation, et de l'autre une acceptation. Il suffit sur ce point de renvoyer aux livres en indiquant immédiatement que, pour bien apercevoir le mécanisme du contrat, tant d'ailleurs dans la conception subjective que dans la conception objective, il faut se placer en face d'une espèce concrète, celle qui constitue le centre même de la discussion. Et pour moi, dit le Professeur, cette hypothèse centre, celle qui permet le mieux d'analyser à la fois la conception subjective et la conception objective, c'est la fameuse et classique controverse soulevée par le problème du contrat entre absents, du contrat par correspondance.

Nécessité pour étudier le mécanisme du contrat de se placer en face du contrat entre absents.

L'on comprend très bien que ce soit en face de ce problème qu'il faut examiner le jeu de nos conceptions. Lorsque l'on examine un mécanisme, on ne considère pas les différentes parties d'une machine quand elles sont soudées; on essaie au contraire de placer les parties le plus loin possible les unes des autres.

Dans la discussion doctrinale du mécanisme de la pollicitation et de l'acceptation, en réalité, même lorsque l'on commence par étudier le contrat entre présents, c'est toujours au contrat entre absents que l'on s'adresse pour chercher le principe et la formule.

Sans nous arrêter sur l'hypothèse du contrat entre présents, pour lequel nous verrons d'ailleurs des solutions se dégager de l'autre controverse, nous examinerons le problème du contrat par correspondance.

Silence du C.C. sur le contrat par correspondance

Le C.C. n'a point envisagé la question du contrat entre deux personnes séparées par la distance et obligées, pour contracter ensemble, de procéder à un échange de lettres. Pothier, dans son traité des obligations, n'en avait point parlé, et c'est probablement pour cela que le code n'en a pas parlé non plus dans le titre consacré aux obligations conventionnelles en général, et n'a pas cru devoir l'aborder à propos de la vente, alors que c'est à propos de la vente que Pothier tranche la question. Le code étant muet, adressons-nous à Pothier, prenons-le comme point de départ et nous verrons, chose curieuse, que c'est à lui, en fin de compte, que nous serons ramenés.

La doctrine de Pothier sur la question du...

Pothier a envisagé le problème au n° 32 de son Traité de Vente, mais on ne peut comprendre sa doctrine que si on la rapproche, au préalable, de ce qu'il dit au n° 31 de son

Source : BIU Cujas

consentement entre absents.

Traité général des obligations, là où il distingue le contrat de la pollicitation. En effet Pothier nous dit ceci, à propos de la pollicitatio : La pollicitatio, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car il ne peut y avoir d'obligation ajoute Pothier, sans un droit qu'acquiert la personne en vers qui elle est contractée contre la personne obligée. Et il cite au bout du paragraphe, Gratius, de Jure belli, L. 2, C. 2, § 3.

L'offre par elle menée n'oblige pas; elle ne devient obligatoire que quand elle a rencontré une volonté qui prend acte de la promesse.

Ainsi en se basant sur le droit naturel Pothier part de l'idée qu'une offre n'engage pas, qu'une offre n'oblige pas, et qu'une offre n'est obligatoire que lorsqu'elle a rencontré devant elle une volonté qui prend acte de la promesse.

Pothier fait état de ce premier principe dans le N° 32 du traité de la vente, où il examine le problème qu'il appelle lui-même la question du „consentement des parties intervenant entre absents". Dans le contrat de vente, dit-il, „le consentement des parties peut intervenir non seulement entre présents, mais entre absents, par lettres ou par un entremetteur". Il faut voir comment Pothier présente le problème, prendre connaissance de l'hypothèse auprès de laquelle il se place et analyser toute sa doctrine; il faut la regarder de très près, car l'on range souvent Pothier comme une autorité à l'appui d'un système qui n'est pas le sien, et souvent, faute d'avoir lu à la loupe le passage de Pothier, on lui fait dire, au fond, le contraire de sa pensée.

Hypothèse de Pothier.

Pothier se place en face d'une hypothèse particulièrement favorable pour nous aujourd'hui : il suppose un contrat passé entre lui, Français, et un marchand de Livourne, un marchand italien : Or c'est le projet de code franco-italien de 1927 qui va nous apporter notre solution concordant avec celle admise par Pothier.

Donc Pothier suppose qu'il a écrit à un marchand de Livourne une lettre dans laquelle il lui offre d'acheter des marchandises pour un certain prix; puis, il nous dit : Et avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en ai écrit une seconde, par laquelle je lui marque que je ne veux plus cette emplette. Supposons, - autre hypothèse, - qu'avant ce temps je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison ....

Voilà donc les trois espèces : repentir, mort, perte de la raison, c'est à dire survenance d'une incapacité tout ceci ayant que le marchand de Livourne ait, non pas consenti, mais ait envoyé et fait parvenir sa lettre de réponse. „Il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de vente", dit Pothier. En effet, quoique ce marchand de Livourne, au reçu de ma lettre précédant mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence,

Source : BIU Cujas

Le contrat ne se forme qu'si la volonté du pollicitant persiste encore au moment où le destinataire accepte la proposition.

ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu entre temps aucun contrat de vente, car ma volonté n'ayant pas persisté jusqu'au temps où ce marchand a reçu ma lettre et a accepté le marché qu'elle contenait, il ne s'est pas rencontré un consentement ou concours de nos volontés nécessaire pour former le contrat de vente.

La solution de Pothier est donc très claire : s'il prévient - même lorsque le marchand de Livourne a répondu, et dans l'intervalle de sa réponse - s'il prévient un repentir, la mort ou le retrait par suite d'incapacité du marché proposé, il ne s'est pas rencontré de consentement, les volontés n'ont pas concouru, il n'y a pas de contrat de formé. Voilà le principe.

Tempéraments d'équité admis à ce principe.

Mais à ce principe, Pothier apporte deux tempéraments, et c'est ici que nous voyons apparaître la base de ces tempéraments. Le premier tempérament est le suivant : Observez, néanmoins, écrit Pothier, que si ma lettre a causé quelque déperse à ce marchand, pour l'exécution du marché que je lui proposais par cette lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte, par exemple si dans le temps intermédiaire entre la réception de la première et celle de la seconde, le prix de ses marchandises a baissé et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de la vendre avant la diminution, dans tous les dits cas, je suis tenu de l'indemniser; puisque je n'ai pas consenti au marché proposé par ma première lettre.

Ainsi, premier tempérament : s'il résulte de mon offre que le marchand se trouve en perte, sous quelque forme et pour quelque raison que ce soit, je suis obligé de passer le marché. Cette obligation naît de cette règle d'équité que personne ne doit pouffrir du fait d'un autre, nemo ex alterius facto prægravari debet.... C'est la question d'équité qui vient ainsi tempérer la rigueur du principe qui veut le contrat ne puisse former' seulement que lorsque les volontés ont concouru.

2ème tempérament : Pour la même raison d'équité, si ce marchand de Livourne, au reçu de ma première lettre avait chargé pour mon compte et fait partir les marchandises que je lui demandais, ayant que j'ayoir reçu ma seconde lettre, qui contenait la révocation que je lui ayais mandée par la première, ou dans l'ignorance où il était de ma démence, ou de ma mort, qui ayait empêché le marché, quoi qu'en ces cas il ne soit proprement intervenu nul contrat de vente entre nous, néanmoins il sera en droit de m'obliger, moi ou mes héritiers, à exécuter le contrat proposé par ma première lettre, non en vertu d'aucun contrat de vente, mais en vertu de l'obligation que j'ai contractée par ma lettre, de l'indemnité, obligation qui résulte de cette règle d'équité : nemo ex alterius facto prægravari debet.

Source : BIU Cujas

Ainsi la doctrine est formelle : il n'y a pas de contrat avant qu'il y ait eu concours de volonté. Mais s'il résulte des circonstances qu'une perte a été engendrée par mon offre au marchand de Libourne (premier tempérament) - ou pis - (second tempérament) - le marchand m'a envoyé les marchandises, le contrat n'existe pas, mais l'équité m'oblige, dans le premier cas à l'indemniser et dans le second, à tenir le contrat à titre d'indemnité.

Voilà la doctrine. Il était nécessaire d'y regarder d'un peu près, parce que, en tête de cette doctrine Pothier avait écrit : Pour que le consentement intervienne en ce cas - c'est-à-dire au cas de contrats entre absents - il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché, ait persévéré au temps auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché.

Et ce sont ces mots : aura déclaré qu'elle acceptait le marché, qui éclaire cependant le passage qui vient d'être analysé qui ont permis à des auteurs, partisans de la théorie de la déclaration de mettre Pothier de leur côté, de dire que Pothier était en faveur de la théorie de la déclaration, parce qu'il a employé le mot : "déclaré". Comme si Pothier avait pu, au moment où il écrivait, penser à la théorie dite de la déclaration" qui naîtrait en droit allemand cent ans plus tard !

Non. Pothier est pour le système de l'information, avec des tempéraments. Cette doctrine est si nette que les auteurs du XIXe siècle ne s'y sont pas trompés. Toullier, n° 29, tome VI, dit en effet : Il suffit, pour que le contrat soit passé que l'acceptation soit connue (Il prend le mot : suffit, parce qu'il a écarté deux lignes avant l'idée d'une notification nécessaire, argument tiré de l'art. 932). Il suffit que l'acceptation soit connue de celui qui a fait la promesse pour que l'engagement soit parfait et irrévocable ; jusque là - c'est-à-dire jusqu'au moment où celui qui a fait la promesse connaît l'acceptation - il demeure libre de révoquer ses offres. C'est au moment où elles s'acquièrent la connaissance de leur acceptation que les deux volontés concourent. Elles n'auraient pu concourir si on avait révoqué avant cette connaissance ; une volonté qui n'est pas connue est en jurisprudence (et nous savons ce que ce mot peut dire dans la bouche d'un jurisconsulte du début du XIXe siècle) comme si elle n'existait pas". Et il cite alors les philosophes.

Admission par Pothier du système de l'information - Même opinion chez Toullier.

Bien mieux, dans une note qui figure sous ce paragraphe, Tome VI, p. 33, Toullier souscrit aux tempéraments de Pothier, il admet que si l'offre par lettre n'oblige pas, implicitement l'offrant doit attendre une réponse, au moins par retour du courrier, et s'il ne le fait pas, il est

Source : BIU Cujas

plus conforme à l'équité, dit-il, d'estimer qu'il aurait dû le faire et que dans ce cas il doit indemniser soit par le maintien du contrat, soit par une indemnité. Il faut, dit-il, tempérer la rigueur du principe en s'adressant à l'équité.

Voilà la doctrine de nos anciens auteurs. Elle est très claire; elle est très acceptable; c'est par elle que nous conclurons. Mais pour y arriver il nous faut faire un long détour; et il nous faut voir dans le droit français, tout le chemin que la question a parcouru au cours du long XIXe siècle, et au commencement du XXe. La question, en effet, s'est enrichie; elle s'est développée, les auteurs l'ont prise en considération, ont analysé les hypothèses, les intérêts pratiques de la controverse, les systèmes en présence, les arguments pro et contra. Nous allons donc passer en revue: 1° les hypothèses, ou du moins la précision des hypothèses où les difficultés se posent; 2° la précision des intérêts pratiques de la controverse; 3° précision des divers systèmes en présence, des divers systèmes théoriques imaginés, ou imaginables; et 4° les arguments pro et contra.

Lorsque nous aurons examiné ces quatre points - nous aurons vu d'ailleurs en passant la doctrine et la jurisprudence - nous serons en état de dire: voilà la situation, de faire le bilan de la doctrine et de la jurisprudence françaises, et de tâcher, si possible, de conclure.

Précision des hypothèses où peut se présenter la question

Etudions donc d'abord la précision des hypothèses où la difficulté se présente. Le bon Pothier avait envisagé le cas du marchand de Livourne; son hypothèse est bien simple; elle est nette, elle est claire, mais que de complications sont survenues dans ce terrible problème des contrats par correspondance depuis que Pothier en avait disserté dans son traité du contrat de vente!

Qu'est-ce qu'un contrat par correspondance?

D'abord on a précisé ce qu'il faut entendre par le contrat par correspondance. Le contrat entre absents, en général, est un contrat entre personnes séparées par la distance; le contrat par correspondance, est une espèce, une variété du contrat entre absents. Il n'embrasse pas tous les contrats entre absents; on a précisé que c'était le contrat par correspondance

C'est d'abord celui où l'on a pris comme mode de communication de l'acceptation la correspondance, et c'est au mode de communication de l'acceptation qu'il faut s'attacher pour savoir si c'est un contrat par correspondance, parce que si on suppose que l'offre ait eu lieu par correspondance, et que, d'autre part, celui à qui l'on a fait l'offre prenne le train ou l'automobile et vienne traiter directement avec celui qui lui a fait l'offre, le contrat n'est plus un contrat par correspondance; c'est un contrat entre présents. Par conse-

Source : BIU Cujas

quent, le contrat par correspondance, c'est en premier lieu, le contrat dans lequel l'acceptation doit avoir lieu par correspondance.

Et en second lieu, il faut que ce soit un contrat conclu directement entre personnes non présentes, directement c'est à dire, un contrat où l'acceptation doit avoir lieu par la poste ou par l'intermédiaire d'un autre moyen de transmission de la volonté, mais en éliminant une hypothèse différente : le contrat par intermédiaire, le contrat où l'on a pris par exemple un notaire comme intermédiaire entre une offre et une acceptation.

Complication résultant de la possibilité du repentir chez celui à qui l'offre a été faite.

On a également précisé, par un très grand nombre d'hypothèses, les cas où la difficulté s'est posée depuis Pothier. Si l'on se reporte notamment aux livres, aux ouvrages de doctrine, notamment à la thèse de M. Cohen (Des contrats par correspondance, p. 78 et ppq), on voit qu'une infinité d'hypothèses se présentent : les cas où l'on a accordé un délai pour répondre ; ceux où l'on n'a pas accordé de délai, les cas où l'on peut envisager des acceptations tacites possibles, etc. De toutes ces variétés, retenons seulement deux hypothèses importantes : ce sont celles dans lesquelles on peut dire qu'est impliquée toute la discussion du principe. Il faut bien voir que dans le cas discuté par Pothier il y a une réciproque : le marchand de Livourne a envoyé à Pothier les marchandises ; mais il peut lui aussi s'être repenti en cours de route et il peut très bien avoir envoyé une lettre qui court après sa marchandise, pour dire qu'il ne consent plus au marché. Par conséquent, ce qu'il faut envisager ce n'est pas seulement le repentir de l'offrant, mais aussi le repentir de celui à qui l'offre est faite.

(Observation - Nous n'avons pas dans la langue française, de mot pour désigner celui à qui l'offre est faite. Nous appelons l'offrant, le pollicitant, mais il n'y a pas de mot pour indiquer celui à qui l'offre est faite, tandis que les Anglais distinguent : le offeror (offrant) et le offeree, destinataire, bénéficiaire de l'offre.)

2°) Depuis que Pothier existait, on a inventé le télégraphe ; on a même inventé le téléphone, et ceci complique encore l'hypothèse, parce que ce n'est plus la lettre qui court après la marchandise de relai en relai ; l'un et l'autre, l'offrant ou l'acceptant, peuvent envoyer un coup de téléphone, ou un télégramme qui annule l'offre ou l'acceptation. Donc, dans le contrat par correspondance, il faut envisager le mode de communication, il faut éliminer les intermédiaires, il faut tenir compte du repentir éventuel de l'acceptant et enfin il faut tenir compte de ce qu'une dépêche ou un coup

Source : BIU Cujas

de téléphone peut intervenir avant l'arrivée de la marchandise ou de l'acceptation.

Intérêts pratiques s'attachant à la détermination du moment où se forme le Contrat.

2°) Précision des intérêts pratiques de la controverse. Si Pothier nous avait indiqué simplement, à titre d'intérêt pratique, la rétractation, la mort, l'incapacité, (et même il semble bien qu'il n'ait envisagé cela que du côté de l'offrant), il faut donc envisager les événements qui amènent la rétractation, la mort, l'incapacité des deux parties.

Ces événements ont un effet très grave, et l'intérêt pratique qui s'y attache, c'est celui qui consiste à déterminer le moment où le contrat est passé. A quel moment le contrat est-il passé? C'est puisant la solution que l'on donne à cette question que l'on peut répondre en face des événements que Pothier avait envisagés.

Mais depuis lors cette détermination des intérêts pratiques de la controverse, qui s'attachent au moment, s'est enrichie d'un très grand nombre d'autres considérations. M. Cohen (pp. 28 et 29) nous montre qu'il n'y a pas moins de dix intérêts pratiques qui s'attachent à la détermination du moment d'un contrat. On peut les classer: soit que l'on envisage l'effet du contrat entre les parties, soit que l'on envisage l'effet du contrat à l'égard des tiers. Il y a intérêt à déterminer le moment d'un contrat, soit pour les parties elles-mêmes, soit pour les tiers.

Intérêt en ce qui concerne les parties.

Pour les parties, par exemple, c'est le moment du contrat qui va fixer le moment du transfert de propriété, art. 1138 al. 1 et art. 1583 du C.C.: c'est le moment où le comportement est donné que le transfert s'opère dans notre droit français. C'est également à ce moment que s'opère le transfert des risques. C'est également par le moment du contrat que l'on déterminera le prix atteint par des marchandises au cours du marché, lorsque l'on a visé le cours du marché du moment où l'on contracte. Nous verrons d'autres hypothèses en étudiant le contrat anglais.

Intérêt à l'égard des tiers.

A l'égard des tiers, il y a intérêt à préciser le moment du contrat, par exemple dans une offre faite à deux personnes simultanément: le contrat qui viendra est le premier passé. Intérêt au point de vue de l'action paulienne: si l'on admet que les créanciers qui peuvent invoquer l'art. 1167 sont seulement ceux dont la créance est antérieure au contrat, ceux dont la créance est née avant l'acte qu'il s'agit de faire tomber. Enfin, intérêt en cas de liquidation judiciaire ou de faillite: rapprochement entre la date du contrat et celle de la cessation des paiements; ce rapprochement est nécessaire pour savoir notamment si l'on peut appliquer les art. 446 et 447 du C. Com., qui annulent certains contrats passés avant faillite, ou également si le contrat a été conclu

Source : BIU Cujas

avant le dessaisissement du débiteur qui résulte du jugement déclaratif de faillite.

Intérêt au point de vue de la détermination du lieu où le contrat est passé.

Autre intérêt : en quel lieu le contrat par correspondance est-il passé ? La détermination du lieu est importante d'abord au point de vue de la compétence du tribunal : art. 420 C. pr., en matière de contrats commerciaux qui donne compétence à trois catégories de tribunaux dans un marché commercial, soit le tribunal du domicile du défendeur ce qui est le droit commun, soit le tribunal du lieu du paiement, soit enfin, un troisième tribunal : celui où la promesse est faite et la marchandise livrée. Il y a là une vieille dispposition qui remonte à l'ordonnance de 1673 à laquelle nous reviendrons.

Autre intérêt encore à déterminer le lieu de passation du contrat : intérêt du droit international privé, car lorsqu'un contrat est passé entre un Français et un étranger, en France ou à l'étranger, bref lorsqu'un contrat contient un élément d'extranéité, et tombe pour le coup du droit international privé, un certain nombre de lois peuvent être invoquées pour résoudre les difficultés nées du contrat. En général, on s'accorde à reconnaître, en matière de contrat, le principe de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire que la loi applicable au contrat international, c'est la loi visée par les parties ; mais la plupart du temps on admettra que les parties ont entendu choisir comme loi intervenant dans leur contrat la lex loci contractus, c'est-à-dire la loi du lieu où le contrat a été passé.

Il y a donc un intérêt considérable à la solution de notre question. Lorsqu'on aura montré par exemple la solution de la jurisprudence anglaise, qui est tout à fait spéciale, et raisonnant d'après un système différent du notre, et qu'on envisage le contrat que passent un Anglais et un Français, on voit dans toute sa crudité l'intérêt qui s'attache à déterminer le lieu du contrat pour l'application de la lex loci contractus.

Les 5 systèmes en présence

3° Précision des systèmes susceptibles d'être envisagés. - Il y a pour la question cinq systèmes, plus des sous-systèmes. On se bornera exclusivement à en exposer le plus clairement possible la nomenclature.

Les 2 systèmes extrêmes :

D'abord les deux systèmes extrêmes, ceux qui sont aux deux bouts de la chaîne. Le premier, que je considère comme étant celui de Pothier. Ce système requiert le concours parfait des volontés, c'est-à-dire les volontés échangées ; il exige, pour qu'il y ait contrat par correspondance, et par conséquent moment et lieu fixés comme il a été indiqué, que la lettre d'envoi de l'offre soit parvenue à l'acceptant, que l'acceptant ait répondu et que l'offrant

1° Système de l'information.

Source : BIU Cujas

ait pris connaissance de la lettre d'acceptation. Autrement dit, la correspondance est un comme un nuntius faisant le voyage d'aller et retour, partant porter la proposition et rapportant l'acceptation et venant dire à l'offrant : l'acceptant a accepté. On a donné à ce système le nom de système de l'information, parce que le lien de droit n'est considéré comme existant que du jour où l'auteur de l'offre a été informé de l'adhésion donnée par son correspondant.

Ce système a été très clairement exposé par un arrêt de la Cour de Chambéry, du 8 juin 1877 (S.77-2-252) : „une convention exige non seulement le concours de deux volontés, mais leur manifestation réciproque. Cette manifestation n'existe pour chaque partie que lorsqu'elle arrive par le sens dans la convention verbale, par la réception de la lettre dans le marché par correspondance, tant qu'une des parties ignore le concours des volontés d'où résulte la convention, celle-ci n'existe pas pour elle." C'est le système du circuit complet : il faut boucler la boucle ; il faut que le circuit ait été complètement effectué, entre l'offrant, l'acceptant, aller et retour.

2°. Système de la déclaration.

Autre système diamétralement inverse : c'est le système dit de la déclaration, parce qu'on estime que le contrat existe le jour où la personne à laquelle on a fait la pollicitatio a manifesté expressément sa volonté d'accepter. Le jour où il aura en dictant une lettre à sa dactylographe, en donnant l'ordre d'écrire la lettre, en déclarant à un tiers qu'il accepte la proposition, ou encore lorsqu'il l'aura inscrit sur ses livres de commerce, ce jour là le contrat sera réalisé. On aura déclaré ; on aura émis une volonté ; à travers l'espace les volontés auront concouru, le contrat sera passé... Système de la déclaration : le contrat naît dès que la volonté de l'acceptant est déclarée expressément.

Les 2 systèmes intermédiaires.

Voilà les deux systèmes extrêmes. Maintenant nous arrivons à deux systèmes intermédiaires qui font respectivement des atténuations au premier et au second systèmes. Nous rapprochons les systèmes antagonistes pour tâcher de trouver une solution intermédiaire.

3°. Système de la réception.

L'atténuation au premier système, c'est ce que l'on appelle le système de la réception, c'est à dire que le contrat sera formé dès que la lettre d'envoi est entrée en la possession du pollicitant ; non pas qu'il en pris connaissance, mais qu'elle lui soit parvenue, qu'il l'ait reçue, (Et c'est en quoi la réception se distingue de l'information), c'est à dire qu'on l'ait fait apporter chez lui, à domicile, que le facteur l'ait remise dans sa boite aux lettres ou

Source : BIU Cujas

chez son concierge : pourvu que la lettre soit arrivée chez le pollicant, qu'il en ait pris connaissance ou non, peu importe, le contrat est formé. Voilà une atténuation au premier système : le système de la réception

2° Système de l'émission ou de l'expédition.

Et maintenant atténuation au système de la déclaration : on s'est aperçu que le système de la déclaration, au point de vue pratique, ne correspondait peut être pas à des conditions entièrement acceptables, et on estime alors que le contrat est formé lorsque l'acceptant a mis à la poste la lettre d'acceptation. C'est ce que l'on appelle le système de l'émission, ou système de l'expédition. Le contrat sera donc formé lors de l'émission de la lettre.

Les sous-systèmes.

C'est là que nous voyons arriver en foule inquiétante les sous-systèmes, parce que, effectivement lorsque on a envoyé la lettre, la lettre part, mais on peut l'arrêter, on a le droit de l'arrêter, les règlements de la poste permettent de reprendre une lettre ou une dépêche déjà partie (Instructions du 20 mars 1868, 6 août 1883, après avis du Conseil d'État, et également, en matière de télégrammes, 7 février 1894). Par conséquent, voilà la source de deux sous-systèmes.

Il en est qui admettent que le contrat est formé aussitôt qu'on a mis la lettre à la poste, nonobstant tout repentir ; d'autres n'admettent pas que le contrat est formé si on reprend la lettre. De même si on se repent par télégramme ou par téléphone, il en est qui admettent que dès l'instant où la lettre est portée à la poste, on ne peut plus envoyer de dépêche ou de coup de téléphone : c'est, nous le verrons, le système anglais. D'autres admettent, au contraire, qu'on peut annuler la lettre par une dépêche, ou qu'on peut envoyer un coup de téléphone.

Enfin, un troisième sous-système qui aboutit à celui de l'émission par l'idée de la rétroactivité soit de l'acceptation, soit même de l'offre. Il y a des auteurs qui estiment que l'offre ne peut que grâce à la rétroactivité qu'opère sur cet acte par l'acceptation de l'offrant. Et alors l'acceptation lorsqu'elle est arrivée chez l'offrant, rétroagit jusqu'au jour où on l'a émise. On arrive, par ce double jeu de la rétroactivité, au système de l'émission.

Enfin, pour être complet, et parce que certaines législations l'ont admis, il faut mentionner encore le système mixte qui consiste à distinguer le cas de l'offrant et le cas de l'acceptant, à tenir l'offrant pour lié au jour où son offre est acceptée par l'acceptant, et à tenir l'acceptant pour lié le jour où son acceptation est parvenue à l'offrant. Il y aura donc deux moments et deux lieux du contrat, ou plutôt des promesses respectives ; il y aura le moment où le proposant sera lié vis-à-vis de lui le contrat est formé quand l'accep-

Source : BIU Cujas

tation est émise, ce sera le système de l'émission ; et au contraire l'acceptant ne sera lié que lorsque l'acceptation sera arrivée à la connaissance de l'offrant : ce sera le système de l'information.

Voilà les différents systèmes. Il faut dire un mot de la manière dont se répartissent à travers tous ces systèmes, la doctrine et la jurisprudence françaises.

La doctrine a surtout polarisé ses efforts autour de trois systèmes : le système de l'information (que j'appelle le système de Pothier), le système de la déclaration et le système de l'émission. Indiquons d'un mot les autorités desquelles peuvent se prévaloir chacun de ces trois systèmes.

Toullier a admis le système de Pothier, le système de l'information. De même, Larombière, Laurent, Huc, Merlin, et de nos jours M. Planiol (Tome II n° 986) De même Thaller, et M. Demogue (Tome 2 N° 577 p. 220 et 221 de son traité des obligations en général)

Système radicalement inverse (déclaration) : Demolombe, Beudant, Baudry-Lacantinerie, MM. Colin et Capitant, Weiss ; et parmi les spécialistes du contrat par correspondance, M. Valéry, doyen de la Faculté de Droit de Montpellier, et M. Cohen.

Enfin le système intermédiaire de l'émission se prévaut des noms illustres d'Aubry et Rau (§ 343 Tome IV) de Lyon-Caen et Renault, puis dans le droit international privé : Surville et Arthuis, Audinet.

Divergences de la Jurisprudence.

Ainsi dans la doctrine les autorités se balancent. Allons nous trouver du côté de la jurisprudence une réponse nette ? Non, car la Cour de Cassation a, par une tradition constante, refusé de prendre parti. La Cour de Cassation ne s'est pas prononcée plus pour le système de l'information que pour le système de la déclaration. La formule de la Cour de Cassation est constante : le contrat par correspondance c'est une question de fait, que les juges du fait doivent envisager et trancher puisant les circonstances de l'espèce : Req. 6 août 1867 D. 68.1.35, S. 67.1.400.

Depuis lors, à travers une suite d'arrêts la Chambre des Requêtes a maintenu sa jurisprudence : arrêt de 1875, arrêt de 1885, et voici les derniers : deux arrêts du 29 janvier 1923 de la Chambre des Requêtes dans les affaires de la Coopérative de Noire, sur un arrêt de la Cour d'Alger, D. 1923.1.176, S. 1923.1.168 : „ Attendu que dans les conventions qui se lient par correspondance, la fixation du moment où le contrat est devenu parfait entre les parties est généralement une question de fait dont la solution dépend

Source : BIU Cujas

des circonstances de la cause".

Quand on lit l'arrêt et qu'on pèse les expressions, il semble que l'on puisse dégager, dans la pensée de la Chambre des Requêtes, comme une sorte de regret de n'avoir pas tranché la question de principe. Néanmoins, quand on se reporte aux arrêts, on s'aperçoit que peut-être, la solution de la Cour de Cassation est moins critiquable que la doctrine ne veut bien le dire unanimement; car l'unanimité de la doctrine critique la Cour de Cassation d'avoir laissé le problème sans solution.

Si on lit les arrêts, on voit qu'il y en a bien peu où l'hypothèse pure apparaisse, où l'on se trouve en présence de la question nue, dégagée de toutes les circonstances de fait. La plupart du temps, il y a tant de complications, tant d'espèces différentes qu'il est très difficile de distinguer même parfois à quel système se rattache. On en aura la preuve en voyant, chez les auteurs, le même arrêt cité, tout à l'appui du système de la déclaration, tout à l'appui du système de l'information

C'est ce qui rend peut-être la solution de la Cour de Cassation moins blâmable qu'on ne veut bien le dire. Cependant il y a des arrêts extrêmement nets dans le sens du système de l'information, et il y en a également dans le système de l'acceptation, en présence d'hypothèses très claires. Et c'est là que la Cour de Cassation aurait dû et pu se prononcer.

Incertitudes concernant la jurisprudence.

C'est précisément l'incertitude qu'ils constatent dans la doctrine de certains cours qui a amené les auteurs à proclamer tantôt que c'est la théorie de l'acceptation qui l'emporte devant les cours d'appel, tantôt au contraire que c'est la théorie de l'information; M. Valéry, partisan de la théorie de la déclaration estime que c'est la théorie de l'expédition ou de la déclaration qui a la faveur de la majorité des cours d'appel. Il en est de même de la théorie de M. Cohen. A l'inverse, dans la note du Sirey, sous l'arrêt de Cassation, Requêtes 29 janvier 1923 (S. 1923. 1. 168), il est dit ceci: "le système qui l'emporte devant les cours d'appel, c'est celui qui considère le contrat formé seulement au moment où la lettre, ou le télégramme, qui notifie l'acceptation de l'offre parvient à destination.

M. Planiol également - dont le livre partage l'opinion qui vient d'être exprimée, adoptant le système de l'information - estime que les arrêts l'emportent en faveur du système qui a des préférences. Il ne faut donc prendre ces affirmations que sous bénéfice d'inventaire, il y a lieu en effet à inventaire.

Source : BIU Cujas

Examen des arguments donnés à l'appui de l'un ou l'autre système.

Arrivons à la controverse elle-même, c'est-à-dire à l'examen des arguments auxquels on peut se référer pour trancher la question dans un sens ou dans un autre, arguments très nombreux qui ont été donnés au cours de cette controverse classique et qu'il y a lieu, suivant nous, de répartir et de classer, suivant les vieux principes de la méthode d'interprétation qui sont des principes de méthode très claire : arguments de textes, arguments tirés du droit romain, arguments tirés de l'ancien droit, et arguments rationnels.

1° Arguments de textes.

Prenons d'abord les arguments de textes, car ordinairement la méthode d'interprétation part d'un principe logique, celui qui consiste à aller rechercher, en l'absence d'un texte déterminé visant directement ce problème, dans des textes voisins la pensée du législateur. Un certain nombre de texte ont été mis à contribution au cours de cette controverse, notamment les art. 932, 1985 et 1121 du C.C. Nous allons les prendre successivement et examiner les arguments que l'on en peut tirer.

Art. 932. généralisation à tous les contrats de la solution particulière donnée par ce texte à propos de la nécessité pour la formation de la donation de la notification au donateur de l'acceptation du donataire.

L'art. 932 figure au titre des donations entre vifs et des testaments, et pour le chapitre des donations entre vifs indique les formalités auxquelles sont soumises les donations. "La donation entre vifs, n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès". Par conséquent, nécessité d'une information.

L'alinéa 2 - et c'est de cet alinéa que l'on dégage l'argument, - dit: "L'acceptation 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 notifiée."

Voici donc l'hypothèse envisagée par l'art. 932 al. 2 : l'acceptation n'a pas été faite immédiatement, il y a eu un trait de temps entre l'offre de donation et l'acceptation de la donation par le bénéficiaire. Alors cette acceptation ne pourra plus avoir lieu que dans un acte authentique, dont il restera minute, et dont il sera nécessaire de faire notification au donateur. La donation n'est pas valable à l'offre du donateur, elle n'aura alors, dit la loi, aucun effet.

Argument : du moment que l'art. 932 exige, pour que la donation soit parfaite non seulement qu'elle soit acceptée, mais aussi que l'acceptation ait été notifiée au donateur, c'est donc que le contrat n'était formé qu'au moment où la notification a été faite ; c'est donc, par conséquent, que tout contrat exige pour perfection non seulement l'acceptation, mais la notification de l'accepta-

Source : BIU Cujas

tion à l'offrant. On généralise par un argument a genere tali ratio ou a pari ratione, but des arguments dits d'"extension" appliqué à un texte de loi pour passer d'une hypothèse spéciale à une hypothèse plus générale.

Réponses faites à cet argument de généralisation, notamment en se fondant sur ce que la donation est un contrat soumis à des règles tout à fait spéciales.

A cette argumentation qui milite en faveur du système de l'information, les partisans des autres systèmes opposent un très grand nombre de réponses. D'abord, on fait remarquer que la donation n'est pas un contrat, et par conséquent l'argument de généralisation que l'on prétend tirer en faveur de tous les contrats de l'art. 932 al. 2 pèche par la base, par l'une des prémisses, que le syllogisme est faux; l'on ne peut pas étendre à tous les contrats ce que l'on dit de la donation, parce que la donation n'est pas un contrat.

Suivant certains auteurs - et c'est une théorie qui s'appuie sur les mots mêmes prononcés par le Premier Consul lors de la discussion sur la donation - la donation n'est pas un contrat, c'est un acte juridique, mais qui sort des contrats.

2ème réponse : en admettant même que la donation soit un contrat, la règle qui est inscrite dans l'art. 932 ne peut pas être étendue à tous les contrats, parce que si la donation est un contrat, c'est un contrat fait à fait spécial. C'est un contrat régi et dominé par une série de prohibitions, de règles restrictives, inspirées par le désir manifeste de décourager le donateur. On craint qu'un donateur trop prodigue ne dilapide en libéralités une fortune sur laquelle des héritiers ont conçu des espoirs peut-être légitimes; en tous cas il est un fait certain c'est que le législateur a environné la donation d'embûches, et ceci en vertu de vieilles traditions romaines, qui remontent bien au delà de la loi Cincia.

Par conséquent l'art 932, al. 2 repose sur des raisons spéciales à la donation. Au fond c'est, on pourrait le dire, une formalité, c'est du formalisme, on a fait de la donation un contrat formel; on ne peut donc pas en tirer d'argument en dehors des contrats formels et pour tous les autres contrats du C.C.

Alors si l'on explique le texte, on trouve encore d'autres réponses à l'argument tiré de l'art 932. On trouve que le texte lui même contient une restriction: il dit: la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur.. Mais à l'égard de tous les autres, et notamment du donataire, elle aura effet. Elle aura effet à l'égard des tiers. Il y a donc en somme une restriction au système, et même apparent

Source : BIU Cujas

la notification la donation engendre des effets.

L'art.932 ne peut être invoqué, en matière de contrats entre absents car il s'applique même si les parties sont en présence l'une de l'autre.

Enfin on fait remarquer - et c'est peut-être ce qu'il y a de plus déterminant - pour neutraliser l'argument tiré de l'art.932, qu'il s'applique entre personnes présentes. On ne peut pas l'invoquer dans la controverse concernant les contrats par correspondance, parce qu'il s'applique même lorsque les parties sont l'une en face de l'autre. Ce que la loi exige c'est que si l'acceptation n'a pas été faite immédiatement elle soit faite dans un acte ultérieur et même si les parties sont présentes, la notification est exigée.

Il paraît donc difficile de tirer de l'art.932 un argument en faveur du système de l'information, et bien entendu, à l'inverse, c'est un argument qui ne va pas en faveur d'un autre système. Il y a neutralisation. Nous allons voir d'ailleurs dans cette controverse tous les arguments se neutraliser tour à tour.

Art.1985 al^a 2 relatif au mandat - Argument qu'on prétend un tiers en faveur de la théorie de la déclaration.

Prenons maintenant le deuxième texte, l'art.1985 al.2. C'est un texte qui figure au titre du mandat où la loi dit que dans le mandat l'acceptation peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. C'est un argument qu'invoquent les partisans du système de la déclaration contre les partisans du système de l'information. Ils disent: cet art. 1985 al 2 montre bien que du jour où le mandataire a accepté, et on a accompli son premier acte, même si le mandant ne le connaît pas, le mandat est formé, le mandat existe. On généralise et on vient dire: le mandat étant un contrat, conclusion: dans tous les contrats le contrat se forme par l'acceptation de celui à qui l'offre faite, abstraction faite de la connaissance de cause chez l'offrant, abstraction faite de ce que l'offrant ne connaîtrait pas l'acceptation.

Réponse à cet argument tirée des caractères spéciaux du mandat.

Cet argument, mainé triomphalement par les partisans de la théorie de la déclaration, se heurte lui aussi, à des objections de même nature que celles que nous venons de rencontrer tout à l'heure à propos de l'argument tiré de l'art.932. Le mandat n'est pas un contrat ordinaire, et ce n'est pas un contrat dont l'on puisse tirer un argument en faveur des autres contrats, par le système de généralisation que l'on veut appliquer. Et pourquoi ?

D'abord le mandat présente ce caractère particulier, dans notre droit français, d'être un contrat à titre gratuit: art.1986: le mandat est gratuit, s'il n'y a pas convention contraire. C'est là une survivance de la vieille idée romaine que le mandat, comme la société, comme d'autres contrats, résultait de ce qu'on appellerait le jus-

Source : BIU Cujas

-amicitiæ le jus fraternitatis, le droit d'amitié, le droit de fraternité. Le mandat est gratuit de sa nature dans notre droit français, non pas de son essence comme dans le droit romain. Mais bien qu'il ne soit gratuit que de sa nature, ce caractère est suffisant pour mettre déjà en garde contre les arguments de généralisation tendant à étendre les règles de l'art. 1985 al. 2 à tous les contrats.

La combinaison de l'art. 1985 et de l'art. 2003 aboutit au système de l'information.

Et nous allons voir la confirmation immédiate de ce fait, car si l'on va à l'art. 2003 nous indiquant la manière dont le mandat finit, nous voyons qu'il finit "par la révocation du mandataire ou la renonciation de celui-ci au mandat, ou la mort naturelle, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire."

Prenons simplement les al. 1 et 3 : le mandat finit par la révocation du mandataire. Fort bien. Au moment où le mandataire exécute l'offre, le mandant a déjà révoqué ; il n'y a plus de mandat. Ou bien par la mort naturelle et civile : au moment où le mandataire accepte et peut faire un acte d'exécution, le mandant est mort et le mandataire l'ignore ; il n'y a plus de mandat. Si l'interdiction ou la déconfiture sont survenues, même solution.

Alors l'art 1985, invoqué dans notre matière, se retourne contre ceux qui l'invoquent, il aboutit exactement aux conséquences contraires de ce que désirent les partisans de la théorie de la déclaration. Dans le mandat on arrive par les deux règles combinées de l'art. 1985 et de l'art. 2003, non pas aux solutions du système de la déclaration, mais aux solutions du système de l'information. La encore la discussion aboutit à un point mort : les arguments se neutralisent.

Argument tiré de l'art. 1121 en faveur du système le contrat se forme par la simple acceptation sans besoin qu'elle soit notifiée au pollicitant.

Troisième article : l'art. 1121. Celui-là va nous mettre en présence de procédés de discussion un peu différents. L'art. 1121, c'est le fameux article par lequel se fonde la stipulation pour autrui : "On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter."

C'est le second membre de phrase que l'on invoque en faveur du système de la déclaration. Les partisans du système de la déclaration viennent dire : vous voyez bien qu'il n'est pas nécessaire que le pollicitant connaisse l'acceptation, puisque dans la stipulation pour autrui, lorsque le tiers a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite à son profit, la stipulation est valable, et celui qui a fait la stipula-

Source : BIU Cujas

tion ne peut plus la révoquer. Et la loi ne dit pas qu'il doit avoir connaissance de la déclaration du tiers bénéficiaire Conséquence : du moment qu'il y a une offre qui a été suivie d'une acceptation et que, une fois l'acceptation intervenue l'offrant ne peut plus révoquer, c'est donc qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit portée à la connaissance de l'offrant : c'est donc que quand l'acceptation est émise le contrat est formé.

Réponse d'impossibilité de généraliser la solution d'un texte aussi discuté que l'art. 1121.

Oui ; mais là encore il faut bien dire que l'on est en présence d'un acte, d'un caractère entièrement spécial : la stipulation pour autrui. Si nous étions en présence d'un acte juridique ne donnant lieu à aucune espèce de controverse, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit du tiers bénéficiaire, d'un droit dont la nature juridique est claire, non contestée, non sujette à discussion, l'on comprendrait l'argument. Mais ici qu'en est-il ? Y a-t-il même offre ? Y a-t-il même acceptation ? Reportez-vous à la célèbre controverse sur la nature juridique du droit du bénéficiaire en matière de stipulation pour autrui, que nous retrouverons plus tard. Il y a bien des systèmes qui font reposer ce droit sur l'idée d'une offre à lui faite ; mais ces systèmes, aujourd'hui, sont repoussés, sont démodés. Les nécessités pratiques et notamment le contrat d'assurance, et d'assurance sur la vie, ont rendu surannés les vieux systèmes qui reposent sur l'offre faite au bénéficiaire. La théorie qui l'emporte en jurisprudence, c'est la théorie du droit direct. Il n'y a plus d'offre, et dès l'instant où il n'y a plus d'offre, nous ne sommes plus en présence d'un raisonnement susceptible de prendre pour base sur l'art. 1121 pour en étendre la disposition à tous les contrats.

Impossibilité de tirer des textes un argument en faveur de l'un ou l'autre système.

Conclusion : les articles invoqués ne nous conduisent à rien. Et pour jeter sur cette controverse de textes la dernière pelletée de terre, M. Demogue ajoute ceci : En réalité on va chercher dans des textes épars dans le code la solution d'une question à laquelle le législateur n'avait certainement pas pensé lorsqu'il a écrit les art. 932, 1985 et 1121. Il est de toute évidence que c'est forcer l'intention du législateur que de mettre en jeu artificiellement la logique juridique sur des bases extrêmement précaires, que de s'appuyer sur des textes qui, en réalité, visaient les matières spéciales et n'avaient aucune espèce d'intention de fonder sur ces textes une théorie générale de la formation des contrats que le C.C. n'avait pas voulu trancher. Les arguments de textes ne nous conduisent donc qu'à une impasse.

Droit romain. Impossibilité...

Le droit romain ? Même spectacle. On invoque de nombreux textes. Les partisans de la déclaration (notam-

Source : BIU Cujas

de tirer argument en ce qui concerne les contrats consensuels de solutions données par la stipulation contrat formel.

-ment thèse de M. Cohen. p. 35), s'appuient sur le titre au D. de verb. oblig. L. 45. T. I fg. 1 pr. "La stipulation ne peut être parfaite, si ce n'est lorsque les deux parties ont parlé." Et le texte ajoute que ni le muet, ni le sourd, ni l'enfant ne peuvent contracter de stipulation.

C'est donc, dit-on, qu'il y a à la base de la stipulation la nécessité de deux personnes qui parlent, et de deux personnes qui échangent leur consentement. Mais cet argument vient à l'appui du système de l'information

Les conséquences: on essaie de les neutraliser par d'autres textes mais bornons nous à une simple observation, dans le texte en question, on se place en face de la stipulation. Or la stipulation est un contrat formel; dans notre droit les contrats ne sont pas formels, mais sont au contraire consensuels; on ne peut donc pas logiquement tirer un argument convaincant dans une controverse où précisément c'est le caractère consensuel du contrat qui est en jeu, on ne peut pas tirer un argument d'un système de droit où le contrat est formel.

Voilà, à mon sens, la meilleure réponse à faire à cet argument. Cette réponse est bien meilleure que celle qui consiste à aller rechercher dans les autres textes, car les autres textes nous mettent en présence d'hypothèses délicates et même parfois de contextes discutés. C'est ainsi que pour répondre à l'argument tiré de la stipulatio, on tire argument (thèse Cohen p. 37) du fg. 1 § 2 au titre de pactis, qui semble n'exiger, disent les auteurs favorables au système de la déclaration, qu'une simple rencontre de volonté et non pas leur concours. Mais il y a des textes qui portent: placitum et consensus, ce qui change le sens de la phrase et l'on ne peut tirer aucun argument de ce texte.

On joint également à ces textes, deux textes cités dans l'arrêt de la Cour de Chambéry: 8 juin 1877 S. 77. 2252. Il y a un texte tiré du L. 39. T. 5. Fg. 2 § 6 pur la donation par intermédiaire. Evidemment il résulte de ce texte que les volontés doivent concourir; mais la donation est un contrat spécial, le texte n'est pas probant.

Enfin peut-être le texte au Titre pro socio, L. XVII T. 2. fg 17. 1, à première vue, pourrait être important, parce que la société est un contrat consensuel. C'est peut-être, à priori, le seul texte qui soit susceptible d'être invoqué dans notre controverse. Malheureusement il ne conduit à aucune solution. Il s'agit de la reconciation à société, quand un des associés est absent. Je ne vois pas quel argument on peut en tirer dans le sens de la théorie de l'information soutenue par la Cour de Chambéry.

Source : BIU Cujas

Il nous faut donc laisser de côté les arguments tirés du droit romain.

Arguments tirés de l'ancien Droit.

Même constatation pour les arguments tirés de l'ancien droit. Nous avons vu le texte de Pothier. J'estime qu'il est en faveur du système de l'information. C'est contesté. Mais à l'inverse, et le texte est formel, on invoque l'opinion de Jousse, le commentateur de l'Ordonnance de 1673, qui pur le texte de l'Ordonnance auquel est emprunté l'art. 1120 du C. Lx., écrit ceci: „Quand un marché est fait par lettres entre deux négociants, le lieu où la promesse a été faite est celui du domicile du marchand qui accepte le marché, parce que c'est cette acceptation qui accomplit la convention." Ici le texte est formel: Jousse était en faveur du système de la déclaration.

Opposition entre la doctrine de Pothier et celle de Jousse.

Pothier d'un côté; Jousse de l'autre. les arguments se neutralisent.

2°. arguments de raison.

Il faut faire appel à la raison, à la logique: Suprême espoir, suprême déception. Là encore les arguments se balancent. Voici les deux arguments principaux, (Cf. livre de M. Demogue et thèse de M. Cohen), par les deux arguments fondamentaux tirés de la raison, soit le système de la déclaration, soit par le système de l'information. Nous allons voir que la logique et le bon sens viennent équilibrer ces deux arguments.

a) argument de la théorie de la déclaration: le Contrat se forme dès que les 2 volontés coexistent.

Prenons d'abord l'argument tiré de la logique, en faveur du système de la déclaration. Cet argument est le suivant: le contrat se forme dès que l'acceptant a émis son acceptation. (MM. Colin et Capitant Tome II p. 273). C'est le système de l'émission. C'est l'acceptation qui noue le lien d'obligation. Du moment que les deux volontés se rencontrent, qu'elles coexistent, le contrat est conclu. Le fait que cette acceptation est portée à la connaissance du pollicitant n'ajoute rien aux conséquences juridiques de cette acceptation.

Voilà le raisonnement: le contrat est formé du jour de l'acceptation, au jour de l'acceptation les deux volontés coexistent, le contrat est formé. En réalité, c'est l'affirmation de la thèse de la coexistence.

Quid si un jour de l'acceptation le pollicitant ne consent plus?

L'objection est la suivante: supposons qu'au moment où l'acceptation est émise, le pollicitant ne consente plus, supposons qu'au moment où l'acceptation est émise le pollicitant ait retiré son offre; supposons qu'il soit mort, qu'il soit devenu incapable. Est-ce que l'on peut dire que les volontés coexistent? Le système même de la coexistence se brise; on ne peut pas dire qu'il y a coexistence de volonté ci, le jour où l'acceptant accepte, le pollicitant était mort; la réalité s'y refuse.

Ou bien alors...

Il faut quelque chose de plus pour admettre ce

Source : BIU Cujas

il faut admettre que l'offre engage le pollicitant ce qui ramène au système objectif.

système. Il faudrait, pour que la proposition de MM. Colin et Capitant soit vraie, que l'on ait admis ce postulat - que d'ailleurs ils ont admis - que l'offre engage le pollicitant. Si l'on fait reposer le contrat par correspondance sur la force obligatoire de l'offre, alors le système de l'information est acceptable. Mais alors on se transporte d'un système général concernant le contrat dans l'autre système nous ne sommes plus dans le système subjectif, mais dans le système objectif, ce qui est contraire à notre point de départ.

b) argument du système de l'information: le contrat ne peut se former que quand le pollicitant a reçu l'acceptation.

Dans le système de l'information - dont l'arrêt de Chambéry est à mon sens la meilleure expression, la convention exige, non pas seulement le concours de deux volontés, mais leur manifestation réciproque", manifestation qui n'existe pour chaque partie que lorsqu'elle arrive, dans la convention verbale par les sens, et dans les conventions par correspondance par la lettre. "Tant qu'une des parties ignore l'acceptation de l'autre partie le contrat n'est pas formé." (Chambéry 8 juin 1897, précité).

a vu que son offre était acceptée que lorsque le pollicitant

Le postulat du système de l'information, c'est donc que l'on ne peut admettre la naissance du lien obligatoire que lorsque le pollicitant a reçu la réponse affirmative et concordante de son correspondant, de celui à qui il avait fait l'offre, car nul ne peut être obligé sans le savoir.

Mais cet argument vaut aussi pour l'acceptant ce qui aboutit à retarder la formation du contrat in infinitum

Si le postulat est exact, ce qui est dit de l'offrant doit être dit également de l'acceptant. S'il est vrai que nul ne peut être obligé sans le savoir, il faut alors admettre que l'acceptant, à son tour, pour être lié, doit savoir que son acceptation a été connue de l'offrant, que son acceptation est arrivée chez l'offrant. Il faut donc que l'offrant fasse savoir à l'acceptant qu'il a reçu sa réponse. Et alors il faudra que l'acceptant, une nouvelle fois, fasse connaître à l'offrant qu'il lui a cause réception de la lettre par laquelle ce dernier lui fait savoir qu'il a reçu son offre. Et ainsi de suite in infinitum, comme dit un arrêt anglais (Adams contre Lindsell 1818). Cet arrêt qui a fondé la doctrine anglaise dit ceci: Si la thèse contraire - c'est à dire le système de l'information - devait triompher, aucun contrat par correspondance ne pourrait logiquement se conclure.

En effet, si l'on devait considérer l'offrant comme n'étant lié qu'à la réception de l'acceptation, on devrait aussi admettre que l'acceptant ne sera tenu à son tour qu'après avoir appris que son acceptation a été connue et acceptée par le pollicitant. Et cela continuerait ainsi de suite. Ce serait la chaîne sans fin, la boucle qui ne serait jamais bouclée (Thèse Cohen, p. 55). Cela peut dire que la thèse du concours des volontés se heurte

Source : BIU Cujas

On aboutit à vouloir faire du contrat entre absents un contrat entre présents.

aux faits. En réalité, par la position même de la question, quand on exige le concours précis des volontés, on veut obtenir quelque chose d'impossible; on veut qu'un contrat entre absents soit un contrat entre présents.

Dire que ce résultat est réellement impossible à atteindre est une exagération: le contrat entre absents peut devenir un contrat entre présents par un coup de téléphone. Si l'acceptant, au lieu d'envoyer sa lettre donne un coup de téléphone, le contrat devient un contrat entre présents. Mais ce n'est plus un contrat entre absents ni un contrat par correspondance, puisque, d'après la définition que nous avons donnée le contrat par correspondance est un contrat où l'acceptation doit arriver en franchissant lentement la distance, en accomplissant le voyage. On ne peut donc pas vouloir, contrairement à la réalité, que le concours des volontés se produise dans le contrat par correspondance, parce que les parties sont séparées par la distance. Par le fait même de la distance, le système du concours parfait des volontés se heurte aux faits.

3°) arguments tirés des faits c'est-à-dire des nécessités pratiques.

Nous voilà donc bien embarrassés: les arguments tirés de la raison ne nous donnent rien; l'histoire ne nous donne rien; le droit romain ne nous donne rien; les textes ne nous donnent rien. Où faut-il aller chercher les éléments de la question? M. Demogue indique: Laissons de côté tous ces raisonnements, laissons de côté tous ces textes. Puisque les faits sont l'obstacle sur lequel nous nous brisons, invoquons les faits, et ce sont les faits qui vont nous fournir les éléments de la solution; les faits, c'est à dire les nécessités pratiques, l'utilité, l'intérêt.

Et nous voyons alors triompher ceux qui entendent tirer des faits économiques les raisons déterminantes des controverses de jurisprudence.

Arguments tirés des faits contre le système de l'information.

Interrogeons donc les faits. Même réponse: ils se neutralisent. Lorsque l'on place en face les uns des autres les arguments tirés de l'utilité que l'on rencontre au cours de notre controverse.

Contre le système de l'information, on dit, au nom de l'intérêt, de l'utilité, des faits, qu'il est inacceptable, et d'ailleurs il en est de même du système de la réception. Tous deux mettent l'acceptant à la merci du pollicitant; le pollicitant n'a qu'à retirer son offre au cours de tous les délais pendant lesquels les lettres font le chemin d'aller et de retour, alors qu'il n'y a plus de marché, il n'y a plus rien.

Deuxième inconvénient de ces systèmes: l'offrant peut toujours tarder la conclusion du contrat en retardant

Source : BIU Cujas

l'ouverture de la lettre d'acceptation, en n'ouvrant pas son courrier, en disant qu'il n'avait pas reçu la réponse. Il a meilleur marchand dans son cabinet, il conclut avec lui, puis, vient dire à l'acceptant: Désolé j'ai vais conclu avec un autre, ayant de prendre connaissance de votre lettre.

Troisième inconvénient: le système de l'information rend possible l'acceptation tacite. En effet, l'acceptant accepte tacitement, puis il envoie son acceptation. Si le contrat n'est formé que par l'information, c'est à dire si le contrat n'est formé qu'au moment où l'acceptant prend connaissance de l'acceptation, l'acceptant qui a exécuté l'offre qui lui a été faite, a exécuté un contrat qui n'existait pas encore. L'acceptation tacite n'est pas possible, parce que, en acceptant tacitement et en envoyant ensuite son acceptation, le contrat n'était formé qu'au moment où l'acceptation a été connue par l'offrant.

Voilà les trois principaux arguments tirés des faits que l'on peut invoquer contre le système de l'information.

Argument de fait contre le système de la déclaration. Nécessité d'une naturalisation de l'intention de l'acceptant. Retour au système de l'information

Contre le système de la déclaration pure on dit: comment voulez vous prouver la déclaration? En ce qui concerne la déclaration pure la preuve est impossible. Il faut une matérialisation de l'intention de l'acceptant, il faut que l'on sache quand l'acceptant a accepté; il faut que l'on puisse le prouver.

C'est alors qu'on en vient au système de l'émission. Admettons un moment le système de l'émission, c'est à dire le système qui fait dater le contrat du jour de la mise à la poste. Or vous ne voulez tout de même pas que je sois lié quand je ne le veux plus. Les faits, les intérêts du commerce sont là: laissez nous la possibilité d'envoyer la dépêche, le coup de téléphone; nous sommes des hommes d'affaires, nous voulons à tout moment pouvoir faire connaître notre volonté contraire ayant l'arrivée de l'acceptation.

Mais on est ramené alors au système de l'information et de la réception. Nous tournons dans un cercle vicieux.

Inconvénients du système mixte au point de vue des faits: l'une des parties peut être liée alors que l'autre ne le serait pas.

Reste alors le système mixte, qui fait partir le contrat pour l'offrant le jour de l'offre, pour l'acceptant du jour de l'acceptation. Ce système, au point de vue des faits, se heurte lui aussi aux intérêts. Supposons la lettre d'acceptation perdue ou égarée, ce qui peut arriver. Voilà le promettant lié, et l'acceptant qui ne l'est pas; voilà un contrat qui est formé d'un côté, et qui ne l'est pas de l'autre. Comment des hommes d'affaires pourraient-ils admettre un pareil contrat?

C'est là tout ce qui résulte des faits. Ici encore les arguments se neutralisent. Même en invoquant les faits écono-

Source : BIU Cujas

Conclusion de M. Demogue : il faut statuer en fait dans chaque hypothèse.

miques, le juriste est égaré dans un labyrinthe. M. Demogue termine par la conclusion suivante : *Il faut discuter humainement les choses humaines, autrement dit il faut prendre en considération tous les faits de la cause et statuer en fait en présence de chaque hypothèse.* C'est la solution de la Cour de Cassation.

Autre solution possible admise par le projet franco-italien en admettant sauf certaines corrections, le système de l'information subjectif.

M. Lévy-Ullmann n'est pas de ceux qui rendent si facilement les armes. Il estime que le juriste en présence d'une difficulté, a le devoir de présenter une solution ; qu'il n'a pas le droit de se déclarer vaincu ; qu'en tout état de cause on doit avoir une solution, l'appuyer sur un principe et la dégager dans une formule claire. La preuve que ce n'est pas impossible, c'est la formule adoptée en cette matière par le projet franco-italien, formule qui est justement la conclusion logique, qui est l'aboutissement exact au système *subjectif*.

Avec une très grande force de logique, les Italiens sont arrivés à admettre en somme, le système de l'information, en le corrigeant très finement par des correctifs dont la base, peut se dégager aisément des principes d'interprétation qui ont été indiquées à la fin de l'introduction. C'est l'art. 2 du projet franco-italien qui tranche la question. Nous en verrons la solution, et nous verrons qu'elle donne exactement le sens du problème dans le système subjectif, en réservant toutefois la question de savoir dans quelle mesure l'on ne peut pas transférer dans le droit français le système objectif.

Nécessité de trouver sur la question des contrats par correspondance une solution de principe.

Sans poser en principe, comme le fait la Cour de Cassation, que le contrat par correspondance est une question de fait, avant tout, en face de chaque espèce, il faut bien tâcher de voir s'il n'y a pas des éléments qui permettent de trancher la question eu égard à l'intention des parties. Mais ceci dit, lorsque l'on se trouve en présence de l'espèce pure, de l'espèce type, là où il n'y a pas d'éléments permettant d'apprécier, dans un sens ou dans un autre, l'intention des parties, il est nécessaire de choisir une solution, d'adopter l'un des systèmes en présence.

Le juriste n'a pas le droit de ne pas avoir de solution. S'il est juge, il doit juger : l'art. 4 du C.C. lui interdit de se refuser à juger sous prétexte que la loi est incomplète ou obscure ; il doit juger sinon il se rend coupable d'un déni de justice. Le jurisconsulte privé ne peut pas s'entendre répondre à son client, dans son cabinet : la loi est obscure, voyez ce que dira le tribunal. Il faut avoir une solution ; du point de vue professionnel c'est indispensable.

Et de même du point de vue social. Le droit manquerait à sa mission, à sa raison d'être, qui est l'ordre, s'il

n'ayait pas, en face de chaque question, une solution toute prête, une règle. Ce serait un ferment de désordre que de considérer que le droit, en face d'une controverse, n'a pas une solution. Il y a simplement des difficultés à la trouver, mais avec une méthode, on doit la dégager.

Méthode à suivre pour trouver cette solution.

Cette méthode consiste à partir de la technique, la contrôler par les faits, faire leur part aux faits, mais tout juste, et faire largement intervenir l'équité, c'est à dire apprécier la situation des parties au regard beaucoup plus de leurs devoirs que de leurs droits, au regard de l'obligation de conscience, au regard des devoirs objectivement envisagés, c'est à dire des devoirs impliqués par la situation résultant des actes qu'ils ont accomplis. Et, sans difficulté, nous allons être conduits à priori à une solution que, à postériori, nous allons pouvoir contrôler.

Notre point de départ ayait été la formule fondamentale où se trouve condensée, en somme, la théorie subjective, l'art. 2 al. 1 du projet franco-italien: Le contrat se forme aussitôt que l'auteur de l'offre a eu connaissance de l'acceptation de l'autre partie. C'est là la formule de la conception subjective du contrat; c'est là la base technique du droit des pays continentaux qui s'inspirent du Code Napoléon et des idées de 1804.

Le système de l'information et sa double conséquence.

Partant de ce point, le système à adopter, c'est le système de l'information; c'est le système le plus rigoureusement en harmonie avec la base adoptée par les pays continentaux qui relèvent du Code Napoléon, et qui gravitent autour de sa technique. C'est le système de l'information qui engendre dès lors une double conséquence: possibilité en principe pour l'offrant de révoquer son offre jusqu'au moment où il a connaissance de l'acceptation; possibilité en principe pour l'acceptant de révoquer son acceptation jusqu'au jour où l'offrant l'aura reçue. C'est là la solution extrême et les conséquences extrêmes.

Formule du projet franco-italien.

Nous les lisons - et c'est ici que je dis que la théorie se trouve vérifiée à posteriori - dans l'art. 2 al. 3 de l'avant-projet franco-italien: L'auteur de l'offre peut la révoquer tant que l'acceptation n'est pas parvenue à sa connaissance. L'acceptation peut être révoquée tant qu'elle n'est pas arrivée à la connaissance de l'auteur de l'offre.

Objections théoriques à ce système.

Voilà la double formule, à quoi nous conduit la technique continentale des pays du système du C.C. français. C'est là alors que nous allons rencontrer les objections qui ont été exprimées à l'encontre du système de l'information. Objection théorique: le concours des volontés n'est jamais absolument réalisé. Nous y avons répondu par avance: on ne peut pas vouloir que le contrat entre absents soit

Source : BIU Cujas

un contrat entre présents. Par définition même, le contrat par correspondance est un contrat entre absents, par conséquent le concours absolu n'est pas susceptible d'être obtenu. Il faut en prendre son parti. Il faut par conséquent accepter une construction imparfaite, et la moindre de ces imperfections, c'est d'admettre le système de l'information, qui pousse jusqu'aux limites extrêmes compatibles avec la logique, la conciliation des réalités et des données de la technique française.

Objections tirées des faits: l'offrant peut retarder indéfiniment le contrat

Maintenant, objection tirée des faits, et en même temps objection tirée de l'équité. On a dit d'abord que ce système allait permettre à l'offrant de retarder indéfiniment le contrat en retardant l'ouverture de la lettre, en s'arrangeant pour connaître le plus tard possible l'acceptation de l'acceptant. C'est là une situation fâcheuse, contraire à l'utilité et - il faut le dire aussi - contraire à l'équité. Ce sont là des objections sérieuses devant lesquelles la technique a le devoir de s'incliner.

Tempéraments d'équité permettant d'y répondre en corrigeant la rigueur du système de l'information par la notion de faute

S'incliner, mais comment ? En faisant intervenir précisément l'équité en cette matière. En réalité, lorsqu'une personne attendant une réponse, s'arrange pour que cette réponse lui arrive le plus tard possible, elle accomplit une action malhonnête; quand on a fait une offre, quand on attend une réponse, et surtout quand on sait que la réponse est là et que l'on s'arrange pour ne pas ouvrir la lettre, on accomplit un acte répréhensible, dont le droit ne doit pas tenir compte au bénéfice de l'offrant, parce qu'elle est contraire au devoir de conscience qui lui incombe.

Ceci est fort clair et susceptible d'être admis par tout le monde. Il reste alors à le traduire en formule légale. On y est arrivé dans l'al. 5 de l'art 3 de l'avant projet franco-italien, en empruntant au droit italien la formule que les auteurs ont dû extraire de son C. Com. et de sa jurisprudence. Voici comment est rédigé l'al. 5. de l'art. 3 du projet franco-italien : L'offre, l'acceptation, la révocation de l'une ou de l'autre des parties, sont présumées connues à l'instant où elles parviennent à l'adresse du destinataire, à moins que celui-ci ne prouve qu'il a été, sans sa faute, dans l'impossibilité d'en prendre connaissance.

Autrement dit, ce n'est pas à proprement parler le système de l'information qu'adopte le projet franco-italien, c'est le système de l'information corrigé dans une certaine mesure par le système de la réception, au moyen d'une présomption. On supposera que la lettre est connue au moment même où elle arrive chez le desti-

Source : BIU Cujas

notaire -, et la règle est générale qu'il s'agisse de l'offre ou qu'il s'agisse de l'acceptation. Nous raisonnons en ce moment sur l'acceptation. On considérera donc que lorsque arrivera chez le pollicitant, à son adresse, la lettre que lui envoie en réponse celui à qui il a fait l'offre, le pollicitant sera présumé en avoir connaissance, à moins qu'il établisse que, sans sa faute, il n'a pas pu en prendre connaissance : par exemple, il était en voyage, et son train a été retardé ; ou bien il a été empêché par la maladie ou quelque accident.

Sans sa faute : le projet franco-italien fait intervenir la notion de faute, autrement dit fonde sa solution sur l'équité. L'équité n'admet pas que l'on puisse considérer comme retardée une lettre arrivée au bon moment et dans des conditions normales. L'équité ne permet pas que l'on puisse s'abriter derrière des faits non défendables pour reculer la date du contrat. Voilà, puisant nous, la manière de répondre à la première objection.

Le système de l'information met l'acceptant à la merci du pollicitant.

La seconde objection est la puissante : le système de l'information met l'acceptant à la merci du pollicitant, car à tout moment le pollicitant va pouvoir révoquer son offre, jusqu'à l'instant où la connaissance de l'acceptation lui sera acquise. Par conséquent pendant un très long temps le pollicitant va tenir entre ses mains le sort du contrat.

La réponse à cette objection a été donnée il y a cent cinquante ans par Pothier, et c'est là que nous sommes ramenés à la solution de notre idée l'auteur, par la pure et simple équité que Pothier lui-même invoquait à l'appui de son exemple, à l'appui des tempéraments qu'il introduisait dans sa doctrine. Ces tempéraments interviennent, nous le rappelons, lorsque sur le fondement de l'offre qui lui avait été faite, le marchand de Libourne avait fait quelques, avait subi quelques pertes, avait été empêché de vendre à bon prix ses marchandises ; le contrat n'existait pas, mais ce qui existait, disait Pothier, c'est l'obligation pour l'offrant de dédommager son correspondant. Et de même si le marchand de Libourne avait envoyé les marchandises, ajoutait Pothier, l'offrant devrait tout de même être tenu de les prendre, non pas parce qu'il y avait contrat, mais parce que, en s'y refusant, il pouvait engendrer une perte au préjudice de son correspondant.

Corrélatif, d'équité apporte à ce système par Pothier. Dépenses,

Traduisons ceci en termes modernes ; l'équité se dégage des choses ; elle est "versée dans les choses" ; la

Source : BIU Cujas

personne qui prend l'initiative d'une offre, et d'une offre périeuse, crée une situation dûe à sa propre initiative, et en se plaçant dans cette situation, elle contracte des obligations, des devoirs de conscience qui y sont impliqués. Je ne vais pas jusqu'à dire qu'elle contracte l'obligation de maintenir son offre jusqu'au bout, non, mais ayant créé une situation elle doit à la suite de cette initiative, se trouver en état de réparer le préjudice susceptible d'être causé à autrui par l'acte qu'elle a entrepris; elle a créé à sa propre charge un devoir, le devoir a été engendré par l'initiative qu'elle a prise, et si l'équité ne lui interdit pas absolument de révoquer son offre, elle la condamne néanmoins à en subir les conséquences, car si elle était restée tranquille et si elle n'avait pas émis son offre, son correspondant n'aurait pas subi un préjudice dont il lui est dû réparation.

avantages de ce système au point de vue de la tradition, de la technique et de l'équité.

Voilà le terrain solide sur lequel on peut se placer. Il a l'avantage de combiner, dans la mesure du possible, la technique du C.C. français, les précédents de l'ancien droit, les faits, et d'autre part l'équité. C'est semble-t-il la solution la plus satisfaisante pour le juriste, pour le juriste traditionnel, pour celui qui a le souci de maintenir, dans le droit français, une situation juridique conforme à la tradition de son droit civil.

Ce n'est pas à dire qu'il ne soit pas possible en droit français, en interprétation, de soutenir la thèse contraire, mais alors il faut bien se rendre compte que l'on introduit, en adoptant la solution contraire, des éléments étrangers à la conception traditionnelle française. Il faut bien se rendre compte par une méthode d'interprétation, devant laquelle je ne recule pas, mais qui est hardie et nouvelle, on substitue en somme dans le droit français à la conception subjective la conception objective du contrat, et la conception objective de l'obligation. Je ne recule pas devant cette conception, mais jusqu'à présent la conception traditionnelle française considère l'obligation comme un rapport entre personnes beaucoup plus que comme un rapport entre patrimoines. La vie française ne s'est pas commercialisée comme s'est commercialisée la vie en Angleterre ou en Allemagne. Le jour où l'on considérera que la société française est une société commercialisée, le jour où l'obligation aura cessé d'être sans cesse considérée comme un rapport entre personnes patrimoines, ce jour là, il pera possible de renverser la solution. Mais c'est seulement lorsqu'on pourra, sur des données sociales

tirée de l'observation sociologique, établir que la conception subjective de l'obligation, la conception subjective du contrat a vécu dans notre pays, et s'y trouve remplacée dans la conscience des juristes comme des non-juristes par une conception objective: c'est seulement alors qu'on pourra adopter la nouvelle solution.

Mais si l'on adopte cette solution, il convient du moins de se rendre un compte exact des raisons pour lesquelles, dans les pays étrangers, la conception objective a prévalu, et comprendre que ce n'est pas seulement à raison de données sociales différentes, mais aussi à raison d'une technique très différente que la conception objective du contrat, dégagée de la conception objective de l'obligation, a prévalu. C'est pourquoi il convient d'analyser, en regard des formules du C.C. et du projet franco-italien, les formules du code des obligations, art. 1 al. 1, et surtout la formule des art. 189 et 196 du Digest de Jenks.

La Conception objective du contrat dans le C. suisse des obligations et dans le Digest de Jenks.

Il faut maintenant faire passer sous vos yeux la conception objective et les conséquences qui s'en dégagent, par une méthode analogue à celle qui vient d'être suivie pour la conception subjective.

En quoi consiste la conception objective du contrat? On va le montrer sur le terrain de la législation la plus opposée à la nôtre, sur le terrain du droit anglais, qui est encore beaucoup plus loin de nous que le droit suisse ou le droit allemand. On la montrera d'abord dans son principe et ensuite dans la matière spéciale du contrat par correspondance.

La conception anglaise

La conception anglaise se trouve enchassée dans ces deux propositions, extraites des art. 189 et 196 du Digeste de MM. Jenks et Lee: "Un contrat est conclu lorsque l'une des parties a communiqué à l'autre son offre et que l'autre l'a acceptée. - Il y a acceptation lorsque le destinataire de l'offre exprime son acceptation de la manière établie par l'offrant.

Différence du rôle de l'offrant et de l'acceptant en Droit anglais et en Droit français. Nécessité de se rapporter pour le comprendre...

Le droit anglais nous met donc en présence de deux personnes, l'offrant et l'acceptant. Ce sont des personnages que nous rencontrons dans la conception française; nous les avons rencontrés sous l'espèce de Pothier et de son marchand de Lyonne. Mais ces deux personnages vont jouer en droit anglais un rôle très différend de celui qu'ils jouent dans notre conception continentale française. Ici nous allons les voir dialoguer. Il faut que nous nous mettions dans l'état d'âme, dans l'état d'esprit où se trouvaient les Romains

Source : BIU Cujas

de la stipulation romaine.

lorsqu'ils s'engageaient dans une stipulation, et qu'ils se renvoyaient les fameuses formules : Spondesne ? Spondeo. Ce va être un dialogue formaliste, où tout est pesé, où tout devra coïncider, et où l'on fera prédominer ce qui a été dit sur ce qui a été pensé.

Quand on est en face du contrat anglais, il faut se dire : c'est, dans une certaine mesure, du droit romain que je fais ; je contracte par le moyen d'un système juridique formaliste

Immédiatement, tout d'abord, laissons de côté l'hypothèse où le contrat est passé avec solennité, l'hypothèse du contrat sous sceau. Dans cette hypothèse, on peut bien, à la rigueur, distinguer un offrant et un acceptant, mais les auteurs anglais nous le disent, ce n'est pas en présence de cette hypothèse que la jurisprudence anglaise, que les auteurs anglais ont établi le jeu respectif de l'offre et de l'acceptation. Dans le contrat formel, dans le contrat sous sceau, en effet, la source de l'obligation ce ne sont pas les propos échangés entre les parties, c'est la formalité observée et accomplie. Ce qui engage dans le contrat sous sceau, c'est la confection de l'acte puis de la délivrance, le pouce placé sur le sceau et la formule solennelle disant que l'on s'approprie le sceau et l'acte.

On peut bien théoriquement, lorsque le contrat sous sceau contient des promesses synallagmatiques, distinguer un offrant et un acceptant, cela n'a aucune importance, et ce n'est pas sur ce point que s'est développée la jurisprudence anglaise.

La conception de l'offre et de la demande dans le "parol contract" son caractère formaliste.

Plaçons-nous donc dans un "parol contract", c'est-à-dire dans un contrat passé entre deux personnes, en l'absence de toute solennité, et c'est là qu'au cours de tout le XIXe siècle les décisions judiciaires anglaises ont développé cette conception de l'offre et de l'acceptation en visagée sous un angle formaliste. Formaliste, c'est-à-dire non pas en prenant le mot formalisme dans son sens vulgaire, dans son sens courant, d'observation rigide de règles établies, mais formalisme au sens technique du terme, en ce sens que : les volontés vont se trouver objectivées, et que dans cette objectivation, la conception que l'on doit avoir, d'après les faits, du rôle respectif joué par les parties l'emporte sur la volonté réelle des parties lorsqu'il n'y a pas concordance.

Différence avec la stipulation romaine -

Le jeu de l'offre et de l'acceptation en Angleterre ressemble au "spondeo ne" - spondeo" romain. Il y a cependant une différence. Dans le "spondes ne - spondeo" de la stipulatio romaine, c'est le futur créancier qui inter-

Source : BIU Cujas

roge, et le futur débiteur qui répond. Dans le mécanisme du contrat anglais, l'offrant, celui qui a l'initiative, évidemment offre de devenir créancier, mais il offre et surtout, de devenir débiteur; en somme il fait une proposition; il demande à son correspondant si son correspondant accepte par exemple qu'il lui envoie de la marchandise et la réponse c'est: Je suis d'accord, nous sommes d'accord sur l'offre que j'accepte. Voilà la seule différence: ce n'est pas le futur créancier qui interroge, le futur débiteur qui répond, c'est l'un des contractants qui prend l'initiative de présenter à l'autre une proposition ensuite de quoi il peut devenir ou créancier ou débiteur, ou les deux. Mais, en dehors de cette différence, on se trouve en présence d'une véritable stipulation formelle et formaliste.

Ce qui fait le contrat en droit anglais ce n'est pas l'intention des parties mais la communication

L'élément essentiel, dans le contrat anglais, ce n'est pas l'intention des parties, ce qui l'emporte, ce qui est déterminant, et ce qui conclut le contrat, c'est la communication. Revenons d'ailleurs à la formule qui vient d'être indiquée: Le contrat est conclu lorsque l'une des parties a communiqué à l'autre son offre et que l'autre l'a acceptée. Il y a acceptation lorsque le bénéficiaire de l'offre exprime son acceptation de la manière établie par l'offrant.

Qu'est-ce donc que la "communication"? C'est La communication c'est l'acte par lequel l'une des parties, porte à la connaissance de l'autre son offre ou son acceptation. Cette communication, comme sur le continent, comme dans notre droit français, peut être expresse ou tacite. Elle peut être expressément écrite ou orale (by words spoken or written). Elle peut être tacite, by conduct (Cf. détails sous Dig. de Jenks 191. 196).

Donc, la communication, c'est l'acte extérieur, matériel par lequel une partie fait connaître à l'autre son offre ou son acceptation. C'est là l'élément essentiel du contrat dans le droit anglais. Essentiel en ce sens que cette communication doit être appréciée non pas subjectivement, mais objectivement. C'est là le nœud de la question.

Appréciation objective de la communication

C'est-à-dire qu'elle ne doit pas être appréciée dans sa correspondance avec la psychologie individuelle des deux parties, avec leur état d'esprit, elle doit être appréciée dans sa conformité avec ce qu'elle devait être, avec la manière dont elle devait être réalisée.

De deux choses l'une: ou bien la communication a été faite comme elle devait être faite, elle est conforme à ce qu'elle devait être, et alors elle engendrera l'obligation; elle formera le contrat. Ou bien, elle n'est pas ce qu'elle

Source : BIU Cujas

devait être, elle n'est pas conforme à ce qu'elle devait être, alors elle sera inopérante. Toute la question est de savoir si la communication a été faite comme elle devait être faite, ceci abstraction faite de la volonté interne des parties. La plupart du temps il n'y a concordance entre l'intention des parties, ou de l'une d'elles, tout au moins et la manière dont la communication a été faite. Mais - et c'est là que nous saisissons le point délicat de la théorie - s'il n'y a pas concordance c'est l'objectivité qui l'emporte sur la volonté interne. Nous allons montrer sur le terrain des faits des "cases," des décisions qui nous mettent en présence, soit pour l'offrant, soit pour l'acceptant, d'hypothèses où la communication ne concorde pas avec l'intention des parties, et où l'on fait prévaloir la communication sur l'intention.

Supériorité de l'objectivité sur la volonté interne.

Exemple de l'offrant très contrairement à sa volonté, par la communication même, dans le contrat d'adhésion.

Prenons d'abord le cas de l'offrant. On va montrer un cas où l'offre communiquée oblige l'offrant, à raison de la communication même, et de la communication seule, et contrairement à la volonté certaine de l'offrant. L'acceptant en face d'une communication faite comme elle devait l'être, a accepté malgré la volonté formelle de l'offrant : l'offrant est lié. Nous allons voir cette hypothèse et les hypothèses suivantes dans le cas des contrats d'adhésion.

Il s'agit principalement de contrats passés entre entrepreneurs de transports par chemin-de-fer d'une part et leurs voyageurs. La première espèce en question est une espèce de 1856, Denton contre Great North Railway Co cour du Banc de la Reine. L'hypothèse était la suivante : un voyageur consulte les horaires de la compagnie, affichés dans les locaux de la compagnie, ce que les Anglais appellent le time-tables, ce que nous appellerions l'indicateur, mais l'indicateur officiel, affiché sur les murs de la gare. Le voyageur règle son voyage en conséquence. Mais à la gare de jonction, il manque la correspondance, parce que la compagnie avait changé son horaire; il doit donc passer, dans des conditions peu confortables, la nuit à la gare d'embranchement, repartir le lendemain matin. Il manque de ce fait un rendez-vous d'affaires. Il assigne la compagnie. La compagnie perd son procès, pour deux raisons, d'après l'avis des juges, c'est-à-dire d'après les considérants. D'abord sur le terrain délictuel, parce qu'on a considéré qu'il y avait "tort," faute de la Cie. Mais, en second lieu aussi, parce qu'on a considéré qu'il y avait, dans les time-tables, c'est-à-dire dans l'horaire affiché une proposition, une offre de contrat, et que cette proposition ayant été acceptée par le voyageur, il y avait eu

Source : BIU Cujas

contrat formé ; il était donc mis à la charge de la Cie l'obligation de transporter le voyageur tel que l'on offre l'avait précisé. Par conséquent, les juges anglais considèrent un contrat comme formé à raison de l'offre communiquée conformément à l'usage et conformément à l'initiative de l'offrant, en faisant prédominer la communication sur la volonté interne de l'un des contractants. Voilà pour l'offre.

Exemple de l'acceptant lié par une formule imprimée du moment que la communication a été faite comme elle devait l'être.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse. Dans le cas des contrats d'adhésion, qu'il s'agisse du contrat de transport par chemin de fer, ou du contrat d'assurance, ou de toutes les hypothèses où un contractant accepte sur la base d'un contrat imprimé, le droit anglais est formel : *que vous ayez lu, ou que vous n'ayez pas lu l'imprimé, du moment que vous n'avez pas fait de restrictions, vous êtes engagé.* Il n'y a pas à se demander si vous avez connu, ou si vous n'avez pas connu ce qui est dans le contrat ; c'est un élément psychologique qui ne nous intéresse pas. Vous n'avez pas fait de réserves ? vous êtes lié.

C'est ce qui a été jugé dans une affaire de 1883 à la Division du Banc de la Reine, Watkins contre Rymill, affaire où le juge Stephen a rendu le jugement et les considérants (Cf. Anson Contract, pour le texte des considérants de l'arrêt). Le juge dit : si la formule a été acceptée sans objection de la part de celui à qui elle a été offerte, il est en général lié par le contenu de l'acte, il est considéré comme ayant accepté tout ce qu'il y a d'imprimé, „qu'il ait lu le document, ou qu'il ne l'ait pas lu."

Voilà le principe. Ce principe posé - et c'est là ce qui est très curieux - voici comment les Anglais l'apprécient. On va en apprécier l'application objectivement, c'est à dire que l'on ne se demandera pas si on a lu ou si on n'a pas lu, mais que l'on se demandera si on a pu lire, ou si on n'a pas pu lire. Et sur ce point notamment, dans trois affaires intéressantes, portant toujours sur des questions de transport, soit en bateau, soit en chemin de fer, le droit anglais a considéré que la communication n'avait pas été faite comme elle aurait dû être faite, et que par conséquent le voyageur n'a pas pu avoir communication, que la communication n'était pas conforme à ce qu'elle devait être.

Par exemple, un voyageur prend un billet de bateau, le billet porte la destination Dublin. Au dos figure une clause grave, une clause de limitation de responsabilité, ou de non-responsabilité du transporteur. Les Anglais considèrent que d'écrire une clause au dos d'un billet ce

Source : BIU Cujas

n'est pas une communication convenable, „not ostensible", disent-ils. Cela ne frappe pas les yeux. Chambre des Lords, 1875, Anderson contre Stevenson.

De même lorsqu'une clause de ce genre est écrite en impression toute petite ou par des surcharges à l'encre rouge : Richardson contre Rowntree Chambre des Lords, 1894.

Autre affaire plus curieuse encore : dépôt des colis ou des objets à la consigne. On donne un billet de dépôt ; le bagage est volé ; on se retourne en responsabilité contre la compagnie ; la compagnie dit : au dos du billet de consigne, il y avait écrit, en toutes lettres, que la Compagnie n'est pas responsable quant aux objets mis en consigne. Ceci est écrit au verso et on avait pris la peine d'appeler l'attention, puisqu'au recto du billet il y avait : See back (voir au dos). Le juge dit que ce n'est pas suffisant : Parker contre South Eastern Railway C°(1876.)

La communication anglaise est donc rigide, formaliste, peu importe l'état d'esprit des parties. On viendrait même faire entendre des témoins sur ce point, cela ne compterait pas.

Maintenant nous allons entrer dans la stipulation, nous allons voir comment, en droit anglais, la communication doit être telle que l'acceptation et l'offre tombent d'aplomb, exactement d'aplomb, sur la même chose envisagée, c'est à dire qu'il faut, comme en droit romain, dans la stipulation, dans le spondes respondeo, qu'on ait visé exactement la même chose, et si on n'a pas visé exactement la même chose, il n'y a plus rien de fait, ou tout au moins il n'y a rien de fait que ce qui coïncide, de l'un et de l'autre côté, à ce qui a été dit et communiqué. Voici deux espèces extrêmement frappantes qui vont montrer à quel point le droit anglais diffère du droit français.

Nécessité d'une coïncidence parfaite entre l'offre et l'acceptation.

D'abord une première espèce, jugée en 1814 par la Cour de la Chancellerie (droit d'équité) Hyde contre Wrench : un offrant fait une offre de vente portant sur sa ferme, et propose le prix de 1.000 livres sterling. Le bénéficiaire de l'offre, le „sollicité," répond en proposant le prix de 950 livres sterling. L'offrant réplique : je ne veux pas. Le sollicité écrit une seconde fois pour dire : Maintenant j'accepte 1000 livres. L'offrant répond : je ne veux plus, il n'y a pas de contrat. Les Anglais analysent l'opération de la manière suivante : première offre : l'offre est repoussée. Ensuite nouvelle offre venant alors

Source : BIU Cujas

du sollicité. L'offre est repoussée. Alors que, en France, en présence d'une négociation de ce genre des juges de tribunaux de commerce considéreraient qu'il y a contrat, parce qu'il y a eu finalement accord des volontés, les juges anglais considèrent qu'il n'y a rien eu de fait. C'est une mentalité analogue à celle qui règne dans les sociétés que l'on appelle en angleterre les sociétés de Quakers. Vous n'avez pas le droit de dire : oui, après avoir dit : non, ou de dire : non, après avoir dit oui. Vous n'avez qu'à peser vos raisons et à répondre une fois pour toutes.

2ème espèce : Hart contre Miles, 1816, cour de l'Echiquier (Toutes ces affaires sont des affaires classiques et sur lesquelles ont été établis les articles du Digest de Jenks). Un particulier commande à un marchand de vin 11 douzaines de bouteilles. Le marchand de vin, mal inspiré, au lieu d'envoyer 11 douzaines de bouteilles, envoie 8 douzaines. Le client ayant donné probablement son dîner, renvoie le tout, en gardant simplement 13 bouteilles. Quid juris ? Posez la question à un juge des tribunaux de commerce français, il essaiera de régler la question par l'intention probable des parties ; il dira : la commande était de 11 douzaines, le marchand a eu tort d'envoyer 8 douzaines, mais 11 douzaines ayant été commandées, c'est donc 11 douzaines que doit payer le client.

Les Anglais analysent l'opération de la manière suivante : Il y a eu une offre d'achat de 11 douzaines de bouteilles, cette offre a été repoussée ; le marchand a fait une contre-offre de 8 douzaines de bouteilles ; cette contre-offre a été repoussée, sauf 13 bouteilles dédues. Il faut donc que l'offre et l'acceptation portent d'acceptation sur la même chose, en s'en tenant à ce jeu de raquettes de l'offre et de la demande jusqu'à ce que les deux coïncident.

Nécessité d'une concordance entre la forme de l'acceptation et celle prescrite par le sollicitant.

La forme de l'acceptation doit être rigoureusement conforme à celle que l'offrant avait prescrite ; il faut une communication de l'acceptation identique quant à sa forme à la manière que l'offrant avait prévue et fait connaître, sinon il n'y a pas de contrat malgré la volonté évidente des parties. A l'inverse le contrat est formé si l'acceptation a été donnée en la forme prévue par l'offrant, malgré la volonté évidente de l'un des contractants.

Ceci résulte notamment de deux espèces : un premier cas de 1813, devant la Cour du Banc du roi, affaire Mac Iver contre Richardson. L'hypothèse

Source : BIU Cujas

était la suivante : une firme commerciale, la firme Anderson, ayant besoin d'une ouverture de crédit, l'avait obtenue de Richardson. Richardson lui avait ouvert un crédit, déclarant qu'il était disposé à garantir comme caution toute avance qui serait faite à la firme anderson, mais à la condition qu'on lui notifie les avances consenties par des tirés, ce qui equivalait en somme, à ce qu'on lui notifie que l'on acceptait son cautionnement.

Mac Iver avait accordé à Anderson un crédit, mais sans faire à Richardson la communication prescrite, sans lui faire savoir qu'il acceptait la caution qu'il avait consentie; si la firme Anderson étant tombée en faillite, Mac Iver agit contre Richardson comme ayant cautionné l'ouverture de crédit. Richardson répondit que, comme Mac Iver ne lui avait pas notifié l'avance consentie par lui, il n'y avait pas de contrat. Et c'est ce qu'ont jugé les juges de la Cour du Ban du roi : pas de contrat, parce que l'on n'avait pas communiqué à l'offrant l'acceptation telle qu'il l'avait prévue lui-même. Voilà la première espèce : elle implique une communication de l'acceptation devant être faite conformément aux modalités même que l'offrant l'avait prévues.

Seconde espèce; elle est doublement intéressante, parce qu'elle pose le principe et que, en même temps, c'est le premier des cas par lequel s'ouvre la question à laquelle nous allons arriver, la question des contrats par correspondance dans le droit anglais. C'est la fameuse affaire Adams contre Lindsell, de 1818, Cour du banc du roi. C'est le premier des "leading cases" du contrat par correspondance.

Lindsell avait offert à Adams de lui vendre un stock de laine, et il avait envoyé son offre par une lettre datée du 2 septembre 1817. Et dans cette lettre, était insérée la clause suivante : votre réponse devra me parvenir par retour du courrier. Voilà la base par conséquent de l'offre : je vous offre de vous vendre un stock de laine à tel prix, à la condition que vous me répondiez par retour du courrier. Ainsi étaient établis par l'offrant le mode et le délai de l'acceptation.

Si la lettre avait été bien adressée, la réponse pouvait être attendue pour le 5 septembre. Le 5 septembre Lindsell ne reçut pas de réponse, et n'ayant pas reçu de réponse, il revendit le stock de laine à quelqu'un d'autre. Or, voici ce qui s'était passé : Lindsell avait mal mis l'adresse; il avait écrit à Adams à Broms-

Source : BIU Cujas

grove, où habitait Adams, mais Bromsgrove se trouve dans un comté (le Worcestershire) autre que celui que Lindsell avait indiqué sur la lettre. (Leicestershire) Il arriva donc que la lettre de Lindsell parvint avec un retard de 18 heures à Adams. Adams répondit par retour du courrier; il se plaça donc exactement dans les conditions prévues par Lindsell. Néanmoins, lorsque la réponse de Adams arriva à Lindsell, le stock de laine était vendu. Il faut croire que l'affaire était avantageuse. Adams plaida contre Lindsell en disant qu'il y avait eu contrat, qu'il avait exactement observé les conditions prévues par l'offrant, qu'il avait répondu par courrier et que par conséquent le contrat devait être considéré comme ayant été conclu. Lindsell plaida le contraire et Adams gagna, pour deux raisons nous dirions en France sur le terrain délictuel et sur le terrain contractuel. 1°) Lindsell n'avait qu'à s'en prendre à lui d'avoir commis un erreur, ou tout au moins une négligence: il fut donc considéré comme ayant commis une négligence et étant dans son tort; ceci sur le terrain de la faute. Mais 2° ce qu'il y a d'intéressant, c'est que les juges anglais ont considéré que le contrat avait été formé: que le fait d'accepter dans les conditions mêmes et au moment même prévus par l'offrant, c'était faire la communication dans les conditions où le contrat était offert. Le contrat était lié, il était formé.

En laissant de côté pour l'instant la solution que cet arrêt implique en ce qui concerne le problème du contrat par correspondance; ne nous occupons actuellement que de question de la communication: on voit que en somme malgré une volonté contraire de l'offrant au moment même où l'acceptation est partie, par le jeu rigoureux de l'offre communiquée et de la communication de l'acceptation, le spondes ne spondeo est accompli, la stipulation anglaise est formée, et par conséquent le contrat était conclu.

Voilà, par conséquent, la troisième condition d'application du principe de la communication: la forme de l'acceptation doit être rigoureusement celle que l'offre avait prescrite.

Enfin il y a peut être encore une quatrième et dernière condition d'application du principe, "peut être" parce qu'elle se trouve présentée avec un certain doute par les juges anglais qui ont eu à en connaître. Cette quatrième condition d'application du principe s'exprimerait de la façon suivante: "il faut toujours dans tout

Source : BIU Cujas

La formation du contrat exige un offrant et un acceptant et n'a pas lieu au cas de deux offrants.

contrat, qu'il y ait une offre et une acceptation; il faut qu'il y ait un offrant et un acceptant; mais s'il y a deux offrants, offrant chacun de leur côté de conclure le contrat, s'il y a par conséquent une concomittence complète et que ces offres se croisent, il n'y a pas de contrat, parce qu'il faut qu'il y ait un offrant et un acceptant et non pas deux offrants.

La question s'est posée dans une affaire Finn contre Hoffmann et Cie en 1873, devant la chambre de l'Echiquier (leading cases de Reener, p. 100). Il y eut des lettres entrecroisées, et à un moment donné de la négociation il se passa le fait suivant: l'un des contractants disait à l'autre: je vous offre de vous vendre ma marchandise pour un prix (mettons 1.000 livres), et au même moment son correspondant lui écrivait: je vous offre de vous acheter votre marchandise pour le prix de 1.000 livres. Par conséquent, à un moment donné, les mêmes contractants désiraient passer le même contrat aux mêmes conditions; les deux lettres se sont croisées: y avait-il contrat? Concours de volonté, concomittence; les lettres se croisent: certains juges d'Angleterre ont déclaré qu'il n'y avait pas de contrat. Le jugement n'a pas force de chose jugée sur ce point, parce que la question n'a pas été définitivement tranchée; c'était un incident de l'affaire, si bien que les dictales juges ne forment pas ce que, en Angleterre, on appelle la ratio decidendi, c'est-à-dire que c'est un attendu qui n'a qu'un rapport connexe avec l'affaire (Cf. Reener, p. 109 et 111).

Deux offres qui se croisent n'équivalent pas à une offre et à une acceptation.

Il y a deux dicta, l'un du juge Brelt, l'autre du célèbre juge Blackburn. Le juge Brelt dit: supposons que j'écrive à une personne: si vous pouvez me donner 6.000 livres pour ma maison, je vous la vends, et que le même jour, avant que la lettre ne la touche, l'autre personne écrive: Si vous voulez me vendre votre maison pour 6000 livres, je l'achète. Il y a, dit le juge, deux offres qui se croisent, mais il n'y a pas une offre et une acceptation, et par conséquent il n'y a pas de contrat.

C'est ce que dit également le juge Blackburn: il faut qu'il y ait promesse, ou échange de promesses, mais on ne peut pas considérer comme une acceptation à une offre deux offres faites par deux personnes lorsque ces offres se croisent. Ce serait jeter le plus grand trouble dans les affaires si l'on pouvait considérer un contrat formé dans ces conditions, où il n'y a pas eu un offrant et un acceptant.

Voilà, tirées de la jurisprudence anglaise, les

Source : BIU Cujas

principales conditions d'application du principe de la communication. Et voici en résumé les conséquences qui s'en dégagent, ensuite nous en verrons les applications. Les conséquences sont les suivantes : 1° Le contrat anglais est formé essentiellement par l'assentiment de l'acceptant, manifesté dans les formes requises. C'est la base du contrat, et c'est de façon que le contrat est formé.

Conséquences du système anglais sur la formation du contrat.

2° Il faut l'échange d'une offre et d'une acceptation. On ne recherche ni le concours des volontés, ni même leur coexistence ; ce que l'on exige c'est un échange formaliste d'une offre et d'une acceptation. Il faut, comme en droit romain, une interrogation et une réponse conforme.

On voit à quel point le contrat anglais diffère de notre contrat continental, et on verra en parlant des vices du consentement qu'il faut bien se garder de prononcer des paroles en trop, et qu'il ne faut ne dire que ce que l'on veut dire, parce que, toute parole vaut déclaration et peut entraîner des conséquences extrêmement rigoureuses.

Pour bien observer maintenant le mécanisme du contrat anglais, nous allons opérer comme nous l'avons fait pour le droit français, nous allons nous placer en face du contrat par correspondance ; nous allons apercevoir alors, dans son application la plus claire, le principe en vertu duquel le contrat n'est formé que par l'acceptation conforme aux prévisions de celui à qui l'offre est faite.

Le contrat par correspondance en Droit anglais.

Logiquement, théoriquement, en partant de données de ce genre, quelle est la solution du problème du contrat par correspondance en Angleterre ?

Elle se déduit avec une rigueur indiscutable : c'est le système de l'émission ; celle-ci prend la forme du "posting" de la lettre. Il faut que la lettre d'acceptation soit dûment mise à la poste, et lorsqu'elle est dument mise à la poste, le contrat est formé. C'est la solution du Digest de Jenks, art. 198. La formule est très claire, elle indique que le contrat par correspondance est formé lorsque la lettre d'acceptation est „ duly posted," a été dûment mise à la poste. La mise à la poste de l'acceptation, survenant avant toute rétractation de l'offre, nonobstant toute perte, tout retard de la lettre d'acceptation, à la condition que la mise à la poste ait eu lieu régulièrement, dans le délai fixé par l'offrant, lie le contrat.

Le contrat se forme par le posting de la lettre (Système de l'émission)

Ce principe se dégage d'un certain nombre de décisions judiciaires. Il y a sur le contrat par correspondance en Angleterre un assez grand nombre d'arrêts, beaucoup moins d'ailleurs qu'en France, où la question

Source : BIU Cujas

n'est pas tranchée. Au contraire, les décisions anglaises dégagent une solution complète, ne laissant place à une hésitation que sur un point. Le système est absolument conforme aux desiderata des affaires. On peut grouper les décisions des affaires logiquement, en les montrant conformément à une progression suivant, en quelque sorte, la marche de la lettre de l'offre et le mécanisme de l'acceptation.

Dans cet ordre d'idées, la première espèce, c'est celle dont il vient d'être parlé. Elle est non seulement la première chronologiquement, mais aussi la première logiquement c'est l'affaire Adams contre Lindsell, l'affaire où la lettre d'acceptation se trouve retardée par suite d'une maladresse dans la manière dont la lettre contenant l'offre avait été envoyée.

Il résulte de cette décision que le contrat était jugé formé au moment même où l'acceptant avait mis la lettre à la poste, conformément à ce qui lui avait été demandé par l'offrant. Deux affaires viennent ensuite. Dans ces espèces assez semblables à la précédente, l'acceptation avait été donnée conformément à ce qui avait été prévu, mais l'acceptation avait été retardée (ici c'est la lettre d'acceptation qui s'était trouvée en retard et pas par la faute de l'acceptant) : l'acceptant avait bien envoyé sa lettre d'acceptation, comme l'offrant le lui avait demandé, dans le délai et dans les formes prévues. En pareil cas, la solution intervenue fut que le contrat était formé et que même si la lettre d'acceptation avait été retardée le contrat avait été formé au moment même où la lettre a été mise à la poste.

Une des espèces est une espèce jugée par la Chambre des Lords : Dunlop contre Higgins 1848. C'était l'hiver ; il n'y avait pas de chemins de fer ; la diligence se trouva retardée par de fortes gelées et la lettre de l'acceptant arriva en retard ; elle fut reçue le 30 au lieu d'être reçue le 28. L'offrant, s'attendant à recevoir par retour du courrier la réponse et qui n'avait rien reçu, avait disposé de la marchandise. Les Lords ont considéré qu'il avait eu tort, que le contrat avait été formé par l'envoi de la lettre d'acceptation et que par conséquent le contrat étant formé, il était engagé par les liens du contrat ; il ne pouvait pas échapper à la nécessité, ou exécuter le contrat, ou de payer des dommages intérêts.

L'autre affaire est une affaire américaine, à peu près semblable, et la solution qui s'en dégage est identique, c'est l'affaire Tayloë contre la compagnie

Source : BIU Cujas

d'assurances, Merchant Fire Insurance Co. C'est une affaire jugée par la Cour suprême des Etats-Unis en 1850. Tayloë était un voyageur; quittant sa maison d'habitation en Virginie, ayant crainte que quelque sinistre n'atteigne sa maison, il l'assure contre l'incendie. Il écrit donc à une compagnie d'assurance, et la compagnie lui répond, le 2 décembre 1844: Si vous désirez être assuré, envoyez nous un chèque de 57 dollars, payable à notre ordre et l'affaire est conclue. Tayloë reçoit la lettre le 20 décembre; par courrier, le 21 il envoie le chèque à la poste; le chèque arrive le 31 au siège de la compagnie d'assurance. Or, entre le moment où Tayloë avait envoyé sa lettre, le 21, et le 31 moment où la lettre arrivait, le 22, la maison brulait. Quid juris ? Les juges américains déclarèrent que le contrat avait été conclu au moment même où la lettre avait été envoyée dûment par la poste, ainsi que cela était demandé; l'assuré avait rempli les conditions du contrat, il avait communiqué son acceptation comme il devait le faire, et c'est à ce moment que le contrat était formé.

Une troisième espèce nous met en présence de lettres se croisant, c'est-à-dire qu'un offrant envoie une lettre, l'acceptant envoie une réponse conforme, et il se trouve que pendant qu'il envoyait sa réponse, l'offrant ayant réfléchi envoyait une seconde lettre annulant sa lettre. Ce repentir n'a pas trouvé grâce devant les juges anglais. C'est l'affaire Henthorn contre Fraser, Cour d'appel de Londres, 1892. Les juges anglais là encore, ont maintenu leur jurisprudence; selon eux le contrat était formé au moment où l'acceptant avait accepté; la lettre de rétractation arrivait trop tard, le contrat était formé.

Enfin une hypothèse très curieuse, c'est la Grant's case (Grant contre une compagnie d'assurances dont le nom importe peu.) C'est l'hypothèse où la lettre d'acceptation n'est jamais arrivée; elle n'a pas été seulement retardée en route, elle est partie, elle n'est pas arrivée. Néanmoins, alors que l'offrant n'avait pas reçu l'affaire d'acceptation, les juges anglais ont estimé que le contrat était passé et le fait seul d'avoir envoyé la lettre, lorsque la preuve en résultait, concluait le contrat.

Grant avait souscrit à une émission d'actions; il avait demandé à la société de lui envoyer confirmation de sa souscription et de l'inscrire pour cent actions, s'engageant à payer 19 sh. par action dans les douze mois de la répartition. La compagnie envoie à

Source : BIU Cujas

l'actionnaire un avis disant qu'elle a reçu son offre et que l'offre est acceptée. La lettre avait été envoyée; elle ne toucha jamais le défendeur. De sorte que lorsqu'on lui demanda de payer les 19 sh. il refusa de payer; il fut condamné; il fut considéré comme ayant fait une offre qui avait été acceptée comme elle devait l'être et par conséquent le contrat était formé.

Reste enfin, concernant la question du moment du contrat, une dernière espèce assez singulière; c'est le seul cas où le leading cases on considère que le contrat n'a pas été formé: London and Northern Bank (Banque de Londres et du Nord, 1900) c'est une affaire de liquidation de société, où il n'y a qu'une partie. L'hypothèse était à peu près semblable à celle du Grant's case, un souscripteur avait fait une offre de souscription d'actions et la compagnie avait accepté. Elle avait accepté, et par conséquent, ayant inscrit l'actionnaire sur ses registres, demandait à l'actionnaire de libérer ses actions, ce qui il ne tenait pas à faire, étant donné que la compagnie était en liquidation. Or il fut établi que l'employé de la compagnie n'avait pas mis la lettre à la poste, pour se dispenser peut-être de faire une course; il avait remis la lettre d'acceptation au facteur, et le facteur avait gardé la lettre deux jours, oubliant probablement qu'on la lui avait confiée, et ne l'avait mis, lui, à la poste, qu'au bout de ce délai. Ces faits étaient reconnus d'ailleurs par les parties. On estima que la lettre n'avait pas été duly posted, n'avait pas été envoyée conformément à ce qu'elle devait être: la lettre devait être mise à la poste et non pas confiée au facteur. On a admis qu'un contrat n'avait pas été formé à la date voulue et l'actionnaire avait pu, en temps utile, se dégager du contrat en envoyant une lettre contraire à la première.

Dans toutes ces hypothèses les solutions sont bien cohérentes: *on déclare d'une façon générale, que le contrat est formé au moment du posting, à la condition que ce posting soit conforme à la manière dont l'offrant l'avait prévu.*

Formation du contrat au lieu où l'acceptation est donnée

Une dernière espèce statue non plus sur le moment, mais sur le lieu où le contrat est passé. Ici encore, c'est le lieu où l'acceptation est donnée. Le demandeur était un jour aux courses, et ce paraît être un joueur important, car il faisait partie du Pall Mall Club, en dehors de la cité. Son agent de courses habitait, lui, dans la cité. Le client, après avoir eu la cote des courses, télégraphie de son club au broker de vouloir bien mettre

Source : BIU Cujas

sur lui pour tels chevaux dans la journée. Le brocker répond télégraphiquement de l'intérieur de la cité à son client, qui est en dehors de la cité : You are non, autrement dit : vous avez joué. Les chevaux n'ont pas dû arriver ; en tous cas il y eut procès et le procès souleva la question de compétence, parce que si l'on considérait le contrat passé au lieu où demeurait le brocker, c'était la cour du Maire de Londres ou Guildhall qui était compétente ; si, au contraire, on considérait le contrat passé en dehors de la cité, au club du client, alors c'était une compétence différente. On reconnut compétence à la cour du Maire de Londres, en considérant que le contrat avait été conclu dans la cité par l'acceptation du broker (affaire Cowan contre O'Connor, division du Banc de la reine, 1888 ; Keener p. 116).

Les leading cases de la matière concordent donc et montrent que le contrat est passé au moment et au lieu où l'acceptation a été donnée. Voyons la manière dont on a édifié la solution

Le contrat se forme et se passe par le principe de la communication ; les arrêts anglais, ont dans l'ensemble, répondu de la manière suivante :

D'abord, la première espèce, Adams contre Lindsell repousse expressément la théorie de l'information. C'est dans cette affaire que l'on trouve la critique de la logique du système, en démontrant que le circuit ne peut jamais être formé. L'arrêt Zayloë contient également cette critique : on repousse donc la théorie de l'information. Alors pour quels motifs la Cour d'Angleterre admet-elle la théorie contraire, la théorie de l'émission ? C'est le formalisme de la communication. La communication de l'offrant se fait d'une manière prévue et prescrite par lui, cette manière : c'est la mise d'une lettre à la poste ; l'offrant a prévu comme mode de communication la poste ; son offre par conséquent est contenue dans la lettre partant de l'endroit où est faite l'offre et arrivant au domicile de l'acceptant. L'offre dure pendant toute cette période, c'est ce que les Anglais appellent l'offre persistante, l'offre prolongée.

La théorie de l'émission commandée par le formalisme de la communication.

L'offre persistante.

Par conséquent cette première modalité fixe un premier point : l'offre est une, elle est faite en un seul trait de temps, et l'on ne conçoit pas qu'elle soit divisée. Par conséquent elle est censée faite au moment même où elle arrive ; la communication c'est la lettre postée et arrivée chez l'acceptant, la continuing offer comme les anglais l'appellent.

Alors l'acceptation conforme à l'indication de

Source : BIU Cujas

Le posting forme le contrat parce que celui qui choisit un mode de communication doit en assumer les risques.

l'offrant lie le contrat; c'est le posting; il lie le contrat non sans risques, car nous avons vu que la lettre d'acceptation peut être retardée; elle peut même se perdre en route et n'arriver jamais. C'est ici que l'analyse anglaise est particulièrement subtile et fine: Si vous aviez peur que la lettre n'arrive pas, vous n'aviez qu'à faire le voyage vous même; dès l'instant où vous avez choisi la poste comme mode communication, vous l'avez choisie avec tous ses risques et vous, offrant, vous avez assumé ce qu'on pourrait appeler le risque postal, vous êtes lié par le système auquel vous avez vous même donné votre préférence.

Les auteurs anglais qui commentent la jurisprudence des tribunaux, donnent l'exemple suivant pour bien faire saisir leur pensée: Supposez que j'habite au bord d'un lac et que vous habitiez sur l'autre rive et que je vous dise: si vous acceptez mon offre, à huit heures du soir, envoyée une fusée. Au moment où la fusée part le contrat est formé. C'est évidemment une manière bizarre de contracter, on peut l'estimer. Supposons que ce soir là il y ait du brouillard et que l'offrant n'aperçoive pas la fusée: le contrat est formé tout de même, l'acceptant a rempli la condition; si vous redoutez qu'il y ait du brouillard il fallait prendre un autre mode de communication; dès l'instant où vous avez proposé vous même un mode de communication déterminé, vous vous êtes spontanément soumis aux risques qu'il comporte.

Voilà les deux branches de la solution anglaise. Il en résulte ceci: c'est que le contrat peut être formé alors que l'un des contractants n'a plus l'intention de contracter; peu importe, et les Américains, allant au delà de la pensée anglaise, font rentrer le contrat par correspondance dans ce qu'ils appellent très hardiment "les contrats n'impliquant pas la rencontre des volontés: no meeting on the mind contracts.

L'acceptation par lettre pourrait-elle être révoquée par dépêche?

Il n'y a qu'un seul point sur lequel les Anglais sont vraiment perplexes. Pollock et Anson se sont posé la question: est-ce que l'on peut admettre que l'acceptant, après avoir envoyé sa lettre d'acceptation, envoie un télégramme ou un coup de téléphone pour révoquer son acceptation? Il est de toute évidence que dans la rigueur de la logique, il ne le peut pas. Les Anglais qui aiment bien faire prévaloir les intérêts au détriment de la logique sont bien embarrassés. Ils hésitent sur la solution. D'ailleurs la question ne s'est jamais présentée devant la Cour d'Angleterre, et elle

Source : BIU Cujas

ne se présentera sans doute jamais. Les Anglais n'aiment pas à revenir sur ce qu'ils ont fait; ils réfléchissent et quand ils ont dit "oui" ou "non", est "oui" ou "non". La question est donc purement théorique. Mais les auteurs reconnaissent que si le cas se présentait, les cours anglaises se considéreraient très probablement comme tenues de juger que l'acceptation ne peut pas être révoquée même par dépêche, même par une personne qu'on aurait envoyé exprès. Le seul cas qui les embarrasse, c'est celui où il y aurait une rencontre inopinée des deux contractants avant l'arrivée de la lettre d'acceptation.

Telle est la solution anglaise. A travers cette solution des contrats par correspondance, venant confirmer la doctrine de la communication qui a été indiquée, nous arrivons aux conclusions suivantes concernant la conception anglaise du contrat. Au fond si nous appelons les choses par leur nom, les Anglais ont construit une véritable théorie de la déclaration de volonté; c'est en réalité la théorie de la déclaration de volonté, telle qu'on la trouve dans le droit allemand et dans le droit suisse, mais avec cette différence qu'elle est, contrairement au droit suisse et au droit allemand, enchassée dans un mécanisme formaliste très net: 1° principe du contrat anglais: ce qui compte ce n'est pas la volonté, c'est sa manifestation; 2° cette manifestation est formaliste, elle doit être coulée dans un mécanisme d'offre et d'acceptation, où la concordance et l'observation de la forme sont exigées, avec autant de rigueur qu'elles l'étaient dans la stipulation romaine.

Conclusions sur la conception anglaise du contrat. La théorie de l'assentiment rapprochée de la déclaration unilatérale de volonté

Voilà le fond de la doctrine anglaise. Ayant ceci dans l'esprit on peut comprendre quelques pages du dernier traité publié sur la matière des contrats par Salmond et Winfield, p. 18 et suiv., chap. 1er, § 1, où ces auteurs disent que ce qui forme en droit anglais le contrat, ce n'est pas le consent, le consentement, mais l'assent, l'assentiment. On pourra lire dans ces pages 18 et suivantes, la théorie de l'assentiment anglais, qui n'est pas autre chose que la théorie de la déclaration unilatérale de volonté, comme dans le droit allemand et le droit suisse. Mais il y a entre le droit allemand et le droit suisse, et le droit anglais des différences; bien que tous puissent se réclamer de la conception objective du contrat, il y a des divergences que nous allons maintenant avoir à marquer.

Avant de terminer le chapitre sur le mécanisme du contrat, plaçons nous en face d'une formule que

La formule du code fédéral des

obligations sur la formation du contrat - Sa relation avec le mécanisme du contrat dans le C.C. allemand.

nous avons indiquée au commencement de ce chapitre, celle du code fédéral des obligations suisse, art. 1er, al. 1er : Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante manifesté leur volonté.

Cette formule intermédiaire entre celle des pays latins et celle des pays anglais, va permettre d'achever l'analyse du mécanisme du contrat dans le droit contemporain et de compléter le cycle des systèmes actuels. Cette formule donne d'une manière plus précise et plus heureuse que celle du Code allemand la synthèse du système objectif, système qui est même encore ici, nous allons le voir, dans une certaine mesure formaliste, du système qui est né du C.C. allemand. Si nous parlons de la formule du Code des obligations, parce qu'elle est plus claire ; c'est cependant dans la doctrine allemande qu'il faut aller chercher le principe et le développement du principe sur lequel l'art. 1er du Code des obligations repose. C'est là que nous allons trouver le système lui-même et les éclaircissements qu'il nécessite.

Nous allons voir d'abord quel est le principe, puis l'application du principe au problème du contrat par correspondance.

Le principe du C.C. allemand sur la formation du contrat.

D'abord le principe. Nous avons vu que le système subjectif part du principe du consensualisme ; à l'opposé, le droit anglais part du principe du formalisme et de l'objectivité. Le droit allemand avait, lors de la réception du droit romain, éliminé le formalisme. On sait par suite de quel mouvement, par quelle suite d'idées, par quelles influences : influence du droit d'Italie de Bartole, influence du droit canonique, théorie du droit naturel, et enfin théorie du droit allemand. ⊙

Physionomie particulière du consensualisme en allemagne. La toute puissance de la volonté base du contrat.

Mais le consensualisme a rapidement pris en Allemagne un chemin particulier qui donne au droit allemand son caractère propre et qui va expliquer la nuance qui le distingue à la fois du droit des pays latins et du droit anglais. En Allemagne, à raison même du mouvement qui s'est opéré autour de la libération de la volonté, c'est sur la volonté que l'on fait reposer le contrat, sur la toute puissance de la volonté, expression plus forte et plus énergique que celle d'autonomie de la volonté dont nous nous servons en France. C'est ce principe qui domina dès que l'emporta, dans le droit allemand, la règle du consensualisme.

⊙ de la promesse : reproche qui aurait fait éliminer le formalisme de l'Allemagne et l'avait remplacé par le consensualisme

Le contrat repose sur la volonté, et plus spécialement sur la volonté de celui qui s'oblige. Je vous ai précédemment indiqué la théorie, le système qui met à la

Source : BIU Cujas

base, au fondment, la Schuld, la dette. Il y a le devoir de l'individu de tenir sa promesse, sa parole, devoir contracté non pas tant en face de son co-contractant qu'au regard de la loi, de l'État qui a la souveraine mission de faire régner l'ordre. Voilà la base : la volonté créatrice de l'obligation, la volonté créatrice du contrat.

La théorie du vouloir de Savigny.

A cette conception, reposant sur la toute puissance du vouloir, a correspondu, dans une première phase, la théorie émise par Savigny ; Savigny a doctriné en quelque sorte la théorie de la volonté, dans le système qui a précisément pris le nom de Willenstheorie, théorie du vouloir, théorie de la volonté. (Système Tome III, traduction de M. Guénoud, p. 249 et suivantes). Ce système fait, en somme, reposer le contrat sur la volonté des deux contractants. C'est le principe consensualiste, mais qui s'attache peut être individuellement, à la volonté de chacun beaucoup plus encore qu'à l'idée du concours des volontés que l'on rencontre dans les législations latines. On retrouvera cette théorie résumée dans l'article déjà cité de M. Pereux : L'étude des diverses conceptions actuelles du contrat (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1902).

Perfectionnement de la théorie du vouloir.

Cette théorie s'est vue, de nos jours, écartée et le C.C. allemand s'en est complètement différencié. C'est sur deux points importants que la Willenstheorie, la théorie du vouloir se trouve, non pas à proprement parler, abrogée mais perfectionnée, poussée plus loin encore. La théorie du vouloir a été approfondie et si les Allemands l'ont écartée aujourd'hui, ce n'est point que le principe les choquait, c'est parce qu'ils ont creusé ce même principe, qu'ils l'ont plus approfondi et qu'ils ont poussé plus loin les conséquences.

Aujourd'hui deux idées directrices dominent la matière. Ce sont des théories solides ; il en est une sur laquelle il n'est point lieu de s'attarder ici ; sur l'autre, au contraire, il conviendra d'insister.

La première de ces idées, c'est celle qui élargit notablement le champ de la puissance de la volonté, en admettant la force obligatoire de la volonté unilatérale. C'est là une conséquence logique de la puissance du vouloir. En somme ce qui engage c'est la volonté du débiteur. D'où alors la théorie célèbre sur l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté ; la volonté unilatérale susceptible de créer l'obligation, en dehors même d'un co-contractant, abstraction faite de toute contrepartie ; la volonté a le pouvoir d'engager celui qui la manifeste.

1°) L'engagement par manifestation unilatérale de volonté. Tenue dans laquelle il a été admis par le C.C. allemand à côté du contrat, type

normal de l'engagement

Cette théorie est apparue dans le courant du XIXe siècle; l'un des premiers qui l'ont présentée, a été le commercialiste Kuntze, à propos des titres au porteur et à ordre, (Leipzig, 1857). Mais celui qui lui a donné le plus grand retentissement, c'est le jurisconsulte autrichien Siegel, dans un opuscule paru à Vienne en 1874 : La promesse comme source d'obligation dans le droit contemporain. (das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht). C'est une des monographies des plus célèbres qui aient été analysées notamment par Saleilles (étude sur l'obligation, n° 111 et suiv.), et reprise dans la plupart des ouvrages de droit civil allemand, notamment l'ouvrage de Gierke (Deutsches Privatrecht Tome III p. 190 et suiv.)

Il n'y a pas ici à s'arrêter sur ce point, nous n'étudions le contrat, nous n'étudions pas les autres sources d'obligations. Il suffit de se borner seulement de situer cette doctrine dans le cadre de la théorie générale, de manière à ce que l'on puisse apercevoir l'ordre d'idées suivi par les Allemands. L'art. 305 du C.C. allemand, qui correspond à l'ancien art. 342 du projet étudié par Saleilles dans son ouvrage sur l'obligation, n'admet pas, d'une façon générale, le principe de la force obligatoire de la volonté unilatérale. Il ne l'admet que dans certains cas particuliers.

L'art. 305 dit que : pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique est exigé un contrat passé entre les intéressés. Par conséquent le contrat reste toujours le type normal de l'engagement. Mais dit l'art. 305 in fine : en tant que la loi n'en dispose pas autrement. C'est dans trois hypothèses que le C.C. allemand admet le principe de l'engagement par la volonté unilatérale : 1° en cas de fondation, art. 80 et suivants; 2° en cas de promesse de récompense, art. 657 du C.C. allemand; et 3°, c'est là la conséquence de la vieille théorie de Kuntze, en cas de dette souscrite au porteur, c'est à dire en cas de titres au porteur, art. 793 du C.C. allemand. Voilà les trois cas où le C.C. allemand par exception admet le principe de l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté. Nous verrons, en étudiant la stipulation pour autrui que, peut être, la stipulation pour autrui, en droit allemand repose sur la force obligatoire de la volonté unilatérale.

2° Substitution de la déclaration de volonté à ...

La seconde idée, au contraire, tombe d'aplomb sur la théorie du contrat. La seconde idée qui se rattache à ce mouvement de la puissance de la volonté,

Source : BIU Cujas

La théorie de la volonté.

c'est la substitution de la doctrine de la déclaration de volonté (Willenserklärungstheorie) à la doctrine de la volonté. C'est l'idée la plus importante parce que c'est celle qui fournit la clef du mécanisme du contrat dans le droit allemand, et nous allons le voir, également dans le droit suisse.

Cela veut dire que, pour qu'il y ait contrat il ne faut pas seulement qu'il y ait volonté des parties, il faut que cette volonté se soit manifestée à l'extérieur par des procédés qui lui donnent une expression ineffaçable et indépendante de celui qui l'a émise.

Il faut donc en premier lieu l'intention purement interne : c'est le premier élément. Il faut, en second lieu, la manifestation extérieure de cette intention et il faut, disent les Allemands, en troisième lieu, que cette manifestation soit réalisée par la volonté spéciale de produire l'effet de l'acte juridique. Il y a une analyse en trois moments : l'intention purement interne, la manifestation extérieure et l'accompagnement de cette manifestation extérieure de la volonté d'y attacher l'effet juridique envisagé. C'est là une analyse subtile, que l'on retrouve résumée notamment dans le C.C. allemand annoté publié par l'Office de législation étrangère, note sous l'art. 116, par Saleilles lui-même, (p. 117 et suivantes Tome 1er de la traduction annotée du C.C. allemand) et qu'on retrouve plus développée encore dans les huit premières pages de la célèbre "Déclaration de volonté", le livre publié par Saleilles précisément sur les art. 116 et suivants du C.C. allemand.

Prédominance de la déclaration sur l'intention interne.

Qu'est-ce que cela veut dire, cette déclaration de volonté ? L'art. 116 nous le fait savoir. Cela signifie que dans le conflit entre la volonté et la déclaration, si la déclaration a bien été réalisée avec la volonté que se produise l'effet juridique envisagé, si au moment de cette déclaration l'intention purement interne de celui qui a émis la déclaration ne correspondant pas à la déclaration, si la psychologie de celui qui émet la déclaration était contraire, entre la déclaration et l'intention interne c'est la déclaration qui prévaut. C'est ce que dit l'art. 116 : une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve secrètement de ne pas vouloir ce qui a été déclaré.

Dès l'instant où l'on a émis la déclaration, la volonté est objectivée, elle est manifestée aux yeux de tous, et elle doit engendrer la conséquence juridique que la loi y attache et que les parties ont entendu ob-

Source : BIU Cujas

jectivement y attaché.

Les deux aspects principaux de la déclaration de volonté : La déclaration à partie la declaration qui ne s'adresse pas à partie.

A ce principe de l'art. 116, il faut joindre - et cela est très important - celui de l'art. 130, parce que la déclaration de volonté peut se présenter sous deux aspects principaux que le code allemand a très expressément distingué : ou bien la déclaration s'adresse à partie, ou bien la déclaration ne s'adresse pas à partie. La déclaration de volonté qui s'adresse à partie, c'est celle qui figure, par exemple, dans un contrat par correspondance, adressée à un correspondant. La déclaration qui ne s'adresse pas à partie, c'est celle qui émise dans l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté.

Dans la déclaration adressée à partie, la déclaration de volonté ne devient efficace qu'au moment où elle parvient à la partie à qui elle était destinée. La déclaration de volonté est ici une déclaration adressée à quelqu'un : c'est la base du contrat par correspondance en droit allemand.

Ainsi nous apercevons la déclaration de volonté : une volonté interne manifestée par un acte qui implique et extériorise une volonté concomitante objectivée, alors même que la volonté interne de l'individu est, ou serait, en contradiction (Cf. note de Saleilles et article de M. Dereux, et deux thèses de 1901 et 1912 sur la déclaration de volonté, M. Guilliot, 1901 ; et M. Gounot : le principe de l'autonomie de la volonté, 1912 ; de même le traité général des obligations de M. Demogue, Tome I, p. 88 et ss. n° 38).

Adoption par le code fédéral des obligations du principe de déclaration de volonté.

Ce principe a été admis en droit suisse et c'est ce qui nous explique le texte de l'art. 1er, qui constitue la formule qu'on analyse. Les auteurs suisses aussi bien de langue allemande que de langue française, s'accordent pour attribuer aujourd'hui cette signification à l'art. 1er du C.C., qui déclare que le "contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement, et d'une manière concordante, manifesté leur volonté." Ce mot "manifesté" indique bien que le C.C. suisse repose sur la déclaration de la volonté (Cf. Virgile Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, T. I 3e édition 1920, n° 26, p. 30).

Voici ce qu'écrit M. Rossel : "Notre code a consacré la théorie de la déclaration de volonté, l'entente des parties se fondant sur la concordance de la volonté qu'elles ont réciproquement manifestée et non pas, en outre, sur leur volonté, comme le voudraient les partisans de la Willenstheorie."

Source : BIU Cujas

L'affirmation est très claire : le droit suisse a admis la théorie de la déclaration de volonté, par opposition à la simple théorie de la volonté de Savigny. La jurisprudence le proclame également dans des arrêts très importants du Tribunal fédéral suisse, qui joue le rôle de la Cour de cassation, (arrêts que l'on retrouvera dans le Recueil des arrêts du tribunal fédéral suisse, Bibliothèque, n° H5.595)

L'une des dernières décisions, la plus frappante, est une décision du 17 juin 1915 dans une affaire : Société urbaine contre Benner (arrêts du Tribunal fédéral, année 1915, T. 41, 2ème partie, p. 1116 et suiv.). Il s'agissait dans l'espèce d'une police d'assurance sur la vie ; l'assuré l'avait signée sans la lire ; il attaqua le contrat en disant qu'il n'avait pas eu connaissance des clauses, que par conséquent il demandait être déchargé des clauses de son obligation, car son intention était contraire à l'acte qu'il avait signé. L'arrêt du Tribunal fédéral le déboute, en faisant prévaloir la déclaration sur l'intention.

Voilà le principe ; faisons à propos de ce principe quelques observations.

Observations sur la théorie allemande de la déclaration de volonté.

1°- Rapprochement entre le droit allemand cependant consensualiste en principe et le formalisme anglais.

1ère observation : nous sommes en présence d'une théorie qui se rapproche assez singulièrement de la théorie anglaise. Sans doute le droit allemand a repoussé le principe du formalisme, le droit allemand est consensualiste, comme le droit français, comme le droit italien. A la base du contrat, se trouve la volonté, et non pas la formalité. Alors qu'en Angleterre ce qui constitue le contrat c'est avant tout l'acte scellé ou la "consideration" dans le parol contract ; en droit allemand ce qui oblige c'est la volonté des parties. Sans doute le droit allemand, comme le droit français, connaît des actes formels, des contrats formels : la donation, comme en droit français (art. 518 du C. allemand), le contrat d'aliénation d'un droit foncier (art 313) ; le contrat de cession de biens (art. 311 et 312). Dans tous ces cas il faut des actes authentiques ; et il y a d'autres cas où il faut un écrit non authentique, mais où l'écrit est exigé ad solemnitatem : art. 780 et 781 sur la reconnaissance de dette et sur la promesse de dette.

Par conséquent, à part ces exemples, le droit allemand n'est pas, en principe, formaliste, le contrat ne repose pas sur la formalité, mais sur la volonté des parties. Cependant, qu'est-ce que cette déclaration de volonté ? C'est une objectivation de la volonté ; la vo-

Source : BIU Cujas

lonté va se trouver enchassée dans quelque chose d'extérieur. Sans doute le droit allemand n'est pas aussi rigoriste que l'est le droit anglais; il n'exige pas, comme le droit anglais, dans la communication, une offre et une acceptation et une rigueur de concordance semblable à celle exigée dans la stipulation romaine. Mais il faut remarquer que l'extériorisation, la matérialisation de la volonté dans le fait corrélable, s'accompagne cependant de conditions. On vient de citer l'art. 130, qui veut que la volonté parvienne à l'autre partie: c'est une sorte de communication, et c'est une communication analogue à celle du droit anglais, moins rigoureuse sans doute, mais formaliste tout de même en ce sens que le droit allemand exige que la volonté s'enchasse dans quelque chose d'extérieur et que même lorsque deux parties sont en présence cet élément extérieur parvienne à l'autre partie ainsi objectivisé.

2° La socialisation du droit et la sécurité des relations, base du système de la déclaration de volonté. La nécessité du crédit correspondant à la conception patrimoniale de la dette.

En second lieu, quel est le fondement de ce principe? Les Allemands ont, dans l'ordre théorique, des habitudes d'esprit qui sont contraires à celles du droit anglais; nous avons rencontré dans le droit anglais des "cases" qui ont admis le principe de la communication, mais la répugnance des Anglais pour tout ce qui est d'ordre théorique ne les a pas amenés à développer leur principe. Au contraire, les Allemands ont recherché une base théorique pour exprimer le principe de la déclaration. Cette base théorique, c'est celle que l'on a été chercher dans la socialisation du droit, c'est à dire dans la sécurité des relations (Cf. M. Demogue, T. 1er, p. 90).

On trouve l'analyse du principe, et du fondement du principe, notamment dans le jurisconsulte allemand Planck. Les partisans de la déclaration de volonté s'appuient principalement sur ceci que la sécurité des relations exige la reconnaissance de la puissance de toute déclaration qui, d'après l'usage dominant est admise comme une déclaration de volonté. La théorie allemande se fonde sur la nécessité du crédit; on doit pouvoir se fier aux apparences sérieuses que l'on a devant soi. Le crédit exige que lorsque l'on se trouve en présence d'une volonté manifestée, on ne puisse pas la dénier par une intention interne contraire.

C'est donc avant tout l'intérêt du co-contractant l'intérêt des tiers qui a introduit la nécessité de cette objectivation, de ce formalisme de la déclaration de

Source : BIU Cujas

volonté. Les nécessités du crédit, c'est la traduction économique d'une autre forme juridique que nous avons rencontrée au début de cet enseignement: le caractère patrimonial de la dette, de la schuld; autrement dit, il faut que la plus grande force soit attribuée à cet article spécial d'actif et de passif que les particuliers appellent la dette ou la créance, et qui forme un élément de leur patrimoine.

Lien de filiation entre la conception objective de la dette et la conception objective du contrat.

C'est la conception objective de l'obligation qui a engendré la conception objective du contrat. Il y a là un lien de filiation absolument établie par les auteurs allemands, l'une a engendré l'autre; le droit allemand est objectif et en ce qui concerne l'obligation, et en ce qui concerne le contrat.

Conséquence logique quant au contrat par correspondance du système de la déclaration de volonté.

L'application de ce principe au problème du contrat par correspondance, doit être d'abord recherchée dans le code suisse, car, à mon sens, c'est là que se trouve la vraie conséquence qui en découle et qui est le système de la déclaration. Dès l'instant que c'est la déclaration de volonté qui fixe le contrat, dès l'instant où c'est par la déclaration de volonté que cette volonté matérialisée, concrétisée, oblige, le nom même de la théorie de la déclaration de volonté doit conduire logiquement, en ligne droite, dans le problème des contrats par correspondance au système de la déclaration, parce que c'est la déclaration de volonté qui fixe le contrat dans le contrat entre absents comme dans le contrat entre présents. C'est la manifestation de la volonté qui, sur le terrain de l'art. 116 du C.C. allemand, doit déterminer le moment et le lieu du contrat.

Formation du contrat par correspondance par l'expédition de l'acceptation (C.C. suisse)

C'est ce que les Suisses ont vu avec beaucoup de logique. L'art. 10 du code des obligations, correspondant à l'art. 8 du code de 1883, est ainsi conçu: *Le contrat conclu entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée.* Les Suisses ont admis le système de l'expédition plutôt que le système de la déclaration pure parce que, en réalité pour eux, c'est l'expédition qui exprime, dans un contrat par correspondance, la déclaration elle-même. Le système de l'émission n'est, en réalité, qu'une variante modernisée, et appliquée aux nécessités pratiques, du système de la déclaration.

Malheureusement dans les annotations, les sous-titres qui se trouvent en marge du C.C. suisse, et qui font partie du code, dans ces sortes de rubriques qui donnent un titre à part à chaque article, ou à chaque série d'articles, voici sous quelle rubrique se

Source : BIU Cujas

trouve placé l'art. 10 : A quelle date remonte les effets du contrat entre absents ? Et cette rubrique a permis à certains auteurs, notamment à M. Rossel, de soutenir que le Code suisse était inspiré par ce sous-système de l'émission qui est le système dit de la rétroactivité.

Dans l'énumération des systèmes qui a été fournie pour le contrat par correspondance nous avons montré qu'il y avait lieu de faire figurer un sous-système qui fait reposer le système de l'émission sur l'idée d'une rétroactivité de l'acceptation envoyée à l'offrant. C'est par cette explication qu'aujourd'hui certains auteurs exposent la signification de l'art. 10. Il y a là une controverse. A notre avis cette explication est en contradiction avec le principe même ; le principe de la déclaration de volonté, sur lequel repose l'art. 1, dictait très logiquement la conséquence de l'art. 10, et il était inutile de faire intervenir l'idée de la rétroactivité.

Le contrat par correspondance en droit allemand. Comment le formalisme allemand conduit au système de l'information alors que la déclaration de volonté conduit logiquement au système de l'émission

Reportons-nous maintenant au Code allemand. Comment le C.C. allemand a-t-il réglé le sort du contrat par correspondance ? Si nous nous retournons vers le siège de la matière, qui est l'art. 151 du C.C. allemand, nous y lisons ceci à la première ligne : Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre. Alors logiquement l'on devrait conclure que cette formule n'est pas autre chose que la formule de l'art. 10 du code des obligations suisse. Le contrat est formé par l'acceptation : c'est donc le système de la déclaration ou de l'émission si l'on préfère, mais l'un des deux, puisque la volonté ne compte que lorsqu'elle est manifestée, et qu'il n'y a pas lieu, d'après l'art. 116, de tenir compte de la psychologie des parties, de tenir compte de la volonté interne. Voilà quelle devrait être la solution logique.

Mais il y a l'art. 130, c'est à dire l'article qui règle ce que l'on est bien forcé d'appeler le „formalisme allemand", article suivant lequel lorsque l'on est en présence d'une déclaration de volonté émise envers une partie - non pas d'une déclaration de volonté émise en général, mais adressée à quelqu'un, l'art. 130 dit que la déclaration de volonté ne devient efficace qu'au moment où elle parvient à l'autre, à supposer qu'elle soit émise en l'absence de ce dernier.

Et alors le formalisme allemand, chose singulière, à l'inverse du formalisme anglais - lequel

Source : BIU Cujas

s'attache au "posting" c'est à dire à la mise à la poste de la lettre - le formalisme allemand, lui, s'attache, en principe, à l'information. Il y a là un phénomène assez curieux : deux principes identiques aboutissant respectivement aux solutions divergentes. Voyez notamment dans les écrits de Saleilles, dans ses notes sous l'art. 151 et dans son livre sur l'obligation, combien la surprise est grande ; mais les Allemands se sont crus liés par la logique de leur système, partant de l'idée que la déclaration de volonté, lorsqu'elle est émise envers une personne, n'existe et n'est efficace que quand elle lui parvient. Ils se sont crus logiquement obligés d'admettre en conséquence, le système de l'information ou tout au moins de la réception.

Exceptions nombreuses tempérant la contradiction des solutions du droit allemand.

Oui, Seulement ce qui fait que l'apparente contradiction de la solution allemande est moins grave, théoriquement et pratiquement, que l'on pourrait le croire, ce sont les nombreuses exceptions que le CC. et le Code de commerce allemand ont apportées à cette solution. Les exceptions allemandes ont mangé la règle.

Art. 151 : le contrat est formé par l'acceptation de l'offre ; mais cet article contient une suite assez longue d'exceptions qui, en réalité, nous ramènent à la théorie de la déclaration. Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, sans que cette acceptation ait besoin d'être portée à la connaissance de l'auteur de l'offre toutes les fois que, d'après les usages admis en affaires, il n'y a pas à attendre une information de cette nature, ou que l'auteur de l'offre y a renoncé. Dans tout le droit des affaires et dans tous les cas où l'on n'est pas tenu d'attendre une signification de l'acceptation, alors le contrat est formé dès l'acceptation.

Nous revenons au principe logique. L'exception est assez large ; elle ne comprend pas simplement des contrats comme le mandat, art. 663 ; contrat de services et d'ouvrage, art. 611 ; elle s'étend en réalité à tous les rapports d'affaires. En effet, l'ancien code de commerce avait consacré le système de l'émission. Le nouveau code de commerce de 1900, dans son art. 362, al. 1er, a également sanctionné le système de l'émission.

L'art. 362 nous dit que lorsque celui qui reçoit l'offre est commerçant, ou lorsqu'il est en relations étroites en tant que commerçant avec le sollicitant, ou encore lorsqu'il exerce une profession impliquant la conclusion d'affaires pour le compte d'autrui, par exemple lorsqu'il est commissionnaire en gros, ou enfin

Source : BIU Cujas

lorsque le commerçant s'est offert lui même pour conclure une affaire pour le compte de son correspondant, il n'y a pas lieu de modifier la déclaration d'acceptation. Il n'y a pas lieu à déclaration d'acceptation dans le sens de l'art 130, et par conséquent dans toute la vie commerciale allemande, et même dans une partie de la vie civile allemande, le principe de l'art. 151, tel qu'il doit être interprété, se trouve écarté et remplacé par le système contraire.

Il résulte de tout cela que le code allemand, sur ce point, a été très heureusement inspiré, et qu'il aurait mieux fait, comme le code suisse, de proclamer la conséquence logique du principe de la déclaration de volonté. Le principe de la déclaration de volonté exige, comme conséquence inéluctable, la solution de ce problème par correspondance au moyen de la théorie de la déclaration ou de celle de l'émission, et sans aucune autre explication, parce que c'est la déduction logique des principes posés.

Nous avons ainsi terminé l'examen de mécanisme du contrat, soit dans le système subjectif et consensualiste, soit dans le système objectif et formaliste. Il faut maintenant conclure.

Tout d'abord, indiquons une conclusion spéciale à la matière des contrats par correspondance.

Conclusion sur le contrat par correspondance

La conclusion à laquelle nous sommes conduits est curieuse; elle est même, au point de vue du droit international privé, très intéressante. Supposons un contrat passé entre un Français et un Anglais; par exemple une offre de contracter venant d'un commerçant anglais, adressée à un commerçant français à Rouen. Où, et quand, le contrat sera-t-il passé ? En matière de contrat, tous les systèmes de droit international privé s'accordent pour reconnaître que la loi applicable dépend de l'autonomie de la volonté, c'est à dire de la volonté des parties, et qu'en l'absence d'une clause spéciale, c'est en général la loi du contrat, ou la loi du paiement qui constitue la loi applicable.

En général c'est la loi du contrat: quelle sera la loi du contrat ? Pour les Anglais ce sera la France: pour les Français, ce sera l'Angleterre. En effet, la loi anglaise se place au moment du posting, se place à l'endroit où la réponse a été mise à la poste, c'est-à-dire à Rouen; donc ce sera la loi française qui sera applicable. Le principe français, basé sur le concours de volontés, voudra au contraire que l'ac-

Source : BIU Cujas

ceptation soit parvenue à l'offrant : l'offre est venue d'Angleterre, elle est acceptée en France et cette acceptation est notifiée en Angleterre ; le système français de l'information veut donc que ce soit la loi anglaise qui soit applicable.

Les spécialistes de la matière, pour éviter les difficultés, ont fait intervenir la lex fori. La solution sur la même. Le tribunal anglais appliquera la loi anglaise, et la loi anglaise dira : le contrat est passé en France. Le tribunal français appliquera la loi française et dira : le contrat est passé en Angleterre.

Pour résoudre des conflits de ce genre, qui engendrent une sorte de renvoi ; la controverse sur le renvoi est célèbre, celle sur le contrat par correspondance ne l'est pas moins, il n'y a pas de système théorique qui puisse apporter une solution acceptable. Il faut prendre ces précautions d'avance, et lorsque l'on contracte avec un Anglais, il faut avoir recours à des clauses spéciales, ou bien il faut, dans la correspondance, prendre la précaution de dire : la loi qui va régir notre négociation d'aujourd'hui sera la loi française, ou la loi anglaise. Il faut le stipuler ; il est inutile de laisser venir les procès.

D'autre part si un Français veut se réserver la faculté de se repentir, faculté que les Anglais n'admettent pas, il faut le stipuler aussi. Le mieux c'est lorsque l'on reçoit une offre anglaise, de demander un certain délai pour réfléchir. Ou bien on écrit en se réservant le droit de révoquer par dépêche : J'accepte, à moins que vous ne receviez avant de recevoir ma lettre, une révocation par télégramme. Voilà deux précautions qu'il est prudent d'observer dans un contrat franco-anglais, si l'on veut se réserver la possibilité, comme on l'a en France de réfléchir ou de revenir sur le contrat. Telle est la conclusion qui se dégage de cette étude du contrat par correspondance.

Quant au mécanisme du contrat, on aperçoit que l'on ne se trouve pas simplement en présence de solutions éparses dans les textes de simples articles qui ne concordent pas ; en réalité les causes de la discordance sont plus profondes ; elles touchent aux systèmes eux-mêmes, et se rattachent aux principes sur lesquels ces systèmes reposent. Il est essentiel de les bien connaître au préalable, si l'on veut concilier les conflits qui naissent des divergences constatées.

Source : BIU Cujas

Il reste relativement à la question du mécanisme du contrat à terminer par une observation.

Cette question du mécanisme du contrat, nous l'avons envisagée en elle même, et à l'occasion de l'un des nombreux problèmes soulevés par ce mécanisme, à l'occasion de la grande controverse des contrats par correspondance. Cette controverse permet de voir, de la manière la plus saisissante, l'opposition des deux grands systèmes, des deux principales conceptions du contrat; la conception consensualiste ou subjective, la conception objective et formaliste.

Mais il s'en faut de beaucoup que la question des contrats par correspondance soit la seule où ces deux conceptions s'affrontent et engendrent des solutions différentes. Au contraire dans toutes les questions où le mécanisme du contrat est mis en jeu, l'opposition entre système consensualiste et système formaliste s'impose. Le temps ne nous permet pas d'examiner un second exemple à propos de la controverse relative à l'offre avec délai. Mais on peut au moyen de la méthode qui a été dégagée, procéder de la même façon pour étudier toutes les autres controverses soulevées par le mécanisme du contrat: opposer d'abord les textes et la technique, les envisager au regard des faits, et laisser intervenir l'équité. Établissez une combinaison entre ces trois données sur les problèmes qu'il convient alors d'aborder dans un ordre inverse de celui dans lequel, dans les livres en général, on étudie ces questions: il faut partir du contrat entre absents, par correspondance, pour examiner d'abord les problèmes qui relèvent du contrat entre parties, puis ceux du contrat avec le public, puis enfin certains contrats survenant dans des conditions particulières.

En partant du contrat entre absents, voici ce qu'on peut relever:

1ère question: offre avec délai entre absents c'est-à-dire une modalité du contrat par correspondance, avec le délai fixé soit par l'une, soit par l'autre des parties. 2° Offre avec délai entre présents 3° Offre simple entre présents, ce point de savoir dans quelle mesure l'offre est obligatoire. 4° La célèbre question du rôle juridique du silence dans l'offre et dans l'acceptation, la manifestation de volonté et le silence; le rôle juridique du silence; 5° le contrat

Source : BIU Cujas

préliminaire, ou promesse de contrat; 6° les pourparlers ou avant-contrat; 7° le contrat avec soi-même.

Il faudra, en dernier lieu, examiner les questions qui mettent en présence, non pas à proprement parler des particuliers entre eux, mais un contractant (individu ou société) un contractant particulier avec le public en général. Là, on rencontre plus spécialement la question des offres générales, des offres au public: l'offre simple générale au public (exemple: un prix affiché dans la devanture d'un magasin), puis la promesse publique (exemple: la promesse publique de récompense) (Voir thèse de M. Costiner, Paris, 1924; La promesse publique de récompense). Puis ce que l'on appelle le contrat par élection qui est en somme un contrat passé entre une partie et un certain public. Puis le contrat d'adhésion.

Ensuite une troisième catégorie de contrats, que M. Demogue indique comme des variétés de contrats, à raison de la situation spéciale des parties (Cf. Tome II, p. 337 et suivantes). Ce sont les contrats judiciaires, c'est à dire les contrats qui résultent de l'action en justice, et les contrats passés par les juges (notamment Tome II, p. 491 et suivantes); le contrat par concours, les contrats aux enchères, les contrats collectifs (comme les contrats collectifs de travail entre collectivités de patrons et collectivités d'ouvriers). Et enfin les contrats par actes complexes (exemple: les actes des sociétés d'actionnaires)

La dernière recommandation qu'il reste à faire relativement à cette étude qui pourra être poussée et approfondie par chacun c'est de ne jamais briser le cadre du contrat (Voir Bonnecase, Volume II du Supplément au traité de Baudry Lacantinerie). Dans le droit public on est arrivé à désarticuler le contrat, et par là on est conduit à des solutions qui font évanouir le moule contractuel. Il faut éviter d'en venir là en droit privé. L'institution du contrat constitue un rouage essentiel de notre droit privé au maintien et à la conservation duquel il est nécessaire de veiller avec un très grand soin.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

Le pourquoi du contrat.

ce qu'il faut entendre par le pourquoi du contrat.

Cette rubrique correspond, pour le système subjectif ou consensualiste (qui est le système du droit français) à la théorie de la cause et des motifs, et pour le système formaliste et objectif soit à l'élimination de la notion de cause, soit aux institutions imaginées pour en tenir lieu, c'est à dire soit à la considération en droit anglais, soit à la cause de l'enrichissement dans la législation allemande et dans la législation suisse. Il y a là des théories fondamentales que nous allons étudier toujours par la même méthode et à l'aide des mêmes principes.

On va donc examiner successivement la conception subjective du contrat et la conception objective ou formaliste. Nous verrons en passant, notamment à propos de l'acte abstrait, les applications pratiques respectives de ces constructions théoriques.

La notion de cause dans le C.C. français et la théorie subjective du contrat.

Prenons d'abord notre conception française, la conception subjective, qui est la conception italienne, est la conception générale des pays qui ont adopté le Code Napoléon ou qui s'en sont inspirés. Nous allons voir que sur ce point, avec des améliorations récentes, le texte de l'avant projet franco-italien a repris et consacré toute cette tradition.

Le point de départ du C.C. français consiste, dans l'art. 1108, à avoir fait d'un élément que le Code appelle la Cause, une condition, - le Code dit : de validité, les auteurs disent plus justement: d'existence - des conventions : Sans cause, point de convention ; sans cause licite, point de convention valable.

Le Code nous dit : art. 1108 : quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite dans l'obligation. C'est un principe qui a été reproduit également par le C.C. italien, art. 1104 et l'art. 10 du projet franco-italien reprend la cause licite comme élément d'existence du contrat.

Le projet franco-italien a eu ce point fort heureusement corrigé notre C.C. ainsi que le C.C.

Source : BIU Cujas

italien en distinguant les conditions d'existence et les conditions de validité. L'art. 1o fait de la cause la troisième des conditions d'existence des contrats.

Textes de la matière.

De plus, au C.C., les art. 1131 à 1133 contiennent la théorie de la matière. L'art. 1131 nous dit: "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet."

L'art. 1132 qui vise l'hypothèse où la cause n'est pas exprimée dans la convention, dit que la convention, bien que la cause n'en soit pas exprimée n'en est pas moins valable.

L'art. 1133 définit la cause illicite dans des termes bien connus: "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public."

Voilà tous les textes de la matière que nous retrouvons dans le C.C. français et que nous retrouvons aussi dans le C.C. italien. Le C.C. italien (art. 1121) avait ajouté à l'art. 1132 un alinéa que le projet franco-italien a repris dans son art. 28, al. 2: L'existence de la cause est présumée tant que le contraire n'est pas prouvé. En substance on ajoute à l'art. 1132, une présomption d'existence de la cause, qui vaut jusqu'à preuve contraire. C'est le résultat de la jurisprudence française, c'était également le résultat de la jurisprudence italienne et sur ce point l'avant-projet franco-italien, a été bien inspiré en reprenant les termes de l'art. 1121 du C.C. italien.

Mais dans sa toute dernière rédaction, on a ajouté également un deuxième alinéa à notre art. 1131: ce sera le deuxième alinéa de l'art. 27 de l'avant-projet: voici comment il est conçu: Celui qui a acquitté une obligation contraire aux bonnes mœurs ne peut exercer l'action en répétition, si ce n'est lorsqu'il n'y a pas eu de sa part atteinte aux bonnes mœurs. C'est purement et simplement l'application du vieil adage: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.. adage admis en droit italien. En droit français la question était controversée.

Voilà qui nous permet de fixer nos idées en face de cette question mystérieuse et passionnante de la cause dans les obligations. "Mystérieuse et passionnante" parce que sur ce problème de la cause il existe dans notre droit français même, une très ardente controverse.

Une théorie classique de la cause a été émise dans le courant du XIXe siècle. Ce n'est pas à dire que

Source : BIU Cujas

La querelle des causalistes et des anti-causalistes.

ce sont les premiers commentateurs qui en sont les auteurs et que cette théorie est née avec l'école de l'exégèse. Ce ne sont pas les tenants et les plus rigides des auteurs relevant du système de l'exégèse qui ont décidé la construction classique de la notion de cause, ce sont, au contraire, les dogmatiques à la manière d'Aubry et Rau, ceux qui ont essayé de rechercher les principes rationnels sur lesquels repose le code, et qui ont, derrière les textes, édifié ces séries de constructions prenant les textes pour base et la raison pour guide.

Cette théorie née et développée au milieu du XIXe siècle a été l'objet de vives critiques, critiques qui s'étaient fait jour d'assez bonne heure, mais qui ont surtout pris de l'acuité à la fin du XIXe siècle, plus particulièrement dès l'apparition du traité élémentaire de droit Civil de M. Planiol, qui leur a donné un retentissement et une autorité considérable.

Il y a donc eu un mouvement anti-causaliste. Les auteurs qui persévèrent dans la doctrine classique qui les a alimentés, se sont d'eux-mêmes baptisés "causalistes". Aujourd'hui notre doctrine est divisée en "causalistes" et en "non causalistes". On rencontre dans les deux camps des noms très autorisés. La controverse se trouve aujourd'hui exposée dans des ouvrages doctrinaux de premier ordre. Voici les plus importants, où l'on peut trouver toute la bibliographie du sujet. Ce sont : l'ouvrage sur les obligations en général, de M. Demogue, T. I, nº 742 et suiv. et 773 et suiv., 1923. Puis le travail classique de M. Capitant : De la cause des obligations, 1923. En troisième lieu, paru en 1925, le Tome II du supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, de M. Bonnecase, nº 543 et suivants. Enfin on peut trouver d'utiles renseignements dans les leçons de M. Ripert sur La règle morale dans les obligations, notamment Chap. I sur les conventions contraires aux bonnes mœurs, et Chap. II sur le refus de l'action en justice.

La définition de la cause dans la théorie classique.

D'abord, et toujours d'après notre méthode, définissons ce que l'on appelle la cause dans la doctrine classique. Les auteurs - et c'est la preuve que la notion était peu au point - les auteurs les plus autorisés du système causaliste - éprouvent un certain embarras à définir la cause. Cet embarras se traduit, comme il se traduit toujours par la nécessité d'une explication avant d'en venir à la définition.

C'est notamment ce qui dégage de la définition

Source : BIU Cujas

donnée par Aubry et Rau, qui pourtant sont parmi ceux des auteurs qui ont le plus soigné les définitions au point de vue des principes de la logique. La définition donnée par Aubry et Rau prend place, indirectement, à l'extrémité de deux alinéas : § 345, Tome II du Cours de Droit civil français.

Les célèbres auteurs commencent par indiquer, et nous savons ce qu'il en est, qu'en droit romain la convention n'était point civilement obligatoire par elle-même; il fallait des solennités et des faits. En droit français, ajoutent-ils, les conventions sont civilement obligatoires par elles-mêmes et naissent du consentement des parties. Et alors ils ajoutent ceci : *Mais le droit français exige comme condition de la forme obligatoire de toute promesse (c'est certainement de la force obligatoire de toute promesse qu'ils ont voulu dire) et par conséquent de toute convention que l'auteur de la promesse ait été déterminé à s'engager par un motif juridiquement suffisant. Ce motif est appelé cause de l'obligation.*

On voit le procédé de définition. Ce n'est pas une définition en forme. On commence par nous donner une explication, puis on dit : ce motif est appelé cause de l'obligation. C'est par conséquent à nous que les auteurs laissent le soin de formuler la définition de la cause. D'après leur alinéa, il faudrait donc définir la cause comme : *le motif juridiquement suffisant dans la convention*. Ils ne l'ont pas dit; ils nous ont laissé le soin de le dégager.

Ce procédé prouve évidemment un embarras. Et, chose curieuse, le procédé, bien qu'en termes différents, est repris de nos jours : on le retrouve dans le Cours de Droit civil français de MM. Colin et Capitant, qui sont parmi les chefs de l'école causaliste. Si l'on se reporte au Tome II, p. 298, de la dernière édition de cet ouvrage, on y lit : "La cause se rencontre dans toute obligation ayant sa source dans la volonté de l'individu, qu'elle soit contractuelle, ou qu'elle résulte d'une disposition testamentaire. En effet, toutes les fois qu'une personne s'oblige, elle le fait en vue d'un but immédiat, direct, qui la détermine à faire naître l'obligation. Et c'est ce but que l'on appelle la cause."

Le procédé est identique; on décrit la situation et après l'avoir décrite, on sous-entend la définition. D'ailleurs à la page suivante il est dit : "La cause est le but que le contractant veut atteindre en s'obligeant." Ici nous avons la définition en forme, mais elle n'est ex-

Source : BIU Cujas

primée qu'incidemment et à la suite de développements intermédiaires.

Car conséquent la cause, ce serait le but que veut atteindre le contractant en s'obligeant, but immédiat, disait-on en le soulignant dans le passage précédent.

Il existe d'autres définitions de la cause: voir notamment celles qui sont reproduites sous le N°11 de la monographie de Mr. Capitant. Indiquons aussi deux autres définitions: dans ses Leçons sur la propriété et le contrat, Bufnoir indique que la cause c'est le but ou element intentionnel inhérent au contrat, impliqué par la nature du contrat. Voilà une définition mais qu'on ne rencontre qu'en passant (p. 676 du livre cité de M. Bonnecase).

Comme autre définition, M. Lévy-Ullmann rappelle celle qu'il avait coutume coutume de donner, et qui lui paraît être celle qui se dégage du C.C. et des commentaires du C.C.: la cause est une condition d'existence du contrat où s'exprime le but immédiat et essentiel en vue duquel on contracte.

C'est la différence spécifique, c'est-à-dire la différence par l'espèce: c'est l'espèce de condition d'existence du contrat qui exprime le but immédiat et essentiel du contractant.

Oppositions servant à dégager la définition de la cause dans la doctrine classique.

D'où se dégage, d'après la doctrine classique, cette notion, ainsi encadrée dans les définitions? Elle est, en somme, le résultat de trois oppositions: c'est en opposant la cause à d'autres entités, à d'autres éléments, à d'autres institutions qui pourraient être confondus avec elle qu'on est arrivé, dans la doctrine classique à la définition.

Cause et objet

La première opposition classique, c'est celle qui met en face l'une de l'autre les deux notions différentes de cause et d'objet. On peut définir la cause par opposition avec l'objet, et c'est peut-être cette comparaison qui, au cours du XIXe siècle, a réussi à donner de la cause classique une notion claire.

Le cur débétur de Oudot par opposition au quid débétur

Cette opposition a été présentée, dit-on, pour la première fois par le Professeur Oudot, et cette opposition a aussi pour légué son nom aux générations. Les ouvrages d'Oudot ont passé, sa théorie de la cause est demeurée, parce qu'elle a opposé la cause et l'objet de façon saisissante: l'objet, dit-il, est la réponse à la question: Qu'est-ce qu'est dû: quid debetur? la cause est la réponse à la question: cur debetur, pourquoi est-il dû? Qu'est-ce qui est dû? c'est

Source : BIU Cujas

l'objet; pourquoi est-il dû ? c'est la cause.

Il est certain que cette opposition est très claire. L'objet du contrat c'est ce que les parties ont envisagé comme devant être presté, c'est-à-dire comme constituant le fait promis ou l'abstraction promise. La cause, au contraire, c'est la réponse au: Pourquoi êtes-vous engagé ? Pourquoi le vendeur est-il engagé à livrer la chose ? Pourquoi l'acheteur est-il engagé à payer le prix ? cur debeitur ?

Seulement, si cette première opposition est très claire, elle est insuffisante, dans une certaine mesure, pour donner de la cause une notion positive. Nous voyons bien par opposition à l'objet, que la cause est la réponse au "cur debetur", par conséquent, c'est le "pourquoi" du contrat. Mais le contrat n'a pas qu'un pourquoi; le contrat, au contraire, a une multiplicité de pourquois: si l'on recherche les raisons pour lesquelles le vendeur vend sa maison, les raisons pour lesquelles l'acheteur achète la maison, ces raisons sont multiples; elles sont d'ailleurs infiniment variables et il est difficile de dire que l'on puisse, à cet égard, identifier deux contrats de vente de maison de façon absolue. On ne trouvera jamais dans les intentions des parties contractantes, deux vendeurs ou deux acheteurs qui se décident sous l'impulsion des mêmes motifs.

Le motif et la cause.

C'est alors que survient la deuxième opposition, également classique, entre le motif et la cause. Il n'en est pas fait bon, il y a une trentaine d'années, à la Faculté, à confondre le motif et la cause. La distinction était rangée parmi les dogmes: c'était un axiome de l'Ecole. La cause et le motif s'opposent dans un parallèle classique. Cette distinction était peut-être ici encore assez floue. Aubry et Rau - en effet, qui parmi les premiers ont opposé la cause et le motif et critiqué les premiers commentateurs du Code, notamment Toullier, qui confondaient la cause et le motif. Aubry et Rau disent bien que c'est manquer de précision que de ne pas distinguer la cause et le motif, mais voici comment ils les distinguent: La cause de l'obligation, c'est la considération qui porte une partie à s'engager et le motif du contrat c'est le mobile qui la détermine à contracter.

C'est déjà assez subtil. Heureusement que les auteurs donnent un exemple qui, comme ils le disent, fait comprendre la distinction: A achète de B un cheval, dans l'intention d'en faire don à C. Cette in-

Source : BIU Cujas

tention est le motif qui, de fait, porte l'acheteur à contracter; mais elle ne constitue pas la cause de son obligation de payer qui consiste dans le désir d'acquérir la propriété du cheval formant l'objet du contrat.

Ainsi Aubry et Rau distinguent d'abord le mobile du contrat et la cause de l'obligation. Le motif s'attacherait au contrat; la cause s'attacherait à l'obligation. Le mobile est variable, la cause est toujours identique à elle-même.

Si nous nous reportons aux auteurs causalistes modernes, et notamment au livre de MM. Colin et Capitant, nous y voyons reproduite également l'opposition entre le motif et la cause. Elle est présentée dans des conditions un peu différentes. On voit dans le livre de MM. Colin et Capitant que le motif c'est le mobile personnel à chaque individu, et qui il varie suivant chaque contractant. Sur ce point il y a une différence avec la théorie d'Aubry et Rau. C'est que MM. Colin et Capitant distinguent le contrat et l'obligation, et, d'autre part, le motif et la cause dans l'obligation. La cause est, nous disent-ils, le motif qui résulte pour chaque obligation de la nature du contrat.

La cause dans les différents contrats.

Ici nous voyons apparaître une notion, (la nature du contrat), que j'ai signalée tout à l'heure dans la définition de M. Bufnoir, et qui, alors, va résulter de la troisième opposition à laquelle on va arriver. Mais avant d'en venir à cette troisième opposition, il faut dire dans la doctrine d'Aubry et Rau, comme d'ailleurs dans celles de tous les causalistes, comment on entendait, d'une façon positive ces éléments résultant de la nature du contrat", qui constituent "le motif juridiquement suffisant de l'obligation." Il n'est pas besoin d'insister sur ce point qui est développé dans tous les livres. On dresse une échelle double avec l'ensemble des contrats: on distingue d'un côté les contrats à titre gratuit, les contrats de bienfaisance, disent Aubry et Rau, et de l'autre les contrats intéressés.

"Dans les contrats de bienfaisance, l'intention d'exercer un acte de libéralité ou de rendre un service constitue une cause suffisante d'engagement" écrivent aubry et Rau. Autrement dit, dans des contrats de bienfaisance, comme la donation, ce qui est la cause c'est, comme l'on dit, l'animus donandi, l'intention libérale.

Dans les contrats intéressés, continuent Aubry

Source : BIU Cujas

et Rau, „la cause pour chacune des parties, se trouve dans l'avantage qu'elle entend se procurer, eu égard à la nature de la convention et par l'effet direct qu'elle doit produire". Nous voyons toujours apparaître la nature de la convention.

Les auteurs ajoutent : Cet avantage peut consister soit dans une prestation certaine ou éventuelle à obtenir par l'autre partie, soit dans la libération d'une obligation.

On ajoute parfois, à la distinction précédente une troisième branche. On distingue parfois, dans notre droit, le contrat dit réel et le contrat dit consensuel. Dans les contrats dits réels la cause c'est, pour celui qui est obligé de rendre la chose, la prestation qui lui en a été faite, la res. Dans les contrats consensuels, la cause de l'obligation de l'une des parties c'est, (sauf d'ailleurs des distinctions qu'on verra plus loin) l'obligation de l'autre partie, dont l'exécution doit s'opérer dans l'avenir.

Voilà ce que l'on fait rentrer, par conséquent, d'une manière positive, dans cette notion de la cause, comme résultat de l'opposition entre cause et motif.

Opposition entre la cause efficiente, la cause impulsive et la cause finale

Il surgit alors une troisième et dernière opposition, la plus délicate, mais certainement la plus fructueuse à analyser dont l'exposé doit nous conduire aux meilleures conclusions, née d'une distinction faite par des auteurs importants, notamment M. Demolombe, Tome 24; Beudant : Cours de Droit civil français; et Bufnoir : Propriété et contrat. C'est l'opposition entre la cause dite efficiente, la cause dite impulsive ou occasionnelle et la cause dite finale.

La cause du C.C., d'après ces auteurs, c'est la cause finale, et elle se différencie à la fois, et de la cause efficiente, et de la cause impulsive ou occasionnelle. Qu'est-ce que donc que ces trois sortes de causes ?

La cause efficiente, c'est la causa civilis des interprètes du droit romain, c'est-à-dire la source des obligations, ou, comme le disait Beudant, le fait juridique auquel est reconnu la vertu de créer le vinculum juris, de lier les parties. C'est bien ce que Aubry et Rau indiquaient au début de leur § 345, quand ils parlent de solennités et de faits à l'accomplissement ou à l'existence desquels la législation romaine avait subordonné l'efficacité des conventions : C'est l'élément générateur de l'obligation.

Telle est la cause efficiente, et il ne faut pas confondre la cause du C.C. avec cette cause efficiente. Au-

Source : BIU Cujas

jourd'hui, après la disparition du formalisme en droit français, la cause efficiente, c'est le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit, mais à l'encontre du droit romain, sans formalisme, sans res, dans le contrat c'est le consentement des parties.

Quant à la cause impulsive ou occasionnelle, c'est l'élément qui pousse à agir à l'occasion, élément qui varie suivant les circonstances; la cause impulsive ou occasionnelle n'est pas autre chose que ce que la doctrine appelle le motif.

La cause finale enfin, par conséquent suivant nos auteurs, ce serait, à contrario - et c'est là qu'apparaît l'opposition - la cause qui n'est ni efficiente, ni impulsive ou occasionnelle. C'est la forme négative de la définition. Mais au point de vue positif, la cause apparaît comme un élément qui se surajoute à la volonté. La cause finale c'est quelque chose qui vient se surajouter à la volonté, suite d'une évolution à la fois sociale et technique, qui va alors nous en préciser la notion.

La notion de cause finale: but immédiat et direct qu'ont eu les parties en s'obligeant.

Demolombe est l'un de ceux qui ont le mieux présenté la notion de la cause finale (Tome 24. p. 329 et suivantes, de son Traité de Droit civil) notion qui est résumée en grande partie dans le Tome II du supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, de M. Bonnecase (n° 546)

"La cause dont le C.C. s'occupe dans les art. 1108 et 1131, écrit Demolombe, c'est celle qui détermine essentiellement les parties à s'obliger, le but direct et immédiat que les parties se proposent d'atteindre en s'obligeant, c'est en un mot la cause finale de l'obligation elle-même".

A quoi correspond l'opposition, entre d'une part, la cause finale et la cause efficiente, et d'autre part la cause finale et la cause impulsive.

Distinction de la cause finale et de la cause efficiente.

La cause finale se distingue de la cause efficiente en ce que celle ci est antérieure à l'obligation, puisque l'obligation en naît, tandis que l'autre est "projetée en avant" comme dit M. Capitant, est dans l'avenir; c'est le but poursuivi par les parties. La cause efficiente c'est l'élément générateur du contrat; c'est ce qui fait, comme dit Demolombe, que le contrat se forme et devient susceptible de produire une action en justice. C'est l'élément générateur du contrat et aussi l'élément générateur de l'obligation, car sur ce point on ne peut apercevoir de distinction. La cause efficiente c'est la causa civilis des interprètes du droit ro-

Source : BIU Cujas

main. Au contraire, la cause finale c'est le but visé par les parties, but qui sera atteint par l'exécution de l'obligation de l'autre partie dans le contrat synallagmatique.

Distinction de la cause finale et de la cause impulsive.

L'opposition, d'autre part, entre la cause finale et la cause impulsive ou occasionnelle peut se traduire par trois ou quatre différences, la quatrième étant susceptible d'être contestée.

Permanence de la cause finale.

En premier lieu, la cause impulsive ou occasionnelle est d'ordre contingent, la cause finale est d'ordre permanent, c'est à dire que la cause occasionnelle varie suivant les occasions et les circonstances; la cause finale est invariable et permanente; elle est toujours la même dans un contrat déterminé.

Identité de la cause finale.

2° La cause occasionnelle ou cause impulsive est d'ordre individuel, varie non seulement suivant les occasions mais aussi suivant les individus, deux individus ne pensant pas de la même façon, même dans une occasion pareille. Au contraire la cause finale est détachée de l'individu; elle constitue un élément qui reste toujours le même, quel que soit l'individu qui passe le contrat ou l'acte juridique envisagé.

La cause finale est intrinsèque à l'obligation.

3ème différence: la cause occasionnelle ou impulsive est, dit-on, extrinsèque à l'obligation ou au contrat. Elle est d'ordre extérieur, externe, elle dépend de faits, d'événements qui sont en dehors du rapport contractuel. Au contraire la cause finale est intrinsèque à l'obligation, elle en forme un élément constitutif.

Voilà les trois principales différences entre la cause finale et la cause occasionnelle. Un certain nombre d'auteurs ajoutent une quatrième différence, Demolombe, notamment, indique que la cause occasionnelle ou impulsive, s'attache au contrat, tandis que la cause finale s'attache à l'obligation. On a déjà, à propos de la distinction de la cause et du motif, indiqué cette théorie. Nous avons montré précédemment qu'Aubry et Rau distinguent la cause et le motif, en ce que la cause de l'obligation, c'est la considération qui porte une partie à s'engager (§ 344, note 2) c'est-à-dire à entrer dans l'obligation; au contraire, le motif, c'est le mobile qui détermine la partie à contracter.

Distinction de la cause finale et du mobile celui-ci s'attachant au contrat et l'autre à l'obligation.

Par conséquent la cause impulsive ou occasionnelle se rattacherait à l'obligation. Comme dit Demolombe, toutes deux répondent au pourquoi du contrat, mais le motif répond à la question cur contraxit, et la cause répond à la question cur promisit. C'est toujours le cur debetur, mais il y a une sous-distinction: le

© au contrat, la cause finale se rattacherait

Source : BIU Cujas

mobile répond au contrat, la cause répond à l'obligation.

Cette quatrième différence n'est pas relevée chez tous les auteurs. On la donne pour compléter le tableau, afin qu'on se rende bien compte ce que, à la fin du XIXe siècle, les auteurs appelaient cause finale, par opposition à la cause impulsive ou occasionnelle.

La notion de la cause finale a été exposée pour la dernière fois et avec une clarté magistrale par Beudant, mort en 1895, et par Bufnoir, mort en 1898. La doctrine de ces deux maîtres, qui est leur dernier mot sur la notion de cause, et notamment de cause finale, jette une lumière très grande sur cette question.

La notion de cause finale prise chez Beudant, comme élément supplémentaire exigé pour que le consentement oblige. - Son caractère social.

Beudant, dans son Traité de Droit civil, Tome Ier p. 110 et suivantes, indique que cette notion de la cause conçue comme cause finale, était le dernier terme d'une évolution dont le point de départ était la cause efficiente. Il y a là à la fois une vue historique et une vue sociologique. Beudant nous rappelle en effet, sur le terrain de l'histoire, que c'était la cause des obligations pour les jurisconsultes romains et pour les commentateurs. La cause des obligations, c'est la cause efficiente, c'était leur source même, le fait juridique auquel était reconnue la vertu d'engendrer le vinculum juris, c'est-à-dire la vertu de lier les parties. Cette cause, sauf les exceptions que nous connaissons des contrats consensuels et des pactes, cette cause était formaliste.

Lorsque le point de vue changea, lorsque le formalisme fut écarté, lorsqu'en France triompha le consensualisme, la volonté des parties, dit Beudant, n'a cependant pas été considérée comme produisant des effets aussi complets que le negotium juris* la volonté des parties n'a pas été considérée comme tenant lieu à elle seule, de l'élément qui explique et rend légitime la convention.

* admis jusque la comme cause suffisante des obligations. d la différence du négotium juris.

Et il terminait ainsi : si elle (la volonté des parties) 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. Autrement dit, lorsque l'on a admis la règle solus consensus obligat, on a n'a pas estimé que le consentement en lui-même fut suffisant pour obliger. On a ajouté un élément ; c'est la nécessité pour le créancier de justifier d'un pourquoi, la nécessité de pouvoir, à tout moment, dire à la jus-

Source : BIU Cujas

tice, en cas de contestation, la raison d'être du contrat. Parce que, ajouta Beudant, il faut que cette raison d'être soit possible et licite.

Par conséquent, dans la doctrine de Beudant, on voit naître cette idée que la cause est quelque chose qui se surjoute au consentement, que le simple consentement ne suffit pas pour engager, qu'il y a un élément différent de la volonté qui s'adjoint à elle, et que cet élément nouveau se surajoutant à la volonté est indispensable pour que le contrat puisse lier en justice.

Parallèlement à la doctrine de Beudant, Bufnoir présentait la même idée sous des termes un peu différents, qui complètent heureusement la théorie de son émule. (Propriété et contrat, p. 528, Cf. M. Bonnecase, N° 548 p. 676) La cause, disait Bufnoir, est comme un élément subjectif qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige. Nous sommes comme en face de la doctrine de Beudant, en présence d'un élément nouveau, d'un élément qui se surajoute à la volonté. Mais Bufnoir dit: cet élément est subjectif. Beudant envisageait le côté social, Bufnoir va envisager le côté psychologique

la cause finale chez Bufnoir, considérée comme un élément subjectif venant compléter la volonté de celui qui s'oblige. Son caractère psychologique.

Il s'oblige, ajoutait Bufnoir; ce n'est qu'une partie de sa volonté. En réalité il s'oblige pour atteindre tel résultat qu'il attend du contrat (dans le cas de contrat synallagmatique) ou encore parce que tel résultat se trouve déjà réalité (dans le cas d'un contrat réel). Telle est, ajoutait-il, „telle est sa volonté prise dans son unité psychologique."

Il y a donc, non pas à proprement parler un élément qui se surajoute à la volonté, suivant Bufnoir, mais une volonté scindée en deux: d'une part, la volonté de s'obliger, qui est une partie de la volonté, et puis la volonté d'atteindre le résultat, ou de s'obliger parce qu'un résultat est déjà atteint. C'est l'ensemble qui forme la volonté.

Mais dans cette volonté, et dans son ensemble psychologique, il y a des éléments multiples qui s'enchaînent les uns aux autres et se servent de cause mutuellement. Il fallait donc établir „une ligne de démarcation" parmi les éléments constitutifs de l'intention, sinon le but le plus lointain aurait pu comme le plus immédiat, entrer en compte pour la valeur de la convention.

Bufnoir indique qu'il y a dans la série des causes, dans la série des mobiles qui poussent l'in-

Source : BIU Cujas

dividu à contracter, une démarcation à faire. Pourquoi ? parce que, ce qui est mis en question par l'institution de la cause c'est la validité même de la convention. Si l'on prenait en considération toute la série des motifs, une convention serait une chose bien fragile ; toute convention pourrait tomber trop facilement. Pour maintenir la sécurité des transactions, il fallait établir cette coupure, cette ligne de démarcation dans la chaîne des causes.

Voilà la doctrine de nos deux auteurs. L'un s'inspire d'une donnée spéciale. La cause finale, il faut la révéler au juge, le seul consentement n'étant pas assez puissant pour obliger ; il ne peut à lui seul, se substituer à l'ancienne causa civilis des Romains ; il lui faut cet élément nouveau.

La doctrine de Bufnoir, c'est celle de l'unité psychologique de la volonté, l'analyse y distinguant deux éléments : l'intention de s'obliger d'une part, et, d'autre part, le but immédiat que l'on poursuit en s'obligeant ; mais but dégagé par une ligne de démarcation qui, dans la volonté scindée, sépare ce qui est immédiat de ce qui au contraire, est trop lointain. Mais ceci est subjectif, ajoutait Bufnoir, et l'élément retenu doit être pris intrinsèquement dans la volonté elle-même

Tel est le dernier mot auquel en étaient venus les deux grands professeurs de la Faculté ; et l'un et l'autre, s'accordaient en fin de compte, pour reconnaître que cet élément appelé cause, qui était la cause finale, était lié à la nature de la convention ; que cet élément donnait à la convention sa nature à raison du but poursuivi

La doctrine classique dans sa dernière formule.

La dernière formule de cette théorie classique a été résumée par M. Bonnecase, n° 550, p. 679 du Tome II au supplément de Baudry-Lacantinerie, dans les termes suivants : *la cause était le but abstrait et immédiat, rigoureusement identique dans tous les actes juridiques ressortissant à la même catégorie que poursuivent fatalement l'auteur, ou les auteurs d'un acte juridique déterminé.*

La réaction doctrinale ou jurisprudentielle contre

Voilà la manière la plus claire d'exposer la théorie classique. Maintenant il va nous falloir la juger, car un grand procès s'est institué sur cette notion classique de la cause, telle que l'avaient comprise et exposée les livres et les maîtres de la fin du XIXe siècle. Ce procès se présente sous deux faces : doctrinalement et jurisprudentiellement.

Source : BIU Cujas

La doctrine anti-causaliste prétendant que la cause est inutile.

En doctrine, au système causaliste, s'oppose le système anti-causaliste; à ceux qui sont partisans de la théorie de la cause et de l'institution de la cause, s'opposent, sur le terrain doctrinal, ceux qui estiment que la théorie de la cause, que l'institution même de la cause ne répond à rien rationnellement et est pratiquement nuisible. Voilà la première bataille qu'ont à soutenir les causalistes.

La jurisprudence ramenant l'idée de cause à celle de motif.

Mais le problème présente une autre face: la face jurisprudentielle, et ici la controverse est très différente. La jurisprudence admet bien l'idée de cause, mais pour elle cause et motif c'est tout un, ou à peu près. Certes on ne peut pas dire absolument que la jurisprudence assimile entièrement la cause au motif, mais - et c'est la formule qui, il nous semble, résume le mieux la pensée des juges français - la cause ce n'est pas la cause finale, mais c'est la cause impulsive et déterminante; et le système de la cause finale est un système artificiel. Le système qui se dégage des arrêts, c'est le système qui fait de la cause non pas le but abstrait envisagé sous la forme théorique qui vient d'être exposée, mais le but concret et vivant qu'est le mobile, qu'est le motif.

Ainsi, d'une part les causalistes se trouvent en présence d'antagonistes qui leur disent: la cause est inutile et encombrante, il faut la mettre de côté; et quand ils se retournent vis-à-vis de la jurisprudence, ils voient des arrêts qui proclament: la cause c'est le motif. Telle est la double controverse dans laquelle nous allons avoir à prendre partie, en s'inspirant des principes généraux dont on a déjà tiré des solutions dans les problèmes soulevés par le mécanisme du contrat.

Examen de la cause anti-causaliste.

On va donc prendre tout d'abord la controverse doctrinale. C'est une grande bataille qui s'est engagée sur quatre terrains: sur le terrain rationnel, sur le terrain historique, sur le terrain de l'utilité pratique; sur le terrain de la liberté individuelle. Voilà les quatre grands points sur lesquels ont porté les critiques des auteurs anti-causalistes, et les quatre points sur lesquels leur répondent les auteurs partisans de la cause.

Avant d'entrer dans la controverse, disons un mot sur ce qu'il faut entendre par auteurs causalistes et auteurs anti-causalistes. On a déjà donné les noms des principaux causalistes: Aubry et Rau, Demolombe, Baudant, Bufnoir, Colin et Ca-

Source : BIU Cujas

pitant.

La thèse anti causaliste est assez ancienne, bien que ce soit surtout l'apparition du Tome II du Manuel élémentaire de droit civil de M. Planiol, (n° 1032 et suiv) qui ait attiré l'attention sur la thèse anti causaliste, par l'autorité avec laquelle M. Planiol l'expose. Mais déjà en 1826 un professeur de Liège : Ernst (Bibliothèque du Jurisconsulte et du publiciste) avait soutenu la thèse (on la trouvera résumée dans le livre de M. Bonnecase), thèse qui avait soulevé des critiques passionnées en Belgique, mais qui avait été bien accueillie en Hollande. Le jurisconsulte Laurent, dans son grand Traité de droit civil apporta l'appui de son autorité à cette thèse, (Tome 16, n° 111) en déclarant que la théorie du C.C. sur la cause n'était „pas juridique". Après lui la même théorie fut encore soutenue. Mais la thèse de Laurent avait reçu, de par Laurent lui-même un désavantage sérieux : dans son avant projet de C.C., établi en 1881, Laurent avait maintenu les articles du code sur la cause, reconnaissant qu'il était resté isolé dans la doctrine et qu'il ne pouvait pas faire prévaloir son opinion individuelle sur celle de l'unanimité de ses contemporains.

Depuis lors, M. Cornil, en 1890, a repris la thèse de Laurent à propos de la révision du C.C. en Belgique, et en 1919, M. Dabin à l'Université de Liège, soutenait une thèse anti-causaliste.

Ce mouvement belge avait à peu près passé inaperçu en France. Cependant deux thèses de doctorat de MM. Artur et Zimbal citaient l'opinion anti-causaliste. M. Zimbal reproduisait même en partie la théorie de Ernst. MM. Huc et Barde épousèrent également la thèse anti-causaliste, et c'est alors que parut le livre de M. Planiol.

Telle est la phalange anti-causaliste qui, depuis, s'est naturellement grossie de beaucoup de ceux qui ont l'habitude d'accourir à la victoire. Mais la victoire n'était pas décisive, et les causalistes n'étaient pas sans réplique. Retraçons maintenant la bataille dont il faut connaître les différentes péripéties.

Les critiques des anti-causalistes.

1° sur le terrain rationnel : la notion de cause est inutile parce qu'elle se confond avec l'objet ou le consentement.

1° Sur le terrain rationnel, c'est-à-dire sur le terrain du raisonnement logique, les anticausalistes critiquent l'existence de l'institution de la cause comme inutile, parce qu'elle se confond avec l'un des autres éléments essentiels de l'obligation, c'est-à-dire soit avec l'objet, soit avec le consentement. Il y a une démonstration devenue classique : les anti-causalistes estiment que la cause se confond avec l'objet, notamment dans les con-

Source : BIU Cujas

contrats synallagmatiques. Prenons, par exemple, la vente: l'objet de la vente, c'est la chose vendue. Les anti-causalistes disent que la chose vendue est à la fois l'objet et la cause. La chose vendue est l'objet de l'obligation du vendeur; la chose vendue est la cause de l'obligation de l'acheteur. Par conséquent, cause et objet, se confondent.

Il en est de même dans les contrats unilatéraux. On confond la cause avec la res promissa, avec la chose qui a été prestée et qui doit être rendue. Par exemple, dans le dépôt ou le louage de chose, en réalité, l'obligation du dépositaire, l'obligation du locataire, c'est de rendre la chose prêtée, la chose déposée, c'est-à-dire, l'objet même du contrat.

Quant à la confusion entre la cause et le consentement elle est manifeste, éclatante dans les actes à titre gratuit, et notamment dans le contrat de donation. Qu'est-ce donc que la cause des donations, des libéralités suivant la doctrine classique? c'est l'animus donandi. Or qu'est-ce encore que l'intention libérale, sinon le consentement du donateur? En quoi consisterait donc le consentement du donateur si ce n'était pas à proprement l'intention de gratifier le bénéficiaire?

Par conséquent, soit d'un côté soit de l'autre, la cause est inutile, la cause est un élément que le C.C. n'aurait pas du faire figurer dans son énumération. Il suffisait de parler de l'objet et du consentement.

Dans le contrat synallagmatique les 2 obligations naissent en même temps l'une ne peut être la cause de l'autre.

D'ailleurs ajoute-t-on, qu'est-ce que c'est dans le contrat synallagmatique, que ces deux obligations qui se servent réciproquement, mutuellement de cause? Comment, dit M. Planiol, comment imaginer deux obligations naissant simultanément, donne l'une donne naissance à l'autre? C'est inconcevable. Dire qu'une obligation engendre une autre obligation, c'est dire que lorsque deux jumeaux naissent, chaque jumeau a donné naissance à son co-jumeau. Il y a une erreur manifeste. Les deux obligations ne peuvent pas se servir de cause l'une à l'autre; elles sont engendrées au même moment.

Enfin dit-on, à quoi bon la notion de cause? Quand une convention est nulle à raison de la cause, elle est nulle à raison de l'objet dans les contrats synallagmatiques, elle est nulle à raison de la res dans les contrats réels.

Voilà sur le terrain rationnel, les arguments des auteurs anti causalistes. Pour développer toute leur pensée, nous allons montrer successivement,

Source : BIU Cujas

sur les autres terrains, leur argumentation, de manière à ce que l'on possède bien la vue d'ensemble leur théorie : nous verrons ensuite, point par point, les réponses des causalistes.

2° Sur le terrain historique, la théorie classique empruntée à Domat résulte d'une fausse interprétation du Droit romain.

2° Sur le terrain historique, M. Planiol notamment nous montre que la notion exposée, professée par la doctrine classique de la fin du XIXe siècle n'était autre que des notions empruntées à des passages d'ailleurs très obscurs de Domat et de Pothier. Or, dit M. Planiol, c'est Domat qui a été le véritable auteur de la théorie de la cause et Domat a exposé une théorie de son crû. Il a en somme essayé dans ses "Lois Civiles", de s'appuyer sur les textes romains, mais en les détournant de leur sens, et en leur faisant dire ce qu'ils ne disaient pas du tout.

La cause en Droit romain : titre de possession ou de propriété.

Qu'était ce que la cause en droit romain ? La causa en droit romain, était prise en considération pour justifier un fait de possession ou de propriété. Le mot causa correspondait au mot "titre : justa causa traditionis, c'était le juste titre qui faisait de celui qui avait bénéficié de la tradition de l'légitime titulaire. Si la cause n'était pas juste, on pouvait réclamer contre lui et se faire rendre le titre par la condictio sine causa. Lorsque la tradition avait eu lieu à la suite d'un contrat, la causa possessionis, la causa traditionis était le contrat lui-même ou tout au moins le contrat envisagé dans ceux des éléments proprement générateurs de l'obligation : les paroles dans la stipulation, l'écrit dans le contrat litteris, la res dans le contrat réel, le consentement dans le contrat consensuel et les pactes munis d'action.

Voilà ce que l'on appelait la causa à Rome. Même lorsque Gaius parlait de causa, ce mot était pris, comme il a toujours été pris, dans le sens de source de possession, dans le sens de source de propriété. Domat a détourné le mot de son sens ; il a imaginé une théorie en vertu de laquelle le contrat devenait une source d'obligation contenant un élément à part, qui se serait appelé la cause, et qui engendrait l'effet obligatoire. C'est Domat, par une analyse personnelle, arbitraire, de la notion de cause, la présentant comme la cause finale, qui aurait détourné le droit romain du sens qu'il avait. Traduisons la critique de M. Planiol dans les termes employés plus haut, en les empruntant à la doctrines du XIXe siècle, nous dirons : Domat a fait de la cause efficiente la cause finale, Domas a trouvé la cause efficiente dans les civilistes, dans le droit

Source : BIU Cujas

romain; comme les mots ne correspondaient plus à rien, il en a attaché le sens à la cause finale.

3° Sur le terrain pratique la cause gêne la transmission des rapports personnels et par conséquent nuit au crédit.

3° Sur le terrain de l'utilité pratique, la cause, disent les anti-causalistes, nuit à la transmission des droits personnels. L'utilité pratique exige la suppression de la notion de cause. Supposons un engagement de payer à raison d'une vente de marchandise. Pour la négociation de cet engagement l'acquéreur, le créancier, devra en vérifier la cause, c'est-à-dire devra vérifier si les marchandises existaient bien, si elles ont été livrées conformément au contrat, etc.. Un sous-acquéreur de la même créance, du même engagement devra se livrer à la même vérification.

La théorie de la cause exige donc, dans la transmission des droits personnels, un examen aussi dangereux que celui qui serait, disent les anti-causalistes, imposé à la monnaie, si la monnaie, au lieu de consister en espèces frappées, était encore en lingots dont il faudrait, à chaque paiement, vérifier le poids. La transmission des rapports personnels, avec la cause, oblige chaque acquéreur d'un engagement à examiner la validité de l'engagement initial.

Mais si l'on suppose, au contraire, un engagement sans cause, le crédit se trouve merveilleusement servi. Il n'y a plus en face de l'acquéreur qu'un engagement de payer, qu'un engagement de livrer des marchandises. Les tiers de bonne foi n'auront pas à examiner la source première de l'obligation. De grands avantages s'ensuivront pour la célérité de la transmission des engagements, leur sécurité, leur crédit. L'acte abstrait, c'est à dire l'acte qui ne tient son compte de la cause, c'est le véritable type de l'acte contemporain, permettant de transmettre avec rapidité, sécurité, les engagements personnels.

Alors on tire argument de la fréquence du billet non causé, et des institutions particulièrement intéressantes auxquelles l'acte abstrait a donné lieu dans certains pays, notamment en Allemagne, sous la forme de la promesse abstraite (art. 780 C.C. allemand) de la reconnaissance de dette (art. 781). Sans aller jusqu'en Allemagne, les titres négociables, et plus particulièrement les dettes souscrites au porteur se trouvent reposer chez nous, avec la fameuse règle de l'inopposabilité des exceptions, sur l'idée de la validité d'un acte qui circule, abstraction faite de sa cause.

Source : BIU Cujas

11° Sur le terrain de la liberté individuelle.

4° Enfin, dernier terrain sur lequel on controverse : celui de la liberté individuelle. Non seulement le crédit est lié à la disparition de la cause, mais encore on n'admet pas que l'autonomie de la volonté souffre l'impossibilité de détacher l'acte de sa cause. Ne pas permettre au débiteur de séparer sa promesse du but poursuivi apparaît comme une brèche à l'autonomie de la volonté, à la liberté individuelle. Saleilles dans "sa déclaration de volonté," p. 253 nous dit: "Toute la théorie de la cause tient dans cette idée que la délimitation du contenu d'un acte juridique échappe à l'autonomie de la volonté privée." Si l'acheteur a déclaré qu'il reconnait devoir telle somme déterminée, sans indiquer qu'il s'agit par exemple d'un prix de vente, il est regrettable que le juge ait le droit de rechercher et d'établir que cette promesse recouvrait une opération de vente. Cela ne regarde pas le tribunal; l'acheteur a voulu faire abstraction des causes de sa dette pour ne plus indiquer que sa volonté de payer. En quoi les tribunaux ont-ils à s'entremettre dans la volonté souveraine de l'individu ?

Telle, dans son ensemble, la thèse anti-causaliste. C'est une attaque redoutable. Nous allons voir comment les causalistes y ont répondu.

La théorie née causaliste. Ses réponses à l'attaque des anti-causalistes.

Avant d'en venir à la jurisprudence, il faut montrer comment les auteurs qui restent encore attachés au système classique, ou tout au moins à l'idée de cause, ont répondu ou tantôt de répondre à l'attaque des anti-causalistes. Nous allons nous placer sur les quatre terrains où portent les combats et voir, et sur le terrain rationnel, et sur le terrain historique, et sur le terrain de l'utilité pratique, et enfin sur celui de l'autonomie de la volonté comment répondent les auteurs qui se rattachent encore à la théorie de la cause.

1° Sur le terrain rationnel.

D'abord sur le terrain rationnel. Sur ce point un très grand nombre de raisonnements ont été mis en avant par les auteurs qui estiment que, du point de vue logique, du point de vue du raisonnement pur, l'idée d'une cause est susceptible d'être aperçue à côté du consentement et à côté de l'objet.

L'opinion de M. Bartin sur la distinction de la cause de l'objet et du consen-

Indiquons d'abord un raisonnement que l'on retrouve dans le travail de M. Bartin sur la condition impossible et illicite. M. Bartin déclare qu'il est facile de distinguer dans les contrats synallagmatiques, et dans les libéralités, la cause de l'objet et du consen-

Source : BIU Cujas

tement dans les contrats synallagmatiques et dans les libéralités.

tement. C'est ainsi que, considérant d'abord les contrats synallagmatiques, M. Bartin distingue la cause et l'objet de la manière suivante : Je promets : voilà l'objet; vous me devez quelque chose : voilà la cause. L'obligation a une cause et un objet; l'objet c'est ce que je dois; la cause c'est ce que vous me promettez. Le raisonnement permet donc de les distinguer d'une manière très nette. Ceci pour les contrats synallagmatiques.

En ce qui concerne la libéralité, avec beaucoup de souplesse, M. Bartin retourne le raisonnement et dit ceci : Je vous promets : voilà le consentement dans la libéralité, c'est l'animus donandi; je ne vous demande rien en échange : voilà la cause.

Ainsi, par ce double raisonnement, on arrive à justifier, sur le terrain de la logique, l'idée d'une cause distincte de l'objet dans le contrat synallagmatique, distincte du consentement dans la libéralité.

La théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques d'après MM. Colin et Capitant.

MM. Colin et Capitant se placent à un autre point de vue. Ils estiment dans le contrat synallagmatique, que ce qui constitue la cause, ce n'est pas comme on le dit à tort, l'obligation de l'autre partie (par exemple, dans la vente, la cause de l'obligation du vendeur étant l'obligation de l'acheteur de payer le prix). Non; ce n'est pas à proprement parler l'obligation, c'est l'exécution de cette obligation qui constitue la cause véritable, c'est-à-dire non pas la promesse d'un prix, mais le paiement du prix. Il y a là une nuance qui, par conséquent, oppose entre elles l'obligation et l'exécution de l'obligation.

Distinction de certains auteurs entre l'objet et l'obligation du contrat.

De même, et d'une façon assez rapprochée, certains auteurs disent qu'il faut éviter de confondre, dans le contrat synallagmatique, l'objet et l'objectif : l'objet, c'est ce sur quoi portent les obligations, et, en ce sens, dans un contrat synallagmatique, on peut dire qu'il y a pluralité d'objets : dans la vente, il y a l'obligation du vendeur, il y a l'obligation de l'acheteur, cela fait donc deux objets. Mais quand on envisage le contrat, il y a une unité de cause, parce qu'il y a unité d'objectif qui est de la part des deux contractants, de passer un contrat de vente. La nature du contrat : voilà la cause; les différentes obligations : voilà l'objet.

De la nécessité de l'idée de cause pour expliquer

On fait observer encore - et sur ce point M. Capitant a très fortement insisté dans son livre sur la cause - combien l'idée de cause est nécessaire dans le

Source : BIU Cujas

la liaison des obligations dans le contrat synallagmatique.

contrat synallagmatique. Deux obligations sont séparées : l'obligation de donner une somme d'argent, l'obligation de transférer la propriété d'un meuble ou d'un immeuble. Qu'est-ce qui réunit ces deux obligations ? Qu'est-ce qui fait qu'elles ne forment qu'un tout ? qu'est-ce qui les explique l'une par l'autre ? C'est l'idée de cause. Si on les prenait séparément, on apercevrait bien un objet à chaque obligation mais on ne saurait pas pourquoi ces deux obligations existent. L'idée de cause explique et explique seule pourquoi, dans la convention, les deux obligations sont réunies pour former un contrat synallagmatique.

Solutions relatives aux contrats synallagmatiques (nullité pour erreur incorpore sur la nature du contrat, exceptio non contractus, revolution....) qui permet d'expliquer la théorie de la cause.

Il faut remarquer, ajoute M. Capitant, que c'est la seule idée de la cause qui permet de lier le sort de l'une des obligations avec le sort de l'autre. C'est grâce à la notion de cause que si l'une des obligations manque d'un élément essentiel, l'autre obligation tombe. Par exemple, s'il y a erreur sur la chose, objet d'une des obligations, ce qu'on appelle l'erreur-in ipso corpore rei : l'un a visé une chose, et l'autre a visé une autre, l'acheteur voulait (en empruntant l'exemple classique du droit romain) le fonds Sempronien, le vendeur a cru qu'il s'agissait du fonds Cornelien. Pour que l'une des obligations tombe, que l'autre soit considérée comme inexistante, il faut bien qu'il y ait un lien entre l'obligation du vendeur et l'obligation de l'acheteur, sans quoi l'erreur commise sur l'objet de la vente ferait bien tomber l'obligation du vendeur, mais ne ferait pas tomber l'obligation de l'acheteur, qui resterait toujours engagé à payer le prix.

De même, s'il y a eu erreur sur la nature du contrat (l'un croyait qu'il s'agissait d'une vente, l'autre croyait qu'il s'agissait d'un louage) on ne peut faire tomber corrélativement l'obligation de l'un que si l'on peut faire tomber également l'obligation de l'autre. C'est la cause, et la cause seule qui permet de lier le sort de l'une et l'autre des obligations.

Mais il y a plus. Au cours de la vie contractuelle, dans un contrat synallagmatique, les obligations sont liées l'une à l'autre : par exemple l'exception non adempleti contractus, qui donne à l'un des contractants le droit de ne pas exécuter sa promesse lorsque l'autre n'exécute pas la sienne, ne reçoit historiquement et rationnellement son explication que dans la théorie de la cause et dans la théorie de

Source : BIU Cujas

la cause seule.

De même, la résolution pour cause d'inexécution des conventions, qui trouve aujourd'hui sa place dans l'art. 1184 du C.C., cette institution qui vient du droit canonique et de l'ancien droit, est particulièrement intéressante, ne s'explique également que par l'idée de cause. C'est parce que les deux obligations sont soudées, et que cette soudure s'est opérée initialement par l'idée de cause, ce n'est que grâce à ce lien que l'on peut considérer que les deux opérations sont connexes que si l'une vient à être inexécutée l'autre doit disparaître.

De même encore, dit M. Capitant, on explique par l'idée de cause la dispense d'exécution dont bénéficie du cocontractant lorsqu'il y a un cas de force majeur qui exempte la contre partie. Là encore les deux opérations sont liées, et si l'une des obligations reçoit une excuse, si l'on permet de ne pas l'exécuter, il doit être également permis de ne pas exécuter l'autre obligation.

Si bien, en somme, que l'idée mise en avant par M. Planiol, que les deux obligations ne peuvent pas se servir de cause, parce qu'on ne saurait concevoir qu'elles s'engendrent l'une l'autre, est une image frappante, dit M. Capitant, mais elle n'est pas exacte. Car les deux obligations ne naissent pas l'une de l'autre, elles naissent ensemble, mais du contrat, et en réalité le contrat résulte de leur mutuel appui. Elles s'étreignent, elles se conjuguent; en réalité il y a moins mise au monde qu'union, et, pour le contrat synallagmatique, l'image de M. Planiol a confondu l'accouchement avec le mariage.

Voilà une série de dissertations, très subtiles, très fines, qui viennent à l'appui de la théorie de la cause. Toutefois, c'est sur le terrain rationnel, dans une direction très différente que la théorie de la cause s'est engagée aujourd'hui avec M. Capitant, et son livre a apporté aux causalistes le renfort le plus énergique, a déterminé une réaction à l'encontre de M. Planiol et a provisoirement rétabli la situation

La notion de cause d'après M. Capitant : but visé dans la manifestation de volonté. Elle n'est pas pure-

C'est parce que M. Capitant a fait appel à une idée nouvelle très intéressante, mais qui sort peut-être du cadre traditionnel, du cadre de la conception subjective. Cette notion nous la rencontrons dans le livre de M. Capitant, dans un certain nombre de passages, qui constituent le fond même de son livre et de sa doctrine. M. Capitant lie la notion de cause à la manifesta-

Source : BIU Cujas

-ment subjective et prend un terrain objectif.

tion de la volonté. La cause, suivant M. Capitant, c'est le but visé dans la manifestation de volonté, créatrice de l'obligation. La cause, écrit-il à la page 15 n°6, „est comme le consentement d'ordre psychologue, mais elle établit un rapport entre la volonté et un fait extérieur, étranger à celle-ci, que le débiteur a eu en vue". Par là, ajoute-t-il, „elle n'est pas purement subjective, elle prend un caractère objectif."

Qu'est-ce que cela veut dire ? Nous en trouvons l'explication pp. 11 à 13 : "Le contrat est un accord de volontés, et c'est l'accord des volontés qui en détermine le contenu. Tout ce qui a été convenu entre les intéressés, tout ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat."

Ainsi pour M. Capitant, la cause va résulter du contenu du contrat, va résulter du contenu de l'accord des volontés, du contenu exprimé par les volonté manifestées. Tout ce qui sera extérieurement manifesté par le concours des volontés sera dans la convention. Qu'est-ce ce sera donc que la cause ? Ce sera le but que cet accord fera apparaître, le but qui résultera des termes employés par les parties, qui résultera de l'accord passé par elles. Ce but sera objectivé par la manifestation de la volonté.

La différence entre la cause et le motif.

Alors on aperçoit la différence entre le simple motif et la cause. Le motif à la différence du but (p. 12) ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur, il n'a rien de juridique, il est antérieur à l'accord des volontés. C'est un facteur psychologique, qui n'est pas compris dans l'acte de volonté, créateur de l'obligation. Tandis que la cause est partie intégrante de cet acte de volonté.

La thèse semble donc très claire : l'accord des volontés détermine le contenu du contrat ; tout ce qui est dans le contenu du contrat concerne la psychologie des parties, le consentement, et concerne leur but ; la cause, c'est le but qui se dégage du contenu du contrat, tandis que le motif est l'impulsion antérieure au contrat, qui a amené l'accord des volontés, mais qui n'y est pas compris, qui n'y a pas été exprimé, qui ne résulte pas de l'accord des volontés

Telle est la thèse, et, il faut bien le remarquer, cette thèse n'est pas spécial au contrat synallagmatique, elle vise également, et d'une façon très frappante, la libéralité, les actes à titre gratuit. Sur le terrain de la libéralité, les anti-causalistes avaient la partie belle, en disant qu'il y a confusion sur

Source : BIU Cujas

ce point dans la doctrine classique, entre l'animus donandi et le consentement, l'un et l'autre ne faisant qu'un; la notion de la cause dans les libéralités est donc inutile.

La cause dans la libéralité.

Suivant la théorie de M. Capitant, (nos 31 et suivants), on va rechercher dans la libéralité s'il n'y a pas, à côté de l'animus donandi, un élément d'ordre psychologique, toujours, mais qui est manifesté dans la libéralité elle-même, et qui indique un but déterminé, qui fait connaître qu'en donnant on n'a pas seulement donné par esprit de libéralité, mais on a donné en poursuivant un but déterminé, par exemple en voulant faire une libéralité à une personne que l'on croit être son parent, à une personne que l'on peut croire vous avoir rendu un service, à une personne à qui l'on demande d'accomplir une charge ou une condition.

Ainsi s'opposent sur le terrain de la libéralité, ce que M. Capitant appelle les libéralités gracieuses d'une part, celles où il n'y a vraiment que l'animus donandi et les libéralités poursuivant un but déterminé, indiqué dans le contrat, indiqué dans la libéralité, ou résultant d'une façon très nette, de l'acte, des paroles prononcées.

Nous apercevons fort bien qu'il y a, à côté du consentement, dans la manifestation de volonté, un élément extérieur, un élément nouveau, et ceci étaye la doctrine classique. Pour les contrats réels, Cf. le livre de M. Capitant, et on verra qu'on peut assimiler le contrat réel soit à un acte synallagmatique intéressé, soit à la libéralité. Enfin on peut analyser les actes compliqués, comme le cautionnement par une explication particulière.

Voilà dans l'ordre rationnel, la dernière forme de la théorie causaliste. On aperçoit fort bien qu'avec une thèse de ce genre, toutes les objections invoquées sur ce terrain par les anti-causalistes se trouvent anéanties. La cause se distingue de l'objet, la cause se distingue du consentement; elle a une utilité juridique, on l'aperçoit même en dehors de toute autre considération d'utilité pratique. Mais on indiquera plus loin ce qui peut faire hésiter à adopter cette doctrine: c'est son caractère objectif.

2° réponse aux anti-causalistes sur le terrain historique.

Pour continuer l'exposé de la réponse des causalistes, plaçons nous maintenant des autres arguments présentés par les anti-causalistes sur le terrain historique. C'est le second point qui doit être

Source : BIU Cujas

exposé.

Nous avons montré que M. Planiol prétendait que, sur le terrain historique, la théorie de la cause avait été inventée de toutes pièces par Domat, et que Domat avait déformé, aux fins de sa doctrine, les textes du corpus juris civilis. M. Capitant, notamment dans les pp. 65 et suivantes, expose avec la collaboration de M. Le Brao, au point de vue du droit canonique, qu'il en a été tout à fait différemment. Les anciens civilistes ont commis une erreur très grave en n'examinant pas les précédents historiques auxquels se rattache la théorie de Domat.

Lien étroit au point de vue historique entre la théorie de la cause et l'introduction en droit français du consensualisme.

Domat, en effet, n'a pas présenté sa théorie comme une innovation. Les „Lois Civiles" ne donnent nullement les passages en question comme quelque chose qui n'aurait pas eu de précédent, mais bien plutôt comme la suite d'une évolution séculaire. En effet, les recherches historiques permettent aujourd'hui de rattacher très étroitement la théorie de la cause à l'introduction dans notre droit du consensualisme, de la règle que nous connaissons : solus consensus obligat. C'est la doctrine canonique qui a introduit en France - et, sous son influence, dans les autres pays - la règle que le consentement oblige, et qu'il n'est point nécessaire de passer une formalité pour qu'un contrat existe.

La cause tempérament apparté par le canoniste au principe du caractère obligatoire du pacte nu.

Mais les canonistes n'ont pas admis le principe sans deux tempéraments très sérieux. En premier, en matière de promesse unilatérale. Les canonistes ont bien admis que le pacte nu, que le nudum pactum oblige, indépendamment de toute solennité, mais à la condition que l'on puisse dire devant le juge de conscience qu'était le juge ecclésiastique, la raison, le pourquoi du pacte, de la promesse faite. Jamais le droit canonique n'a admis que la promesse serait valable sans que l'on ne puisse pas dire - et sans que l'on ne soit pas obligé de dire - pourquoi on a passé la promesse.

En effet, il était inconcevable que l'on sanctionnât l'obligation de conscience, si le juge ne pouvait pas examiner, dans tous ses détails, la raison de la promesse faite, et savoir si cette promesse ne se rattachait pas à des causes, à des motifs, à des raisons contraires à la loi canonique, contraire à la conscience elle même. C'est ce que l'on vit sanctionner au début du XIIIe siècle. On se demanda notamment

Source : BIU Cujas

à propos des promesses écrites, dont on prenait demandait en cour ecclésiastique l'exécution obligatoire à quelles conditions ces promesses unilatérales étaient valables.

La réponse se trouve dans le fameux canon Si cautio de Grégoire IX. (M. Capitant, n° 66 p. 128) qui ne fait que reprendre des doctrines qui se trouvaient dans le corpus juris civilis. Il exprime l'idée que : en face d'une promesse qui ne fait pas connaître le motif (ce que les jurisconsultes romains appelaient la cautio discreta), celui qui s'en prévalait devait exposer la raison pour laquelle il y avait une promesse souscrite ainsi par écrit.

Donc l'adversaire peut tenu de montrer quelle est la dette qui se trouve contenue dans la cautio discreta. C'est à cette démonstration et aux raisons pour lesquelles repose la promesse unilatérale que l'on a donné, en droit canonique, le nom de cause, et c'est la doctrine du *pactum nudum a solemnitate id non nudum a causa*, le pacte nu à raison de la solennité, mais non nu à raison de la cause. Un pacte peut être nu, c'est à dire être dégagé de tout formalisme, mais à la condition qu'il réponde à un motif légitime, à une raison acceptable en cour ecclésiastique. La raison acceptable en cour ecclésiastique, c'est la causa, c'est cette cause qui justifie cette obligation de conscience, que l'on retrouve dans tous les écrits canonistes.

La règle non servandi fidem non est fides servanda dans le droit canonique en matière de contrat synallagmatique.

En second lieu, dans les contrats synallagmatiques, les canonistes font prévaloir, également au XIIIe siècle, une règle que l'on retrouve dans un ouvrage canoniste très autorisé : la Somme d'Hostiensis (n° 68 p. 133 du livre de M. Capitant). C'est la règle : Non servandi fidem non est fides servanda : à celui qui n'observe pas la foi on ne doit pas l'observation de la foi.

Cette doctrine est une doctrine de l'équité. C'est sur cette base que les canonistes admettaient que, dans un contrat synallagmatique, lorsque l'un ne remplissait pas son obligation, l'autre ne la remplissait non plus. La doctrine est complète ; elle repose sur l'obligation de conscience ; cette obligation lie en justice celui qui a passé un acte sans formalité qu'à la condition que cet acte repose sur une raison légitime appréciable par le juge de conscience

La notion de cause, motif

C'est cette doctrine qui, au XIIIe siècle, au XIVe et au XVe, en Italie et en France, a passé dans les é-

Source : BIU Cujas

légitime de la convention, dans les civilistes du 13e au 16e Siècle.

écrits des civilistes. C'est cette doctrine qui est admise par Bartole notamment, qui a été admise par les civilistes du XVIe siècle, et dans toutes les dissertations sur la causa on trouve cette notion que le contrat consensuel n'est obligatoire, et que le consentement seul oblige, à la condition qu'il s'en dégage un élément psychologique différent du consentement, ou tout au moins qui teinte le consentement, qui en donne la raison d'être. C'est ce motif légitime qui porte le nom de causa.

Par conséquent, lorsque Domat, s'appuyant sur les travaux antérieurs, et d'une façon plus ou moins heureuse, et après lui Pothier, se sont efforcés de donner l'idée de ce que pouvait être cette raison légitime, ils n'ont nullement innové, ils n'ont nullement apporté dans les débats des éléments qui n'existaient pas avant eux; ils n'ont fait que suivre et confirmer une très longue tradition antérieure.

3° Les réponses des causalistes sur le terrain pratique.

Sur le terrain de l'utilité pratique, les auteurs causalistes ont à faire valoir deux réponses très déterminantes. On vient dire de l'autre côté de la barre, que la théorie de la cause est une théorie inutile, et même nuisible. Les causalistes répondent, en premier lieu,

Valeur sociale de la notion de cause.

que la notion de cause a une valeur d'ordre public, une valeur sociale. Si l'on permettait à une promesse de valoir en justice sans cause, si l'on pouvait obtenir des juges qu'ils ordonnent à un débiteur de payer en fermant systématiquement les yeux sur les raisons de sa promesse, le droit se suiciderait.

En effet, supposons un billet non causé, ce que l'on appelle la promesse abstraite : Je promets de payer tant; ou : je reconnais devoir tant, n'indiquent pas le motif; si l'on admet qu'en présence d'un écrit de ce genre, le juge devra toujours condamner le débiteur à payer, on renverse toutes les dispositions qui figurent dans les lois civiles, toutes les règles d'ordre impératif, les règles sur les donations, les règles sur la réserve, toutes les combinaisons imaginées à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs peuvent s'abriter derrière un acte abstrait. Or on ne peut pas socialement demander à la justice de sanctionner des obligations de ce genre les yeux fermés. Au contraire, il est nécessaire pour l'ordre public, il est nécessaire pour l'ordre social que le juge puisse demander au créancier : Vous vous prévalez d'une obligation, vous avez entre les mains un billet où le débiteur s'engage à vous payer, dites-nous pourquoi, nous voulons le savoir. La cause c'est, comme on l'a dit : "l'œil du juge braqué sur la convention des particuliers."

Source : BIU Cujas

La justice ne peut pas admettre qu'elle soit appelée à prononcer une sentence exécutoire à l'appui d'un pacte illicite ou immoral, sur toute promesse doit être apposée une estampille juridique. Il faut une pierre de touche juridique aux obligations et aux contrats; et cette pierre de touche c'est la cause.

Impossibilité d'éliminer la notion de cause : Exemple du Droit allemand l'exchuant du contrat pour la reprendre dans la théorie du paiement

En second lieu, on exagère lorsqu'on dit que l'institution de la cause nuit à la transmission des rapports obligatoires et qu'il est indispensable, pour les nécessités du crédit, que cette notion de cause disparaisse. C'est à l'exemple du droit allemand que les anti-causalistes avaient prôné l'élimination de la notion de cause. On montre que, dans les institutions allemandes, la promesse abstraite, la reconnaissance abstraite d'obligation sont sanctionnées, en dehors de toute cause. Mais ces allusions sont inopérantes : le droit allemand n'a pas pu aller jusqu'au bout de son système, ni pu éliminer entièrement la notion de cause dans la promesse.

C'est que, en ne faisant pas de la cause un élément de validité du paiement, et que la cause mise ainsi à la porte de la théorie du contrat, rentre dans le droit par la fenêtre sous le titre de l'enrichissement sans cause. On ne peut pas, en effet, admettre que le droit sanctionne des paiements contraires à l'ordre public, à la loi, à la morale. On n'a fait que déplacer la question : on a supprimé la cause dans la théorie du contrat, on l'a replacée dans la théorie du paiement et c'est dans cette théorie du paiement que les Allemands, nous le verrons, ont été amenés à développer la théorie de la cause d'une manière qui se rapproche singulièrement de celle de M. Capitant.

IIe Réponse sur l'autonomie de la volonté : La théorie de la cause limite l'investigation du juge en l'empêchant de scruter les motifs

Enfin dernier terrain de bataille : l'autonomie de la volonté. Les anti-causalistes estiment que les parties doivent être libres de limiter à leur gré le contenu de l'acte qu'elles passent et que l'on porte atteinte à l'autonomie de la volonté lorsque l'on introduit la notion de cause.

En réalité, il n'en est rien. Bien loin d'attenter à l'autonomie de la volonté, nous montre M. Saleilles (p. 252 et suivantes de sa Déclaration de volonté) la théorie de la cause est une

Source : BIU Cujas

à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté. Elle marque que des frontières infranchissables à l'investigation du juge, en limitant et en circonscrivant le contenu du contrat. Limiter l'investigation du juge, tel est le but, tel est l'objet de la théorie de la cause. Ainsi, grâce à cette institution, le juge sera empêché de s'aventurer dans le champ de tous les motifs. Il n'y en a qu'un certain nombre, ceux qui seront baptisés cause, qui tomberont sous le coup de son examen. Les autres devront lui échapper. Et comme le dit M. Saleilles, l'ordre public est sauvegardé par le principe que tout ce qui rentre dans le contenu de l'acte doit être apprécié au point de vue de sa moralité, et en même temps le crédit est assuré, en ce que tout ce qui est en dehors de son contenu échappe à l'appréciation du juge. Ainsi en faisant la part du feu, on sauvegarde l'autonomie des parties, en leur permettant par le contenu de leur acte de délimiter le contenu du contrat.

Appréciation de la théorie néo-causaliste. Critique qu'on peut lui adresser sur le terrain rationnel.

Voilà la réponse causaliste. Apprécions-la. La réponse des causalistes paraît déterminante lorsqu'elle se place sur le terrain historique, sur le terrain de l'utilité pratique et sur le terrain de l'autonomie de la volonté. Je souscris très volontiers, pour ma part, à tous les arguments qui ont été développés plus haut en réponse à la thèse des anti-causalistes.

Mais où la théorie causaliste paraît particulièrement en défaut, c'est dans la manière dont en fin de compte, elle a sauvé l'institution de la cause, en se transportant directement du terrain subjectif au terrain objectif. Bufnoir qualifiait la cause : un élément "subjectif". Il décomposait la psychologie du vouloir. Il y avait une partie du vouloir qui est le consentement, et une autre partie du vouloir, subjective aussi, qui est la cause. M. Capitant en fait une notion objective. Il la lie à la manifestation de volonté ; il l'extériorise, et il dit en propres termes : c'est cet élément extérieur, objectif, cette extériorisation de la volonté qui constitue la cause

Nous ne sommes plus dans notre système. Notre point de départ, c'est le consensualisme, la conception subjective. De même que dans le contrat par correspondance je repoussais le système de la déclaration dans le cadre actuel du droit français, en disant qu'il introduisait un élément objectif, pour la même raison j'estime qu'ici la thèse causaliste doit tenter de se défendre d'abord sur le terrain de la conception subjective, elle ne doit pas émigrer dans le camp objectif, elle ne doit pas aller chercher ses raisons en partant du point de départ diamétralement opposé. Ce point de départ c'est, en droit français, si l'on veut conserver à la notion de cause son cadre initial, dans le système consensualiste qu'il faut se placer pour la définir.

Nécessité de maintenir en droit français la théorie de la cause sur le terrain subjectif.

Il est-ce pas en somme ce qui fait la jurisprudence française qui, avec une unanimité frappante, fait déborder la notion de cause sur le terrain des motifs, et fait - non pas de tous les motifs, mais du motif principal, du motif impulsif - ce que le langage des arrêts appelle la cause impulsive et déterminante ?

Théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante

Est-ce que ce n'est pas là la solution logique, et est-ce que la cause n'est pas dans une certaine mesure, identifiable au motif ? La cause et le motif sont de même nature; il y a entre eux une différence de degré. La cause, c'est le mobile principal, déterminant, essentiel. Les simples motifs ce sont les règles secondaires qui ont été éliminées et qui n'ont pas d'elles-mêmes dirigé le contrat ou la libéralité.

Voilà l'essence de la thèse jurisprudentielle. Elle est conforme aux idées historiques, à l'utilité, au but social et à l'autonomie de la volonté; mais est-elle aussi, du point de vue de la logique, susceptible d'être défendue ? Il suffit, pour le savoir de l'étudier.

Source : BIU Cujas

Nous constaterons, en effet, en examinant la position prise, dans cette controverse par la Jurisprudence française, combien elle est, à mon sens, beaucoup plus près de la vérité juridique que les théories tant causaliste qu'anti-causaliste qui se sont affrontées sur la matière depuis une quarantaine d'années.

Après avoir résumé la Jurisprudence, je vous indiquerai donc comment, de la Jurisprudence, on peut dégager la théorie générale conforme, et la seule conforme à mon avis, au point de départ des législations consensualistes.

Cette jurisprudence classique a été analysée et exposée en doctrine dans un grand nombre de livres. Elle se trouve de même analysée et classée dans les Répertoires et Codes annotés (Cf les ouvrages de M. Capitant, de M. Demogue et de M. Bonnecase, Tome II du Supplément de Baudry-Lacantinerie, qui sous des formes diverses, exposent la Jurisprudence d'une manière intéressante et synthétique).

Assimilation en Jurisprudence, de la cause finale avec la cause impulsive.

En général, en principe, la Jurisprudence appelle cause les motifs, qui ont engendré l'acte juridique auquel ils correspondent, des motifs qui sont la raison d'être de l'acte juridique, et que la Jurisprudence appelle alors, dans beaucoup de décisions: la cause impulsive et déterminante. En somme, la thèse de la Jurisprudence consiste à assimiler ce que la doctrine appelait la cause finale avec la cause impulsive.

Je vais vous le montrer successivement, en passant en revue très brièvement les différentes rubriques sous lesquelles on classe, en général les décisions judiciaires de notre pays sur la matière, d'une part, les libéralités; (et en particulier les donations); en deuxième lieu les contrats réels; en troisième lieu, les contrats synallagmatiques;

Les libéralités, et plus particulièrement les donations.

Il peut s'agir aussi de legs, mais pour rester sur le terrain du contrat envisageons les donations.

La notion de cause dans les libéralités d'après la Jurisprudence; comment elle empiète sur le domaine des motifs pour apprécier d'après

L'idée d'examiner les motifs d'une donation et d'apprecier, au regard de ces motifs, la validité de la libéralité est, en soi, une solution diamétralement opposée à la doctrine classique de la cause. En effet, d'après la doctrine classique, celle de la seconde moitié du XIXe siècle en France, toute donation a une cause, et cette cause est nécessairement licite. Qu'est-ce donc, en effet, que la cause dans la libéralité?

Source : BIU Cujas

ceux-ci la validité d'une donation.

C'est, dit la doctrine classique, l'animus donandi, l'esprit de libéralité. Or, on ne peut pas admettre une donation, une libéralité en général, un legs même sans l'esprit de libéralité; autrement, il n'y a pas de donation, il y a l'acte d'un insensé, car il n'y a pas de consentement. Par conséquent, il faudrait toujours, et en toute circonstance, quelles que soient les raisons pour lesquelles on l'ait motivée, déclarer valable une libéralité, donation ou legs.

C'est une conséquence devant laquelle beaucoup d'auteurs ont reculé, et c'est ce qui explique, dans une certaine mesure, le succès de la thèse anticausaliste.

La Jurisprudence ne s'est point arrêtée à une considération théorique de ce genre. Elle a hardiment, instinctivement peut-être, mais aujourd'hui d'une façon raisonnée fait empiéter la cause sur le domaine des motifs et apprécié la validité des libéralités en considération des motifs qui les avaient dictées.

Les libéralités aux enfants naturels, adultérins et incestueux

Elle l'a fait d'abord - et ce sont des décisions célèbres - dans l'ordre de certains rapports de famille, plus particulièrement dans les rapports irréguliers de famille, ainsi dans les libéralités faites aux enfants naturels, aux enfants adultérins ou incestueux.

En principe, d'après les textes, les enfants naturels simples ne peuvent recevoir de libéralités au-delà d'une certaine mesure: cette mesure leur a été strictement limitée par l'art. 908 de notre Code civil. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, les art. 762 et 763 du Code les réduisent à une portion infime, puisqu'ils ne peuvent recevoir, dans la succession de leurs parents - on l'a dit - qu'une bouchée de pain.

Si l'on examine la validité d'une libéralité par exemple d'une donation entre vifs faite à un enfant naturel ou à un enfant adultérin ou incestueux, de deux choses l'une: ou bien le lien de filiation naturelle, adultérine ou incestueuse, est légalement connu: il y a eu par exemple acte de reconnaissance de l'enfant naturel, ou il y a jugement ou désaveu, établissant la filiation adultérine; dans ces cas, pas de difficulté: la donation est réductible dans les limites visées par les articles sus indiqués.

Mais si, à l'inverse, la filiation n'est pas établie, si aucun acte de reconnaissance, aucun jugement, aucune forme légale de constitution de ces filiations ir-

Source : BIU Cujas

réguliers n'est intervenue, le lien de filiation est inconnu : la donation devrait être considérée comme valable.

C'est là que la Jurisprudence est intervenue, et une série d'arrêts, qui datent de la première moitié du XIXe siècle - dont le premier est l'arrêt Bendaries, Chambre civile de la Cour de Cassation, 4 Janvier 1832, S. 1832-1. 145 -, et de d'autres décisions par la suite, notamment: décisions de la Chambre des Requêtes du 6 Décembre 1876, du 29 Juin 1887, S. 1887-1. 358, D. 89. 1. 295 (voir les autres arrêts dans le livre de M. Capitant, p. 465 en note).

La Jurisprudence a dit que quand le donateur ou le testateur - car la question s'est posée à la fois pour les donations et pour les legs - aura qualifié dans l'acte l'enfant comme étant son enfant naturel, adultérin ou incestueux, la libéralité tombera comme reposant, disent les arrêts, sur une cause illicite. Le tort du donateur ou du testateur, c'est de l'avoir dit. S'il avait gardé le silence, sa libéralité ne serait point qualifiée, son motif n'apparaîtrait pas. Mais il a teinté sa libéralité, il l'a qualifiée, il a indiqué d'une manière très nette qu'il s'agissait d'une libéralité visant une filiation irrégulière, dans ce cas là on fait tomber la donation, et on la fait tomber non pas sous le coup de la réduction, on la considère comme reposant sur une cause illicite et elle est complètement annulée.

Les libéralités entre concubins.

Toujours dans les rapports irréguliers de famille, dans un ordre assez voisin, une autre Jurisprudence également classique applique le principe de la cause et les conséquences de la nullité pour cause illicite dans les rapports entre personnes ayant contracté une union libre et n'ayant pas passé mariage devant l'officier de l'Etat-civil, pour employer l'expression des arrêts et l'expression des auteurs : les libéralités entre concubins. Requêtes, 2 Février 1853 : tel est l'arrêt initial sur lequel se fonde toute la Jurisprudence ultérieure, qui fait tomber ces libéralités comme reposant sur une cause illicite.

Sous le nom de cause, là encore, ce sont des motifs, et ce ne sont que des motifs qui sont visés. La libéralité est inspirée de l'animus donandi, mais le fait qu'il existe ou qu'il a existé entre le disposant et le gratifié, des relations d'ordre quasi conjugal contractées irrégulièrement, a paru à la Jurisprudence un motif égalant cause, et susceptible de faire tomber la libéralité.

On le verra notamment, en étudiant dans le

Source : BIU Cujas

livre de M. Capitant, p. 471 et suivantes, l'évolution de la Jurisprudence. Car, ce qu'il y a d'assez curieux, c'est que, dans notre droit français, en principe les donations entre concubins sont valables. En effet, un texte au Code Michau (1629) art. 132, les annulait et les commentateurs du Code civil ont reconnu que l'abrogation de l'ordonnance de 1629 qui résulte du Code aboutissait à cette conséquence logique: la validité de principe des libéralités entre personnes irrégulièrement unies.

Mais, proclame la Cour de Cassation, cela ne veut pas dire que ces libéralités soient toujours valables. On valide ces libéralités, mais on se réserve le droit d'annuler, et l'annulation est devenue aujourd'hui de règle. En effet, M. Capitant fait bien remarquer que pendant fort longtemps les arrêts se sont gardés d'annuler sur le fondement de la cause illicite; pendant très longtemps on a fait tomber les dispositions entre concubins à raison de ce qu'elles étaient faussement causées ou établies sans cause.

Mais la Jurisprudence a évolué, et dans les espèces les plus récentes, notamment dans une espèce de la Cour d'Alger, du 23 Décembre 1895. D. 97. 2. 453, et dans un arrêt plus récent encore de la Cour de Lyon, du 30 Mars 1916 D. 1918. 2. 51, il est dit que ces libéralités doivent tomber parce qu'il résultait des actes que la vie irrégulière en concubinage avait été la cause de la libéralité.

Voilà donc, dans l'ordre des rapports de famille, une seconde série espèce où les libéralités à raison du motif tombent. Citons encore, ou la célébrité de la décision, une troisième hypothèse où la jurisprudence est intervenue dans les rapports de famille, c'est dans le retentissant arrêt Frumeau, de la Chambre civile de la Cour de Cassation, du 2 Janvier 1907, annoté au D par M. Ambroise Colin, 1907. 1. 137, et au S. par M. Wahl, 1911. 1. 285.

Il s'agissait, en l'espèce d'une institution contractuelle réalisée entre époux, à l'effet de sanctionner entre eux une séparation de fait. Des législations étrangères: l'Italie, l'Angleterre, entre autres, admettent parmi leurs institutions de famille, la séparation de fait, la séparation volontaire, consensuelle. En France, la Jurisprudence, dans une certaine mesure, a une tendance à la sanctionner, mais elle n'a pas voulu aller jusqu'à la sanctionner en déclarant valable une institution contractuelle entre les époux, destinée précisément à maintenir après la mort les conséquences d'une séparation de ce genre. L'arrêt Frumeau a fait intervenir, dans cette

Source : BIU Cujas

hypothèse, la notion de cause illicite à la base de la libéralité.

Voilà dans l'ordre des droits de famille, la jurisprudence sur les donations. Mais il n'y a pas que sur ce terrain, que dans la donation on rencontre l'intervention de la cause illicite constituée en somme par des motifs illicites.

Utilisation de la théorie de la cause pour tourner en matière de libéralités la règle de l'art. 900 C.C. et annuler des libéralités.

Il faut tenir compte d'abord des libéralités avec charge, des libéralités sub modo, des donations accompagnées de la charge d'accomplir un acte, et aussi des donations sous condition. En principe, lorsqu'une charge ou une condition adjointe à une libéralité se trouve être contraire à la loi ou aux mœurs, l'art. 900, issu de la Révolution française, pour briser la volonté contraire à la loi, contraire aux mœurs qui existe dans la libéralité, maintient la libéralité et efface la condition ou la charge en la considérant comme non écrite.

Or, il arrivait qu'en appliquant l'art. 900, on maintenait des donations ou des legs en violant manifestement la volonté du gratifiant. C'était évidemment conforme à l'esprit et à la lettre de l'art. 900, mais ces conséquences étaient contraires aux mobiles qui avaient inspiré le donateur.

La Jurisprudence a été chercher dans l'institution de la cause le moyen de faire tomber non seulement la condition, mais même la libéralité. Pour cela elle a dit que souvent la condition ou la charge constituent plus qu'une simple charge, plus qu'une simple condition : elles sont la cause, la cause "impulsive et déterminante" de la libéralité. C'est précisément dans cette jurisprudence que l'on rencontre surtout la formule jurisprudencielle : "cause impulsive et déterminante".

Les arrêts proclament alors que, ces mobiles constituant la cause impulsive et déterminante de la libéralité doit tomber, parce que cette cause impulsive et déterminante était contraire à la loi et aux mœurs. Par conséquent les art. 1131 et suivants du Code civil jouent, et non pas l'application de l'art. 900.

Cette jurisprudence célèbre, qui s'est édifiée dans les environs de 1880 - le premier arrêt est l'arrêt Duntous, S. 1879. 1. 413 - a été surtout appliquée dans les espèces bien connues, dans les libéralités faites à des communes à la charge par elles, au moyen de la libéralité, d'édifier et d'installer des établissements d'enseignement et étant stipulé, d'une manière rigoureuse, de par le testateur ou le donateur que le personnel enseignant devait être confessionnel

Source : BIU Cujas

C'est sur ces espèces célèbres que la Jurisprudence s'est édifiée et au lieu de maintenir la libéralité en déclarant la charge contraire aux lois, comme le voulait le principe de la loi du 30 Octobre 1886 sur l'enseignement primaire: la Jurisprudence a annulé toutes les libéralités.

Annulation d'une libéralité pour erreur sur les motifs assimilée à une erreur sur la cause.

Enfin, toujours dans le domaine des donations, la Jurisprudence a fini par posé d'une manière systématique son principe que "l'erreur sur les motifs annule la libéralité." Ceci alors en face des legs. D'une manière systématique, la Jurisprudence, aujourd'hui, fait tomber les legs pour erreur sur les motifs, et cette erreur sur les motifs est considérée par la Jurisprudence comme une erreur sur la cause impulsive et déterminante de la libéralité, et par conséquent comme une erreur sur la cause engendrant la nullité de la libéralité (Cf M. Capitant, p. 467 et suivantes).

En ce qui concerne les décisions sur cette matière indiquons seulement quelques exemples pour fixer les idées: legs fait aux pauvres par un testateur qui avait légué toute sa fortune ainsi aux malheureux croyant n'avoir pas d'héritiers légitimes; or il en avait: Paris, 9 Février 1867. D. 67. 2. 195, S. 67. 2. 129).

Bien plus la survenance d'enfant après confection du testament. L'art. 960 du Code civil, qui annule la donation pour survenance d'enfant n'est applicable qu'à la donation entre vifs. La Jurisprudence en étend la solution à la matière des legs, et sur le fondement de l'absence de cause, ou de la cause erronée notamment Rennes 11 Avril 1905. D. 1905. 2. 157, note de M. Planiol, S. 05. 2. 241.

Enfin - et on va voir jusqu'à quel point la Jurisprudence a pu aller dans cette voie: un père dote une fille, et fait un legs à sa seconde fille non mariée afin de maintenir l'égalité entre ses deux filles. Avant la mort du testateur la seconde fille se marie et est dotée par le père. Néanmoins le père oublie, ou néglige, de modifier son testament. La Jurisprudence estime que le legs ne repose plus sur une cause valable, elle l'efface purement et simplement: Rouen, 3 Décembre S. 47. 2. 332, D. 47. 2. 163. C'est une espèce curieuse, qui montre à quel point la Jurisprudence, sous le nom de cause, fait pénétrer la cause dans le domaine des motifs.

D'ailleurs cette erreur sur les motifs est celle sur laquelle, dans l'ancien droit, s'est édifiée la théorie de la cause (Cf M. Capitant, p. 427 et suivantes. C'est à propos de la règle falsa causa legato non nocet que les

Source : BIU Cujas

glossateurs et les romanistes avaient été appelés à distinguer la cause finale et la cause impulsive.

La théorie de la cause dans les contrats réels, notamment en matière de prêt ayant un motif illicite ou immoral.

Passons maintenant à la Jurisprudence en matière de contrats réels et en matière de contrats synallagmatiques. Là encore, ce sont des jurisprudences classiques. En matière de contrat réel, c'est surtout dans le domaine du prêt ou du gage que sont intervenues les décisions jurisprudencielles, soit par exemple le gage pour opérations de bourse irrégulièrement traitées en coulisse sur des valeurs cotées contrairement à l'art. 76 du Code commercial; soit le prêt reposant sur un motif illicité, ou contraire aux mœurs. Tel est le cas du prêt fait à un joueur pour jouer. Le prêt en vue du jeu, dans la doctrine classique, un prêt ou un gage de cet genre, devraient toujours être validés. Quelle est la cause dans le contrat réel? C'est la res, c'est la numération des deniers, c'est la remise de la chose prêtée, déposée ou engagée. Il n'y a donc, en pareil cas, jamais rien d'illicite.

La Jurisprudence n'a pas admis que l'on s'adresse aux tribunaux pour sanctionner des contrats de ce genre, et elle annule aujourd'hui pour cause illicite, c'est-à-dire en somme pour motif illicite les prêts, les mises en gage destinés à couvrir ou à préparer des opérations contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

Evolution de la Jurisprudence en matière de prêt pour jeux

En matière de prêt pour jeu notamment, on voit dans le répertoire, et dans le livre de M. Capitant, une évolution curieuse dans le sens de la moralité, et empiétant toujours sur le domaine des motifs. Pendant très longtemps, la Jurisprudence n'a annulé ces prêts - notamment les prêts pour le jeu - que lorsque le prêteur était intéressé au jeu, lorsque par exemple dans un casino ou dans une maison de jeu une Caisse spéciale, avec des préposés à ce destinés, était là pour offrir aux joueurs les moyens de se munir d'argent, et de continuer la partie.

Mais plus récemment, dans la dernière espèce, notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 8 Février 1917 (G.T. 1918. 2. 373), refuse l'action en justice au prêteur, dès l'instant qu'il est prouvé qu'il connaissait la destination affectée par l'emprunteur aux deniers prêtés. Dès l'instant où le prêteur savait qu'il prêtait à un joueur lequel se disposait à risquer sur le tapis vert l'objet du prêt, la connaissance de ce fait chez le prêteur constituait, dit la Jurisprudence, une cause illicite, et cette cause, simple motif en réalité, faisait tomber tout le contrat.

Source : BIU Cujas

La théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques.

Importance attachée au motif pour annuler certains contrats ayant un caractère immoral.

Enfin, sur le terrain des contrats synallagmatiques là encore on rencontre des jurisprudences très connues et d'un caractère assez scabreux: Bail d'immeuble pour l'exploitation d'une maison de jeu - hypothèse analogue au prêt en vue du jeu; là encore il s'agit manifestement du motif et non de la cause: Société du Casino de Nice 1909: le propriétaire d'immeuble loue un immeuble à un exploitant et le prix de l'immeuble manifeste par son chiffre élevé que l'on a eu en vue en contractant, c'était, au fond, d'établir une maison de jeu. La destination de l'immeuble, comme tout à l'heure la destination des deniers (qui est, en réalité, le motif dans la doctrine classique, et non pas la cause), a amené dans ce cas, la Jurisprudence à faire tomber le bail.

De même, une hypothèse célèbre: l'hypothèse de la corruption électorale; les contrats passés entre un candidat fortuné et un certain nombre de cabaretiers, à l'effet de fournir des boissons gratuites aux électeurs. Cette hypothèse ne mettait le juge en présence que de motifs et non pas d'une cause (car dans cette espèce il n'y avait qu'une fourniture de boissons à personnes indéterminées qui, dans la doctrine classique devrait être considérée comme une stipulation tacite): là encore la Jurisprudence a fait tomber le contrat (aff. Fould, Tribunal civil de Tarbes, 14 Octobre 1899 S. 1900. 2. 219, D. 1904. 2. 201).

Enfin, on doit joindre à toute cette jurisprudence des contrats synallagmatiques, les contrats qui se rattachent à l'exploitation de maisons qu'il n'est pas nécessaire de qualifier ici, et dont on retrouve la jurisprudence dans tous les Répertoires.

Appréciation de la Jurisprudence en pleine logique avec la doctrine juridique de la consensualité des contrats.

Concluons: dans toutes les hypothèses, la jurisprudence a empiété sur le domaine des motifs; en face de la doctrine classique de la cause, elle fait de la cause impulsive et déterminante la cause du contrat, alors qu'en réalité, de par la doctrine classique, c'est le motif, et dans la plupart des décisions qui viennent d'être citées on retrouvera en note, dans les Répertoires de jurisprudence, des critiques qui, toujours les mêmes, opposent doctrine et jurisprudence et disent que la jurisprudence se trompe, qu'elle a méconnu les principes du Code et qu'elle a adopté une solution qui, en bonne logique, doit être considérée comme anti-juridique.

Ajoutons que c'est la Jurisprudence qui a raison. La Jurisprudence en faisant empiéter la cause sur le domaine des motifs, est en pleine logique avec la conception

Source : BIU Cujas

française basée sur le consensualisme des contrats. Les auteurs qui acceptent la notion de la cause, - soit ceux qui adoptent la théorie de la cause classique, soit ceux qui, comme M. Capitant sur le terrain rationnel, vont rechercher dans la manifestation de volonté le but visé par les contractants, - tous ces auteurs sont en contradiction avec le point de départ. Ils ont édifié, ils ont imaginé, pour les besoins de la "cause," une théorie de la cause objective, alors que le point de départ de la doctrine française est consensualiste, est psychologique. C'est dans l'intérieur même de la volonté et non pas dans des éléments extérieurs qu'il y a lieu de rechercher ce que l'on appelle la cause, dans un système reposant sur la conception subjective du contrat.

Si la Jurisprudence peut prêter le flanc à certaines critiques, cependant pour M. Lévy-Ullmann, sur le terrain du droit français, et étant donné le principe du consensualisme, le principe subjectif qui domine la nature du contrat français, cette jurisprudence est en rapport d'absolue logique avec le postulat technique français.

Appréciation de la théorie de la Jurisprudence du point de vue logique et par rapport au caractère consensualiste du C.C.

C'est l'objection que l'on peut faire à la doctrine classique et aux causalistes qui ont essayé de l'amender, comme M. Capitant. Certes, on peut concevoir que l'on transporte la doctrine de la cause du terrain subjectif au terrain objectif. Peut-être même est-ce le moyen de sauver toute la théorie, mais c'est au détriment de la logique. La logique veut, étant donné le point de départ du système consensualiste, que ce soit dans la volonté, et dans la volonté seule, dans les éléments psychologiques et non pas dans un élément extérieur et en quelque sorte artificiel, que l'on aille rechercher ce qu'est la cause.

Remarquez, en effet, que dans la doctrine de M. Capitant on dit: la cause, la manifestation de volonté, c'est le but visé dans la manifestation de volonté créatrice de l'obligation. C'est-à-dire un élément objectif.

Et même dans la doctrine classique, même dans la doctrine de celui qui a le mieux aperçu la nécessité de maintenir à la cause son caractère psychologique, c'est-à-dire Bufnoir, la cause a un caractère objectif. Je vous ai déjà souligné certaines expressions qui figurent dans la doctrine de Bufnoir. Je vous ai indiqué qu'il reconnaissait la nécessité de voir dans la cause un élément "subjectif" un élément de la volonté, un élément psychologique. Mais, d'autre part, j'ai également sou-

Source : BIU Cujas

ligné que les auteurs de la doctrine classique relient d'une manière étroite, la cause à la "nature du contrat." Ils font dépendre la cause de la nature du contrat; ou à l'inverse ils font dépendre la nature du contrat de la cause.

Mais la "nature du contrat", c'est encore un élément extrinsèque, ce n'est pas un élément objectif, c'est un élément abstrait, mais c'est une abstraction extérieure à la volonté, c'est un élément créé par la technique, c'est un élément juridique, ce n'est pas un élément psychologique.

Si l'on veut rester dans la pure ligne logique qu'impose le postulat technique du droit français, c'est-à-dire le contrat reposant sur le consensus, sur la volonté interne des parties, on doit reconnaître que la jurisprudence des tribunaux est plus logique que la doctrine des auteurs.

Arguments normaux à l'appui de la Jurisprudence.

Ceci dit, étant donné le point de départ, M. Lévy-Ullmann pense que l'on pourrait défendre doctrinalement la solution de la Jurisprudence par des arguments que l'on n'a pas encore fait valoir, que l'on pourrait grouper de la manière qu'il va indiquer.

1° Sur le terrain rationnel, distinction entre le motif et la cause impulsive et déterminante.

D'abord au point de vue rationnel, on dit que la Jurisprudence identifie confond cause et motif. Ce n'est pas tout à fait exact. Sans doute, la jurisprudence empiète largement sur le terrain des motifs, mais elle a toujours eu soin de dégager dans les décisions que ce qu'elle a entendu viser et parfois condamner, en tout cas toujours considérer, ce n'est pas le motif, c'est ce que les arrêts appellent la cause impulsive et déterminante. Ce n'est pas tous les motifs, c'est une certaine catégorie de motifs; on pourrait presque dire: c'est un motif détaché des autres.

La Jurisprudence, en réalité, repose sur la distinction entre le motif déterminant, le mobile déterminant, et les mobiles accessoires. Est-ce que cette distinction est contraire aux principes accessoires? C'est un point sur lequel il est bon de fixer toute l'attention.

Exactitude de la Jurisprudence consistant à dégager parmi les motifs multiples qui nous poussent à agir, le

Je crois, au contraire que, en détachant de l'ensemble des motifs une raison entre autres, et qualifiée à part de déterminante et d'impulsive, la Jurisprudence a observé une loi psychologique, que les psychologues aujourd'hui s'accordent à reconnaître comme démontrée: c'est le principe qui veut que l'on ne se détermine jamais que pour une seule rai-

Source : BIU Cujas

motif déterminant, c'est-à-dire la cause, car il n'y a jamais qu'une seule raison qui nous fait agir.

son. Sans doute, à l'appui d'une décision que l'on prend, on aime à faire valoir aux yeux des autres et aussi parfois à ses propres yeux, une quantité assez importante de raisons de se décider, de raisons d'agir. Les psychologues enseignent que cet appel aux nombreux motifs, ce n'est souvent qu'un trompe l'œil. On dissimule aux autres sa véritable intention en multipliant les motifs, les raisons de sa décision. De même que la meilleure manière, dit-on de cacher une pierre, c'est de la jeter sur les galets d'une plage ou de cacher une feuille, c'est de la perdre dans la forêt, la meilleure manière de dissimuler sa pensée, et aussi de dissimuler son motif, c'est de le mêler à d'autres.

Les psychologues et les pédagogues enseignent qu'il faut se défier de ceux qui vous donnent plusieurs raisons de leur conduite. C'est qu'ils dissimulent la véritable. Si l'on fait un retour sur soi-même, il est aisé d'apercevoir que dans toutes les circonstances de la vie, nous ne nous décidons, nous ne nous déterminons jamais que pour une seule raison. Elle n'est pas toujours avouable, la conscience souvent la condamne. Mais faites l'observation, et vous verrez qu'elle est fondée.

Par conséquent en dégageant et en recherchant parmi les motifs le mobile principal que l'on appellera la cause "impulsive et déterminante", la Jurisprudence ne s'est pas trompée, elle a eu raison, elle a recherché à la base d'une donation, elle a recherché dans le prêt, dans le gage et dans les contrats synallagmatiques la raison unique qui pousse à contracter. C'est là la cause.

2°) Sur le terrain historique la Jurisprudence est d'accord avec notre ancien droit et les travaux préparatoires qui envisageaient la cause du point de vue de l'équité.

Voilà sur le premier terrain la Jurisprudence défendue. Cette doctrine est elle contraire à l'idée des auteurs du Code ? Est-elle contraire à l'idée des premiers commentateurs ? Est-elle contraire à l'ancien droit, à l'histoire ? Nullement, car si l'on interroge les travaux préparatoires, on s'aperçoit, dans certains passages, que au fond ce qu'ont voulu établir, sous le nom de cause, les auteurs du Code, à la suite des anciens jurisconsultes et de notre vieille jurisprudence, c'est une théorie "d'équité."

Dans la présentation au Corps législatif du Titre des contrats, Bigot-Préameneu (Cf M. Capitant p. 16 N° 1), le Rapporteur du Corps législatif s'exprimait ainsi : l'équité ne peut reconnaître comme obligatoire une convention si la partie qui s'engage n'y a point consenti, si cet engagement n'a pas une cause, si cette cause n'est pas licite.

Source : BIU Cujas

Pourquoi faire intervenir l'équité en cette matière ! Pour la raison traditionnelle que c'est de l'équité qu'est sortie la théorie de la cause, Si on remonte à l'époque et à l'état de droit qui a engendré la notion de cause dans les contrats consensuels, on voit que c'est le droit canonique qui, au nom de la conscience a exigé qu'une demande à la justice fondée sur un pacte nu, c'est-à-dire sur un contrat consensuel, s'appuie nécessairement sur quelque considération d'ordre moral pour être admise, et pour être sanctionnée par le juge ecclésiastique.

C'est là la pure doctrine du droit canonique. C'est là la pure doctrine qui a accompagné dès son origine la théorie de la cause ; c'est une notion d'équité, qui a fait admettre la force obligatoire de la promesse. Elle exige que le bénéficiaire de la promesse, que celui qui s'en prévaut devant la justice s'y présente avec des mains nettes, et avec une conscience claire. On ne peut réclamer le bénéfice de la promesse, du pacte nu, on ne peut demander une sanction à la fidei lesio, au manque à la foi, que si l'on a, de son côté, la justice et l'équité. Et il n'y a qu'un moyen de le prouver, c'est de dire pourquoi on a contracté.

Par conséquent sur le terrain de l'histoire, sur le terrain des travaux préparatoires tout concorde à montrer que le pourquoi du contrat, c'est le motif déterminant, c'est la cause impulsive et déterminante. Il suffit pour s'en rendre compte de lire à la clarté de cette idée les anciens auteurs : Domat, Pothier, et aussi - c'est encore beaucoup plus frappant, les premiers commentateurs du Code notamment Toullier - Toullier dans sa définition de la cause, indique que c'est le motif : Tome, N° 166 et suivants. Il définit la cause comme étant le motif. Merlin en faisait autant. Et Toullier (N° 37 et suivants) allant même plus loin, à propos de l'erreur sur les motifs, invoque en propres termes l'art 1131 : le défaut de cause pour faire tomber un contrat ou une obligation lorsqu'il y a erreur sur les motifs, c'est ce qu'il appelle : erreur sur la cause.

Les premiers commentateurs étaient beaucoup plus près que nous de l'esprit du Code civil et de l'esprit de l'ancien Droit. Pour qu'ils aient identifié le motif et la cause, et sans que cela leur ait paru une monstruosité, c'est que cette conception était bien en somme l'ambiance du Code civil

3°) La Juris. 3°) La théorie subjective restitue au mot

prudence donne au mot "cause" son sens naturel

"cause" son sens naturel, au lieu de lui donner un sens, une signification spéciale au langage juridique, au lieu de s'exprimer, comme le dit le Dictionnaire de Littré "en termes de jurisprudence". La Jurisprudence, celle des tribunaux, dit que le pourquoi du contrat c'est "la raison, le sujet, le motif privé, ce qui fait agir". C'est là le sens naturel du terme. Pourquoi avoir passé presque un siècle, dans la science juridique, à le dénaturer et à le torturer ?

, Objection soulevée par la théorie de la jurisprudence au point de vue de l'arbitraire du juge et du manque de sécurité des transactions qui en résulte.

Tels sont les termes dans lesquels la défense de la jurisprudence peut être tentée. Il ne faut pas se dissimuler cependant - et c'est justement là le faible de la jurisprudence - que si elle est cohérente avec le point de départ technique du droit français, que si elle marie l'utilité et l'équité avec la logique, ce qui est l'objectif essentiel de toute solution juridique dictée par l'esprit juriste, une objection fondamentale reste et demeure à l'encontre de tous les arrêts.

Elle tient en un mot : l'arbitraire du juge. Il paraît difficilement acceptable qu'une jurisprudence aille ainsi chercher dans le domaine des motifs la cause et fasse tomber le contrat parce que cette cause déplaît au tribunal. Il est certain qu'une jurisprudence de ce genre expose non pas tous les contrats, - heureusement il en est d'honnêtes - du moins la plupart des contrats à une discussion en justice. Il est inconcevable que, surtout dans le domaine des contrats synallagmatiques, en dehors même des donations, la sécurité des transactions soit menacée par une discussion possible sur le terrain de la cause, au sujet de toutes les obligations qui y sont contenues.

C'est ce qui explique alors que Bufnoir et son École aient cherché à établir dans le champ indéfini des motifs, comme le disait Bufnoir, une "ligne de démarcation" permettant d'affirmer : voilà un contrat qui ne sera jamais attaqué, voilà une obligation qui sera toujours valable en justice. On comprend que les juristes épris de sécurité aient été rechercher un critérium de distinction permettant d'asseoir le contrat sur une base juridique solide et stable. On comprend, cette base paraissant faire défaut, que les juristes comme M. Capitant aient été rechercher dans la manifestation de la volonté, dans les termes employés dans le contrat ou la libéralité dans des éléments objectifs, une définition de la cause, donc, une notion solide et sûre de cette cause.

C'est ce qui expliquera aussi que des juristes

Source : BIU Cujas

comme le professeur Lyskousky aient considéré la théorie de la cause, même dans notre Droit français, comme une théorie objective. On le peut, mais à la condition de reconnaître que c'est une contradiction avec le point de départ actuel du Droit français: nous ne sommes plus sur le terrain subjectif, nous nous transportons sur le terrain objectif. Pour l'instant, c'est une brèche à la logique.

De même, avons nous vu à propos de la discussion des contrats par correspondance, alors que le système consensualiste conduit à la théorie de l'information, on peut essayer, sans dénaturer un texte de faire entrer dans le Droit français la solution de la déclaration. On le peut, mais à quelle condition ? A la condition de proclamer, comme le faisait le Professeur de Varsovie, le principe objectif, à la condition de renverser la conception de l'obligation et du contrat, à la condition de faire une profession de foi objective. Cela, en définitive, nous l'avons dit, c'est une affaire de conscience sociale. Ce n'est plus une question de droit. Le jour où une génération s'écartera de l'idée traditionnelle subjective française pour adopter les idées objectives qui prévalent dans les pays anglo-saxons et dans les pays de langue allemande, ce jour-là, il n'y aura guère de textes à modifier ; mais ce sera une révolution dans l'état d'esprit, dans la psychologie juridique française. Et tant que l'on se réclamera, à mon sens de l'idée consensualiste, tant que l'on prendra pour point de départ, l'idée que le contrat, dans notre pays, repose sur la psychologie des parties, sur l'échange et le concours interne des volontés, logiquement, c'est le système de la jurisprudence qui doit l'emporter, c'est le système qui fait de la cause une partie des motifs, c'est le système qui repose sur l'équité sur la justice "laquelle sommeille dans l'esprit des juges". Il ne faut pas se défier des juges : qui sont professionnellement les dépositaires de l'équité ; et l'objection tirée de l'arbitraire du juge est une objection qui dépasse le terrain de la cause, et qui s'en prend à notre organisation judiciaire française tout entière.

Voilà tout ce que l'on peut dire au sujet de cette grave controverse. Pour en finir sur le terrain du droit français et des droits subjectifs, il faut terminer par deux observations.

Observations complémentaires sur le projet franco-italien

Le projet franco-italien, dont nous avons pris les formules, ajoutées à celles du Code civil français, comme étant celles qui résument le mieux les conceptions consensualistes, ajoute deux alinéas à l'art. 1132

Source : BIU Cujas

et à l'art. 1131 du Code civil français. C'est sur ces additions qu'il faut présenter certaines observations.

1°) Addition à l'art. 1132 : l'existence de la cause est présumée jusqu'à preuve du contraire.

D'abord une addition à l'art. 1132. Il convient de la prendre avant l'addition à l'art. 1131, car dans l'ordre logique des idées elle se présente la première. En effet, à l'art. 1132 du Code civil français et 1121 du Code civil italien, aux termes desquels un contrat qui ne fait pas connaître la cause est néanmoins valable - "la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée" - le projet franco-italien ajoute un alinéa emprunté à l'art. 1121 du Code civil italien : "l'existence de la cause est présumée tant que le contraire n'est pas prouvé."

Sens et raison de cette addition en face de la Jurisprudence relative à l'acte abstrait.

Cette addition a pour but de consolider dans les textes continentaux du droit latin, une jurisprudence - approuvée par la doctrine, cette fois - qui s'est formée en face de ce que l'on peut appeler - d'un terme qui peut présenter un sens assez difficile à comprendre au premier abord - l'acte abstrait, c'est-à-dire l'acte qui ne fait pas connaître la cause, l'acte qui se présente avec la modalité de l'abstraction (qui est une modalité comme le terme, la représentation et la condition), c'est-à-dire l'acte que les parties ont voulu voir sanctionner en justice alors que le pourquoi de l'acte est dissimulé. On a séparé l'acte de sa cause.

Voilà la définition technique de l'acte abstrait. Pratiquement l'acte abstrait se présente sous deux formes classiques : Je promets de payer - Je reconnais devoir - entre lesquelles les auteurs de l'ancien droit, établissaient des distinctions. Nous ne connaissons plus que la promesse de paiement ou la reconnaissance de dette non causée ne faisant pas connaître la cause.

Quel peut être le sort d'un acte de ce genre dans un système comme le système du Droit français ? Au premier abord, et c'est ce qui avait toujours été soutenu par les auteurs jusqu'à Aubry et Rau, on avait pu concevoir qu'un acte de ce genre ne serait jamais obligatoire qu'à la condition que la preuve de la cause soit rapportée par le créancier en vertu de l'art. 1315 du Code civil : Actori incumbit probatio : la preuve incombe au demandeur, à la personne qui se prévaut d'une obligation ; c'est à elle à prouver que l'obligation est valable, et par conséquent qu'elle a une cause.

Depuis qu'Aubry et Rau ont eu l'idée de comprendre les termes de cet article comme visant non pas l'instrumentum, l'acte matériel, mais le negotium juris l'acte juridique, les idées de la doctrine ont évolué

Source : BIU Cujas

et se sont rapprochées sur ce point de celles de la jurisprudence, affirmées d'ailleurs depuis 1822. L'acte sans cause a trouvé grâce devant la doctrine comme devant la jurisprudence, non pas d'une façon totale, mais partielle, et l'on s'est accordé à donner à l'art 1132 un sens curieux, sur lequel la doctrine et la jurisprudence ont rapidement fait l'unanimité.

Ce sens était le suivant : l'art. 1132 ne veut pas dire que l'acte est valable alors qu'il n'a pas de cause; l'art 1132 ne veut pas dire non plus que la preuve de la cause ne doit jamais être rapportée. Si: devant la justice, il faut toujours pouvoir dire pourquoi une obligation a été contractée. Mais pour donner à la fois un sens à la volonté des parties contenue dans l'acte et à l'art. 1132, on s'est mis d'accord pour reconnaître que l'existence de l'acte abstrait opère ce que l'on appelle un renversement de la preuve, c'est-à-dire que la charge de la preuve concernant la cause ne tombera pas sur le demandeur, sur celui qui se prévaut d'un acte où le pourquoi n'est pas indiqué: ce sera à celui à qui l'on oppose l'acte de venir prouver que l'acte est sans cause, qu'il repose sur une fausse cause ou sur une cause illicite.

Assurément ce n'est dit nulle part dans le Code, et il est bien probable que l'art 1132 n'avait point ce sens; mais la solution est heureuse. Elle satisfait à la fois l'intention des parties, qui ont voulu dissimuler, pour une raison ou pour une autre, les mobiles de l'obligation; elle satisfait l'équité qui exige que foi soit due à une promesse. Mais elle satisfait aussi l'ordre public et la morale, qui veulent que l'on puisse toujours en justice discuter le pourquoi d'un acte. On est en présence d'une de ces solutions d'équilibre entre la technique, l'utilité et l'équité qui sont celles que l'esprit juriste recherche; et il y a lieu de l'inscrire à l'avantage de la théorie juridique.

2°) Observation concernant l'addition à l'art. 1131 rattachant à la théorie de la cause la question de l'action en répétition concernant une obligation ayant une cause immorale

Cette solution d'ailleurs, n'est pas nécessairement liée à la conception subjective. On pourrait même la défendre sur le terrain objectif (voir le lien de M. Capitant) Mais il était utile de faire connaître le sens de cette première addition.

Quant à la seconde addition, celle qui vient en deuxième alinéa de l'art. 1131, elle présente un caractère subjectif plus marqué et c'est avec raison que les auteurs du projet franco-italien l'ont rattachée à la notion de cause. Dès l'instant où l'on conservait la cause comme élément de validité du contrat, c'est là

Source : BIU Cujas

cet endroit qu'il était logique d'insérer une solution reconnue en grande partie par la Jurisprudence française et la Jurisprudence italienne et à laquelle, de plus en plus, dans les deux pays, les auteurs se rallient.

A l'art. 27 alinea 2 du projet franco-italien. Celui qui a acquitté une obligation contraire aux bonnes mœurs ne peut exercer l'action en répétition, si ce n'est lorsqu'il n'y a pas eu de sa part atteinte aux bonnes mœurs. C'est l'action en répétition qui est visée et jusqu'alors cette question de savoir si l'on peut revenir sur l'exécution déjà effectuée d'une obligation résultant d'une cause immorale, était examinée et tranchée, non pas à propos de la cause, mais à propos de l'action en nullité: Quod nullum est nullum producit affectum: ce qui est nul ne produit pas d'effet. C'était jusqu'alors à propos de la répétition de l'indû, et sur le terrain de l'équité que l'on discutait généralement en France et en Italie cette solution.

Avec raison, les auteurs du projet franco-italien ont rattaché cette solution à la cause, parce que, en réalité c'est de la cause qu'il est question initialement quand on remonte des faits aux raisons qui ont engendré la nullité. Ce que l'on aperçoit c'est toujours un acte reposant sur une cause, sur une raison, sur un motif, conforme ou contraire à la morale.

En ce faisant, on a ainsi sanctionné une jurisprudence et une doctrine. La question est ultra-classique. On connaît les brocards que l'on invoque pour trancher cette question célèbre: In pari causa turpitudinis cessat repetitio; in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis, etc.

Ce sont là des brocards qui se sont basés sur des textes ultra classiques du Digeste et du Code; des textes de Paul, de Papinien et d'Ulpien. On a même présenté sous une forme un peu différente le brocard en question, sous la forme de la célèbre règle: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. Cette dernière forme ne se rattache plus aux textes du Corpus juris civilis lui-même, mais à la doctrine des glossateurs et à celle des canonistes (Cf de très nombreuses monographies ou thèses notamment: thèse Tzarano, 1926: Etude sur la règle: Nemo auditur propriam turpitudinem allégans).

On connaît les jurisprudences qui se sont fondées sur la règle: jurisprudences en matière de contre-

Source : BIU Cujas

lettre, d'opérations de bourse faites en coulisse, d'effets de complaisance, de courtage matrimonial, etc. Ce qu'il faut noter, c'est que le projet franco-italien, en acceptant la règle contrairement à l'opinion de certains auteurs, et en lui donnant la sanction d'un texte de loi a reconnu que dans toute cette controverse, ce qui était en jeu c'était la notion de cause, c'est-à-dire le motif déterminant qui avait fait agir les parties. C'est d'une manière très logique, et cadrant avec toute la technique que l'on peut, dans un code tel que celui du projet franco-italien, rattacher cette règle à la psychologie des parties.

Après avoir ainsi examiné la question du pourquoi du contrat dans la conception consensualiste, nous allons essayer de montrer comment elle se pose - et elle y est autrement difficile d'ailleurs à résoudre, - dans les législations qui proclament que le contrat repose, non pas sur la volonté interne, mais sur la volonté manifestée et sur le formalisme.

La notion du pourquoi dans les législations qui ont du contrat une conception objective.

Intérêt de l'examen de la notion du pourquoi dans les législations à conceptions objective.

L'examen de cette question va singulièrement éclairer, par son opposition même avec les solutions admises dans notre Droit français, par la doctrine classique, par la doctrine causaliste rectifiée et par les décisions de notre jurisprudence. Jamais peut-être plus que dans cette question délicate de la cause, la comparaison n'est nécessaire et ne vient plus opportunément à l'appui d'une étude approfondie du Droit civil français.

En principe, il semble qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question dans les législations à conception objective du contrat ou à conception patrimoniale de l'obligation.

Posons d'abord la question : Y a-t-il place, dans des législations s'inspirant de la conception objective du contrat, pour l'examen du pourquoi du contrat ? Dans une législation où le contrat repose non sur la volonté interne, mais sur la volonté manifestée, objectivée, matérialisée dans des déclarations formalistes, y a-t-il lieu de se poser la question du pourquoi ? Y a-t-il lieu également de le faire lorsque, au-dessus du contrat, la notion de l'obligation s'analyse dans un élément de patrimoine, dans un élément d'actif ou de passif, dans une chose qui est transmise ?

Voilà la question. Théoriquement la réponse devrait être négative : Non, il n'y a pas dans les législations inspirées par des principes de cet genre à se poser la question du pourquoi.

La notion de cause tant finale qu'impulsive est étrangère au

En effet, en premier lieu, comme en Droit romain, dans une législation formaliste, il n'y a place semble-t-il, ni pour ce que nous avons appelé la cause finale, ni pour ce que nous avons vu appeler la cause im-

Source : BIU Cujas

pulsive et déterminante. La question cur debetur, reçoit une réponse très simple. Pourquoi est-ce qu'il est dû? C'est parce qu'un contrat a été passé, et à la condition que le contrat ait été régulier en la forme, à la condition, qu'il ait satisfait à toutes les conditions formalistes de validité, la question cur debetur est sans aucune raison d'être. On s'est obligé dans la forme, on s'est obligé valablement, il n'y a rien d'autre à chercher au-delà.

La cause efficiente.

Or alors, si on veut parler de la causa, comme en Droit romain, on rencontre la causa civilis, c'est-à-dire la cause que les auteurs français appellent la cause efficiente, la cause qui justifie le fait d'enrichissement, c'est-à-dire encore dans les contrats formels par parole, la stipulatio; dans les contrats formels par l'écriture, l'écriture même, dans les contrats réels, la rés, dans les contrats consensuels exceptionnellement le consensus. Et c'est tout

Donc la réponse négative, théoriquement est dictée, et devrait être dictée par cette première observation que, dans la législation formaliste, le formalisme se suffit à lui-même; dès l'instant que les formes du contrat ont été respectées, la question: cur debetur n'a pas à recevoir d'autre réponse.

Confusion entre la cause et l'objet dans les législations objectives.

En second lieu, dans une législation où l'obligation a un caractère objectif, le pourquoi du contrat reçoit une réponse bien simple: c'est l'objet. Le vrai pourquoi du contrat dans une législation objective, c'est l'objet, ou les objets divers lorsque le contrat est synallagmatique et s'il y a pluralité de prestations. Si l'on veut aller au-delà du formalisme, si le pourquoi pose une question plus pressante, celle du but, on trouve l'objet dans une législation objective.

Cependant on trouve dans les législations anglaise, suisse, allemande quelque chose d'analogue à la cause

Voilà théoriquement ce que l'on doit répondre dans des législations de ce genre à la question: Cur debetur? Cependant - et c'est là alors que se pose dans toute son acuité passionnante le problème - dans ces législations, et pour prendre les législations types comme le Droit anglais, le Droit suisse et le Droit allemand nous rencontrons la cause, ou quelque chose d'approchant.

La considération en Droit anglais

Son assimilation par les auteurs français du début du XIXe siècle

En Droit anglais, nous rencontrons cette institution curieuse, dont nous avons déjà parlé et dont il faut maintenant approfondir le principe: La considération, dont nous avons déjà fourni la notion, en étudiant le formalisme du contrat par paroles contract, du contrat non scellé, et qui est définie ainsi par MM. Salmond et Winfield: La considération, dans un contrat, c'est le prix moyennant lequel la pro-

Source : BIU Cujas

messe d'une des parties est achetée par l'autre partie (p. 76, Law of contracts).

Cette considération dont maintenant nous allons avoir à préciser la notion, ressemblait tellement à la cause qu'au début du XIXe siècle, alors que la théorie classique n'était pas encore apparue, les premiers commentateurs, les auteurs les plus réputés comme Merlin et Toullier se sont laissés prendre à l'analogie et ont proclamé l'identité.

Merlin (Questions de droit, Ve cause des obligations) donne la définition de la cause, que d'ailleurs il assimile au motif (Cf. Capitant p. 25). Après qu'il nous a dit que la cause d'une obligation c'est ce qui donne lieu à l'obligation même, le motif qui porte à la contracter, il ajoute: "ce que Blakston, au liv. II, chap. 30 appelle en anglais: consideration, inducement et en latin: id quod inducit ad contrahendum..."

Même langage chez Toullier (tome VI N° 169 de son Droit civil français suivant l'ordre du code, p. 170 et 171) qui, après avoir défini la cause encore les motifs dit: "c'est ce que les Anglais appellent considération du contrat, la chose qui est le prix ou le motif du contrat, dit Blakston... etc." La citation est la même que celle de Merlin.

Ainsi chose curieuse, au début du XIXe siècle, en France, alors que la doctrine classique de la cause n'a pas encore fait son apparition, on rapprochait la cause, définie comme le motif de consideration anglaise. Quelle est la valeur de cette assimilation? Y avait-il erreur totale? Au contraire l'assimilation était-elle complètement exacte? Ou enfin, y avait-il erreur partielle, exagération? C'est ce que nous allons avoir à déterminer.

D'autre part, si nous nous retournons du côté du Droit allemand et du Droit suisse, nous apercevons un spectacle différent.

Élimination de la notion de cause en Droit allemand et en Droit suisse dans la théorie du contrat.

Le Code civil allemand a volontairement éliminé la notion de cause dans les contrats. Les éléments constitutifs indispensables à l'existence et à la validité du contrat en Droit allemand, c'est le consentement, la capacité, l'objet, mais il n'y a point de nécessité d'aller rechercher la cause, le motif, le but du contrat. Le contrat est valable en dehors de toute espèce de recherche sur son pourquoi. La théorie de l'objet est considérée comme suffisante. S'il y a un objet, et si cet objet est licite, le contrat est valable.

De même dans le Droit suisse. On n'a pas

Source : BIU Cujas

pourtant été aussi loin, sans doute pour tenir compte des Cantons où le Code civil avait été en vigueur, soit directement, soit par l'intermédiaire des Codes qui l'avaient copié. On n'a pas osé ne pas parler de la cause, mais on en a parlé pour l'écarter. Le code des obligations, après avoir énoncé les principes qui concernent les formes des contrats, et, avant d'en venir à l'objet et à l'interprétation des contrats (art. 18 et 19), dit dans l'art. 17: "La reconnaissance de dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation." On a rapproché, bien entendu, cet article de l'article correspondant du Code civil français, l'art. 1132, mais les Suisses nous ont dit qu'en réalité il avait une portée plus grande, il avait pour but d'éliminer la notion de cause, et d'autoriser, en principe, la validité de l'acte sans cause, de l'acte abstrait.

Par conséquent, élimination, en principe, de la notion de cause dans le Code allemand, élimination plus ou moins déguisée de cette même notion dans le Code suisse. Et cependant, alors que l'on a ainsi plus ou moins mis la cause à la porte, on la fait rentrer dans le Droit par un autre côté. On la fait rentrer à propos de l'enrichissement illégitime, et nous retrouvons, et dans le Code allemand et dans le Code fédéral des obligations suisses, la notion de cause, ou la notion de but du contrat, dans des articles fondamentaux, au Code allemand dans les art. 812 et 817, au Code suisse dans les art. 62 et 66.

Réintroduction de la notion de cause à propos de la théorie de l'enrichissement illégitime.

L'art. 812, Code civil allemand, qui est le premier des articles sous le titre de l'enrichissement injustifié ou incomplètement juridique (Ungerechtfertigte Bereicherung), que Saleilles a traduit par enrichissement sans cause), dit en effet qu'une prestation faite par une personne à une autre sans cause légitime oblige la personne vis-à-vis de cette autre à restitution. Autrement dit, on a cessé d'envisager la cause dans le contrat, mais on la retrouve pour apprécier la légitimité de la prestation. Voilà le premier article.

Intérêt de cette constatation pour la précision de la notion de cause.

De même à l'art. 817, on parle du but de la prestation, Zweik, et lorsque ce but a été, dit l'art 817, en contravention avec une défense légale, ou avec les bonnes mœurs, l'obligation à restitution s'impose. On doit restituer l'enrichissement, à moins que celui qui a fourni la prestation se soit rendu complice de la contravention. Ici nous retrouvons la condictio ob turpem vel injustam causam.

Dans ces deux articles, on fait intervenir la notion

Source : BIU Cujas

de but, non plus à propos du contrat, mais à propos de la prestation, mais il est clair que quand une prestation vient à la suite d'un contrat, c'est le contrat lui-même qui est en jeu

Spectacle identique dans les art. 62 et 68 du Code fédéral des obligations, dans le chapitre des obligations résultant de l'enrichissement illégitime, art 62: celui qui sans cause légitime s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou qui a cessé d'exister. Cet article correspond à l'art. 812 du Code civil allemand.

Quant à l'art. 68, il correspond à l'art. 817 du Code civil allemand en termes infiniment plus intelligibles. Il n'y a pas lieu à restitution de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs. C'est dire en trois lignes ce que l'art 817 du Code civil allemand a essayé de dire en huit d'une façon minutieuse et savante à l'extrême.

En resumé, théoriquement, les législations objectives devraient éliminer la notion de cause; or nous y trouvons, au contraire, soit sous le nom de considération, soit sous le nom de cause et de but, une institution qui lui ressemble. Cela paraît paradoxal et pourtant c'est la vérité. Ce sont ces législations subjectives qui vont nous mettre en présence de la véritable notion de cause, telle que les auteurs classiques en France, au XIXe siècle, l'avaient envisagée, ou telle que, plus récemment M. Capitant l'a présentée: la cause objectivée. Car dans ces doctrines, on ne peut sauver la notion de cause qu'en se jetant dans la théorie objective. Si l'on sort de la théorie objective, la notion de cause peut se défendre dans la conception subjective que sur le terrain des motifs et conformément à ce qu'a fait la jurisprudence française. En somme, c'est au fond la théorie classique de la cause que, par un renversement stupéfiant des choses, nous rencontrons dans les législations qui, non seulement, ont voulu, mais devaient pouvoir éliminer la notion de cause. Le spectacle est curieux, il mérite qu'on s'y arrête. Malgré l'abondante bibliographie de la cause, la question n'est pas épuisée et on pourrait encore de ce côté sérieusement approfondir, sur la considération. La "considération" anglaise. (1)

---

(1) Comme écrits en langue française: cf.

Source : BIU Cujas

Sans revenir sur la définition de la considération, je voudrais surtout essayer de vous montrer en quoi elle consiste, en vous exposant très sommairement les règles positives qui s'y rattachent et ensuite je vous montrerai la controverse à laquelle, dans les pays anglo-saxons, a donné lieu la considération, car il y a sur la considération dans ces pays un mouvement de jurisprudence et de doctrine aussi intéressant, que l'est chez nous le débat sur la notion de la cause.

La considération élément nécessaire pour qu'un contrat non passé par acte non formel puisse donner une action en justice.

La considération est un élément de forme que nous trouvons introduit dans les arrêts anglais dès le début du XVIe siècle, comme condition d'admission de l'action en justice sanctionnant les contrats non scellés, les paroles, contracts, l'action d'assumpsit. Tout contrat non passé dans un acte formel, un acte sous sceau, n'est admissible en justice et n'y fonde une action, n'est reconnu par les juges comme obligatoire, que s'il comporte cet élément qui s'appelle la considération. C'est ce que les Anglais appellent le "test of actionability," le critérium de la possibilité d'agir. Sans considération la porte du tribunal est fermée au plaideur. Il y a des décisions classiques sur lesquelles, au XVIIe et au XVIIIe siècles on a fait reposer cette exigence, notamment l'arrêt Rann contre Hughes, de 1778, à la Chambre des Lords, avec le célèbre dictum du Chef Baron Skinner, cité précédemment.

Définition de la considération.

On sait que Salmond et Winfield définissent la considération : "La considération est le prix moyennant lequel, dans un contrat, l'un des contractants a acheté la promesse de l'autre." Ceci nous indique que, dans le

---

Bresse. Théorie de la considération en Droit anglais, thèse Dijon 1919 précise, exacte, mais très incomplète, faite au lendemain de la Guerre sans grande documentation, et qui ne fait qu'esquisser et effleurer la question; Walton. Rev. trim. Droit civil 1919, p. 469 : Cause et considération / M. Capitant 1923 p. 189). Parmi les écrits en langue anglaise, sur la considération, en dehors de tout ce que l'on rencontre dans les manuels sur les contrats : Pollock, contrats, Anson, Salmond et Winfield, Lorenzen, Cause and consideration of the contract, dans le Yale Law Journal, 1919, p. 621 et suiv. art. extrêmement clair et très intéressant. Walton Cause and consideration in contract. Dans le Law Quaterly Review 1925, p. 306 et suivantes. On trouve là les bases d'un parallèle très intéressant, très curieux et qui pourrait donner lieu à une très intéressante thèse de Doctorat.

Source : BIU Cujas

contrat par paroles, il ne peut être question de considération que pour les contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, les contrats où les deux parties doivent fournir (ou tout au moins où l'une d'elles doit fournir l'autre ayant fourni déjà) une prestation, le prix par lequel on a payé la contre-obligation ou la contre-prestation.

La considération élément onéreux que doit contenir tout contrat et consistant dans le détriment souffert par la contre partie et agissant contre sa propre liberté.

Le contrat anglais est essentiellement intéressé: rien pour rien; il faut un onus, il faut un élément onéreux dans le contrat, et c'est cet élément onéreux qui est précisément la considération. C'est ce qui explique qu'au XIXe et au commencement du XXe siècle, le mot considération est toujours accompagné d'un adjectif, de l'adjectif valuable, c'est-à-dire susceptible d'évaluation, susceptible d'être précisé en argent. Si peu et si mince que soit l'appréciation, c'est la considération, puisque la considération, puisque la considération est un prix, et un prix par lequel on achète la contre-prestation, il faut bien que ce prise soit susceptible d'être apprécié en argent.

Mais il y a plus: en quoi peut consister, et en quoi consiste la considération? Je vous l'ai dit: c'est un préjudice, un "détriment". La définition qui a été donnée tout à l'heure de la considération est venue à la suite d'une certaine évolution. La définition classique avait été donnée, et on la tirait généralement d'une décision du XIXe siècle, de l'affaire Currie contre Misa, (1875), définition dans laquelle on présentait la considération à la fois dans son aspect actif, et dans son aspect passif. On disait que la considération était soit le bénéfice dont profitait l'une des parties, soit le détriment qui pesait sur l'autre partie. On a fait disparaître la première branche de cette définition, et l'on se borne aujourd'hui simplement à examiner le côté passif: la considération, c'est le détriment souffert par la contre-partie.

Ce détriment veut dire que la contre-partie doit fournir une prestation, c'est-à-dire prêter son activité, c'est-à-dire encore agir au détriment de sa propre liberté. Mais c'est aussi s'abstenir, souffrir quelque chose, et rien n'est plus curieux, rien n'est plus frappant que de se placer en face du dernier des leading cases de la matière, celui qui montre le mieux en quoi consiste le détriment. C'est le Carbolic smoke ball case, c'est-à-dire le cas de Mrs Carlill contre la Company Carbolic smoke ball. Une entreprise de produits pharmaceutiques avait imaginé un certain remède en

pastilles que l'on devait faire évaporer en fumées, pour le bien-être de celui qui l'aspirait. C'était à l'époque de la première épidémie de grippe qui fut appelée influenza, en 1891. L'entreprise pharmaceutique avait, par un avis dans le Pall Mall Gazette, annoncé qu'elle avait découvert un remède merveilleux, si merveilleux qu'elle n'hésitait pas à promettre une somme de 100 livres sterling, c'est-à-dire 2.500 francs-or, à la personne qui, ayant fait usage des Carbolic smoke balls, des fumées en question, contracterait néanmoins l'influenza. Pour montrer combien son offre était sérieuse, elle ajoutait qu'une somme de 1000 livres était déposée à la Lyon's Bank. Mrs Carlill prit les balls, les pastilles ainsi prônées les fuma devant témoins, en se conformant avec une rigueur toute puritaine à l'avis qui accompagnait le médicament. Elle ne fut pas épargnée par l'épidémie, et ayant ainsi complété l'ensemble des conditions nécessaires à gagner les 100 livres sterling, elle les réclama en justice devant la Cour du Banc de la Reine et les obtint (1893).

On plaida sur la considération, et on vint dire que Mrs Carlill ne pouvait pas bénéficier de la promesse des 100 livres sterling, parce que, en réalité, elle n'avait rien fourni en considération de la promesse. Elle n'avait rien fourni ? Détriment : Elle avait acheté le remède en question, elle s'était astreinte à suivre à la rigueur de la lettre les prescriptions médicales et pharmaceutiques. C'était là le détriment.

Voilà pourquoi on trouve, dans tous les recueils de jurisprudence et les livres de doctrine le célèbre Carbolic smoke ball case, à l'appui de la doctrine de la considération. Il n'y a pas un exemple d'illustration plus frappant pour donner la mesure de ce que les Anglais appellent la valuable consideration, considération appréciable en argent et se traduisant par un inconvénient, un détriment, si léger soit-il, que l'on peut relever chez le créancier, chez celui qui se présente en justice bénéficiaire d'une promesse, et à qui on demande : Cur debetur ? et qui répond par la consideration.

Les quatre règles fondamentales de la considération.

Ceci posé - et l'on voit se dessiner la théorie - je voudrais en compléter l'énoncé par l'indication rapide des principales règles positives qui, au cours du XIXe et du début du XXe siècle caractérisent notre institution.

Il y a quatre règles fondamentales : la règle de la coïncidence, la règle de l'inéquivalence, la règle de la [illegible]

Source : BIU Cujas

légalité, la règle de la personnalité. Les Anglais n'ont pas disposé leurs règles sous cette forme synthétique : il faut notre esprit méthodique latin pour y parvenir, mais je suis convaincu de répondre, en exposant ainsi ces règles à la notion positive exacte de l'institution.

1°) La règle de la concomitance ou de la coïncidence.

1°) La règle de la concomitance ou de la coïncidence. La considération doit être exactement contemporaine de la promesse. Elle ne doit pas remonter dans le passé. Il doit y avoir un élément de contemporanéité absolue entre la promesse dont on se prévaut et la considération, le détriment de l'autre partie, sur lequel l'on se fonde. La promesse ne peut pas être la sœur cadette, ni la sœur aînée de la considération : elles doivent être jumelles.

C'est là une règle curieuse, récente et appuyée sur un grand nombre de décisions judiciaires. La raison de cette règle, c'est qu'on ne veut pas que l'on puisse par un acte postérieur sanctionner une obligation ancienne ; on ne veut pas, en principe, que l'on promesse attache une considération à une promesse qui, antérieurement, n'en avait pas, et tout cela parce que le Droit anglais n'admet pas sauf certaines exceptions, la novation de l'obligation naturelle en obligation civile.

2°) La règle de l'équivalence.

La deuxième règle, c'est la règle de l'inéquivalence in adequacy. La considération n'a pas besoin d'être rigoureusement égale en valeur à la promesse qui repose sur elle. Il suffit qu'il y ait un onus ; mais il n'est pas nécessaire que cet onus soit rigoureusement la contre-partie de promesse. Bien plus il suffit qu'il existe pour le principe, et pourvu qu'il y ait seulement la valeur de quelques centimes, cela suffit pour valider l'obligation.

Les Anglais, au cours des siècles, ont exposé cette règle en disant, - cet axiome classique en Angleterre, - qu'un papper corn, un gram de poivre, ou encore un chapeau de poil de castor, un beaver hat, suffit pour constituer une considération valable, même si la contre-prestation se monte à une fortune. D'autres principes, nous le verrons, peuvent intervenir pour faire tomber le contrat (par exemple, la fraude ou l'abus d'influence), mais ce n'est pas pour défaut de considération. Il n'est donc pas nécessaire que la considération soit égale à la promesse, il suffit qu'elle existe et qu'elle existe pour le principe : c'est du formalisme.

Ici, et les livres anglais en sont pleins, nous trouvons purement et simplement une doctrine qui correspond à notre doctrine ou de la cause illégale et contraire aux

Source : BIU Cujas

bonnes mœurs, ou de l'objet illégal dans le contrat. Nous trouvons la même chose, avec cette différence que l'on est toujours en présence de la considération, c'est-à-dire de la contre-prestation. Il faut que le détriment envisagé comme la considération d'une promesse dont on se prévaut, soit conforme à la loi et soit conforme aux bonnes mœurs.

4e règle: personnalité dans la considération.

Et enfin, 4e règle: la personnalité de la considération. C'est une règle apparue récemment, qui existait, mais sous forme latente dans le Droit anglais, et dont la proclamation ne se trouve que dans les livres de la dernière époque ou dans un arrêt récent de la Chambre des Lords de 1915: Dunlop contre Selfridge.

Cette règle veut que la considération vienne exactement du bénéficiaire de la promesse: consideration must move from the promisee: le détriment doit avoir été supporté par celui qui se réclame de la promesse et non par un autre que lui.

C'est sur le principe de la personnalité de la considération que l'on fait reposer en Angleterre le principe de la non validité des stipulations pour autrui. C'est parce que précisément, dans la stipulation pour autrui, le détriment n'est pas souffert par le tiers bénéficiaire, mais par le stipulant, qu'en principe le Droit anglais n'admet pas la stipulation pour autrui.

Voilà les quatre règles fondamentales de la considération. Elles vont nous permettre de comprendre ce qu'est cette institution. Mais il y faut encore joindre plusieurs autres principes du Droit positif anglais, qui en complètent la physionomie. Ce sont des règles dont nous connaissons déjà certaines données.

Exceptions à la règle que la considération n'existe que dans les parol contracts:

Précisons tout d'abord la portée de la règle, on sait que la considération n'existe que dans les parol contracts, c'est-à-dire dans les contrats autres que les contrats scellés. Mais comme en Droit anglais il n'est pas de règle sans exception, nous allons rencontrer des exceptions dans deux sens différents.

a) Parol contracts n'exigeant pas la considération dans des matières concernant le status

En premier lieu, il existe certains contrats qui, bien qu'étant des parol contracts, ne nécessitent pas la considération, notamment les contrats de services domestiques par exemple, le contrat d'ouvrage, et enfin, la représentation, l'agency (Digest de Jenks art. 479, 495, 511). C'est parce que, en cette matière, on ne se trouve pas entièrement dans le domaine du contrat tout ce qui concerne le status dépasse, nous l'avons vu, le

domaine du contrat.

b) Pénétration de la considération sous l'influence de l'équité dans les contrats scellés.

Mais, d'autre part, et c'est là le point le plus important, on a fait déborder l'exigence de la considération jusque dans l'acte scellé (specialty contrat), le contrat sous sceau (under seal). Alors que la formalité du sceau ne nécessitait pas originairement la considération, on trouve dans les arrêts anglais, petit à petit proclamé que, le juge doit rechercher la considération bien que l'acte ait été passé sous sceau.

C'est ce qu'a proclamé la juridiction d'équité, (art. 213 du Digest de Jenks). L'équité ne s'est jamais inclinée complètement devant le formalisme, et lorsqu'elle est en présence d'un acte scellé, elle recherche toujours quelle est la considération. Si l'acte scellé n'indique pas la considération, et si le demandeur ne veut pas la révéler, l'équité n'annule pas le contrat, mais elle ne le sanctionne pas. Par exemple l'équité n'accordera pas le bénéfice de l'exécution spécifique du contrat, elle laissera simplement comme sanction les dommages-intérêts elle n'assurera pas l'exécution in spécie (specific performance).

De même, il est certains contrats qui, bien que passés sous sceau, exigent l'expression d'une considération, les contrats assez graves, les contrats qui opèrent restriction de la liberté du commerce, ce que les Anglais appellent les contrats de restraint of trade. Par exemple lorsqu'une personne ayant été attachée à un établissement industriel ou commercial s'engage à ne pas s'établir dans un rayon déterminé pour faire concurrence à la maison qu'elle quitte. Ces contrats de restraint of trade, même lorsqu'ils sont passés sous sceau, doivent avoir une considération.

Enfin, dans un troisième groupe de cas, on exige la considération, alors que le contrat est sous sceau: c'est lorsque le juge vient à découvrir tout à coup que l'acte scellé recouvre une convention ou une tractation contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Ici on est en présence d'un cas célèbre de 1766, de la Cour du Banc du roi, l'affaire Collins contre Blantern.

Une personne avait avancé à une autre qui s'était engagée à la lui rembourser par acte scellé une somme de 350 £; le formalisme était respecté et le bailleur de fonds réclamait à l'emprunteur la somme prêtée. Dans ce cas, un des leading cases anglais (Cf. Leading cases de Smith, tome I, p. 360 et suiv.), le juge s'aperçut que derrière la promesse abstraite, et où l'on n'avait pas mentionné de détriment, se cachait

Source : BIU Cujas

la convention suivante : L'emprunteur n'avait emprunté l'argent que pour acheter le témoignage en justice d'une personne qui autrement l'aurait accablé dans un procès pour parjure où l'emprunteur était poursuivi. En réalité, le prêteur avait prêté à l'emprunteur de l'argent pour permettre à l'emprunteur de débaucher un témoin. Le juge l'apprend, et malgré le caractère formel de l'acte scellé, refuse de sanctionner la poursuite, par des attendus célèbres, grandiloquents, qui sont reproduits dans tous les livres anglais : "Vous ne stipulerez pas pour l'iniquité ; tous les auteurs qui ont écrit sur notre Droit sont d'accord sur ce point ... Des mains pollues ne doivent pas toucher les pures fontaines de la justice ... Arrière, arrière les profanes ... !"

C'est un joli dictum que les livres anglais reproduisent avec un ensemble et une fierté qui n'ont d'égal que leur aveuglement : car si on analyse de près cette doctrine, c'est le renversement de toute la théorie de la considération ; c'est l'introduction des motifs dans le Droit anglais !

Introduction de la considération dans l'acte scellé sous forme de preuve contraire de la présomption de considération contenue dans celui-ci.

L'introduction de la "Consideration" dans l'acte scellé est un fait très intéressant, mais qui n'a pas été d'ailleurs étudié jusqu'à présent en France. Elle est le résultat d'un mouvement doctrinal. A l'origine l'acte scellé, à raison du formalisme, engageait sans que l'on ait à rechercher le pourquoi. Un certain nombre d'auteurs, dont Blackston, ont justifié cette manière de voir par une formule curieuse : l'acte sous sceau devait être tenu comme comportant, sous entendue, la considération. La consideration y serait sous entendue, à raison même de la formalité. "L'instrument, à raison de sa solennité, emporte avec lui une présomption interne de consideration" (Tome II p. 446 de ses commentaires). Cette formule a amené les auteurs et la jurisprudence à dire qu'il y avait dans l'acte scellé, présomption de consideration, non pas une présomption absolue, rigoureuse, mais une simple présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire. C'est sous cette forme de preuve contraire de cette présomption que l'on a introduit la consideration dans le domaine de l'acte scellé, alors qu'elle n'avait été établie que pour les contrats non scellés.

En réalité c'est ici le noeud de la théorie de la consideration anglaise. Les Anglais n'ont pas pu s'en tenir à leur point de départ. Ils avaient voulu que l'acte scellé se suffise à lui-même, à raison de la solennité. Mais un acte scellé, ne disant pas le pourquoi, exigeait les

Source : BIU Cujas

juges à sanctionner des opérations contraires au Droit. Sous cette forme se posait en Angleterre le problème de l'acte abstrait : est-ce que la solennité, est-ce que l'acte formel peut tenir lieu de toute espèce de cause ou de considération, et dispenser d'une façon absolue de dire le pourquoi du contrat en justice ?

Identité entre la solution admise en Angleterre et l'interprétation de l'art. 1132 par la Jurisprudence et la doctrine françaises.

Les Anglais ont reculé ; ils ont reconnu la nécessité même en face d'un acte scellé, de discuter en justice, le pourquoi de l'acte. En somme, nous nous trouvons en présence d'une solution qui, par une technique différente, n'est pas autre chose que la solution admise par la jurisprudence et la doctrine françaises sur l'art. 1132 du Code civil, c'est-à-dire que l'acte qui ne fait pas connaître la cause, même passé sous la forme solennelle, dispensera son porteur, son titulaire de faire la preuve d'une considération, mais permettra que l'on discute la considération, que l'on allègue le défaut de considération, la fausse considération, la considération illicite. C'est exactement de même que l'on a opéré en France par le moyen du renversement de la charge de la preuve ; c'est la même doctrine et le même fondement.

Dispense de considération dans les négociable instruments, en ce sens qu'elle n'a pas besoin d'être indiquée dans l'acte et que la preuve de son inexistence ou de son caractère illicite incombe au débiteur qui refuse le paiement.

C'est un point qui n'a pas été aperçu, ni par les auteurs français, ni par les Anglais. On y reviendra, car c'est la clef de la doctrine de la considération en Angleterre.

Une dernière indication concernant la portée de la règle de la considération. Il est encore toute une autre catégorie d'actes qui peuvent ne pas manifester sur une considération parce que bien qu'ne n'étant pas des actes scellés, ils bénéficient également, comme l'acte scellé d'un renversement de la charge de la preuve. C'est la catégorie à laquelle les Anglais donnent le nom de negociable instruments, instruments négociables, titres négociables, c'est en réalité le correspondant à la fois de de nos effets de commerce et de nos valeurs mobilières. Ce sont les titres à ordre, nominatifs et au porteur.

Ce n'est pas le lieu ici d'exposer la notion du négociable instrument, sur laquelle une thèse de doctorat serait bien intéressante et nécessaire. Les Anglais ont des négociable instruments une notion différente de la nôtre. Nous nous attachons à la forme de la cession ; nous avons des effets de commerce et des valeurs mobilières une notion pratique résultant de la négociabilité par des moyens plus rapides que la cession civile. Les Anglais ne se sont pas attachés aux moyens, mais au but. Pour eux l'instrument négociable - et c'est leur définition même, - c'est le papier susceptible de valoir et d'être

Source : BIU Cujas

échangé comme de la monnaie métallique, c'est du papier qui vaut de la monnaie, les espèces métalliques du royaume, et ils entendent par négociable instrument tous les titres qui se transmettent sous bénéfice de la règle de l'inopposabilité des exceptions. Un effet de commerce, un titre nominatif, un titre à ordre, un titre au porteur, cela vaut de l'argent monnayé, cela circule comme de l'argent monnayé.

On comprend alors que les Anglais aient dispensé de considération des actes de ce genre, et admis en principe l'abstraction dans ces actes. Le billet à ordre, qui porte en Angleterre le nom de promissary note ne contient pas de considération, il ne la formule pas ; c'est simplement le : Je promets de payer à l'ordre d'Untel. La lettre de change, bill of exchange, peut ne pas mentionner non plus la considération, qui n'est autre chose que la valeur fournie.

Dans tous les cas de promissary note, c'est-à-dire de billets à ordre, et dans tous les cas de lettre de change ne faisant pas connaître la valeur fournie, on est dispensé de faire figurer dans l'effet la considération. Mais on applique la même règle qu'en matière d'acte scellé : cela ne veut pas dire que le contrat est dispensé de considération, cela veut dire que l'acte vaut sans que la considération soit mentionnée. Mais si une discussion se présente sur la considération, soit du billet à ordre, soit de la lettre de change, la charge de la preuve, qu'il n'y a pas de considération ou que la considération soit illégale, tombe non pas sur le porteur, mais sur celui qui se refuse à payer le billet (loi anglaise de 1882 sur les effets de commerce, art. 30). C'est la même règle du renversement de la charge de la preuve que nous avons vu il y a un instant.

En définitive, les Anglais, malgré le caractère objectif et formaliste de leur Droit, ont été, par la nécessité amenés à introduire la notion de considération dans les actes abstraits dans les actes qui ne mentionnent pas la considération. Ils estiment qu'une considération doit toujours être prouvée, la charge de la preuve retombant non pas sur le bénéficiaire de la créance, mais sur celui qui s'y oppose et qui ne veut pas la payer.

Cette règle, sur laquelle il était bon d'insister va nous donner la clef de toute la matière. Mais voici, au préalable, pour en terminer avec les règles positives du Droit anglais, une dernière observation :

De la règle : in pari delicto potior vient d'être dit, une règle en Droit anglais analogue à

De même que nous venons de voir par ce qui

Source : BIU Cujas

est causa defendentis.

notre règle française du renversement de la preuve, de même on trouve en Droit anglais une règle correspondant à celle introduite par le projet franco-italien dans le Code français, que lorsqu'une prestation a eu lieu sur la base d'un acte illicite, la répétition de cette prestation ne peut être réclamée. C'est ce que nous appelons la règle de la turpis causa. Les Anglais ont recueilli la règle; et ils l'ont même prise dans le Droit romain, mais ils la présentent sous la forme suivante: in pari delicto potior est conditio defendentis.

Le temps manque pour montrer la base très différente sur laquelle repose la règle admise par le Droit anglais. Mais notons que, alors que dans le droit français et dans le Droit continental, les auteurs du projet franco-italien avaient raison de rattacher cette règle à la théorie de la cause, en Droit anglais cette règle n'est pas rattachée, et n'est pas rattachable à la consideration. Bornons nous à indiquer la règle, pour achever le tableau complet du Droit anglais, mais sans insister sur la raison pour laquelle on n'a pas placé cette règle dans la théorie de la consideration.

Conclusion.

Pourquoi le Droit anglais objectif et formaliste a-t-il admis la théorie de la considération.

Il faut maintenant, pour conclure, revenir à la question qui nous a amenés à la consideration anglaise: pourquoi le Droit anglais a-t-il une institution de la considération? Pourquoi le Droit anglais, objectif et formaliste, a-t-il éprouvé le besoin de rechercher, lui aussi, dans les législations qui s'inspirent de la conception subjective, le pourquoi du contrat? Pourquoi ce "pourquoi"?

Si l'on recherche ainsi le "pourquoi du pourquoi," on rencontre chez les auteurs une série d'explications qui présentent la doctrine de la consideration avec des effets à la fois positifs et négatifs. Le Droit anglais a admis la doctrine de la consideration pour des raisons d'ordre positif et des raisons d'ordre négatif.

Raisons positives de la consideration: Elle constitue un élément du formalisme anglais permettant au juge de reconnaître si une promesse est sanctionnelle.

Au point de vue positif, la consideration est un legs traditionnel du formalisme et elle en est partie intégrante. Elle est née au XVIe siècle; elle a constitué immédiatement une condition de succès de l'action d'assumpsit. C'est du formalisme comme l'acte scellé; c'est une règle de formalisme, et ceci a été mis en lumière, avec une très grande vigueur par le grand jurisconsulte américain, le juge Holmes, dans son livre sur la Common Law, et également par John Salmond, dans son livre de jurisprudence (c'est-à-dire de théorie générale du Droit), § 124, in fine.

Le formalisme et la consideration sont de même nature. La consideration rentre dans le formalisme. Toute forme que le Droit exige pour rendre une promesse

Source : BIU Cujas

valable dès l'instant où le droit à côté de la volonté, pose une exigence purement extérieure, c'est du formalisme. "Consideration is a formé as much as a seal, la considération est du formalisme au même titre que l'acte scellé. Quand le consentement des parties est acquis, dès lors que, outre et par devers la simple expression de la volonté du promettant la loi pose une exigence supplémentaire, et une exigence qui se traduit par une obligation objective, c'est du formalisme.

Et ceci est très clair lorsque l'on se rappelle la règle de l'inéquivalence. Il est manifesté que l'on réduit la considération à n'être plus que de la valeur d'un grain de poivre, on se trouve manifestement non pas en face d'une exigence de fond, mais d'une exigence de forme, c'est du formalisme. La considération est un legs du formalisme, elle constitue un élément du formalisme anglais.

En second lieu, toujours dans l'ordre des raisons positives, le but de ce formalisme c'est d'établir un criterium d'actionabilité (test of actionability), c'est-à-dire de permettre au juge de reconnaître quand une promesse est sanctionnable. En face d'un contrat, le juge anglais et le jury - car la question est de fait et relève du jury, - ont besoin de savoir quand les parties ont entendu se lier juridiquement. Le criterium, c'est la considération. On n'a qu'à se demander : est-on ou n'est-on pas en face d'un acte onéreux? Si l'on est en face d'un acte à titre onéreux (rien pour rien), on est en face d'un contrat. Si le negotium, si l'acte juridique ne comporte pas cet onus, cet élément de réciprocité, où le droit anglais voit le criterium du contrat, on n'est pas en face d'un contrat, on n'accorde pas l'action en justice.

Donc le juge et les jurés seront tranquilles s'il y a un onus, s'il y a un détriment à la charge de celui qui se réclame d'une promesse : on sera en face d'un contrat. Le criterium est clair, il est objectif. Les Anglais ont été hantés par l'exclusion de toute recherche psychologique, ils ne veulent pas qu'on aille rechercher dans l'intention des parties ce qui s'y trouve ou ce qui ne s'y trouve pas. Par conséquent le contrat comporte nécessairement un élément onéreux; il n'y a pas à rechercher et à regarder au-delà. Voilà dans l'ordre positif à quoi correspond la doctrine de la considération.

Source : BIU Cujas

Raison d'ordre négative de la considération permettant d'exclure du domaine du contrat la promesse gratuite. Et d'obliger les parties à recourir pour la donation à un acte scellé.

Dans l'ordre négatif, à l'inverse, la doctrine de la considération a pour but d'exclure du domaine du contrat non formel les promesses gratuites (gratuit sus promises). La doctrine de la considération dans les contrats par paroles a pour but d'obliger les parties, quand elles veulent faire un acte gratuit, à le faire sous sceau. C'est indirectement établir la nécessité de la solemnité des donations. On oblige ainsi indirectement toute personne qui veut procurer un avantage gratuit à autrui à passer un acte solennel, un acte scellé. Le Droit anglais se méfie des promesses gratuites, il n'aime pas les actes gratuits. L'acte juridique sympathique, c'est essentiellement l'acte onéreux; ni l'équité ni le Droit commun n'aiment ce qu'on appelle les volonteers, c'est-à-dire les acquéreurs à titre gratuit, les bénéficiaires d'un acte "volontaire," c'est-à-dire d'un acte purement gratuit, ne reposant que sur le simple animus donandi.

C'est ce qui explique que les Anglais ont relégué dans le domaine du contrat formel la promesse gratuite, et même dans les contrats formels la surveillent par l'introduction de la considération dans le contrat formel, ainsi que nous l'avons vu.

Par conséquent, première raison négative: la doctrine de la considération restreint le plus possible le champ des promesses gratuites. Ceci est une raison qui a toujours existé dans le Droit anglais.

Et pour interdire la novation en obligations civiles des devoirs moraux.

Mais il y a encore une seconde raison d'ordre négatif de la doctrine de la considération. Cette seconde raison est la suivante: elle n'existe d'ailleurs, d'une façon très claire, que depuis 1840, depuis un arrêt célèbre, la décision Eastwood contre Kenyon. C'est la décision qui interdit, en principe, dans le Droit anglais de transformer les devoirs moraux en obligations civiles. On a parlé des règles positives de la considération, et j'ai fait notamment allusion à la règle de la coïncidence ou de la concomitance, et je vous ai dit que cette règle s'explique parce que le Droit anglais ne veut pas admettre, en principe, la novation dans un acte valable civilement, d'un devoir moral de ce que nous appelons les obligations naturelles; ce que l'on appelle aussi quelquefois la doctrine de la past consideration.

Pourquoi est-ce que les Anglais refusent la novation d'un devoir moral en obligation civile? C'est parce qu'une pareille novation amènerait les juges et le jury à rechercher la raison d'être de l'obligation civile contractée et à les rechercher non pas dans le caractère onéreux, mais dans la mentalité, dans la psychologie des parti

Source : BIU Cujas

Cette décision de 1840 est celle sur laquelle les auteurs anglais, notamment le livre des Contrats anglais de Anson, basent la distinction de la considération et des motifs. C'est un empiètement du domaine de l'obligation civile, par la théorie de la considération, la novation des devoirs moraux, que les Anglais justifient encore aujourd'hui la doctrine de la considération.

Identité de la notion anglaise de considération et de la notion française de cause dans les contrats synallagmatiques et dans les contrats réels.

Concluons donc sur notre question: à quoi correspond la considération anglaise? Pourquoi le droit anglais recherche-t-il le pourquoi du contrat? Pourquoi exige-t-il que le contrat soit "causé"? C'est très simple et nous l'apercevons maintenant très clairement.

Reprenons la définition de la considération, c'est le prix moyennant lequel la promesse de l'une des parties est achetée par l'autre partie. Qu'est-ce que c'est que cela? C'est purement et simplement, dans les contrats synallagmatiques et dans les contrats réels, la cause de la doctrine classique française. C'est là la surprise à laquelle le droit anglais nous conduit: son analyse nous amène en face exactement, pour les contrats synallagmatiques et pour les contrats réels, de la théorie de la cause telle qu'on la lit dans Bufnoir, dans Beudant, dans Demolombe. C'est exactement la doctrine française de la cause. Toute la différence entre le Droit anglais et le Droit français, sur ce point, c'est que dans la libéralité la doctrine française classique admet la recherche d'une cause, cette cause étant l'animus donandi, tandis que les Anglais mettent en dehors de la considération, en dehors du contrat, la promesse gratuite, qui doit prendre la forme de l'acte scellé solennel et répondre à des exigences spéciales. Mais sauf cette différence l'institution est la même.

Et on voit à quel point j'avais raison de dire qu'en émettant la cause sous la forme classique au XIXe siècle les auteurs français inconsciemment avaient fait du droit objectif. Puisqu'une législation comme la législation anglaise nous conduit, avec une logique imparable à une définition qui n'est autre que la définition de la cause française classique, c'est que la logique dicte cette définition dans une théorie objective, et non pas dans une théorie subjective. Et ceci confirme ce qui a été dit plus haut, à savoir que l'aboutissement logique de la doctrine subjective ce n'est pas la théorie classique du XIXe siècle en France, c'est la théorie de la jurisprudence, celle qui assimile la cause aux motifs.

La controverse de la considération en droit anglais

On ne peut quitter le Droit anglais sans indiquer que les Anglais connaissent aussi la controverse de la considération, et qu'il y a eu Amérique notamment,

Source : BIU Cujas

La considération et cause sont des notions indispensables pour que la justice ne soit pas obligée de sanctionner n'importe quel contrat.

des "anti-considérationnistes", comme il y a en France des "anti-causalistes". Il y a une très grande controverse chez les auteurs anglo-saxons sur la considération. Cette controverse n'est pas tout à fait, à certains égards, la même qu'en France. Elle est la même lorsqu'on demande s'il y a lieu, ou s'il n'y a pas lieu d'admettre la notion de considération; non seulement la controverse sur ce point est la même, mais les arguments sont les mêmes. On trouve dans l'article de M. Lorenzen, une discussion parallèle de la cause et de la considération, qui conduit son auteur également en face de la considération et en face de la causa, à une critique identique repoussant les deux institutions, par les mêmes arguments. Sur ce point, j'estime que la controverse est identique et que les raisons d'admettre en Angleterre et en Amérique la considération, comme en France la cause, sont également identiques.

Et ces raisons, je les tire précisément de ce que je disais tout à l'heure, de la nécessité de pouvoir discuter en justice un acte abstrait. Pas plus en Angleterre, qu'en Amérique, qu'en France, ou qu'en Allemagne, dans aucun autre pays, la justice ne peut accepter de sanctionner les yeux fermés une promesse de payer. Si une solution de ce genre devait être admise, le droit se suiciderait. Il faut donc que l'on puisse en justice demander à un créancier: Pourquoi êtes-vous créancier? Et que ce soit par le moyen de la considération ou que ce soit par le moyen de la cause, quelle que soit la forme technique employée dans les législations, la question est la même et, à mon sens, la raison doit être la même. Il faut que l'on puisse interroger le créancier sur la source de sa créance, sans quoi le droit n'existe plus.

Je laisse donc de côté cette forme de la controverse, elle est la même dans les pays anglo-saxons que dans les pays continentaux. Mais où la controverse prend pour nous un aspect spécial et infiniment intéressant, c'est lorsque l'on se demande, dans les pays anglo-saxons si la considération et la cause ce n'est pas la même chose.

Y a-t-il identité entre la cause et la considération?

La considération est elle une notion originale en droit anglais?

Les auteurs anglo-saxons sont toujours enclins à donner à leurs institutions un caractère original et indépendant du droit romain, et plus généralement du civil law, du droit continental. Ils ont une tendance, et une sorte d'orgueil national à vouloir montrer et prouver que leurs institutions sont originales, et n'ont rien emprunté aux institutions du continent. Et alors, sur deux terrains particuliers, nous

Source : BIU Cujas

voyons la controverse concernant la considération en Angleterre, se présenter sous des aspects différents de notre controverse continentale entre causalistes et anti-causalistes.

D'après une opinion la considération serait la transformation de l'ancien quid pro quo des vieux contrats germaniques.

D'abord sur le terrain des origines germaniques. Les Anglais aujourd'hui ont une tendance à admettre que la consideration anglaise ne doit rien historiquement à la causa continentale, que la consideration anglaise, c'est la transformation du vieux quid pro quo, de l'action de debt, de cet élément réel que l'on a toujours rencontré dans les contrats germaniques. C'est le caractère réel; c'est le "quelque chose pour quelque chose", qui était dans les siècles anciens, le correspondant du moderne: Rien pour rien, par quoi se traduit la consideration anglaise, le quid pro quo de la vieille action de debt, qui est à l'origine de tous les contrats anglais. C'est là que l'on retrouve, ou que l'on entend retrouver, le détriment, l'élément onereux qui constitue la caractéristique de la consideration anglaise (Cf. Sir Frederik Pollock sur les contrats ch. IV, et appendice noté E à la fin de son livre).

D'après une autre opinion ce serait un emprunt à l'ancienne théorie de la cause du droit canonique.

Cette thèse répond ou entend répondre à une autre thèse historique très importante et très forte, qui fait dériver la consideration en droit anglais du droit canonique par le canal de l'équité des XIIIe et XIVe siècles. La consideration anglaise ne serait qu'un emprunt à la doctrine canonique de la cause, dont on a parlé précédemment. Le Chancelier juge d'équité, comme tout le droit ecclésiastique, lorsque l'on faisait devant lui le procès pour manque à la foi, de non paiement d'une promesse, exigeant, en vertu des principes canoniques qui ont été montrés précédemment, la necessité d'une causa. Ce serait cette causa qui se serait transplantée du droit canonique dans le droit de l'équité anglaise et dans la consideration. Sir Salmond s'est fait le champion de cette thèse (1887 3e volume, Law Quarterly Review et reproduit au tome III p. 320 du livre américain "Select essays in Anyle American legal history).

Plus récemment cette thèse se trouve étayée dans les recherches de M. Barbour, dans l'histoire du Contrat dans l'ancienne équité anglaise, au Tome IV des Etudes d'Oxford dirigées par Vinogradoff.

Voilà les deux thèses qui s'affrontent. En réalité, c'est une discussion historique et d'érudition. Mais il faut y voir surtout le désir qu'ont les Anglais d'écarter

Source : BIU Cujas

l'origine romano-canonique de la cause, pour rattacher leur institution de la consideration aux institutions germaniques et au caractère réel et solennel du contrat anglais.

L'identité de la cause et de la consideration dans les legislations écrites de la Louisiane et de la province de Québec.

Dernier aspect de la controverse: l'Angleterre possède sous sa domination des pays restés très fidèles aux traditions continentales. Le domaine colonial anglais est fait de nos défaites et de celles de la Hollande. L'Angleterre ayant sous sa domination des pays anciennement français ou hollandais, dans ces pays, soit dans la législation, soit devant les tribunaux, la question de la consideration surgit.

Et voici ce qu'on remarque dans la législation. Les textes écrits ont identifié la cause et la consideration. Il en est ainsi notamment dans le Code civil de la Louisiane, et dans le Code civil de la province de la province de Québec. Le Code civil de la Louisiane, écrit en français dans son édition de 1825, qui avait été rédigé sur la base du projet du Code civil de l'an VIII parle de la cause et la définit comme la consideration ou le motif qui a engagé à contracter. Et le Code civil révisé de la Louisiane de 1870 (art 1893 et suiv.) appelle consideration la cause du Code français. De même le Code civil de la province de Québec, de 1866 art 889 et suivants, identifie la cause et la consideration.

Par conséquent, il semble bien que la législation écrite donne raison à ceux qui viennent dire que la cause et la consideration c'est la même chose.

La pratique judiciaire anglaise.

Mais à l'inverse, sur le terrain judiciaire, les cours anglaises, ou les cours de langue anglaise, se sont efforcées de distinguer les deux institutions et de les interpréter différemment. Ici une recherche bien curieuse s'offrirait à ceux qui pourraient lire dans les ouvrages spéciaux les divers procès qui ont eu lieu au Cap et à Ceylan sur ces questions.

Distinction dans le Droit romano-hollandais du Cap de la cause (motif raisonnable et licite de jurisprudence française) et de la consideration.

Dans la colonie du Cap la cause existe dans ce qu'on a appelé le droit romano hollandais, qui est exposé par M Lee, Premier Bulletin de 1828 de la Société de législation comparée p. 87 et suiv.). Dans le roman deutsh Law, l'institution de la cause existe sous le nom de oorzaake, c'est-à-dire cause juridique. Cette expression est dans un ouvrage célèbre, et c'est là qu'elle a été prise par le droit romano-hollandais. Elle se trouve dans l'introduction à la jurisprudence de la Hollande de Grotius. Pendant le temps où il

Source : BIU Cujas

fut fait prisonnier pour causes politiques, avant de s'évader, en 1619-1621, Grotius écrivit en hollandais dans sa prison, une introduction au Droit de la Hollande.

Dans cette introduction, il a fait une place importante à la cause, la cause telle qu'il la trouvait de son temps dans le Droit hollandais avec ses origines à la fois germaniques et romaines. Et c'est le Droit de Grotius qui est aujourd'hui appliqué dans les Cours suprêmes de l'Afrique du Sud.

A la date de diverses péripéties, aujourd'hui la doctrine est fixée dans l'Afrique du Sud. On distingue la cause et la considération. Les juges n'admettent pas qu'il y ait là une même institution, et ils donnent de la cause de Grotius, de la causa du Droit civil une interprétation qui n'est autre que celle de la Jurisprudence française. Ils ne se sont pas arrêtées aux constructions de la doctrine française du XIXe siècle. Pour eux la cause, c'est le motif raisonnable et licite que l'on trouve dans la donation, ou que l'on trouve dans le contrat à titre onéreux.

Terminons, en montrant une espèce empruntée non pas à un Droit de l'Afrique du Sud, mais au Droit de l'île de Ceylan. Le Conseil privé d'Angleterre, c'est-à-dire la plus haute juridiction de cassation pour les affaires coloniales, a rendu, le 4 Juin 1918, une décision très importante (Cf. Law Times Tom 119 p. 499 et suiv. et dans les Law Reports 1918, Cas d'Appel p. 869)

C'est une affaire qui met en présence deux plaideurs portant des noms indiens (l'affaire Jayawickreme contre Amaraswriya) Mme Jayawickreme était la sœur de M. Amaraswriya. Ils étaient tous deux enfants du même père et de la même mère, et le père et la mère avaient légué toute leur fortune au fils, sans laisser un centime à Mme Jayawickreme qui était chargée d'enfants. Le frère reconnaissant la situation comme injuste, s'engage à donner à sa sœur une somme de 150 000 roupies par acomptes annuels de 30 000 roupies pendant 5 ans. L'acte est signé. Il paie un acompte et ne paie pas les autres. On plaide.

Sur le terrain de la considération, la créancière devait être repoussée parce qu'il y avait promesse gratuite. Sur le terrain de la cause, on était en face - traduisons dans le langage français moderne, - de la novation d'une obligation naturelle en obligation civile. Le frère a vis-à-vis de sa sœur l'obligation naturelle de lui venir en aide et de lui donner une pension alimentaire sous une forme quelconque.

Source : BIU Cujas

Par conséquent, devant une cour anglaise, sur le terrain de la consideration, la veuve perdait son procès. Devant une Cour continentale, en se basant sur la novation de l'obligation morale, la veuve gagnait son procès.

Le Conseil privé d'Angleterre a donné raison à la veuve; il a écarté la doctrine de la consideration, et il a admis la doctrine de la cause, c'est-à-dire la doctrine des motifs, parce que, a-t-il dit, les Droits sont différents. Le Droit de la causa, c'est le Droit civil du continent. Le Droit de la consideration, c'est le Droit anglais. Et parce qu'à Ceylan on est en face du Droit civil, c'est la théorie de la causa qui doit prévaloir.

Donc, tandis que dans la législation on assimile la cause et la consideration; au contraire, dans l'ordre judiciaire, les Anglais ont une tendance à distinguer les deux institutions. Mais quelle que soit la tendance que l'on peut avoir sur ce point, la vérité est une, et à mon sens, les institutions se correspondent. Ce sont simplement deux institutions sorties d'une même graine qui a été semée à la même époque au-delà et en-deçà de la Manche, mais qui y a germé sous des formes différentes, parce que le terrain où elle s'est trouvée projetée était, ici et là, différent.

Ainsi, les législations objectives répondent à une conception du pourquoi du contrat très différente de la conception continentale, mais correspondant en réalité à certaines théories émises dans notre pays même, puisque nous avons eu la surprise derrière la consideration anglaise, de rencontrer quelque chose qui n'est point autre que la cause de la doctrine française de la seconde moitié du XIXe siècle.

La notion de cause en Droit allemand. Son identité avec celle de la théorie néo-causaliste.

Nous allons avoir à compléter cette démonstration en face du Droit allemand et du Droit suisse, qui vont nous montrer par les textes, par les notions auxquelles ces textes ont fait place, une conception, qui n'est autre que celle qui a été proposée par M. Capitant sur le terrain du Droit français, pour renouveler et maintenir dans notre Droit cette notion.

La cause que nous trouvons dans le Code civil allemand, dans le Code fédéral des obligations, dans les articles dont nous avons précédemment donné le texte, et dont il nous faut essayer d'expliquer le sens, n'est autre qu'une notion objective visant le but du contrat et l'extériorisant dans les déclarations, dans les manifestations de volonté des parties.

Nous avons déjà indiqué les articles du Code civil allemand et du Code civil suisse qui correspondent

Source : BIU Cujas

à la notion de cause : notamment dans le Code civil allemand les art 812 et suiv., à propos de l'enrichissement illégitime injustifié que nous appelons l'enrichissement sans cause." Dans le Code fédéral des obligations, c'est l'art. 17, les art. 62 et 66. On y reviendra plus tard.

Il s'en faut de beaucoup que pour le Code civil allemand, l'art. 812 et les articles suivants soient les seuls intéressés dans cette notion de la cause. M. Lévy-Ullmann ne pourra entrer dans le détail et renvoie au livre fondamental de Saleilles sur l'obligation, Nos 340 et suiv., à propos de l'enrichissement sans cause; Nos 260 et suiv. sur la promesse abstraite; Nos 264 et suiv. sur la reconnaissance de dette; Nos 267 et suiv. sur l'obligation souscrite au porteur. Osias, sur l'acte abstrait, avec une étude importante de Droit civil allemand, Thèse Paris 1924 et Gerola: l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand, thèse Paris 1925.

Le point de départ de la théorie allemand prenant la déclaration de volonté telle qu'elle se présente sans tenir compte du but poursuivi.

Ceci dit, rappelons le point de départ du Droit allemand, point de départ qui, au premier abord, semble en contradiction avec la conclusion que, dans ma démonstration, j'entends en tirer, puisque ce point de départ c'est l'élimination de la cause dans le Code lui-même, le Code n'ayant point fait figurer la cause parmi les éléments de la validité du contrat. Le Code civil allemand se borne à une théorie du consentement et de l'objet, notamment art. 305 et suivants sur le contenu du contrat, c'est la théorie de l'objet.

D'autre part, le Code allemand a fait une part importante à la théorie de l'acte abstrait, et lui a fait engendrer, dans le Droit positif des institutions dont on reparlera. Or, comme l'a fort bien montré M. Demogue (traité des obligations, tome I p. 91), l'élimination de la théorie de la cause et la théorie de l'acte abstrait sont un résultat logique de l'admission de l'Erklärungstheorie, de la théorie de la déclaration de la volonté. Prendre la volonté déclarée, telle qu'elle se présente, en faisant abstraction du but poursuivi par le déclarant, en refusant de tenir compte des motifs plus ou moins éloignés qui ont pesé sur sa volonté, telle est la formule même qui sert de point de départ à la théorie allemande.

Raisons de l'élimination de la notion de cause

Il faut y ajouter ceci : quant à sa base fondamentale, quant à sa raison d'être dans les faits elle se trouve dans la nécessité du crédit, la foi due

Source : BIU Cujas

dans les conditions du contrat.

à l'élément de patrimoine, à la dette, à la créance exige que l'on évite les discussions sur la validité initiale de l'acte d'où l'obligation est sortie. Nous avons déjà présenté cette remarque, mais ce qu'il faut remarquer c'est que deux principes fondamentaux expliquent les raisons pour lesquelles le Code civil allemand a cru devoir écarter la notion de cause, tout au moins dans les éléments de validité du contrat.

La notion de foi due au titre de créance.

L'élimination de la notion de cause repose sur une idée de foi publique, öffentlicher Glaube, foi due au titre de créance, comme foi due au titre de propriété. Cette notion devait en Allemagne rencontrer un terrain particulièrement favorable à raison de deux particularités du Droit national allemand.

Particularités du Droit allemand qui expliquent son admission

Le système foncier allemand et la foi due au livre foncier.

La première de ces particularités, c'est le Droit foncier allemand. Le Droit foncier est fondé en Allemagne sur une institution célèbre, celle du livre foncier, le Grundbuch, dont l'idée ancienne a été empruntée à des institutions allemandes qui avaient été en vigueur dans les villes hanséatiques, à Hambourg, Lübeck, puis en Saxe. Il n'y a de droits fonciers que ceux qui sont inscrits au registre, et qui ont fait l'objet d'une mutation (art 873, et 925 du Code allemand). Or, un des principes fondamentaux du livre foncier allemand c'est la foi absolue attachée à l'inscription. Le principe de la foi publique veut que ce qui est inscrit au livre foncier (art 892 du Code), soit réputé exact au profit de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble ou un droit grevant un droit de ce genre. Ainsi toute propriété foncière allemande repose sur la foi due au livre foncier. Par voie de conséquence, on a été amené à donner un caractère identique aux contrats qui se trouvent à la base d'une succession foncière, et qui portent en Allemagne le nom de contrats d'aliénation.

Le contrat d'aliénation formel et abstrait.

Le contrat d'aliénation, qui est un contrat, et qui engendre l'aliénation portée sur le registre foncier, possède un double caractère : il est formel et il est abstrait. Formel : tout contrat d'aliénation doit être passé suivant des formes propres (art 313 et 873 du Code), les parties ne sont liées que s'il a été passé acte de leurs déclarations, soit en justice, soit devant notaire, ou si ces déclarations ont été faites au Bureau foncier (l'art. 873 ajoute encore une autre formalité). Il faut donc que le contrat soit passé en forme. (Saleilles. Obligations, N°s 163 et suiv.)

Source : BIU Cujas

De plus - et c'est là qu'il faut s'arrêter un instant - ce contrat n'est pas seulement formel, il est abstrait, c'est-à-dire qu'il ne comporte pas de cause, il n'indique pas le pourquoi ; il suffit que les parties déclarent vouloir transférer, et dès l'instant où légalement elles ont fait cette déclaration il n'y a pas à rechercher, dans le droit allemand, en vertu de quel titre elles veulent aliéner. C'est la convention de transfert, la traditio romaine, indépendante de la cause en vertu de laquelle les parties procèdent à l'aliénation (Saleilles, Etude de l'obligation N° 5 résumé dans Capitant, Etude sur la cause, N° 85).

C'est le premier précédent qui pesait sur le droit allemand et l'incitait à écarter la notion de cause du contrat en général : le précédent du contrat d'aliénation, formaliste, abstrait, reposant sur la foi publique, sur la foi absolue attachée au titre comme dans le livre foncier, dont le contrat n'était, en somme, que le préliminaire.

Le Droit allemand du change et son caractère abstrait et formaliste

Un autre précédent, emprunté à une matière différente, non plus la matière des droits réels, mais à la matière des droits personnels, ce qui nous rapproche du contrat, nous fait apparaître des contrats abstraits, des contrats où la cause a été volontairement éliminée dans un intérêt de crédit, dans un intérêt de foi publique : c'est le Droit allemand du change, le Wechsel Recht. Dès le milieu du XIXe siècle des théories retentissantes avaient été formulées. On a déjà mentionné le livre du célèbre jurisconsulte allemand Einert : le Droit du change d'après les nécessités des opérations de change, paru en 1839.

La théorie de Einert se fondait sur l'idée d'une assimilation nécessaire entre les effets de commerce et la monnaie, idée analogue à celle qui a été signalée concernant les négociable instruments du Droit anglais. Ces idées propagées par Einert eurent une grande influence sur la Conférence de Leipzig, en 1846, d'où est sortie la grande ordonnance allemande sur le change, de 1848.

Ici encore, comme pour le contrat d'aliénation foncier, nous trouvons des actes reposant sur le double principe du formalisme et de l'abstraction. Le Droit du change est un Droit formaliste, c'est là une idée caractéristique, essentielle du Droit du change allemand. La souscription d'un effet de change est un acte formel, soumis à des formes rigoureuses, requises à peine de nullité de l'effet de commerce. C'est

Source : BIU Cujas

doue un Droit formaliste. Il est également abstrait. La cause a été extraite, la cause a été mise de côté afin de donner plus de valeur à l'effet. Il n'est pas nécessaire d'insérer mention de la valeur fournie, qui caractérise les rapports entre le tireur et le preneur, et le principe de l'inopposabilité des exceptions aux tiers protège le titre au cours de toute sa circulation jusqu'au paiement.

Voilà brièvement résumées les deux institutions qui incitaient, d'une manière générale, et dans l'intérêt du crédit, dans l'intérêt de la circulation des rapports personnels ainsi complètement objectivés, le Droit allemand à éliminer la notion de cause dans les contrats.

Réintroduction de la notion de cause en Droit allemand sur le terrain de l'enrichissement.

Mais, comme je vous l'ai dit - et ceci est l'autre côté de la médaille - la cause ayant été ainsi éliminée par le Code allemand de la liste des conditions d'existence et de validité des contrats, a su rentrer dans le Droit par une autre issue, et, en effet, l'art. 812 du Code civil allemand, non plus sur le terrain de la confection du contrat, mais sur le terrain de l'enrichissement, de la prestation effectuée, introduit la notion de cause, la notion de But.

Lorsqu'une personne a effectué une prestation elle a le droit d'en redemander la restitution, elle a même le droit (art 821), de se refuser à la prestation, de prendre les devants et de la faire tomber par avance, avant même d'être poursuivie en justice, si cette prestation ne repose pas sur une cause légitime, sur une justification juridique, l'enrichissement de la contre-partie se trouvant être alors, à défaut de ce fondement juridique, un enrichissement injustifié, incomplètement juridique (ungerechtfatigte Bereicherung)

Et alors, si on invoque un contrat à la base de cet enrichissement, on va être amené à discuter le contrat, non pas dans ses éléments de validité, mais dans son But, dans la fin poursuivie par la prestation. Et la cause éliminée revient ainsi devant les juges. Tant il est vrai qu'une législation ne pourrait subsister si elle permettait de sanctionner en justice des promesses ne reposant pas sur des buts licites et avouables en justice.

La notion du fondement légitime de la prestation. Son idem

Ceci posé, qu'est-ce alors que le Code civil allemand a entendu viser dans son célèbre art. 812 et dans l'art 817 lorsqu'il parle dans le premier de ces textes du fondement légitime, de la cause légitime, de

tité avec la notion de cause objective.

Motifs indiqués par les parties comme ayant dans leur manifestation de volonté circonscrit le but poursuivi par elles.

la cause juridique, ou lorsqu'il parle, art. 817, du but de la prestation ? C'est là que la surprise nous attend et que nous trouvons exactement la cause objective de la thèse de M. Capitant.

Il y a eu, sur ce point au cours des travaux préparatoires du Code civil allemand, des discussions devenues classiques. Initialement, le premier projet posait dans un article qui a disparu, l'art. 742, une formule générale, définissant ce que l'on entendait par cette cause : c'était la prévision déclarée par l'obligé sous une forme expresse ou sous-entendue, de l'arrivée ou de la non arrivée d'un fait déterminé ou d'une conséquence juridique déterminée. C'était l'application d'une théorie très connue de Windscheid, l'auteur du premier projet, sur la prévision en matière d'actes juridiques.

La seconde Commission du Code civil, d'où est sorti le texte définitif, a estimé que cette formule était trop subjective. La prévision déclarée sous forme sous-entendue était en contradiction avec le caractère objectif du Code. Le crédit, a-t-on dit, doit reposer sur l'objectivité des contrats et non sur une analyse interne de la volonté. Alors l'art. 812 s'est rallié, même dans son texte, à une conception objective de la cause, conception indiquée par le jurisconsulte allemand Lenel, et qui consiste en ceci : la cause ne doit pas être recherchée en dehors du contenu objectif de l'acte juridique déterminé par la déclaration de volonté. C'est le contenu de l'acte, ce sont les expressions employées par les parties, c'est la manifestation de volonté qui déterminera un quantum de motifs, auxquels on donnera le nom de cause juridique. La cause de l'art. 812, la cause allemande, c'est donc la quantité des motifs indiqués par le contenu de l'acte juridique. C'est à dessein que l'on a fait figurer dans l'art. 812 les mots : "tels qu'ils ressortent du contenu de l'acte juridique". La cause allemande est donc bien définie : ce sont les motifs qui sont indiqués par les parties comme ayant, dans leur manifestation de volonté, circonscrit le but poursuivi par elles.

Retournez-vous vers le livre de M. Capitant : c'est toute sa définition de la cause.

Voilà donc achevée ma démonstration, qui consiste à vous indiquer et à vous prouver, que la notion de cause, dans les législations objectives correspond exactement aux essais qui ont été tentés dans notre pays de donner à la notion de cause une définition

Source : BIU Cujas

autre que celle à laquelle la Jurisprudence française se rattache en assimilant la cause au motif déterminant. Dès l'instant où l'on quitte ce terrain subjectif pour rechercher de la cause une notion plus ferme, on fait irruption dans un système différent, dont les manifestations sont éclatantes, puisque l'on aboutit soit à la considération anglaise, soit à la cause objective du Code civil allemand.

La théorie allemande de la promesse abstraite.

Je n'ai plus qu'à signaler, ne pouvant entrer dans le détail, comment cette assimilation se trouve complétée par la théorie allemande de la promesse abstraite (Cf. Cosas, l'art. abstrait dans le Code civil allemand, art. 780 et 781). En Droit allemand comme en Droit français (art. 1132 éclairé par notre Jurisprudence et notre doctrine), on constate l'admission de l'acte abstrait : Je promets de payer ; je reconnais devoir, aboutit en définitif à un simple renversement de la charge de la preuve. Ce droit est d'ordre absolument international. Nous avons rencontré la même règle du renversement de la preuve en Droit anglais à propos des négociable instruments ; nous l'avons rencontré en Droit français sur le terrain de l'art. 1132 ; nous la rencontrons également en Droit allemand et en Droit suisse. C'est là un aboutissement forcé : le Droit ne serait pas le Droit s'il permettait que l'on s'engage sans dire le pourquoi en justice.

Il ne reste plus qu'à signaler les articles du Code civil suisse qui contiennent la même doctrine. Il suffit de renvoyer purement aux art. 17, 62 et 66 du Code civil suisse, ainsi qu'à l'explication qu'en donne M. Virgile Rossel (Tome I p. 48 de l'édition de 1920 de son Manuel de Droit fédéral des obligations suisses). Ces articles ne font que répéter ce qui vient d'être dit au sujet du Code civil allemand et de son interprétation.

Je voudrais maintenant, par un troisième chapitre de notre étude de la formation du contrat, après avoir étudié le pourquoi du contrat, étudier le comment du contrat.

Chapitre III.

Le Comment du Contrat.

Ce qu'il faut

Nous opposons le Comment au Pourquoi

entendre par le comment du contrat.

C'est une opposition classique. Le comment, c'est "la manière dont la chose s'est faite", dit Littré dans son Dictionnaire de la langue française, le "comment et le pourquoi dans le langage philosophique designent", ajoute le même Dictionnaire, "le premier les conditions qui font que les choses sont comme elles sont, le second l'enquête téléologique de l'origine des choses" (télos: But), c'est-à-dire l'enquête sur le but. Nous venons d'étudier l'enquête sur le but dans le contrat, nous voyons maintenant les conditions qui font que les choses sont comme elles sont, c'est-à-dire que le contrat a été passé.

Le comment du contrat, c'est l'ambiance du contrat, c'est l'ensemble des circonstances dans lesquelles le contrat est né, circonstances qui, par rapport aux parties sont extrinsèques ou intrinsèques. De ces circonstances, il en est certaines auxquelles je ne puis m'arrêter, ce sont celles qui se réfèrent à la capacité de contracter des parties. Ce sont évidemment des circonstances qui sont dans l'ambiance du contrat, qui enveloppent, environnent la convention des parties. Mais ces circonstances ne dépendent pas uniquement du droit du contrat; elles sont le résultat de la rencontre de deux principes différents: le principe du contrat et le principe de la personnalité juridique, du statut. C'est par la combinaison des règles du statut, du statut du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, des personnes morales avec le principe du contrat que se dégagent les règles de la capacité de contracter. C'est donc une matière complexe, qu'il faut laisser de côté.

Le Droit doit-il s'occuper des circonstances environnant le contrat?

Envisageons donc les pures circonstances qui dominent le contrat, abstraction faite de tout autre principe. Et alors se pose une question: y a-t-il lieu, pour le Droit, de s'occuper du comment du contrat? Est-ce que le Droit ne devrait pas être satisfait, dès l'instant où le contrat existe valablement, dès l'instant où les éléments qui le constituent mécaniquement se trouvent réunis et rassemblés, dès l'instant où l'on a satisfait au mécanisme du contrat? Pour quelles raisons chercher et s'enquérir des circonstances environnant le contrat? Il suffit, dans la conception consensualiste, que les consentements aient été échangés, il suffit, dans la conception formaliste, que les pactes se soient adjoints les formalités extérieures: communication, sceau, volontés manifestées, qui transforment ces pactes en contrats obligatoires.

La théorie des

Or, - et c'est là toute l'origine du problème -,

Source : BIU Cujas

vices du contrat dans les législations formalistes.

d'assez bonne heure les législations formalistes ont admis et pris en considération certaines circonstances dans lesquelles le contrat est né, pour en faire sortir des raisons susceptibles d'anéantir le contrat, de délier les obligés, soit totalement soit partiellement, par des voies de procédure, des voies de nullité, de révision, de rescision. C'est la théorie à laquelle on peut donner dans les législations formalistes, le titre générique de: les vices du contrat.

La théorie des vices du consentement dans les législations consensualistes.

Lorsque dans certains pays, comme le nôtre, au formalisme succéda le consensualisme, la tradition maintint ces causes d'annulation et de rescision, mais en partant d'un point de vue différent, d'un point de vue subjectif, en considérant ces événements comme ayant influencé si gravement le consentement des contractants, que ce consentement en était vicié, et même peut-être complètement anéanti. C'est la théorie qui porte dans notre Droit le nom de vices du consentement.

Donc parallèlement, les législations formalistes et les législations consensualistes nous mettent en présence de deux catégories d'institutions, sur un plan parallèle: les législations formalistes, les vices du contrat, les législations consensualistes, les vices du consentement. Et nous verrons l'idée dominante: la différence qui se révèle entre les vices du consentement, qui est la conception française et subjective, et la conception de vices du contrat qui est la conception romaine, formaliste allemande.

Identité de la liste des vices du contrat et des vices du consentement.

Deux observations vont nous permettre de dégager la position de la question.

En premier lieu, bien que l'on oppose vices du contrat à vices du consentement, la liste de ces vices est, à peu de chose près, identique à l'heure actuelle dans toutes les législations de l'Europe continentale et de l'Amérique. Que ce soit le système français et italien, le système latin, issu du Code Napoléon; qu'il s'agisse de la codification du XXe siècle en Allemagne et en Suisse; qu'il s'agisse du Droit anglo-saxon, on aboutit, sous des noms différents à une liste de quatre vices, qui est cette liste célèbre que nous rencontrons dans le Code civil français: erreur, dol, violence, lésion. Ce sont là les quatre vices, à la fois dans la théorie des vices du consentement et dans la théorie des vices du contrat.

Il n'est pas interdit d'imaginer que cette liste eût pu être plus complète. C'est ainsi, par exemple,

Source : BIU Cujas

que les auteurs anglais font observer qu'il eût été possible d'envisager la maladie comme un vice spécial du contrat, nous dirions en France un vice du consentement. La maladie ne figure pas dans l'énumération des vices du contrat, ni des vices du consentement. Si l'un des contractants est malade et que l'on veuille faire tomber, de ce chef, le contrat qu'il a passé, il faudra rechercher, soit dans l'erreur, soit dans la violence, soit dans le dol, soit dans la lésion, le motif de faire tomber son contrat. Il ne suffit pas d'invoquer son état de maladie. C'est là un point de droit positif. Mais en législation, si la tradition eût été différente, peut-être aurions nous eu dans le Code civil l'état de maladie comme vice du consentement. Il n'en est rien. Par conséquent quatre vices seulement.

Difficulté identique de régler cette matière dans la technique consensualiste comme dans la technique formaliste à raison de l'opposition entre la notion de stabilité des conventions et celle d'équité.

2e Observation: La difficulté de régler la matière dans les deux techniques, consensualiste et objective, se présente sous divers aspects; mais les raisons de cette difficulté sont ici et là identiques. La raison de ces difficultés est la même dans toutes les législations. Pourquoi? Le problème des vices du consentement, ou des vices du contrat, est un de ceux où la technique du Droit, quelles que soient les données sur lesquelles elle repose, sera toujours mal à l'aise, à raison des principes qui s'entrechoquent et dont, en réalité cette matière est le champ de bataille: d'une part, en effet, la stabilité des conventions, l'intérêt des contractants et des tiers, la foi due au contrat militent en faveur du maintien, malgré tout d'un contrat régulièrement passé, d'un contrat reposant sur un consentement des parties dans la théorie consensualiste, reposant sur le formalisme exigé par la loi dans le système formaliste. La sécurité des conventions est attachée à leur stabilité.

Mais, d'autre part, les exigences de l'équité et l'intérêt social, c'est-à-dire l'utilité de l'esprit de justice ne peuvent pas tolérer que l'on maintienne les conséquences d'une convention où l'adhésion de l'une des parties a été surprise ou extorquée. On ne peut pas admettre que le Droit sanctionne, par l'action en justice, accueille dans les Cours de justice, un demandeur s'appuyant sur un contrat obtenu par surprise, soustrait par des manœuvres frauduleuses, extorqué par la violence.

Ainsi, à la stabilité nécessaire des conventions

Source : BIU Cujas

s'opposent les principes, non moins supérieurs, de l'utilité sociale et de l'équité. Ajouter à cela la tradition séculaire, historique, reposant à la fois sur le droit romain et sur le Droit canonique, des institutions célèbres, des textes qui ont traversé des siècles sur le dol, sur la violence, sur l'erreur, les institutions prétoriennes, les actions et les exceptions romaines, de dolo, metus causa, l'in integrum restitutio du préteur, et aussi les institutions canoniques sur la nécessité de la loyauté du contrat!

Voilà des données bien complexes qui viennent troubler les raisonnements de la technique pure. Or, à quoi, en cette matière, nous conduiraient les principes de la logique pure?

En quoi la théorie des vices du consentement et celle des vices du contrat ne sont que des tempéraments imposés pour des raisons d'utilité et d'équité aux conséquences logiques de la technique consensualiste ou de la technique formaliste.

La logique de la technique consensualiste devrait nous conduire, en droite ligne, aux conséquences suivantes: une erreur s'est glissée dans le contrat, elle a entaché le consentement de l'un des contractants, c'est un vice fondamental, il n'y a pour ainsi dire pas de volonté; erreur n'est pas compte, on n'a pas voulu ce que l'on voulait, on a voulu ce que l'on ne voulait pas. Si bien que la conséquence logique, dans une législation consensualiste, d'une erreur dans le contrat, c'est la nullité absolue du contrat, quelle que soit l'erreur commise, qu'elle porte sur ce que l'on a appelé les éléments de validité du contrat, qu'elle porte sur le corpus du contrat, la personne ou l'âge, peu importe, du moment qu'il y a erreur, et même erreur unilatérale, simple erreur de l'un des contractants: nullité absolue.

* l'objet du contrat

A l'inverse, le système consensualiste ne dicte pas une règle aussi rigoureuse lorsque l'on se trouve en présence du dol ou de la violence ou même de la lésion. Si le dol, la violence ou même la lésion ont engendré une erreur, nous rentrons dans le cas précédent. Mais au cas de la violence pure, atteignant le contractant dans sa volonté et l'obligeant à contracter malgré sa volonté, les Romains l'ont bien dit et les interprètes du Code civil après eux: il y a volonté tout de même. Une volonté contrainte est cependant une volonté. On peut admettre que, pour des raisons d'ordre social on fasse à une convention entachée de cette manière un sort spécial. On la déclare plus ou moins attaquable. Cela n'est pas un résultat direct du consensualisme; des raisons d'ordre social, des raisons d'équité interviennent. Mais la technique elle-même ne dicte pas la nullité comme elle la dicte dans ce système consensualiste à propos de l'erreur.

Source : BIU Cujas

Voilà à quoi aboutirait la conception consensualiste pure. A l'inverse, les données du formalisme devraient engendrer une solution encore plus radicale, l'exclusion complète de toute espèce de vice dans le contrat. Logiquement, non seulement la théorie de l'erreur de fait disparaître, comme l'a démontré M. Demogue à propos de l'erreur (tome I N° 32), dans la théorie reposant sur la déclaration de volonté, mais même la violence, même la contrainte, à la base d'une convention ne devraient pas entrer en ligne de compte On a contracté, on a contracté dans les formes, cela devrait suffir. La doctrine formaliste et objective ne dicte en cette matière aucune espèce d'atténuation possible. Tout est bien qui a été passé régulièrement.

Voilà l'aboutissement logique de la thèse. Il a fallu alors des données d'utilité et des données d'équité jouant en face des deux techniques, et se combinant avec elles, utilisant les matériaux donnés par l'histoire, par le droit romain et par le droit canonique, pour nous conduire aux deux systèmes législatifs qu'on aura à étudier: la théorie des vices du consentement, dans les législations consensualistes comme la nôtre, la théorie des vices du contrat dans les législations objectives comme la législation allemande, la législation suisse et le Droit anglo-saxon.

La théorie des vices du consentement dans les législations consensualistes.

Comment se présente, dans les législations consensualistes et en particulier dans le Droit français, auquel on ajoutera quelques modifications issues du projet franco-italien, la théorie des vices du consentement que l'on oppose à la théorie des vices du contrat dans les législations où la conception du contrat est formaliste?

Comme de coutume, nous prendrons pour base des textes. Nous les trouvons d'abord au Code civil, dans les art. 1109 à 1118. Sans doute le Code n'a traité la matière dans ces articles que d'une manière assez sommaire, et les auteurs ont été amenés à étendre, ou à restreindre ces textes. La Jurisprudence a été conduite également à y apporter sa contribution.

Les art. 1109 et 1118 du Code civil.

L'art. 1109 énumère les vices du consentement, en indiquant qu'ils sont au nombre de trois: erreur, violence et dol. L'on trouve dans l'art. 1118 une solution d'un caractère plus négatif puis qu'on y parle de la lésion pour écarter ce vice, tout au moins en principe, en ne l'admettant que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes.

Les articles

L'art. 1110 est relatif à l'erreur. C'est le seul

Source : BIU Cujas

du projet franco-italiens.

qui s'y rapporte. Le projet franco-italien, suivant en cela le Code italien de 1866 a, sur ce point, innové. Déjà le Code civil italien, dans son article 1109, avait ajouté un détail aux solutions du Code civil français : il avait admis que l'erreur de droit est assimilable à l'erreur de fait et est susceptible d'engendrer une annulation. Le projet franco-italien non seulement admet le principe de l'erreur de droit, mais donne en outre de l'erreur de fait une définition très différente de celle qui dérive des termes du Code civil français et du Code italien de 1866. Cette formule (art. 15) a pour effet, comme on le verra plus loin, d'augmenter d'une manière assez marquée, le caractère subjectif consensualiste de la doctrine de l'erreur dans les législations latines. Voilà pour l'erreur.

Assimilation de l'erreur de droit et de l'erreur de fait.

Accentuation du caractère subjectif de l'erreur et de la violence.

Le Code civil français dans les art. 1111, 1112, 1113 et 1114, pose des règles concernant la violence. Ces règles se trouvent également précisées, un peu modifiées, dans leur esprit et toujours dans le même sens accentuées dans le sens de la subjectivité, par l'art. 1112 du Code civil italien de 1866 et également par l'art. 18 du projet franco-italien. On indiquera plus loin les conditions dans lesquelles cette extension s'est faite.

Pour le dol, le Code civil italien et le Code civil français ne contenaient l'un et l'autre, qu'un seul article, relatif à ce vice. C'est l'art 1117 du Code français, et il semblait qu'il n'y eût rien à ajouter. Mais le projet du Code civil franco-italien, dans son art. 21, modifié d'une manière semblable la notion du dol puisqu'il admet, comme on le verra, la possibilité de faire entrer en ligne de compte, pour annuler le contrat, le dol d'un tiers.

Le dol ; admission du dol d'un tiers.

Enfin, en ce qui concerne la lésion, le Code civil français, dans l'art. 1118, ne contient à cet égard qu'une solution négative. Le Code de 1866, avait fait disparaître, non pas la lésion, mais un article correspondant à celui du Code français, pour la raison que cet article ne contenant qu'une solution négative, il n'y avait pas besoin d'indiquer à cet endroit la règle sur la lésion : mais le Code civil italien avait recueilli dans des articles à part, certaines applications de la lésion, telles que notamment dans la vente, dans le partage, dans les contrats passés par l'interdit avant l'interdiction. Le projet franco-italien a été plus loin et sous l'impulsion d'une jurisprudence et d'une doctrine et même d'une législation que nous aurons à analyser, il a, dans son art. 22, admis d'une manière

Généralisation de la lésion à tous les contrats.

Source : BIU Cujas

générale la lésion comme vice du consentement, non pas seulement dans les quelques contrats où le Code civil italien et le Code civil français l'avaient jusqu'alors recueillie mais dans tous les contrats en principe, et parce que la lésion, aux yeux des rédacteurs du projet franco-italien, avait pour caractéristique de faire présumer que le consentement de celui qui en était victime n'avait pas été suffisamment libre. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 22 qu'on aura à commenter.

Voilà les articles en face desquels nous allons avoir à examiner quel est le sens et surtout quelle est l'orientation des législations consensualistes, en face de la liste des quatre vices internationaux du consentement : erreur, dol, violence et lésion.

On devrait ici indiquer non pas le point d'arrivée, mais surtout le point de départ, et faire le parallèle entre ces dispositions dont on vient de donner la mention sommaire et le droit romain ainsi que l'ancien Droit. En effet, notre Code français, notre Jurisprudence, notre doctrine travaillent sur un terrain non pas neuf et vierge, mais sur un terrain qui avait été ensemencé dans l'antiquité et au moyen-âge par le Droit romain, par nos anciens auteurs et qui constituait un préjugé susceptible de conduire l'interprétation française dans des voies différentes de celles où elle s'est dirigée.

Le Droit romain était une législation formaliste, et c'est dans le cadre du formalisme qu'il avait accueilli l'erreur, le dol, la violence et également la lésion. On aura à préciser, lorsqu'on arrivera à la théorie des vices du contrat dans les législations formalistes, le rôle et la physionomie qu'ont pris ces différents vices dans les législations de ce genre. Ce n'est point le lieu ici de les viser. On ne peut pas non plus entrer dans le détail des modifications intervenues dans la doctrine romaine du chef du Droit canonique et de l'ancien Droit français. On se borne à renvoyer aux deux dernières monographies publiées sur la matière, les thèses de Doctorat de MM. Cavallioti : l'origine et l'évolution de la théorie des nullités fondées sur les vices du consentement dans les contrats, thèse de Paris 1923, et Menin : les vices du consentement dans les contrats de notre ancien Droit, et en particulier dans les provinces d'Anjou et du Maine, thèse de Paris, 1926.

L'orientation de la doctrine et de la Jurisprudence

Il faut ici se concentrer exclusivement à l'étude de la doctrine et de la Jurisprudence françaises et de son orientation depuis l'apparition du Code

Source : BIU Cujas

françaises depuis le Code civil vers une interpréta. tion ultra-subjective des vices du consentement tendant à une nullité absolue.

civil en France. Demandons-nous donc, en face de nos quatre vices du consentement : erreur, dol, violence et lésion, quelle est l'orientation prise par l'interprétation en France : dans quel sens jurisprudence et doctrine ont-elles travaillé ? Nous allons voir que sur un vieux fonds objectif et formaliste, comme l'était le fonds romain, la Jurisprudence et la doctrine françaises, aujourd'hui, ont dressé surtout la Jurisprudence, — une interprétation ultra subjective, c'est-à-dire que ce sont des notions qui, dans la pensée des interprètes du Droit latin, aujourd'hui, ne correspondent pas à des vices considérés objectivement, mais à des vices du consentement proprement dits, c'est-à-dire à des défauts dans la volonté de celui ou de ceux qui ont contracté, et qu'ils doivent nécessairement engendrer une nullité qui, bien que le Code civil français n'ait visé qu'une nullité relative, est transformée, à beaucoup d'égards, par la Jurisprudence en nullité absolue. Voilà l'idée centrale qu'on va montrer maintenant à propos de chacun des vices du consentement.

L'erreur. Sa définition.

Prenons tout d'abord l'erreur. C'est sur elle, ainsi que sur la lésion que portent surtout l'effort de l'interprétation et que l'on se trouve au cœur du sujet. L'erreur a reçu, dans notre Code civil la définition légale. L'art. 1109 ne la définit pas. L'art. 1110 ne fait que dire dans quelles conditions elle annule la convention. Il faut se référer sur ce point aux définitions courantes, qui se rencontrent dans les livres classiques, dans les manuels, dans les traités. L'erreur est une notion psychologique, l'erreur est évidemment un état d'esprit. C'est un état d'esprit en discordance avec la vérité objective. C'est, comme disent certains auteurs, la fausse notion que l'on a d'une chose, la représentation inexacte que l'on se fait de la réalité, la croyance à une chose qui n'existe pas, ou enfin, pour prendre une autre formule : c'est une méprise consistant à croire vrai ce qui n'est pas vrai, et à croire faux ce qui est vrai.

Evolution de la Jurisprudence dans l'interprétation de l'erreur.

L'erreur étant psychologiquement une notion interne, comment peut-on concevoir qu'elle puisse être interprétée plus ou moins subjectivement ? C'est ce que M. Lévy-Ullmann va montrer en rappelant les bases classiques de la théorie de l'erreur au cours du XIXe siècle en France, et en montrant l'évolution qui s'est produite sur cette notion depuis le milieu du XIXe siècle jusqu'à nos jours. Il y a là un sujet d'évo-

Sa liaison avec l'évolution dans l'appréciation de cause.

Source : BIU Cujas

lution dans la doctrine et la Jurisprudence très susceptible d'être rapproché du mouvement qui s'est opéré sur la cause, et non seulement c'est un mouvement analogue à celui qui s'est opéré sur la cause, mais dans une certaine mesure, c'est un mouvement qui s'identifie avec lui, auquel la cause a donné naissance (Pour les détails sur ce mouvement, renvoi à la these de Doctorat bien connue de M. Célice, Paris 1922, qui a fait autorité sur la matière. On y trouvera les détails du mouvement doctrinal en jurisprudence, dont on va essayer de résumer les grandes lignes).

Théorie classique de l'erreur. Le triple aspect de l'erreur.

La théorie française a établi relativement à l'erreur une sorte d'édifice à trois étages. L'erreur est envisagée relativement aux effets qu'elle peut produire sous trois aspects. Elle se tient sur trois degrés.

1°) L'erreur destructive du consentement sanctionnée par la nullité absolue.

Il y a d'abord - et c'est la plus grave - l'erreur destructive du consentement, exclusive de tout consentement, l'erreur qui porte sur le contrat lui-même: l'un a cru vendre, l'autre a cru louer; ou encore l'erreur sur le corps même de la chose, erreur ipso corpore rei: l'un - pour prendre les termes classiques du Droit romain - a cru vendre le fonds Sempronien, l'autre a cru acheter le fonds Cornélien. Ce sont là des erreurs qui ne vicient pas seulement le consentement, mais qui sont exclusives de tout consentement. C'est ce que certains auteurs ont appelé l'erreur obstacle et c'est ce que Savigny appelait l'erreur improprement dite qui est visée dans le Code civil.

Une erreur de ce genre n'aboutit pas à la nullité relative, d'après la théorie classique française, elle aboutit à la nullité absolue, à l'inexistence. Ce n'est pas de cette erreur que parle l'art. 1110, mais les interprètes du Droit français ont été rechercher dans les théories, dans les principes et également dans les précédents du Droit romain, cette première catégorie d'erreur pour professer qu'elle est destructive du consentement, et que ce n'est pas seulement un vice du consentement.

2°) L'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne sanctionnée par la nullité relative.

Comme seconde catégorie d'erreur, nous trouvons les erreurs visées par l'art 1110 du Code, alinéa 1 et al. 2: l'erreur sur la substance même de la chose, qui en est l'objet, non pas l'erreur sur le corps, mais l'erreur sur les qualités substantielles, article 1110 al. 1, et 2°) l'erreur sur la personne (soit l'identité, soit les qualités de la personne), art. 1110 al. 2.

Là nous sommes en face de l'erreur proprement dite de l'erreur qui n'exclut pas le consentement,

Source : BIU Cujas

mais qui le vicie, et qui engendre alors, non pas une nullité absolue, mais une nullité relative; art. 1117 du Code civil, une annulabilité comme on l'appelle parfois, par opposition à la nullité absolue ou à l'inexistence.

3°) Erreur indifférente.

Quant à la troisième catégorie d'erreur, c'était, dans la doctrine classique française l'erreur indifférente, l'erreur n'annulant pas le contrat, l'erreur sur les qualités non substantielles, l'erreur sur les motifs du contrat, l'erreur sur la valeur de la chose. Des erreurs de ce genre, dans la doctrine classique française, n'engendraient ni inexistence, ni annulabilité, étaient indifférentes.

Il y a là une construction à trois branches, un peu analogue à la doctrine de la cause en face du contrat synallagmatique, du contrat réel et de l'acte à titre gratuit.

Evolution de la doctrine de la jurisprudence dans un sens subjectif distinctif de cette théorie classique.

Qu'est devenue aujourd'hui cette théorie? C'est ce que nous allons voir en examinant successivement, ainsi que nous l'avons fait pour la cause, le mouvement doctrinal et le mouvement jurisprudentiel. Et nous allons voir dans le mouvement doctrinal une solution curieuse, accentuant le subjectivisme du Code, mais moins hardiment que ne l'a fait la Jurisprudence, car la Jurisprudence fait complètement disparaître la théorie classique de l'erreur à trois degrés.

Etude du mouvement doctrinal.

Prenons d'abord le mouvement doctrinal. Il s'est appliqué sur l'erreur sur la substance, qui est une des controverses d'interprétation les plus classiques de notre Droit français.

1°) L'erreur sur la substance, c'est-à-dire dans un sens primitivement objectif, l'erreur sur la matière.

Les premiers auteurs qui écrivirent des commentaires sur le Code, en face de ce mot "substance", qui ne figurait pas en propre terme chez nos anciens auteurs, se sont trouvés assez déconcertés. Merlin Toullier, Troplong ont été troublés par le mot et ne l'expliquent pas d'une façon très claire. C'est la génération suivante, des Duranton et des Marcadet, des commentateurs très rigides et très stricts du Code civil, qui donnèrent sur ce point la première note, et cette note fut strictement objective. Elle entendait (art. 1110) les mots: erreur sur la substance même de la chose qui en est l'objet, comme visant la matière dont la chose était formée.

C'est Duranton, Traité du Droit civil, tome X, N°s 114 à 116, qui a le plus énergiquement soutenu cette théorie objective, en disant que la substance de la chose s'entend de la matière dont cette chose

Source : BIU Cujas

est formée, et que l'erreur sur la matière, quoiqu'elle ne tombe pas sur l'objet lui-même, vicie au moins le consentement et s'oppose à la validité du contrat. C'est l'exemple classique des flambeaux, déjà donné par Pothier : si j'achète des flambeaux de cuivre les croyant en or, je ne fais pas erreur sur le corps de la chose, mais je fais erreur sur la matière.

Voilà l'erreur visée par le code. C'est là l'erreur sur la substance, mais abstraction faite de tout élément psychologique.

Marcadet dans ses commentaires du C.C. Tome IV, N° 407, donne une doctrine identique. La substance, ce sont les qualités substantielles ; la loi entend par la substance des choses l'ensemble de leurs qualités principales, et ces qualités sont celles qui sont ou non susceptibles de faire passer un objet d'une espèce dans une autre.

C'est donc la matière même que l'on emprunte pour indiquer le sens de ce mot substance. Savigny avait pratiqué la même doctrine sur le terrain du droit romain, quant à l'erreur classique, concernant le sexe de l'esclave acheté.

Première dérivation apportée à cette interprétation objective par Aubry et Rau (la clause de garantie)

Un commencement d'évolution fut marqué par Aubry et Rau. Ils admettent eux aussi une conception objective de l'idée de substance. Par substance de la chose, on doit entendre, écrivent les célèbres professeurs, non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distinguent, d'après les notions communes, des choses d'une autre espèce. Voilà la définition de la substance donnée par Aubry et Rau. Elle est purement objective.

Mais les auteurs admettent un tempérament qui subjectivisait, dans une certaine mesure, la substance, en disant ceci : Il est possible aux parties de faire une place à la qualité qu'on a principalement en vue, en faisant de cette qualité une condition du contrat, en insérant dans le contrat une clause, ce que l'on appelle pratiquement la clause de garantie, disant que les parties ont eu en vue telle qualité, et que c'est pour cette qualité qu'elles ont traité et passé la transaction.

Alors la conséquence était que si cette qualité faisait défaut, le contrat se trouvait résilié et tombait. Aubry et Rau faisaient donc obliquer la théo-

Source : BIU Cujas

rie, en admettant la possibilité d'une condition expressément stipulée, et qui était de nature à faire naître dans l'esprit l'idée de condition sous entendue.

L'interprétation de Laromblère considérant la substance comme la qualité de la chose que les parties ont principalement en vue.

A la suite de ce premier tournant dans la doctrine, nous arrivons à un fait curieux. En 1860, Laromblère, dans son fameux traité des obligations, dans l'art. 1110 n°3, en lisant Pothier, y découvrit la formule suivante : L'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose elle-même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les parties ont eu principalement en vue et qui fait la substance de cette chose. Laromblère et ses successeurs interprétèrent cette pensée de Pothier, incontestablement au-delà de la pensée de Pothier lui-même.

Accentuation de l'interprétation subjective par Laurent nécessité de rechercher l'intention des parties.

Mais les successeurs de Laromblère, et plus particulièrement, en 1869, le jurisconsulte belge Laurent, d'une manière très nette introduisirent dans l'interprétation le système subjectif, c'est-à-dire entendant par la „substance", l'ensemble des qualités qui individualisaient subjectivement la chose. Laurent écrivait, dans son tome XV n° 88 : C'est l'intention des parties qui décidera si une qualité est principale ou non. Il faut voir ce que les parties ont eu en vue en contractant. Et la conséquence, disait Laurent, c'est que la question est en définitive, une question d'intention, c'est-à-dire que le juge doit la décider d'après la circonstances de la cause.

Aboutissement de la doctrine à une conception subjective en harmonie avec le point de départ consensualiste.

Ceci posé, la doctrine de Laurent fut admise par tous les auteurs subséquents, sauf l'exception de M. Huc qui reste partisan isolé de la théorie objective. Mais Baudry-Lacantinerie, Planiol admettent la théorie subjective. Planiol, dans son grand Traité, Tome II, n° 1053, écrit : On considère comme substantielle la qualité que la partie a eu principalement en vue lorsqu'elle a donné son consentement, celle sans laquelle elle n'aurait pas contracté. Et de même, MM. Colin et Capitant, en se ralliant à la doctrine subjective, d'une manière expresse, ajoutent cette formule : la substance, c'est la qualité que le contractant, ou les contractants avaient principalement en vue, celle qui les a déterminés à contracter, celle en un mot dont on peut dire : si l'intéressé avait connu son erreur il n'aurait certainement

Source : BIU Cujas

pas passé le contrat.

Voilà l'aboutissement actuel de la doctrine concernant l'erreur sur la substance. C'est une doctrine subjective et en harmonie avec le point de départ consensualiste. Du moment que l'erreur est rangée parmi les vices du consentement c'est donc dans la psychologie des parties qu'il faut aller rechercher ce qu'elles ont voulu ; puisque c'est un vice de la volonté, la volonté doit être analysée. C'est conformément à ce que les parties, ou l'une d'elles ont voulu et entendu, qu'il faut se placer pour rechercher si oui ou non la réalité était conforme aux intentions du contractant.

Cette thèse est peut-être hardie et va peut-être assez loin. On verra que la doctrine a essayé d'y trouver une atténuation, car si l'on va très loin dans le subjectivisme, on peut amener des attaques contre tout contrat, sous le chef d'erreur. Mais elle n'est pas aussi hardie que l'a été la jurisprudence française.

Evolution de la jurisprudence aboutissant par l'introduction de l'idée de cause à abolir toute distinction entre les différentes erreurs.

A bord on a la jurisprudence, et on va voir combien elle a été plus large, plus téméraire même peut-être que la doctrine française, puisqu'elle tend non seulement à faire de l'erreur sur la substance une notion subjective, mais qu'elle fait intervenir la notion de cause, et, par voie de conséquence, abolit complétement toute la distinction entre les erreurs, erreur obstacle ou erreur ordinaire.

Cette jurisprudence on la trouvera analysée dans son détail dans la thèse de M. Pelice. Les espèces sont très abondantes. On ne fait qu'indiquer les catégories d'espèces dans lesquelles ces décisions classiques ont été rendues : ce sont les ventes de tableaux plus ou moins authentiques, des Corots plus ou moins fabriqués ; ce sont les ventes d'objets d'art, les souscriptions à des ouvrages de librairie, les aliénations de terrains, des ventes de titres en bourse, notamment de titres déjà appelés au tirage et déjà amortis ; et enfin, dans les temps plus récents, les ventes d'automobiles. C'est dans toutes ces catégories de ventes que l'on a été amené à plaider bien souvent à la barre de nos tribunaux, l'erreur, et l'erreur dans la pensée de l'un des contractants.

La notion d'erreur dans la jurisprudence: recherche du

Comment la jurisprudence s'est elle comportée en face du moyen d'erreur ? La jurisprudence n'a pas été moins surprise que la doctrine, au début du XIXe siècle, en présence du mot erreur sur la

Source : BIU Cujas

point de savoir quelle avait pu être son influence sur le consentement et si elle était la raison principale et déterminante du contrat.

substance, et elle ne s'est pas acharnée à définir le mot substance," comme l'ont fait par la suite les auteurs. D'emblée et par instinct les cours d'appel ont recherché, pour s'attacher à cet élément comme à un critérium d'appréciation, l'influence que pouvait avoir l'erreur sur le consentement des contractants.

C'est ainsi que la Cour de Douai, 21 février 1848, disait que le consentement du débiteur n'avait été donné que par une erreur de fait. On comparait immédiatement l'erreur et le consentement que la partie avait donné. Mais, en même temps, et même avant, certaines décisions avaient fait appel inotinctivement encore, à une autre notion, à celle de la cause, celle de la fausse cause. C'est ainsi que la Cour de Grenoble, le 27 mai 1831, à propos - espèce curieuse - d'une méthode de calligraphie destinée à apprendre à bien écrire dans un temps très restreint (or, il se trouvait que la méthode était loin de présenter les avantages préconisés, et que ces avantages étaient illusoires), la Cour de Grenoble dans ce cas, a déclaré que le contrat était nul; il était sans cause, ou reposait sur une fausse cause. On avait vendu une chose, mais la vente reposait* une fausse cause, ou sur une cause qui n'existait pas.

* sur

Retenons cet attendu de la Cour de Grenoble de 1831. Il va subir une éclipse pour se réveiller par la suite, et se retrouver alors dans toutes les décisions. Il y a eu, en effet, au cours du XIXe siècle, un fléchissement dans la jurisprudence, influencée par les auteurs notamment par l'autorité d'Aubry et Rau. Les décisions ont été amenées un moment à envisager la matière objectivement. Notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 9 février 1849, à propos de la vente d'un tableau, dont l'auteur n'était pas le signataire. La signature de l'artiste, en bas du tableau, n'était point celle que l'on croyait. La Cour de Paris a déclaré que ce qui faisait le mérite d'un tableau, ce n'est pas la signature du peintre, c'est la peinture. (on est revenu, depuis, de cette manière de voir!) Mais, ajoutait la Cour de Paris, il appartenait aux parties, si elles avaient pris en considération la signature du peintre comme un élément substantiel, essentiel, de leur contrat, de dire et d'insérer dans le contrat une clause de garantie. Le traité d'Aubry et Rau venait de paraître, et la Cour de Paris était influencée par cette doctrine objective, tempérée par l'insertion possible de la condition.

Source : BIU Cujas

Mais ce ne fut qu'un moment dans la jurisprudence, et en présence des controverses soulevées par Demolombe, Laromblère et Laurent, la jurisprudence revint à sa première manière de voir, d'abord à propos d'obligations de faire, telles que le louage d'ouvrage, ou encore le remplacement militaire qui donnait lieu à beaucoup de procès en cette matière; puis ensuite à propos de l'obligation de donner, et notamment de l'obligation de donner portant sur un objet mobilier corporel.

Importance prise par l'idée de cause déterminante.

Que recherchait la jurisprudence? La jurisprudence recherchait toujours, pour en faire l'élément sur lequel elle appréciait l'erreur, - la formule est la suivante - la raison principale et déterminante du contrat" C'est là "l'élément essentiel et constitutif du contrat. Ce sont des formules que nous commençons à apercevoir dans la jurisprudence de la Cour de Paris, en 1877 et en 1878, et derrière ces termes, les cours d'appel se mirent à développer un système en vertu duquel la qualité substantielle dans une vente, c'est celle qui a déterminé l'acheteur. On signalait ce mot déterminé dans la définition de MM. Colin et Capitant; c'est le mot important dans la jurisprudence. Par exemple, arrêt de Bordeaux de 1890: L'ancienneté de l'objet avait été le motif déterminant du contrat. Arrêt de Douai du 9 février 1893: L'erreur entraîne la nullité de l'acte dont elle a été la cause principalement déterminante. Cause déterminante, 1894, arrêt de Chambéry. Enfin, en 1895, même formule dans un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation: 30 juillet 1895, S. 95.1.72. En 1898, la Chambre des Requêtes, 16 mars 1898. S. 1902.1.331, décide qu'il appartient souverainement au juge du fait d'apprécier si une erreur est ou non la cause unique et déterminante d'un engagement. Et la Chambre civile, le 23 janvier 1913, S. 1913.1.487, déclare que l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté. C'est la consécration du point de vue subjectif, et c'est également s'en remettre à l'opinion des juges, lesquels assimilent entièrement la substance et la cause principalement déterminante.

Conséquences de cette jurisprudence abolissant toute différence entre les...

Les conséquences de cette jurisprudence sont extrêmement importantes. La construction classique du XIXe siècle est complètement brisée; les trois étages sont démolis; on ne dira pas que la maison s'est effondrée, mais tout est nivelé; il n'y a plus à distinguer l'erreur, obs-

Source : BIU Cujas

germes d'erreurs

tacle, l'erreur proprement dite et l'erreur indifférente, dès l'instant où l'on se trouve en présence d'une erreur ayant déterminé le contrat, voici les conséquences.

1° toute erreur déterminante entraîne la nullité absolue.

1° Toute erreur de ce genre entraîne, non pas une annulabilité, mais la nullité complète, la nullité radicale, l'inexistence. En effet puisque l'on a fait appel à la cause, et puisque l'on vient dire que l'acte qui repose sur la substance est un acte qui repose sur une fausse cause, ou qui n'a pas de cause, dès l'instant où l'on assimile l'erreur sur la substance à l'erreur sur la cause, alors on aboutit nécessairement à l'inexistence, et non pas à la simple nullité. En somme, on extrait l'erreur de l'art. 1117 pour la faire dépendre de l'art. 1131. Par conséquent, la distinction entre le premier étage et le second étage n'existe plus; l'erreur obstacle et l'erreur proprement dite ne sont plus distinctes, on les assimile; il n'y a plus que l'erreur annulant le contrat.

2° disparition de la notion d'erreur indifférente

En second lieu, il n'y a plus d'erreur indifférente. L'erreur sur le motif du contrat, dès l'instant où le motif est devenu déterminant, est devenue l'erreur sur la substance, et par conséquent elle annulera le contrat. Voilà la distinction entre la deuxième et la troisième catégorie établie par la doctrine française au XIXème siècle qui disparaît également

3° droit pour le Juge de réduire le contrat pour erreur sur la substance.

La troisième conséquence n'est pas moins curieuse. Les juges auront le droit, lorsqu'ils seront en présence d'un contrat vicié par une erreur sur la substance, de ne pas prononcer la nullité, ce qui paraît contradictoire avec le principe de la nullité. Ils auront le droit de prononcer la simple réduction du contrat. En effet, dès l'instant que c'est la cause qui intervient, dès l'instant que l'on assimile l'erreur à une fausse cause, la cause peut n'être que partiellement fausse, elle a pu, peut-être, n'entraîner qu'une erreur partielle, et par conséquent elle peut permettre de maintenir partiellement le contrat. C'est ainsi que, en présence de vente de fonds de commerce, que l'on déclare entachée d'erreur parce que l'une des parties s'est trompée dans l'évaluation de la valeur du fonds, la jurisprudence a une tendance à réduire le prix, à ne pas annuler la vente mais à en réduire les conditions, parce qu'il y a cause fausse, mais partiellement fausse, et que dans l'ensemble dans le contrat peut être maintenu, mais réduit. Il n'est donc pas illogique de venir soutenir d'une part que le contrat peut être nul d'une nullité absolue à raison de la cause, mais, d'autre part que, si la cause n'est que partiellement fausse, on peut maintenir

Source : BIU Cujas

partiellement le contrat en modifiant simplement ses conditions.

4° admission de l'erreur unilatérale.

4° Il sera difficile à une partie de prouver qu'elle a eu, elle seule, telle qualité dans l'esprit, et que cette erreur individuelle n'était pas partagée par son co contractant, mais si le juge admet cette preuve, l'erreur unilatérale suffira pour faire tomber le contrat

5° assimilation de l'erreur de droit à l'erreur de fait.

Enfin 5e conséquence, l'assimilation complète de l'erreur de droit et de l'erreur de fait. Dès l'instant où l'erreur n'est appréciée que du point de vue de la psychologie des parties, il est évident qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Sans doute nul n'est censé ignorer la loi, mais c'est là une décision objective. Or, le point du savoir est ici objectif. Les parties connaissaient le droit ou l'ignoraient; et s'il est prouvé que l'une des parties l'ignorait, nous sortons du domaine social et objectif pour entrer dans le domaine subjectif: il y a erreur.

Telles sont les conséquences des solutions données par la jurisprudence française. C'est une théorie très logiquement subjective que la jurisprudence française a proclamée. Le projet franco-italien n'a pas été aussi loin, tout au moins en ce qui concerne l'erreur sur la substance.

Les solutions du projet franco-italien sur l'erreur sur la substance

Il faut sienne une théorie italienne professée par Bruni, et insérée notamment dans la Revue trimestrielle de Droit civil, année 1902 p. 301 et suivantes.

Dans l'art. 15 du projet franco-italien, on voit que l'erreur de fait entraîne l'annulabilité du contrat lorsqu'elle porte sur une qualité de la chose, ou sur une circonstance que les parties ont considérée comme essentielle, ou qui doivent être considérées comme telles, eu égard à la bonne foi ou aux conditions dans lesquelles le contrat a été conclu. Le projet a voulu écarter l'erreur unilatérale dans la mesure où elle ne correspondait pas à un critérium semi-subjectif, semi-objectif.

Mais dans le second alinéa, à propos de l'erreur sur la personne, alors l'avant-projet franco-italien rejoint complètement la jurisprudence française: "Elle est aussi cause d'annulabilité l'erreur portant sur l'identité ou les qualités de la personne avec qui l'on contracte" - et voici le membre de phrase important - "lorsque cette identité ou ces qualités sont la cause unique et principale du contrat." Ici l'on rejoint la théorie de la cause, et le projet franco-italien donne une complète satisfaction aux principes logiques et rigoureux du subjectivisme dans le contrat établi et dégagé par la jurisprudence française.

Source : BIU Cujas

Le dol et la violence; raisons pour lesquelles cette doctrine les rapproche

On a l'habitude en doctrine de réunir la violence et le dol, parce que ce sont deux vices du consentement dont les effets sociaux sont dommageables et regrettables. C'est la raison pour laquelle, dans les législations formalistes, notamment dans le droit romain, les deux vices en question ont été, d'assez bonne heure, relevés par le préteur et entravés dans leurs effets, par une progression d'actions et d'exceptions correspondantes.

Par rapport au contrat, aujourd'hui, ces faits regrettables et sociaux peuvent être envisagés soit dans la conception objective comme ils le furent autrefois, soit dans la conception subjective qui domine de plus en plus. Les mots eux-mêmes nous facilitent cette opposition classique. La langue latine possède, pour le vice de violence, de contrainte, deux expressions qui marquent bien, par leur opposition, la différence entre les deux conceptions ce sont les mots: vis: force, ou metus: crainte. La force ou la crainte, c'est par ces deux expressions que s'opposent la conception objective ou la conception subjective de la violence.

Définition de la violence.

La violence - les définitions en doctrine sont à peu près constantes et presque similaires - est définie comme une contrainte exercée par un individu sur la volonté d'un autre individu, en vue, comme le dit l'art. 1109, d'"extorquer" son consentement. La violence est une extorsion du consentement. On peut donc la considérer, soit en elle-même, comme manifestation de force regrettable et anti-sociale, ou la considérer d'un point de vue subjectif, à raison de l'influence exercée par elle sur la volonté de celui qui la subit, et alors nous sommes en présence de la conception subjective de la violence, vice du consentement, qui est la conception du C.C. français.

La conception objective et la conception subjective de la violence.

Définition et critérium du dol.

Idée même pour le dol. On a donné du dol des définitions bien connues. Tous les auteurs se réfèrent à la définition classique de Labéon (D. De dolo, 1, § 2). C'est une définition classique, que l'on traduit plus ou moins en français. Pothier, au n° 28 de ses obligations

Source : BIU Cujas

dit: On appelle dol toute espèce d'artifice dont on se sert pour tromper un autre. Aujourd'hui, en doctrine, on est d'accord pour reconnaître que le critérium du dol, ce sont des manœuvres frauduleuses, de nature à induire en erreur celui contre qui, et au préjudice de qui, elles ont été pratiquées.

la conception objective et la conception subjective du dol.

A travers toutes ces définitions du dol, on peut apercevoir, comme pour la violence, une opposition entre les deux conceptions qui sont susceptibles de s'affronter: la conception objective et la conception subjective. Ici nous n'avons pas de mots aussi consacrés que les mots vis ou metus pour opposer les deux points de vue. On pourrait dire cependant que, du point de vue objectif, on définira le dol comme une fraude; du point de vue subjectif et comme vice du consentement, on aura une tendance à le définir comme une tromperie, c'est-à-dire à faire apparaître cette notion dans sa relation avec la volonté de celui qui ici en est la victime.

Voilà donc les deux conceptions qui s'affrontent; et dans le droit français comme dans le droit italien, nous allons voir le courant subjectif s'affirmer et l'emporter de plus en plus. M. Lévy-Ullmann va très brièvement le montrer, d'abord pour la violence, et ensuite pour le dol.

Evolution de la notion de violence dans le sens subjectif dans les législations française et italienne.

En ce qui concerne la violence, voici trois traits caractéristiques qui marquent l'évolution subjective.

Considération plus grande accordée à la violence morale.

Dans la conception française, d'abord, il semble bien que, de plus en plus on se place, pour considérer la violence, beaucoup plutôt au point de vue moral qu'au point de vue physique. C'est la violence morale que l'on envisage, beaucoup plus que la violence physique, et M. Lévy-Ullmann n'en veut pour preuve que la disparition d'un mot important du C.C. qui y figurait et qui ne figure plus dans le projet franco-italien, mot qui, figurant dans le Code, art. 1112, caractérisait ce qu'est exactement la violence.

Nous n'entrerons pas ici dans la description de la violence, telle que l'a conçue le

Source : BIU Cujas

C. C; c'est une matière classique, pour laquelle il suffit de renvoyer aux livres! Mais il y a un mot sur lequel on n'insiste pas, d'après l'avis de M. Lévy-Ullmann, d'une manière suffisante dans les ouvrages de doctrine: c'est le mot " mal considérable et présent". L'art. 1112 nous dit: " Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent."

Le caractère de la violence de la définition du C. C: "mal.... présent" importance de ce mot. Interprétation de ce terme dans le sens d'une violence morale.

Généralement, les auteurs disent: le C. C. en parlant d'un mal présent, a voulu parler de la crainte présente d'un mal éventuel. Je ne le crois pas. Je crois que les auteurs du code avaient mesuré, d'une manière particulièrement attentive, les mots qu'ils employaient. La crainte d'un mal présent, qu'est-ce à dire? C'est l'hypothèse bien connue de l'individu amené à souscrire une promesse, une obligation sous la menace d'une arme, par exemple d'un pistolet dirigé contre lui, de telle sorte que, pour échapper au mal qui le menace d'une façon absolument imminente, il n'ait d'autre ressource que de signer.

Par opposition à cette hypothèse, la crainte présente d'un mal futur se manifesterait dans l'exemple suivant: Je reçois une lettre me disant que si je ne souscris pas telle obligation, ma maison sera incendiée dans un délai de huit jours, ou moi-même je serai l'objet d'un attentat. Sans doute la crainte est présente dans cette hypothèse, et elle le sera pendant un délai désagréable, mais le mal n'est pas présent, et il est possible à celui qui en est la victime de parer au plus pressé, soit en se mettant personnellement en défense, soit en appelant à son secours les autorités sociales responsables de l'ordre et de la sécurité.

Par conséquent les deux hypothèses ne sont pas absolument les mêmes, et lorsque le code avait parlé d'un mal considérable et présent, il avait visé un genre de menaces, une mise en jeu de la crainte d'un caractère absolument imminent. Sur ce premier point, il est manifeste, dans la doctrine, que l'on s'est écarté de la pensée du code, et que ce qui domine

Source : BIU Cujas

chez les auteurs, c'est l'idée de la violence morale beaucoup plus que l'idée de la violence physique, imminente ; que ce qui cause le défaut du consentement, ce qui est le vice du consentement c'est précisément la crainte, metus, et non pas la force, vis, le mal imminent qui transparait dans l'art. 1112 du C.C. Voilà un premier point sur lequel il était intéressant d'appeler l'attention.

2°) Evolution dans le sens subjectif dans l'hypothèse où une personne met à profit les circonstances extérieures pour se faire consentir un avantage.

Un second trait caractéristique, particulièrement frappant, de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence, dans le sens subjectif, c'est la jurisprudence classique, devenue depuis lors, dans une certaine mesure, la loi positive, le droit écrit, concernant la question classique de savoir si la mise à profit des circonstances extérieures par une personne pour se faire consentir un avantage, peut être assimilée à la violence prévue par le code. Là encore, on est en présence d'exemples. En droit classique, c'est l'hypothèse bien connue de Pothier (II n° 24 Traité des obligations) qui suppose que, poursuivi dans la rue par quelque malandrin, j'appelle à mon aide un passant, lequel consent à me secourir, moyennant la promesse d'une forte rémunération : autre manière de soutirer la bourse ! Pothier, dans pareille hypothèse, admet l'idée d'une réduction de l'engagement. Il déclare que cette mise à profit constituait une violence, susceptible d'amener non pas la nullité, mais une réduction de l'obligation.

Réduction de l'engagement pour défaut de cause.

Depuis lors, sous une forme modernisée, la question s'est présentée : c'est le procès classique jugé en 1887 par la Cour de Cassation, la fameuse affaire du remorqueur "L'Abeille" (Cass. 27 avril 1887 S. 87.1.372 ; D 88.1.263). Tout le monde connait l'hypothèse. Il s'agit d'un navire qui se trouve près d'un port dans une situation difficile. Un remorqueur parvient jusqu'à lui, mais le patron du remorqueur exige du capitaine du navire la promesse d'une rémunération excessive, d'un caractère exagéré. La Cour de Cour de Cassation, appliquant le principe de Pothier, déclare qu'en pareil cas il y aura

Source : BIU Cujas

violence et que l'engagement pris sous l'empire des circonstances extérieures de ce genre va engendrer une rédaction.

Nous sommes en présence d'une question curieuse. Si l'on examine en quoi consiste ici le vice du consentement, on aperçoit, dans les livres, que la doctrine est fort embarrassée, et cela précisément parce qu'elle manque du moyen auquel la jurisprudence peut songer. On fait appel à l'idée de l'enrichissement sans cause. Or c'est justement parce que, comme il a été montré précédemment - la jurisprudence n'hésite pas, en matière de vice du consentement, à faire intervenir la notion de cause, que l'idée de rédaction s'est imposée à son esprit; dès l'instant où l'on se trouve en présence d'une mise à profit des circonstances extérieures ayant dicté une obligation excessive, il y a, d'après la jurisprudence, défaut de cause, pour une partie de l'engagement. D'où rédaction. Ce qui a été exposé précédemment à propos de l'erreur. Voilà un second trait caractéristique montrant l'extension du vice du consentement, de la violence, et en quelque sorte son acheminement vers la confusion de la théorie de la violence et de celle de la cause, analogue à la confusion de la théorie de l'erreur et de la cause.

3°) Développement de la notion de cause en matière d'engagement contracté sous l'empire de la violence.

Mais - et c'est le troisième point - cette apparition de la notion de fausse cause, ou d'absence de cause, comme en matière d'erreur, est encore beaucoup plus sensible dans une série d'hypothèses dont le type est l'affaire jugée par la Chambre Civile de la Cour de Cassation en 1913, dite l'affaire de la Samaritaine: 9 avril 1913. D. 1917. 1. 103, affaire Cognacq contre Bernetau, sur un arrêt de la Cour de Paris du 26 Mai 1909.

Il s'agissait d'un engagement, d'une somme assez importante de 65.000 frcs, résultat d'une transaction intervenue entre la Samaritaine et un de ses anciens fournisseurs, sous menaces de poursuites pour métrage défectueux dans une fourniture (par la suite d'ailleurs le délinquant fut condamné). On plaidait sur le point de savoir dans quelle mesure,

Source : BIU Cujas

et si l'engagement était valable, et le défenseur du délinquant plaida la nullité de l'engagement. Ce moyen fut admis par la Cour de Paris et par la Cour suprême, dans un considérant que M. Lévy Ullmann engage à lire, car il est particulièrement frappant pour montrer à quel point la jurisprudence fait de cette notion de violence, comme de l'erreur, en somme une application de la cause, motif déterminant et sérieux.

Voici le considérant de la Cour! Considérant que si la menace de provoquer une poursuite criminelle ne peut, en principe, constituer par elle-même un motif d'annulation d'un engagement, il en est autrement quand un moyen d'intimidation a été mis en œuvre pour obtenir la signature d'une obligation sans cause légitime sérieuse et dont le bénéficiaire se serait trouvé dans l'impossibilité d'établir en justice le fondement...."

C'est l'appel à la notion de cause, de motif déterminant sérieux, et c'est cela que l'on retrouve maintenant à la base des arrêts de la Cour de Cassation en matière de violence, comme en matière d'erreur.

Voilà les trois traits caractéristiques qui montrent le mieux l'acheminement de notre jurisprudence et de notre doctrine vers la notion toujours plus subjective des vices du consentement à propos de la violence.

Accentuation du caractère subjectif dans l'appréciation du dol. Rejet par le projet franco-italien de la distinction entre le dol du co-contractant et le dol d'un tiers.

A propos du dol, le spectacle est encore plus frappant. Le premier point qu'il faut faire ressortir tranche ici aussi à l'une des questions les plus classiques de la matière. L'art. 1116 du Code exige que le dol, pour être cause de nullité, se soit produit par des manœuvres pratiquées par l'une des parties. On sait - et c'est là le point qu'il est important de bien retenir - que le dol d'un tiers n'est pas admis pour annuler un engagement. Il faut que le dol émane de la partie.

L'art. 21 du projet franco-italien ne reproduit plus cette distinction, et il s'exprime ainsi: Le dol est une cause d'annulabilité du contrat lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties, ou par un tiers à sa

Source : BIU Cujas

connaissance, ont été telles que sans ces manoeuvres l'autre partie n'aurait pas contracté.

Ainsi l'on rejette, et l'on rejette d'une façon délibérée, cette vieille distinction entre la violence et le dol et la discussion à laquelle donnait lieu l'art. 1116 du C.C. On sait la difficulté qu'avait la doctrine française à justifier sur ce point la distinction du C.C. On a invoqué pas mal de raisons. On a dit d'abord que la violence était en soi un vice plus grave que le dol et que, par conséquent, il y avait lieu de la réprimer plus largement : la nécessité s'impose d'une protection plus large. On avait dit ensuite que l'auteur de la violence pouvait rester inconnu, tandis que l'auteur du dol, à raison des manoeuvres, surtout lorsque c'est la partie, ne peut jamais échapper. Enfin, et surtout on avait invoqué l'intérêt du co contractant de bonne foi, dans le cas de dol d'un tiers. On disait - on dit encore - que celui qui a souscrit une obligation à la suite de manoeuvres dolosives, pratiquées par un autre que par le co contractant, a eu tort de s'adresser à quelqu'un d'autre que celui en face duquel il se trouvait pour contracter.

Toutes ces raisons sont des raisons reposant sur une conception objective du dol, manoeuvres dolosives. Mais si l'on se place au point de vue subjectif, qui mène à considérer le dol comme une tromperie engendrée dans l'esprit de celui qui en est victime, il est de toute évidence alors qu'il n'y a aucune espèce de raison de distinguer, sur ce terrain, le dol d'un tiers et le dol d'un contractant. Il est de toute évidence que le mal est le même, que le consentement est vicié d'une façon identique, que le dol émane d'un tiers ou du co contractant.

Affirmations apportées par la jurisprudence à l'idée que le dol d'un tiers n'est pas cause de nullité.

C'est donc dans le sens subjectif que le remaniement du projet franco-italien, par rapport à l'art. 1116, se manifeste à nos yeux. D'ailleurs il faut remarquer que la jurisprudence française avait déjà, depuis fort longtemps, aidée par la doctrine, rusé petit à petit, amenuisé en quelque sorte, le principe de l'art. 1116. C'est ainsi qu'en matière de donation entre vifs

Source : BIU Cujas

une jurisprudence constante déclare que lorsque les manoeuvres proviennent d'un tiers autre que le donataire, la donation doit tomber. Il y a en ce sens un arrêt (Req. 27 juin 1887. S. 1887. 1. 429 ; D 88. 1. 315).

Deuxième atténuation, en matière d'actes unilatéraux (reconnaissance d'enfant naturel, acceptation de succession, testament, annulation de legs). Dans ce cas, la jurisprudence admet que les manoeuvres provenant d'un tiers peuvent annuler l'acte et le faire tomber (Req. 2 Janvier 1878. D. 78. 1. 136, S. 78. 1. 103. Voilà le premier point, sur lequel on pourrait d'ailleurs multiplier les exemples.

La distinction du dol principal et du dol incident.

Une seconde manifestation de la conception subjective en matière de dol est la distinction introduite, assez curieusement d'ailleurs, par la doctrine et recueillie par la jurisprudence, et qui porte le nom de distinction entre le dol principal et le dol incident, que l'on oppose comme étant, le premier, le dol qui a engendré le contrat, et le second, le dol qui n'a pas proprement engendré le contrat, mais qui a contribué à en modifier les conditions normales, le dol qui n'a pas amené à contracter celui qui en a été la victime, mais qui l'a amené à accepter des conditions différentes de celles que normalement il aurait pu accepter. M. M. Colin et Capitant opposent le dol incident au dol principal par les termes frappants de dol déterminant et de dol non déterminant.

Cette distinction a été introduite par les auteurs particulièrement en s'appuyant sur les termes de l'art. 1116: "Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté." On voit bien que dans la pensée du code, le dol déterminant est seul retenu, comme cause d'annulation du contrat.

Mais ce qui prouve que l'on se trouve en présence d'une extension de la doctrine, c'est qu'en réalité la distinction entre le dol déterminant et le dol non déterminant ne figure

Source : BIU Cujas

nulle part dans le Code, et surtout la conséquence qu'on est amené à en déduire logiquement.

Quelle est cette conséquence? C'est que un dol, c'est-à-dire des manoeuvres frauduleuses qui n'ont pas engendré la tromperie, ne peuvent être prises en considération pour annuler le contrat. Le dol qui n'a pas trompé, psychologiquement, ne tombe pas sous le coup de l'art. 1116, même s'il est répréhensible, même s'il est grossier, même s'il est la mise en jeu de manoeuvres condamnables, un dol aussi violent qu'on peut l'imaginer ne tombera pas sous le coup de la loi civile s'il n'a pas trompé.

C'est donc bien la conception psychologique, la conception interne, la conception des vices du consentement, et non pas des vices du contrat qui domine dans la jurisprudence française et dans la doctrine.

La réticence peut-elle être assimilée au dol?

Enfin, le troisième trait auquel il faut s'attacher, c'est la discussion, classique également, portant sur le point de savoir si l'on doit ou non assimiler au dol la simple réticence, c'est-à-dire le fait d'avoir gardé le silence, le fait de savoir que le cocontractant se trompe, est trompé, mais ne pas le lui souligner, de ne pas le lui dire. Il n'y a pas de manoeuvres: la réticence n'est pas un fait positif, c'est un fait négatif, c'est le fait de ne pas dire, le fait de ne pas révéler, et en réalité d'exploiter sinon la crédulité, du moins la croyance du cocontractant.

Solution du C. Co. en matière d'assurance maritime.

On sait que l'art. 348 du C. Com. en matière d'assurances maritimes, impose au futur assuré l'obligation de faire connaître à l'assureur tous les éléments qui sont de nature à modifier dans son esprit ce que le C. Com. appelle "l'opinion du risque", c'est-à-dire la mesure que, dans son esprit, l'assureur doit accorder, d'après le calcul des probabilités, au quantum de risques contre lesquels il garantit l'assuré. L'art. 348 du C. Com. a donné lieu à un certain nombre de questions, dont notamment celle de sa nature juridique et de son fondement: est-ce que l'art. 348 repose sur la théorie de l'erreur? On a une tendance à répondre par l'affirmative, et M. Lévy-Ullmann ne fait que mentionner l'une des conséquences

Source : BIU Cujas

-car il y en a beaucoup.- L'une des conséquences serait que l'art. 348 devrait être écarté dans son application, lorsqu'il l'on peut prouver que l'assureur avait personnellement connaissance des éléments qui n'ont pas été révélés. Il en résulterait que l'art. 348 ne serait qu'une application de l'erreur, et en outre une application détournée du dol, car il y a à peu près coïncidence entre ces deux théories, comme on le montrera plus loin.

Tendance à généraliser cette solution particulière et à assimiler la réticence au dol.

Mais une seconde question s'est posée à propos de l'art. 348, et c'est alors que nous entrons en plein sur le terrain du dol: est-ce que l'art. 348 est susceptible d'être étendu aux assurances autres que l'assurance maritime, et notamment à l'assurance sur la vie? Sur ce point, la discussion est très importante. (Cf. thèse de M. Célice PP. 206 et s.). Aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine ont une tendance à admettre le principe de l'extension aux autres assurances de l'art. 348 du C. Com. par voie d'analogie, et c'est d'ailleurs par cette extension que les compagnies ont été amenées, non seulement à rédiger les clauses classiques de leurs polices habituelles, mais encore toutes les autres clauses qu'ont engendrées par la suite les décisions successives de la jurisprudence sur cette matière.

Pour nous, la conséquence de cette controverse sur l'art. 348 aboutit au résultat suivant: on généralise la controverse, non seulement en la déplaçant, on ne se borne pas seulement à considérer la matière de l'assurance maritime, mais on la généralise sur le terrain du dol, en disant que la réticence doit être assimilée au dol, non seulement dans les contrats d'assurance maritimes, terrestres ou autres, mais encore d'une façon générale dans tous les contrats, parce que la réticence, au même degré que le dol, est un vice du consentement, engendre chez celui qui en a été la victime, un vice identique. En soi, la réticence est peut-être moins grave que le dol. Dans ses conséquences, ce sont deux faits à mettre sur le même pied; ce sont des faits identiques par rapport au consentement, deux vices qui atteignent le consentement. L'assimilation de la

Source : BIU Cujas

réticence au dol est donc la troisième de ces manifestations de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence française vers le subjectivisme. (Voir un arrêt de la Cour de Cassation du 17 février 1874 S. 74. 1. 248. D. 74. 1. 193: il s'agissait dans l'espèce d'un cheval qui avait la mauvaise habitude de mer, mais comme il n'avait pas mé au moment où l'acheteur l'avait examiné, le vendeur s'était bien gardé de dévoiler la mauvaise habitude de la bête. C'est sur ce terrain que la Cour de Cassation s'est placée pour assimiler la réticence au dol).

Coïncidence à peu près complète, du point de vue subjectif entre la théorie du dol et de celle de l'erreur.

Lorsqu'on examine ainsi la théorie du dol dans le sens subjectif, on voit qu'elle en vient à coïncider presque complètement avec la théorie de l'erreur. Ce qui est le vice dans le dol c'est la confusion engendrée par la manoeuvre frauduleuse dans l'esprit de celui qui en est la victime. Le vice est donc, somme toute, l'erreur dont est victime celui contre lequel le dol s'est exercé. D'ailleurs, l'ancienne distinction entre le dol et l'erreur n'a plus guère d'intérêt pratique aujourd'hui, puisque la jurisprudence et la doctrine admettent comme pouvant être prise en considération et engendrant la nullité du contrat, l'erreur sur les motifs, ainsi que nous l'avons vu.

Tels sont les différents traits caractéristiques, soit pour le dol, soit pour la violence, que l'on peut relever pour faire apparaître l'évolution de la jurisprudence française vers le subjectivisme, en ce qui concerne ces deux vices du consentement.

Le mouvement subjectiviste concernant la lésion.

Examinons maintenant la lésion, qui non seulement dans la jurisprudence et dans la doctrine, mais dans la législation, a engendré, et engendre un mouvement semblable à celui qui vient d'être analysé pour la violence, l'erreur et le dol, c'est-à-dire un mouvement de subjectivisme accentué.

Solution du C.C. écartant en principe la lésion.

Cette différence de point de vue entre le C.C. et les conceptions qui ont cours à l'heure actuelle, se traduit par l'opposition entre le texte du C.C. français et le texte du projet franco-italien. En effet, le C.C. français, art. 1118, écarte en principe la lésion: "La lésion ne vicie les

Source : BIU Cujas

conventions que dans certaines conditions ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section."

Le principe est négatif, si bien que le c.c. italien art. 166, n'avait pas cru devoir reproduire la formule négative de l'art. 1118. Mettons en face de cette formule négative l'art. 22 du projet franco-italien, al. 1er: Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat, ou avec les prestations de l'autre, de telle sorte que suivant les circonstances il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

Solution opposée du projet franco-italien.

On voit quel est l'esprit même de cet art. 22 du projet franco-italien. Non seulement la lésion est admise indistinctement comme susceptible de faire, soit annuler, soit réduire les obligations d'un contrat, quel qu'il soit, et non pas certains contrats déterminés comme en droit français, mais le texte précise bien que la lésion est considérée comme un vice du consentement et repose sur la présomption que le consentement de l'obligé n'a pas été suffisamment libre. C'est donc ranger la lésion dans les vices du consentement et trancher légalement la grave controverse portant sur le point de savoir quelle est la nature, objective ou subjective, de la lésion.

Discussions sur la nature juridique de la lésion.

En effet, la lésion a donné lieu, quant à sa nature juridique, à une controverse sur laquelle plusieurs opinions sont bien connues. Il y a une conception objective, et il y a une conception subjective de la lésion, la première correspondant d'ailleurs à la conception objective des vices du consentement et la seconde à la conception subjective.

Conception objective de la lésion en tant que vice du contrat (inéquivalence)

Ceux qui voient dans la lésion un vice du contrat, du point de vue objectif, disent qu'il s'agit d'un vice "réel", d'un vice résultant de l'inéquivalence des prestations dans un contrat commutatif à titre onéreux. Ce qui est le vice, c'est l'inéquivalence. On fait intervenir la notion de nos valeur, et sur ces données, à la fois économiques et juri-

Source : BIU Cujas

dignes, on bâtit une conception de la lésion. C'est ainsi que M. Louis Duncas (Volonté et cause, Thèse Dijon 1918) fait intervenir à l'appui de cette conception une notion spéciale de la cause, objectivement d'ailleurs. De même M.me Demontès (De la lésion dans les contrats entre majeurs, Mémoire couronné Paris 1924) soutient la théorie suivant laquelle la lésion serait un fait dommageable, une sorte de délit civil engendrant la responsabilité de l'auteur de la lésion et l'obligeant à fournir une réparation adéquate.

Conception subjective (erreur sur la valeur ou sur le prix)

Ce n'est pas dans ce sens que la doctrine et la jurisprudence françaises s'étaient engagées. Là encore le subjectivisme l'avait emporté. On considérait la lésion - et on considère encore la lésion dans la doctrine française dominicale et dans la jurisprudence - comme un cas particulier : l'erreur sur la valeur ou l'erreur sur le prix.

Conception de la lésion comme présomption d'un défaut de liberté du consentement.

C'est une première opinion, mais surtout l'opinion qui domine, c'est que la lésion n'est pas en soi un vice du consentement à part ; elle fait présumer que le consentement a été vicié. La lésion a la valeur d'une révélation, d'un fait révélateur ; c'est la révélation d'un vice ; elle a une valeur de symptôme ; on présume, en face de la lésion, un défaut de liberté du consentement.

Ce qui fait la différence entre cette manière de présenter la lésion et celle qui prétend simplement que c'est un cas particulier d'erreur, c'est que, la plupart du temps, la partie lésée a su qu'elle était lésée, mais a traité sous l'empire des circonstances. Tel est le cas où une personne qui, sachant bien qu'elle ne vend pas son immeuble au prix véritable, consent cependant, sous l'empire de la nécessité, la transaction désavantageuse, le marché qui entraîne la lésion. Ce n'est donc pas l'erreur ; comme le dit Pothier, il y a de l'imperfection dans le consentement, et cette imperfection repose, soit sur l'erreur, soit sur la contrainte, soit sur des manœuvres. Bref, erreur, dol ou violence, la lésion ne serait qu'une manifestation extérieure, symptomatique, faisant présumer la présence de

Source : BIU Cujas

l'un des autres vices du consentement.

Le mouvement actuel en faveur de l'extension de la lésion.

Voilà la doctrine dominante en France; elle est aujourd'hui reçue par la plupart des auteurs. On voit quel en est le caractère subjectif. Aujourd'hui la tendance consiste dans une extension progressive, presque démesurée de la lésion. M. Lévy-Ullmann a cité l'article du projet franco-italien. On peut se reporter aussi à une proposition faite à la Chambre des Députés, le 21 juin 1921, par MM. les députés Jaubal et Dupin, projet tendant à introduire la lésion comme cause de rescision des conventions dans tous les contrats, projet qui a été étudié par la Commission d'Etudes législatives et fait l'objet d'un rapport de M. Bonnecase au Bulletin d'Etudes législatives, année 1921.

Les fluctuations de la législation en cette matière

Les fluctuations concernant cette matière de la lésion dans la législation en France rappellent les fluctuations qui se sont répétées dans notre ancien droit et étendues sur un très grand nombre de siècles. Le droit romain n'admettait la lésion que très parcimonieusement, et encore était-ce sous l'Empire et le Bas-Empire qu'on avait accepté l'idée d'attaquer les contrats pour cause d'inéquivalence dans les prestations réciproques. Au contraire, au Moyen-Age, sous l'impulsion des idées canoniques, la doctrine de la lésion avait reçu une extension quasi universelle (cf le livre de M. Demantès et la thèse de M. Ménin). Pothier lui-même, qui se faisait de la lésion une conception subjective, admettait très largement la lésion. La Révolution française, pour des faits sur lesquels nous allons revenir, avait restreint, au contraire, d'une façon très stricte, l'admission de la lésion, sous l'empire des variations de la monnaie. C'est le souvenir très proche des événements de la Révolution française qui avait conduit le C.C. à mesurer parcimonieusement le terrain de la lésion. Mais depuis un siècle la législation et la jurisprudence, en France, ont largement étendu le champ de cette institution.

Sous la Révolution française, alors que la baisse des assignats avait amené en

Source : BIU Cujas

justice un très grand nombre d'actions en rescision des ventes d'immeubles, une loi du 14 Fructidor de l'an III vint suspendre ces actions, et ce n'est que par des lois de Floréal an VI et de Frimaire an VII, que l'on rétablit, sous une forme très restrictive, la rescision pour lésion dans la vente des immeubles.

La lésion dans le C.C.

C'est la raison pour laquelle le C.C., dans l'art. 1118 restreint la lésion à un certain nombre de contrats, dont l'énumération d'ailleurs ne figure pas au code à l'endroit indiqué: il faut se référer à un certain nombre de textes, dont les principaux sont les suivants:

Lésion de plus des 7/12 au détriment du vendeur d'immeuble.

D'abord les art. 1674 et suiv., sur la vente d'immeuble, où la lésion est admise au profit du vendeur d'immeuble, et non pas au profit de l'acheteur, lorsque la lésion est de plus des 7/12, c'est-à-dire lorsque le vendeur reçoit moins des 5/12 de ce qu'il aurait dû recevoir. Par exemple pour un fonds vendu, dont la valeur est de 12.000 frcs, lorsque le vendeur aurait reçu moins de 5 000 frcs.

Lésion de plus du quart dans le partage.

Une seconde application, c'est la lésion en matière de partage, art. 887 et suivants du code. La lésion est admise lorsqu'elle est de plus du quart, c'est-à-dire lorsque l'un des copartageants reçoit moins des trois-quarts de ce qu'il aurait dû recevoir. Par exemple, s'agissant d'une succession se montant à 24.000 frcs, deux cohéritiers étant en présence et devant recevoir des parts égales, c'est-à-dire 12.000 frcs chacun, l'un dans le partage reçoit moins de 9.000 frcs. Il est lésé de plus du quart, c'est-à-dire de plus de 3.000 frcs, sur la portion qui devait lui revenir.

Lésion en matière d'acceptation de succession.

A côté de ces deux applications classiques, il faut rapprocher d'autres textes, soit du code, soit de lois complémentaires au code. Dans le code, l'art. 783 sur la lésion qui résulte de la découverte d'un testament qui vient amoindrir de plus de moitié le montant de la succession à laquelle était appelé celui qui a accepté. On verra l'an prochain le fondement et les caractères exacts de cette action qui appartient à l'héritier "sous prétexte de lésion". La lésion en matière de bail à ferme et de cautionnement.

Les art. 1769 à 1773 du C.C. sur l'indem-

Source : BIU Cujas

nité au preneur dans le bail à ferme dont les récoltes ont été réduites par cas fortuits les art. 2013 et 2161 limitant les obligations de la caution et du prêteur hypothécaire à l'obligation du débiteur principal; - enfin, pour terminer cette énumération, il convient de signaler la loi du 3 septembre 1807, limitant le taux de l'intérêt.

La loi de 1807 limitant le taux de l'intérêt.

Tels sont, au début du XIXe siècle, les textes, en réalité en nombre assez restreint où la lésion était admise, et l'on comprend par conséquent la formule de l'article 1118 montrant la lésion très exceptionnellement admise.

Mais, au cours du XIXe siècle, et surtout depuis le début du XXe, et surtout encore depuis la guerre, les textes se sont multipliés, et également la jurisprudence a fait son œuvre, étendant la lésion dans de telles proportions que l'on a pu envisager des propositions législatives tendant à introduire, d'une manière générale, à l'inverse de la formule de l'art. 1118, la lésion comme cause de lésion dans tous les contrats. Ce qui est la formule du projet franco-italien. On trouvera ces textes et cette jurisprudence étudiés avec beaucoup de conscience dans le livre de M. Demontès: (De la lésion dans les contrats entre majeurs, dans les Ch. II et III de la partie concernant le droit positif français). Je ne fais que vous dessiner l'ensemble ces mouvements de législation et de jurisprudence, suivis d'ailleurs par la doctrine, afin de fixer les idées sur la marche et les progrès de la lésion dans notre droit français.

L'extension de la lésion à la fin du XIXe et au début du XXe S.

Extensions législatives.

En ce qui concerne d'abord l'extension législative, c'est-à-dire l'extension par voie des textes de lois, M. Demontès, assez heureusement, répartit en trois catégories les textes qui ont admis la lésion, ou tout au moins qui ont admis des recours, des moyens de réviser ou d'annuler un contrat alors qu'à la base se trouve une équivalence qui caractérise la lésion, ainsi qu'il a été démontré par définition précédemment.

Une première catégorie de lois, crée véritablement de nouveaux cas de lésion dans

Source : BIU Cujas

des contrats particuliers. Telles sont les deux lois bien connues : la loi du 8 juillet 1907 sur la vente des engrais, et la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage en mer.

Loi sur la vente d'engrais 1907. Action en réduction de prix.

La première de ces deux lois, la loi sur la vente d'engrais, du 8 juillet 1907, est véritablement une loi qui admet expressément une lésion dans un contrat de droit privé. Elle a pour but de réaliser un équilibre entre la situation des petits cultivateurs et celle des fabricants d'engrais. Les cultivateurs avaient été, depuis un certain temps, l'objet de certaines fraudes et de certaines majorations excessives dans les ventes d'engrais. Une première loi, du 4 février 1888, punissait les fraudes dans la composition des engrais. La loi de 1907, par imitation d'une loi belge du 21 décembre 1896, frappe directement les majorations excessives. C'est, on le voit, une loi tendant à la révision du prix et à la protection de l'acheteur. Ce n'est point une loi admise en faveur du vendeur, comme en matière d'immeubles, art. 1674. C'est l'action en réduction du prix, introduite en faveur des agriculteurs que l'on veut protéger contre les excès de spéculation du commerce.

Loi de 1916 sur l'assistance en mer. Action en réduction ou en annulation.

La loi sur l'assistance et le sauvetage maritime introduit également dans un contrat privé la notion du vice de consentement. Elle admet la réduction, et même l'annulation de la convention passée au moment, et sous l'influence du danger par le commandant d'un bâtiment à l'effet d'être assisté ou sauvé. L'art. 7 de cette loi est ainsi conçu : "Toute convention d'assistance ou de sauvetage, passée au moment et sous l'influence du danger, peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions contenues ne sont pas équitables."

L'alinéa suivant précise le caractère de vice du consentement de l'acte pour lequel on exige une rémunération excessive. Dans tous les cas, dit la loi, lorsqu'il est prouvé que le consentement de l'une des parties a été vicié par dol ou réticence, ou lorsque la rémunération est, de façon excessive, dans un sens ou

Source : BIU Cujas

dans l'autre, hors de proportion avec le service rendu, la convention peut être annulée par le tribunal à la requête de la partie intéressée. Il est manifeste que la loi fait reposer ici la lésion sur l'idée d'un vice entachant le contrat, sur une idée par conséquent essentiellement subjective.

Loi de tarifications.

Une seconde catégorie de lois dégagées par M. Demontès, c'est celle qu'il place sous la rubrique de lois de tarifications ou de prohibition de certaines clauses. Ce sont des lois qui visent la tarification soit des prix, soit des salaires. Ces tarifications sont très anciennes, puisque c'est à une loi des 19-22 Juillet 1791, art. 30. que l'on rattache le droit pour les maires de taxer le pain et la viande. Cette loi fut d'ailleurs l'origine des lois de taxations de la Révolution; c'est la seule qui ait subsisté.

Au cours de la guerre, des lois du même genre furent édictées. Il y a lieu d'y faire rentrer notamment les lois édictant en matière de loyer des prix-limites. Les derniers textes de ce genre, ce sont les art. 10 et 11 de la loi du 1er avril 1926, qui permettent une majoration de 100 % ou au cas de local professionnel de 125 % sur la valeur locative de 1914.

Lois fixant le salaire.

A côté de ces lois de tarification des prix qui protègent l'acheteur, le consommateur ou le locataire, on peut faire figurer un assez grand nombre de lois qui fixent les salaires, notamment les textes qui établissent dans notre législation, les salaires ouvriers minimums. Les deux plus célèbres sont: les fameux décrets du 10 août 1899, dits décrets Millerand, sur le salaire minimum, et la loi du 10 Juillet 1915, sur le salaire des ouvrières travaillant à domicile dans l'industrie du vêtement.

Lois prohibant certaines clauses dans les contrats.

A côté de ces lois de taxation, on peut faire figurer, comme reposant toujours sur les mêmes idées, les lois interdisant certaines clauses dans les contrats, et qui ont pour but de protéger une partie plus faible, donc susceptible d'encourir une domination ou un abus d'influence dans le contrat. Telles sont la loi qui a modifié l'art. 103 du C. Com. interdisant les clauses de non responsabilité

Source : BIU Cujas

dans le contrat de transport terrestre ; - la loi du 27 décembre 1890, modifiant l'art. 1780 C.C. prohibant les renonciations anticipées au droit de demander des dommages-intérêts pour résolution du contrat de travail ; - la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail, interdisant les conventions faisant échec à la loi, permettant aux employeurs d'échapper au risque professionnel ; ces clauses seraient devenues de style si on ne les avait pas prohibées.

Un certain nombre d'auteurs rangent encore dans la catégorie relative aux insertions de clauses, la loi du 12 mars 1900, sur les ventes à tempérament des valeurs à lots, loi qui a disparu aujourd'hui, abrogée récemment (loi du 14 décembre 1926) : nous sommes ici en présence d'une véritable interdiction.

Lois sur la révision des marchés à livrer et sur la spéculation illicite.

Enfin, troisième et dernière catégorie de lois protectrices de l'acheteur, du consommateur, lois de circonstances, nées de la guerre, et résultant des bouleversements économiques notamment : la loi du 21 Janvier 1918, dite loi Faillot, sur la révision des marchés à livrer, et la loi du 26 avril 1916, art. 10, sur la spéculation illicite. La première admet l'idée d'imprévision dans le contrat, et cette notion d'imprévision est une notion qui dépend directement de la conception subjective du contrat (Cf Pernontès p. 176).

Propositions tendant à étendre la notion de lésion et son application. Consécration de la conception subjective.

L'ensemble de ces admissions progressibles de la lésion pouvait être couronné par les textes qui n'ont pas encore été votés, notamment la loi sur la révision des marchés de guerre, qui est restée en projet ; et surtout la proposition de loi déjà citée, faite le 21 Juin 1920, par MM. les députés Jaubal et Dupin, ayant pour but d'étendre la lésion à tous les contrats sans exception.

L'art. 1er de cette proposition tendait à remplacer l'art. 1118 du C. C. par la disposition suivante, notamment : § 1er : La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résultent est énorme - c'est la laesio enormis de l'ancien droit - et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé.

Ce projet a fait l'objet d'une étude et

Source : BIU Cujas

d'une discussion à la Société d'Etudes législatives, en 1921, au rapport de M. Demogue (Bulletin d'Etudes législatives de 1921). La formule de l'article 1er, de la proposition Guibal et Pupin était un peu modifiée. 1° alinéa qui vient d'être cité est remplacé par la formule suivante : La lésion n'a d'effet dans les conventions que si la disproportion des obligations qui en résultent est de plus de moitié (on reprend la lésion d'outre-moitié qui avait remplacé la lesio enormis) dans l'ancien droit et a été déterminée par l'exploitation des besoins, de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de celui qui a été lésé.

Il résulte de cet alinéa, comme de l'alinéa cité tout à l'heure de la proposition Guibal et Pupin, que c'est bien la notion subjective, la notion de vice du consentement qui domine dans ce projet, puisqu'on a fait tomber, ou qu'on réduit la convention en prenant en considération l'exploitation des besoins, de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de celui qui en a été la victime.

Tel est notre mouvement législatif. En ce qui concerne la jurisprudence nous ne pouvons ici encore, que donner quelques exemples très brefs (Cf. Demontès. p.p. 125 et s.s.) On doit citer notamment les jurisprudences qui étendent l'art. 1674 sur la rescision de la vente pour lésion des 7/12 aux aliénations d'immeubles moyennant rente viagère; et aussi toutes les jurisprudences - elles sont très nombreuses - ayant introduit la révision des contrats particuliers. Le juge revise dans certaines hypothèses les contrats, notamment en matière de vente de fonds de commerce, et surtout en matière de salaires des mandataires, non seulement des mandataires chargés d'intérêts matériels, mais aussi de mandataires judiciaires, des médecins, des architectes, de professions libérales en général, ceci sur le fondement du principe de la gratuité du mandat, art. 1986 du C. C.

La jurisprudence admet également les clauses pénales, malgré l'art. 1152 du C.C; elle revise les répartitions de bénéfices entre associés, - ce sont là des points que nous allons retrouver dans le droit anglais; - et enfin elle revise les enga-

Source : BIU Cujas

gements de la femme mariée pris en exécution du mandat tacite que lui confère le mari pour la gestion du ménage, en vertu des principes de la jurisprudence et du C. C.

Pour conclure et pour en finir à la fois sur la lésion et sur les vices du consentement dans le droit français, on aperçoit l'extension de la lésion au point que - comme il a été dit précédemment - M. Morin, dans son livre sur "la loi et les contrats et la décadence de leur souveraineté" a été jusqu'à soutenir qu'il y avait dans la revision, dans la lésion, des concepts nouveaux. Il n'est point nécessaire de faire appel à cette idée. En réalité, c'est par la technique, et l'extension technique de l'idée logique de vices du consentement que tout ce mouvement législatif peut trouver sa justification.

Mais je me hâte de dire qu'il n'y a pas que la technique qui ait amené cette extension et ce mouvement subjectiviste de notre matière des vices du consentement. Sans doute, la technique, la force logique, entraînent les juges, les jurisconsultes. Mais il est hors de doute que c'est également à des notions utilitaires et à des conceptions morales que sont dus les mouvements qui ont été étudiés précédemment.

Le rôle des notions utilitaires et des conceptions morales, à côté de la technique, dans le développement de la théorie des vices du consentement.

Sans doute l'utilité plaide en faveur de la stabilité des conventions. Mais à l'encontre de cette stabilité nécessaire, à certaines époques, dont la nôtre, il est incontestable que l'ordre public milite soit en faveur de la révision de certains contrats, soit en faveur de la limitation du bénéfice. C'est ainsi que si au cours de la guerre, et au lendemain de la guerre, on a eu recours à la taxation des loyers, à cette sorte de taxation indirecte qui a été le prix limite; c'est que le législateur avait sous les yeux les précédents de la guerre franco-allemande de 1870, où la question des loyers à Paris et dans les grandes villes, avait constitué l'une des causes principales de l'insurrection de la Commune.

Ce sont donc des notions d'utilité qui viennent contrebalancer, à certains moments, non pas d'une manière permanente, le principe également salutaire de la stabilisation des contrats. Mais d'autre part, on ne peut pas ne pas mentionner aussi le puissant mouvement moral

Source : BIU Cujas

qui se trouve à la base de l'extension, dans le sens subjectif, de notre théorie des vices du consentement, et plus particulièrement de la lésion. On trouvera dans le livre de M. Ripert, sur "La règle morale dans les obligations civiles", analysées du point de vue moral, aux Nos 41 et suivants, les vices du consentement, et aux Nos 71 et suivants, plus particulièrement la lésion. On verra comment c'est sur l'idée d'équité, sur le principe de la règle morale, que M. Ripert fait reposer les mouvements de jurisprudence ou de législation qu'il analyse brièvement, ainsi que nous l'avons fait ici.

D'autre part, il y a lieu de noter que ce que M. Ripert appelle la règle morale, et souvent l'équité, c'est bien cette équité dont on a parlé plus haut, qui se traduit par des maximes, et par des maximes dont l'application, notamment en matière de lésion, se trouve dictée d'une manière tout à fait appropriée. Je vous rappelle notamment ces deux maximes de l'équité anglaise : l'égalité, c'est l'équité : est-ce que ce n'est pas le fondement même de la lésion ? Et cette autre maxime qui veut que l'on ne se présente en justice qu'avec une conscience claire, qu'avec les mains nettes, et que l'on ne puisse recourir aux tribunaux que lorsqu'on n'a rien à se reprocher, que lorsque l'on n'a rien sur la conscience.

Evidemment cette notion se trouve à la base même de la théorie des vices du consentement. Elle n'est pas suffisamment marquée dans notre droit, parce que nous n'avons point analysé l'équité, et nous ne l'avons point traduit en formule. Mais nous allons avoir à l'analyser d'un peu plus près, et à analyser le mouvement jurisprudentiel qu'elle a inspiré, d'une manière très intéressante, outre Manche, en passant maintenant à la théorie des vices du contrat dans les législations objectives.

La théorie des vices du contrat dans les législations objectives.

a théorie des ces "dans" le con- at en Droit an- lais.

Au premier abord, il semble contradictoire de faire figurer parmi des causes d'annula-

Source : BIU Cujas

tion du contrat, des vices du consentement, dans les législations où le contrat repose sur le formalisme et sur l'objectivité. En effet, dès l'instant où la formalité est remplie, dès l'instant où, objectivement, un contrat satisfait à toutes les exigences requises par la loi, il semblerait qu'il n'y ait pas place pour des recherches d'intention.

Et c'est plus particulièrement le droit anglais qui a professé que, en matière de contrat, la recherche de l'intention doit être bannie. C'est plus particulièrement à propos des vices du contrat et de l'erreur, que les auteurs anglais ont l'habitude de répéter le fameux dictum du juge Briand, sous Edouard IV, que l'intention d'un homme ne peut pas être recherchée en justice, parce que le diable lui-même ne connaît pas cette intention.

Mais cela, le droit anglais, tout le premier, comme le droit romain, connaît une théorie des vices, mais on les dénomme très proprement: les vices dans le contrat (flaws in the contract), et cette formule, par opposition à la formule des vices du consentement, va nous montrer de quoi il s'agit.

Comment le Droit romain formaliste a-t-il pu admettre les vices du consentement?

En effet, le droit romain lui-même nous donne l'exemple d'une législation formaliste qui, cependant, a été amenée par deux formations historiques distinctes, à accorder une place à l'erreur, à la violence et au dol, dans le cadre de la théorie générale du droit, et d'en faire des événements susceptibles d'éteindre le contrat pour vices dans ce contrat. Comment cela s'est-il fait? Sans entrer dans le détail du droit romain pour lequel il suffit de renvoyer aux livres classiques sur la matière, rappelons seulement ces deux formations historiques.

L'erreur considérée comme un vice interne du formalisme dans la stipulatio.

Le premier des mouvements qui ont introduit dans le droit romain cette considération de pareils événements, c'est celui qui concerne l'erreur, error, l'erreur qui rend la stipulation nulle, la stipulatio inutilis. Comment se fait-il, et pourquoi se fait-il que l'on ait admis qu'une stipulation, contrat formel, pouvait tomber pour cause d'erreur?

C'est parce qu'un vice interne pouvait entacher le contrat, du point de vue même du formalisme. Lorsqu'une erreur de ce genre

Source : BIU Cujas

s'y était glissée ; c'était parce que ainsi le formalisme n'était pas respecté. Lorsqu'une erreur portant sur le contrat lui-même, sur la chose, sur la personne s'était introduite dans l'opération, le formalisme était vicié, l'opération était irrégulière en soi, et la conséquence c'est qu'elle était nulle, d'une nullité radicale, absolue. Tant il est vrai que la véritable sanction de l'erreur c'est la nullité absolue.

Le dol et le metus considérés comme un vice externe du formalisme et sanctionnés comme délits prétoriens.

Tel est le premier mouvement qui introduisit l'erreur comme vice du contrat, et du contrat formel, l'ignorantia. (Cf. Girard, 6ème ed. p. 469 et suivantes). Le metus et le dol, c'est un mouvement différent qui les a introduits dans le droit des contrats. Ce n'est plus un vice interne du formalisme de l'extérieur. Le metus, le dol ont été des délits prétoriens. Le préteur a considéré la contrainte, la force, les manoeuvres frauduleuses comme des faits délictuels, qu'il a sanctionnés répressivement, dans les contrats de bonne foi par les moyens ordinaires du contrat, et dans les contrats de droit strict par l'arsenal des moyens de procédure, l'action metus causa, l'exception metus, qui, par le jeu notamment de la procédure, permettait la restitution (Cf Girard, p. 427 et 428 en ce qui concerne le metus, et 430 en ce qui concerne le dol), et l'in integrum restitutio, qui est venue couronner tout l'édifice prétorien.

Double formation analogue au Droit anglais.

Si on rappelle ces souvenirs, c'est parce que nous allons rencontrer - phénomène étrange, mais millement isolé - une formation double identique dans le droit anglais. C'est un problème d'érudition que celui qui consisterait à rechercher s'il y a eu dans le droit anglais imitation du droit romain, ou si, au contraire, les mêmes causes produisant les mêmes effets, c'est par un instinct juridique identique en Angleterre à celui qui s'exerce à Rome que ce mouvement s'est opéré en Angleterre. Quoiqu'il en soit de ce problème d'érudition, il nous faut remarquer que, dans le droit anglais une double formation s'est produite, formation qui, à beaucoup d'égards, rappelle la formation de l'erreur en droit romain, et aussi de la metus et du dol.

Mais nous devons ici établir une autre

Source : BIU Cujas

Importance de la distinction entre le droit commun et l'équité.

distinction. En droit anglais, et plus particulièrement dans cette matière, il faut toujours avoir la précaution de se demander si les institutions en face desquelles on se trouve relèvent du droit commun ou de l'équité. La common law, c'est le vieux droit commun, le vieux droit coutumier; l'équité c'est une jurisprudence quasi prétorienne, instituée par le Chancelier.

C'est dans le cadre de ces deux catégories classiques en droit anglais, d'abord dans le cadre de la common law, et ensuite dans les dédéveloppements ultérieurs, dus à la jurisprudence de l'Equité - mais pas absolument exclusivement dûs à l'équité, car nous rencontrerons quelques textes de lois - qu'il nous faut montrer alors les deux formations parallèles de l'erreur d'une part, et de la metus et du dol de l'autre.

L'erreur dans la common law.

Prenons donc d'abord les solutions initiales, les bases dans la common law, et voyons successivement, dans cette première catégorie, l'erreur, puis la contrainte et le dol.

Son admission dans un acte formel comme impliquant un vice de forme en même temps que de fond.

L'erreur, telle qu'elle a été admise par le vieux droit coutumier anglais, s'y est présentée d'une manière absolument frappante, comme le vice interne du formalisme, le vice dans la formalité du contrat, atteignant l'opération et la rendant irrégulière en soi. De très bonne heure, les Anglais se sont aperçus que certaines erreurs ne sont pas seulement des phénomènes psychologiques, phénomènes, par conséquent, auxquels il n'y avait pas lieu de s'arrêter, mais sont aussi, très souvent des faits destructifs de la régularité de forme. Et c'est dans un case de 1584, reproduit par le célèbre jurisconsulte Coke, au Tome II de ses Rapports, folio 9 A, le Thoroughgood's case, que les Anglais ont trouvé la base jurisprudentielle et coutumière de toute la théorie de l'erreur.

Voici quel était ce case. Il s'agissait d'un deed, acte formel, c'est-à-dire d'une formule d'aliénation par voie d'acte scellé, exécutée par un illettré. Ce deed devait seulement faire remise des arrérages d'une rente qui n'avaient pas été payés. Or, sans donner lecture de l'acte à l'illettré, on le lui représenta comme faisant simplement remise des arriérés de la rente. En fait, le deed contenait une remise de toutes les prétentions en justice de celui qui

Source : BIU Cujas

exécutait le deed. Quand on lui indiqua ainsi faussement le contenu de son acte, l'illettré dit simplement ceci, dans un langage paysan: si les choses ne sont pas autrement que vous le dites, je suis satisfait. Et ayant prononcé ces paroles, il exécuta le deed, c'est-à-dire qu'il plaça le pouce sur le sceau et il prononça les formules solennelles: "Ceci est mon acte".

On jugea que l'acte était nul, et nul pour erreur, parce qu'il y avait un vice de forme, qui était également un vice de fond. En réalité, l'illettré s'était approprié l'acte en disant: "ceci est mon acte, mais cet acte ne contenant pas sa propre pensée, on appliqua une vieille doctrine du droit anglais, qui porte le nom de: non est factum, c'est-à-dire: ce n'est pas l'acte de celui qui a exécuté le deed, c'est l'acte d'un autre.

Ainsi dans un cas de ce genre le formalisme est vicié dans sa forme même; l'erreur n'est pas seulement un fait psychologique: elle consiste ici à proclamer une volonté qui n'est pas vôtre et qui est celle d'autrui. Le formalisme se trouve vicié: non est factum.

Dans un cas de quelques années postérieur, le Shulter's case (Tome XII des rapports de Coke), la même doctrine fut proclamée au sujet d'un deed exécuté par un aveugle et qui, dans des conditions analogues avait été lu faussement au malheureux aveugle.

C'est de ces deux cas que l'on a dégagé, dans le droit anglais, une série d'hypothèses où l'erreur, mistake, vicie le contrat, c'est-à-dire que dans de nombreuses hypothèses où l'on pourra dire: non est factum, l'on pourra dégager que le formalisme est entaché en soi; et alors, d'une manière objective, l'erreur y sera prise en considération et on fera tomber de la manière la plus radicale, c'est-à-dire par la nullité absolue, le contrat entaché d'une erreur de ce genre.

Les 3 cas d'erreur entraînant la nullité du contrat comme viciant le formalisme lui-même.

Les Anglais concluent l'erreur, ou plutôt les erreurs faisant tomber le contrat, d'après diverses classifications dont on trouvera notamment un exemple dans le dernier livre sur les contrats de MM. Salmon et Winfield (chap. VIII). On peut transporter en cette matière - et d'une manière assez frappante à mon sens - les trois catégories romaines de l'error in persona, de l'error in corpore et de l'error in negotio, car

Source : BIU Cujas

la doctrine est la même, et bien que les Anglais n'emploient pas volontiers cette classification (voir pourtant Dig. Jurks, art. 87 al. initio), je voudrais l'introduire moi-même, pour bien montrer comment, en droit anglais comme en droit romain, c'est le formalisme qui se trouve vicié quand se glisse une erreur de ce genre dans le contrat.

Error in ipso corpore rei.

Voyons l'error in ipso corpore rei, qui déjà faisait tomber le contrat en droit romain. On connaît les hypothèses où le fonds Cornélien avait été visé au lieu du fonds Sempronien, l'hypothèse où l'on avait stipulé l'esclave Stichus à la place de l'esclave Stamphile. On rencontre dans le droit anglais des espèces du même genre; parmi les cases se référant à l'error in corpore, j'extrais celui de 1864, Cour de l'Echiquier, Raffles contre Wichelhaus. On l'appelle souvent l'affaire du Peerless (l'Incomparable, le Sans Pareil). C'était le nom d'un bateau et les faits de cette affaire étaient les suivants:

Un vendeur avait vendu à un acheteur 125 balles de coton de surah, devant arriver de Bombay sur le navire le "Sans Pareil". Le Sans Pareil, par un des hasards que le sort pourrait être supprimé d'avoir vraiment créé par l'intention, était le nom, non pas d'un bateau, mais de deux bateaux. Il y avait deux Sans Pareil. Et chose curieuse, il y avait deux Sans Pareil, tous deux chargés à Bombay. L'un arriva en octobre, l'autre arriva en décembre. La cargaison du Sans Pareil arrivé en décembre fut offerte à Wichelhaus qui la refusa, en disant que (probablement pour des raisons à lui) ce qu'il avait en vue c'était la cargaison arrivant en octobre sur l'autre Sans Pareil, et non celle arrivée en décembre.

Et voilà la raison pour laquelle les juges anglais déclarèrent qu'il n'y avait pas contrat portant sur la même chose et que (no consensus ad idem) par conséquent, il n'y avait pas contrat du tout; que le contrat se trouvait absolument vicié, comme il se trouvait vicié dans le droit romain quand il s'agissait du fonds Sempronien au lieu du fonds Cornélien, de l'esclave Stichus au lieu de l'esclave Stamphile.

Source : BIU Cujas

Les Anglais, nous venons de l'indiquer, ont une formule pour exprimer que, dans cette sorte de stipulation, la stipulation est nulle parce que le sponsi ne correspond pas au sponsi. Ils disent qu'il n'y a pas consensus in idem (L'espèce citée est au Recueil des Cases américains de Keener, p. 946; elle est analysée d'ailleurs dans beaucoup d'autres livres).

Ce n'est point la seule espèce de ce genre, en voici une autre, qui n'est pas moins typique. C'est une espèce de 1870, Mankel contre Pape, jugée également par la Cour de l'Echiquier. Il s'agissait en l'espèce d'un échange de télégrammes entre un négociant, marchand d'armes, et un de ses correspondants. Désireux d'en acheter, à un moment l'acheteur télégraphie au vendeur de lui envoyer "three rifles", trois fusils. Le télégramme envoyé porte, au lieu de three, the. On avait supprimé deux lettres. Et comme précédemment les deux parties avaient contracté des achats se montant jusqu'à cinquante fusils, le vendeur envoya cinquante fusils. L'acheteur refusa, estimant qu'en ayant demandé trois il n'avait pas à en recevoir cinquante. La Cour lui donna raison. Ici on jugea qu'il n'y avait pas consensus in idem, que les deux volontés ne s'étaient point rencontrées.

On pourrait même aller jusqu'à dire qu'il y avait une erreur de ce genre, dans une autre espèce, plus ancienne, jugée par la Chambre des Lords en 1866, également une espèce classique, l'affaire Couturier contre Hastie. Il s'agissait, dans ce cas, de l'achat d'une cargaison de blé des Indes, en partance de Salonique. Or, en fait, au moment du contrat, et dans l'ignorance des parties, le navire portant la cargaison avait été endommagé et sa cargaison avait été vendue à Tunis. Si bien que lorsque les parties contractaient, il n'y avait pas de cargaison.

On pourrait être tenté de faire intervenir ici l'erreur in ipso corpore rei, mais il faut remarquer qu'il y a une différence entre cette espèce et les précédentes. Dans les précédentes, il n'y avait pas consensus ad idem, parce que c'était l'identité de la chose stipulée qui faisait défaut. Au contraire, l'obstacle au contrat dans l'affaire Couturier contre Hastie, c'était l'absence d'une chose vendue. Le contrat fut annulé faute d'un

Source : BIU Cujas

quelque chose existant ou existant something à vendre et à acheter" : autrement dit, il n'y avait nullité pour absence d'objet, et non pas nullité pour erreur sur l'objet. C'est donc avec raison que l'on ne fait pas rentrer dans la rubrique portant sur l'erreur in ipso corpore rei cette espèce Couturier contre Hastie.

L'error in contractu ; inexistence du contrat.

Donc, dans les cas d'erreur sur l'objet, de par le principe même du formalisme, le contrat est inexistant. Il en est de même dans la deuxième catégorie de l'erreur : l'erreur dans les transactions, in contractu. Cette erreur est également exclusive de tout contrat et engendre non pas seulement la nullité relative, mais l'inexistence la nullité absolue. Cette catégorie d'erreur vicie également le formalisme, et c'est au nom du vice du formalisme que la jurisprudence anglaise fait tomber le contrat. Ici on applique directement les principes posés dans les précédents du XVIe siècle, qui ont été indiqués plus haut, et notamment les précédents du leading case de 1584, le Thorough good's case celui où un deed, un acte solennel d'aliénation avait été souscrit par un illettré. Voici plusieurs espèces qui montreront que l'erreur in negotio engendre ce que les Anglais appellent le plea de non est factum, c'est-à-dire le moyen de défense par lequel on démontre que l'acte solennel, que le deed exécuté par une personne doit être considéré comme n'étant pas en réalité son deed. Rentrent dans cette catégorie, notamment les espèces suivantes, dont on a tiré la règle.

1° In leading case de 1869 : Foster contre Mac Kinnon (Kenner, p. 1101). L'hypothèse était la suivante : un homme âgé et presque aveugle avait été amené à endosser une lettre de change, sur l'affirmation de l'acceptant de la lettre de change lui représentant qu'il s'agissait d'un simple contrat de cautionnement pour garantie. Or les obligations du change sont infiniment plus rigoureuses que les obligations civiles. Eneffet, la traite ainsi endossée fut remise à titre onéreux à un tiers, porteur de bonne foi, lequel assigna, comme ayant contracté sur un effet de change, Mac Kinnon, celui qui avait endossé et s'était par l'endossement, rendu co-débiteur du billet. Le Jury estima en fait qu'il n'y avait pas d'obligation à la charge de l'homme âgé et presque aveugle,

Source : BIU Cujas

et en présence des faits, le juge de l'affaire, chargé de juger en droit, accueillit dans cette espèce le plea de non est factum, disant qu'en réalité, il n'y avait pas un acte passé par celui qui s'était obligé, que l'acte qu'on lui avait fait signer ne correspondait pas à celui qu'il voulait signer, que ce n'était pas son acte, que par conséquent il n'y avait pas d'obligation; le contrat étant vicié à raison même de son formalisme; le contrat était inexistant.

Même solution dans une espèce plus rapprochée, dans l'affaire Lewis contre Clay, 1898. Il s'agissait en l'espèce d'un jeune homme inexpérimenté qui venait tout juste d'atteindre sa majorité. Il fut appelé par Lord William Nevill, à signer en marge de deux papiers, recouverts à l'exception de la place nécessaire pour la signature. Lord Nevill avait représenté au jeune Clay qu'il s'agissait de papiers de famille, qui devaient rester secrets, et qu'il lui demandait seulement de signer comme témoin. Or il se trouvait que le noble lord faisait avaliser à son jeune ami deux billets à ordre, dont il s'était constitué lui-même débiteur vis-à-vis d'un tiers. Les juges déclarèrent que l'on avait fait signer au jeune homme un acte différent de celui qu'il pensait signer, que jamais il n'avait voulu passer une transaction de ce genre, et que par conséquent l'acte qu'on lui avait fait signer était un autre acte que celui qu'il voulait passer : absence complète de contrat: inexistence.

On aperçoit combien une jurisprudence de ce genre, lorsqu'on essaie de la pousser un peu plus loin, peut engendrer d'espèces délicates. Cela n'a pas manqué. En 1911, les Cours d'Angleterre, et notamment la Cour Supérieure d'Appel a été saisie d'un case qui a donné lieu à de très nombreuses discussions en doctrine. Il porte le nom de Braggo case; en réalité c'est le case Carlisle and Cumberland Banking Co. contre Braggo.

Il s'agissait en l'espèce d'une signature à titre de garantie, mais qui avait été souscrite par le signataire d'une manière légère, et sans trop s'occuper de ce qu'on voulait lui faire signer. On lui avait représenté qu'il s'agissait d'une signature à apposer sur des formules imprimées de contrats d'assurances, et cette personne avait signé à la légère. Dans cette hypo-

Source : BIU Cujas

thèse, les cours appliquèrent la jurisprudence antérieure et annulèrent pour "non est factum".

Or, en pareil cas, il était évident qu'il y avait une négligence, et une négligence grave de la part de celui qui avait donné ainsi sa signature à la légère. Les auteurs anglais n'ont pas manqué de remarquer qu'en poussant plus loin une doctrine de ce genre, on risquait de donner une prime à la négligence, et de permettre à une personne qui s'est engagée avec légèreté dans un contrat de plaider toujours "non est factum" (Cf. Law quarterly review, Tome 28, p. 190 également Salmond et Winfield, discussion sur le Braggs case, p. 183-184.

Error in personam
Nullité absolue quand la personne avec qui on stipule n'est pas celle avec qui on croyait stipuler.

Reste enfin l'error in personam, l'erreur sur la personne. Ici, conformément au principe qui veut qu'il y ait consensus ad idem, que les stipulations spondeone. spondeo se correspondent rigoureusement, le formalisme en est entaché lorsqu'une personne stipule avec une autre, qui n'est pas la personne avec la quelle elle croyait stipuler. Dans le spondeo spondeo, on s'adresse toujours à une personne déterminée, en Angleterre, comme à Rome, et si la personne à qui l'on s'adresse n'est pas celle à qui l'on voulait s'adresser, la stipulation est nulle: il y a stipulatio inutilis, comme en droit romain. A ce sujet, on rencontre trois espèces.

D'abord une espèce de la Cour de l'Echiquier, de 1857, Boulton contre Jones (Keener, p. 567). Les faits étaient les suivants: Jones était en rapports d'affaires avec un négociant (appelé suivant les uns Brochelhurst, et suivant les autres Brochelbank), qui avait cédé son fonds à un nommé Boulton; Boulton, recevant l'ordre de Jones, exécuta l'ordre, sans aviser Jones du changement de propriétaire de la maison, sans lui dire qu'il était le successeur de Brochelhurst. Jones refusa le contrat, et le Chef Baron Pollock jugea qu'il n'y avait pas eu de contrat parce que les deux parties n'avaient pas contracté se connaissant l'une et l'autre, et sachant l'une et l'autre qui elles étaient rigoureusement, matériellement, corporellement.

Espèce plus curieuse en 1878, affaire qui vint jusqu'à la Chambre des Lords: affaire Cundy contre Lindsay (Keener, p. 1106). Lindsay

Source : BIU Cujas

industriel en Irlande, reçut un jour une offre d'achat considérable. Cette offre était signée d'une signature qu'il prit pour la signature d'une fierme très honorablement connue, qui se trouvait dans une rue de Londres, dans Wood Street N° 123, la maison Blenkiron and Son. Or, en fait, la lettre en question émanait d'un homme peu recommandable, qui s'appelait Blenkarn, et qui, par un effet qui n'était point celui du hasard, habitait 37 Wood Street, une simple chambre meublée. Cette signature étant faite de telle façon qu'on pouvait lire Blenkiron Lindsay envoya les marchandises au N° 37 Wood Street, et non pas au N° 123 où était située la Maison Blenkiron. Blenkarn mit la main sur les marchandises et en fit argent. Lorsque le vendeur s'aperçut de la supercherie, il voulut recourir contre les tiers acquéreurs de la marchandise, à raison de l'inexistence du contrat passé entre lui et Blankarn. Il fut jugé par les juges anglais qu'il n'y avait pas eu de contrat, que le contrat était inexistant, lorsqu'une offre et une acceptation ne coïncident pas à raison des personnes qui les passent: il n'y a pas contrat.

C'est de ces deux espèces que l'on dégage la règle qu'il n'y a pas de contrat lorsque les parties se connaissant ou lorsque les parties ne se connaissant pas l'une d'elles n'a pas traité avec celle avec laquelle elle croyait traiter.

Distinction faite par les tribunaux anglais entre l'erreur sur la personne physique entraînant la nullité et celle sur la qualité qui ne l'entraîne pas.

Mais alors se présente une troisième espèce, qui soulève des difficultés et des discussions. C'est l'espèce Philips contre Brooks, 1919 (Law Reports, Tome II K.B. p. 123 et Law Times Tome 121, p. 249.

L'espèce était la suivante: un homme, d'apparence riche, se présente chez un bijoutier, dit être M. Untel, nom très connu, nom d'une personne solvable et notoire, et se fait remettre des bijoux. Après quoi, comme précédemment, il n'a rien de plus pressé que d'aller les mettre en gage et d'emprunter sur eux. On découvre la supercherie et le bijoutier agit en revendication contre le tiers, de bonne foi, paraît-il, prêteur sur gage. Ici, solution contraire; la Cour met hors de cause le prêteur sur gage; et refuse de prononcer la nullité du contrat. Les auteurs anglais se sont ingéniés à rechercher la raison pour laquelle,

Source : BIU Cujas

dans les cas précédents, on avait annulé, tandis que dans l'affaire Philipps contre Broocks on avait maintenu le contrat.

En réalité, disent-ils, en critiquant la solution (Salmond et Winfield, p. 188, Traité des Contrats), dans toutes les espèces, il y avait erreur sur l'identité de la personne, comme nous disons dans notre langage continental, et cette erreur sur l'identité n'était pas moindre dans la dernière affaire que dans les autres. Toute la différence, c'est que dans les précédentes affaires on avait traité par correspondance, tandis que dans la dernière les deux parties étaient l'une en face de l'autre. Mais les juges anglais ont, dans la dernière espèce, estimé que, du moment qu'il n'y avait pas erreur sur la personne physique avec laquelle on contractait, on ne pouvait pas dire que le contrat était inexistant. Sans doute, il y avait erreur sur la qualité civile de la personne; c'était une erreur sur la qualité et non pas une erreur sur la personne elle-même. Or, entrer dans cette voie, c'était introduire alors le subjectivisme dans le contrat, c'était aller rechercher si l'on traite intuitu personæ, et c'est une voie dans laquelle, les magistrats anglais ne veulent pas s'engager.

Cela montre à quel point les auteurs anglais limitent rigoureusement la nullité aux seuls cas où, autrefois, à Rome, on aurait annulé la stipulation. La stipulation était nulle lorsque l'on contractait avec une personne autre que celle avec laquelle on voulait contracter. D'après les Anglais, dès l'instant où l'on se trouve en présence d'un co-contractant qui échange avec vous le spondes-spondeo, on ne va pas rechercher si cette personne possédait telle autre qualité que vous pouviez avoir en vue.

On a ainsi examiné les trois cas où l'erreur fait tomber le contrat en Angleterre, et le fait tomber radicalement, ne le vicie pas d'un vice qui engendre une annulabilité, mais l'inexistence même pour défaut dans le formalisme lui-même.

Exclusion par la jurisprudence anglaise de tout subjectivisme

On complète ces indications par quelques observations de nature à bien montrer le caractère du vice du contrat qui est celui de l'erreur. D'abord il est manifeste que l'on a eu l'intention

Source : BIU Cujas

dans l'examen des vices du consentement.

d'écarter tout subjectivisme en cette matière. Par de très nombreuses décisions judiciaires, les magistrats anglais ont professé que l'on ne recherche pas, en cette matière, l'intention des parties, que l'on examine simplement comment les parties se comportent, et que l'on juge le cas comme un homme raisonnable le jugerait. (Cf. dans ce sens absolument objectif les considérants dans l'arrêt Smith - Hughes cités dans Salmond et Winfield P. 178).

Exclusion de l'erreur de droit.

Second point de vue, qui montre combien les Anglais sont à l'antipode du nôtre : la jurisprudence française a fini par assimiler l'erreur de droit et l'erreur de fait, pour des raisons subjectives, parce que dans notre droit ce que l'on prend en considération, c'est la mentalité des parties. Le raisonnement inverse a conduit les Anglais à exclure l'erreur de droit du champ de l'erreur. L'erreur de droit n'engendre pas la nullité, pas même la nullité relative (Dig. de Jenks, art. 87 où il n'est question que de l'erreur de fait).

Par des décisions considérables et classiques, les juges anglais ont déclaré que l'erreur de droit ne faisait pas tomber le contrat, et on a transposé dans le droit anglais la vieille règle du droit romain qui figure au (D. XXII, VI, fig. 9) sous la forme d'un adage classique : Ignorantia juris neminem excusat : l'ignorance du droit n'excuse personne. Seulement les juges ont fait observer, notamment en 1846, dans une affaire Martindale contre Falkner, que l'adage ne repose pas, comme en France, sur l'idée que nul n'est présumé ignorer la loi, car, disent-ils avec raison, la présomption devrait être beaucoup plutôt en sens contraire : tout le monde devrait être présumé ignorer la loi.

Mais les juges ont fait observer que l'ignorance du droit ne peut servir d'excuse, que parmi les excuses qui peuvent faire tomber un contrat l'ignorance du droit ne doit pas figurer. En 1802 déjà, un chief justicier, Lord Ellenbourgh avait dit que si l'on n'adoptait pas la règle que tout homme ne peut s'excuser de ne pas connaître la loi, on ne pourrait pas dire jusqu'où pourrait s'étendre l'excuse d'ignorance, et qu'elle pourrait être alléguée avec succès dans presque tous les procès,

Source : BIU Cujas

que par conséquent on ruinerait le droit en admettant le principe que l'erreur de droit est un vice de contrat.

Prise en considération de l'erreur unilatérale.

Troisième observation : l'erreur, d'après le droit anglais, c'est l'erreur unilatérale. Il n'est pas nécessaire que les deux parties soient dans l'erreur (Dig. de Jenks, art. 87). En effet, le formalisme est vicié dès l'instant, où, soit sur l'identité de la personne, soit sur la nature de la convention, soit sur l'identité de la chose, l'une seule des parties a commis une méprise.

Caractère absolu de la nullité sanctionnant l'erreur.

4ème observation : on a signalé et on y insiste, que la sanction de l'erreur, ce n'est pas la nullité relative, c'est l'inexistence complète ; le contrat n'est pas violable" mais il est void" c'est-à-dire nul (Dig. de Jenks art. 81 et 82 combinés).

Extension prise par la notion d'erreur et admission devant les cours de droit commun de quelque chose d'analogue à l'erreur sur les qualités de la chose.

Enfin, le droit anglais s'est trouvé naturellement débordé par les faits, comme l'a été le droit romain. On verra comment, sous la forme de la mise représentation, le droit anglais a été amené à étendre la notion de l'erreur. Les Cours de droit commun, sans violer le moins du monde le principe objectif, ont été, sous une autre forme analogue amenées à introduire quelque chose d'assez analogue à notre erreur sur les qualités de la chose.

L'erreur sur la chose, dont il a été question, en engendrant l'inexistence, c'était bien l'erreur in ipso corpore rei, c'est-à-dire sur l'objet matériel sur lequel porte le contrat. Or il s'est trouvé des hypothèses, où l'erreur ne portait pas sur la chose elle-même, mais sur certaines qualités, ces qualités que nous appelons précisément les qualités substantielles, et où les Anglais ont, tout en respectant les principes formalistes et objectifs, admis la nullité. C'est par une théorie jurisprudentielle très connue, que les Anglais appellent : doctrine de la condition implicite (Salmond et Winfield p. 200 à 202 et p. 204).

La doctrine de la Condition implicite.

Pour comprendre cette doctrine, notons tout d'abord, qu'on a toujours la possibilité, dans un contrat formaliste, de viser expressément une condition particulière de la chose, et d'en faire l'objet d'une stipulation spéciale. Par exemple, si l'on veut une marchandise d'une qualité déterminée, on n'a qu'à dire dans le contrat : il est entendu que

Source : BIU Cujas

la marchandise sera de telle et telle qualité.

Différence entre la stipulation de conditions et la stipulation de garantie.

Cette clause est susceptible d'être entendue dans deux sens. Les Anglais distinguent ce qu'ils appellent les conditions et ce qu'ils appellent les garanties, warrantees. La différence entre conditions et warrantees, c'est que lorsque l'on a stipulé la condition et que la condition fait défaut, le contrat tombe. Au contraire, lorsque l'on a stipulé à titre de garantie, lorsque l'on a garanti une qualité, contrairement à notre langage français, lorsque la qualité fait défaut, le contrat ne tombe pas; il est maintenu; mais il engendre seulement une action en dommages-intérêts.

C'est en réalité une distinction analogue à ce que nous rencontrons dans le droit des vices cachés en France, la distinction entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire.

En Angleterre, les juges ont étendu l'idée de condition dans des cas où, justement, il semblait que les parties, par leur contrat - et cela se manifestait par les termes et la contexture du contrat lui-même, avaient fait d'une qualité déterminée, ou d'une stipulation déterminée, une condition. Voici des hypothèses où les juges de droit commun, en 1861 et en 1863, avaient jugé qu'il y avait condition.

C'est d'abord l'espèce Bannermann contre White, 1861. Une personne, producteur de houblon, vend du houblon à un acheteur. L'acheteur pose la question suivante : Lors de la culture, vous n'avez pas employé de soufre ? Réponse: Non. - Or, en fait, le vendeur, quelque temps antérieurement, en essayant une machine, avait soufré cinq ares de sa terre, alors que son exploitation avait trois cents ares; mais on n'avait pas fait de distinction entre les plans qui avaient poussé sur la petite bande de terre sur laquelle on avait essayé la machine et le reste des terres exploitées. L'acheteur, sachant cela, refusa de payer le prix, et le jury et la Cour estimèrent que, en pareille espèce, il y avait condition, qu'on avait fait une condition relative à la qualité du houblon vendu, et que la condition, ne se trouvant pas remplie, le contrat devait tomber, comme sanction d'une condition impliquée par les termes du contrat, on ne recherche pas l'intention des parties, ce que l'on regarde, ce sont les termes employés par le contrat. Il y a eu interrogation et réponse; la réponse n'était pas conforme au contenu de l'interrogation: le contrat tombe.

Source : BIU Cujas

Autre espèce : Behn contre Burness (1863 chambre de l'Echiquier Keener p. 654). Il s'agissait de l'affrètement d'un navire, par charte partie passée à Londres : le navire, qui était un navire charbonnier, était stipulé, dans le contrat, être actuellement dans le port d'Amsterdam. Or il se trouvait qu'en fait ce navire n'était pas à Amsterdam, et n'y arriva que le 23. Apprenant cela, le client refusa de charger le navire, lorsqu'il arriva, en disant qu'il avait été trompé lors du contrat, que le contrat portait que le navire était à Amsterdam, qu'il y avait par conséquent une condition, et qu'il y avait brisement (breach) de condition puisque le navire n'était pas à Amsterdam, ce qui l'autorisait à répudier le contrat. Les juges anglais lui donnèrent raison.

Il y a encore une autre espèce du même genre, l'affaire Kennedy contre Panama New Zeland Co, de 1867 (Salmond et Winfield p. 205) ; et d'autres espèces ultérieures : 1911 Wallis contre Pratt, Chambre des Lords 1911, Kleilbut contre Buckleton, Chambre des Lords 1913.

On insiste sur ces décisions, parce que, dans une certaine mesure, elles ont contribué à faciliter l'introduction, dans le droit anglais, de ce que l'on appelle l'innocent mès représentation. En résumé, le droit, relativement à l'erreur, en Angleterre, est donc très rigide, mais il n'est pas sans présenter des points de discussion, ce qui justifie que sir Frédéric Pollock ait pu rappeler à son sujet le mot de Grotius, relativement au pacte de celui qui s'est trompé : la manière d'en traiter est relativement délicate ; elle rend particulièrement perplexes ceux qui s'adonnent à cette recherche : de pacto errantis perplexa satis tractatio est.

La violence sanctionnée, non par l'inexistence mais par l'annulabilité.

Le deuxième des vices du contrat en droit anglais n'a pas une très grande importance pratique, parce qu'il est remplacé aujourd'hui, par une jurisprudence d'équité infiniment plus moderne et plus adaptée à notre époque. On a considéré la violence comme un fait répréhensible, regrettable, qui vicie le formalisme du contrat, qui le frappe d'une invalidité presque totale.

On dit presque totale, parce que les Anglais, ainsi que les Romains, n'envisagent que le vice en lui-même par rapport au contrat, et non pas par rapport au consentement. Ils n'ont donc pas formulé ici une règle d'inexistence : ils ont simplement déclaré que le contrat vicié par la violence, duress, est annulable.

Notion étroite de la vidence en Angleterre, et toute corporelle matérielle.

Cette notion est toute relative et toute corporelle, et l'entache d'une annulabilité n'est pas,

Source : BIU Cujas

Droit anglais

comme chez nous, un fait de nature à faire impression sur une personne raisonnable en menaçant lui ou sa famille, (ses amis même, peut être) et ses biens. Non, la notion est infiniment plus étroite, Il faut, disent les auteurs anglais, qu'il y ait une voie de fait ou une menace portée contre la vie ou les membres de la personne qui en est la victime; il faut qu'elle soit emprisonnée, ou qu'elle reçoive effectivement des coups, ou qu'elle soit menacée d'emprisonnement, ou qu'elle soit menacée de recevoir des coups.

Caractère relatif.

Mais il faut en outre que la violence soit exercée contre celui qui contracte, exclusivement, ou avec quelques exceptions très restrictives. Les seules personnes autres que celle qui contracte et à l'égard desquelles la menace est susceptible d'engendrer la violence sont la femme, les parents, les enfants.

On a beaucoup discuté, dans un arrêt de 1904, sur le point de savoir si la menace exercée contre la femme à raison de la situation de son mari, peut être assimilée à la violence qui pèse sur la femme pour extorquer le consentement du mari.

L'hypothèse était la suivante: le mari était poursuivi pour abus de confiance commis en France, et l'on tenta d'extorquer à la femme une somme importante, en disant que c'était pour sauver son mari: affaire Kaufmen contre Gerson, cour du Banc du roi et Cour d'appel, 1904.

Il y a eu sur ce point des discussions retentissantes; on s'est demandé si la menace pesant sur la femme afin de lui extorquer une somme d'argent était assimilable à la menace portant sur la femme et constituant une violence pour le mari. Les Anglais ont estimé que l'on devait, autant que possible, maintenir le contrat. D'ailleurs le moyen tiré de la violence est un moyen que les Anglais considèrent comme subsidiaire, et qui est admis par la common law à défaut de tout autre moyen.

Caractère subsidiaire du moyen tiré de la violence.

C'est la raison pour laquelle, notamment, on n'admet pas la violence portant sur les biens. En effet, lorsque l'on veut réclamer des biens qui ont été extorqués par violence, il y a, comme le disent les auteurs anglais, d'autres voies de procédure, par lesquelles on peut réclamer la propriété de ces biens sans invoquer l'idée de violence. Tandis qu'au contraire, quand il s'agit d'une violence contre la personne, il n'y a pas d'autre moyen que celui tiré de la duress.

En Angleterre, il y a d'ailleurs aujourd'hui un autre procédé par lequel le vieux moyen tiré de la violence se trouve distancé, et mis à la mesure de nos institutions modernes, c'est l'abus d'influence (undue influence) moyen introduit par l'Equity, ainsi qu'on le verra plus loin.

Source : BIU Cujas

Le dol dans la common law.

Un troisième vice du contrat est celui qui correspond, dans la common law anglaise, au dol continental. Il n'y a pas à proprement parler, en anglais, un mot consacré correspondant à notre mot continental: dol, et l'on emploie concurremment trois mots: l'un très large; l'autre un peu désuet et trop étroit; le troisième enfin qui correspond aujourd'hui à la notion courante.

Observation terminologique

La Fraud sens de cette expression plus large que le dol continental.

Le premier de ces mots, c'est le mot "fraud". Incontestablement le dol est une fraude et le mot fraud anglais peut correspondre à notre dol continental. Mais la notion de fraud en droit anglais est une notion infiniment plus large. D'ailleurs elle déborde le cadre de la common law, elle est aussi, elle est surtout le terrain par excellence de l'Equité. C'est sur l'Equitable fraud" la fraude en équité (et non pas la fraude équitable) que se sont développées, en grande partie, les jurisprudences de la Cour d'Equité. Par conséquent le mot fraud est un mot qui, par son ampleur, déborde le cadre de notre dol continental.

Deceit son sens spécialement délictuel.

En deuxième lieu, deceit est incontestablement une expression qui correspond au dol continental. Mais il est très ancien et il est rattaché aux origines de notre moyen; il est antérieur au XIXe siècle, et dans son acception actuelle, il est resté plus étroitement lié à un seul des aspects du dol actuel, l'aspect délictuel engendrant une action en dommages intérêts pour délit civil et il n'embrasse pas l'ensemble de la conception du dol anglais.

La misrepresentation - sa définition a contrario.

C'est un troisième mot qui, aujourd'hui, répond à ce qui correspond en Angleterre à notre notion de dol continental, c'est le mot "misrepresentation", mot difficile à définir, et d'autant plus difficile que les Anglais sur ce point comme sur bien d'autres, ont été fidèles à leur méthode, qui consiste, un peu par instinct et beaucoup par calcul, à éviter les définitions. Ils définissent la représentation mais ils ne définissent pas la misrepresentation, et alors c'est une sorte de définition par a contrario que nous sommes obligés d'extraire des livres de doctrine anglaise

La représentation - a dit un juge anglais, le juge Williams dans une affaire plaidée en 1863 devant la Cour de la Chambre de l'Echiquier, l'affaire Behn contre Burness précédemment citée - c'est une affirmation ou assertion faite par une partie

Source : BIU Cujas

à l'autre, antérieurement au moment du contrat, ou au moment du contrat, relativement à quelque matière ou circonstance en connexité avec le contrat[1]

La représentation est donc une déclaration ou assertion. J'ai traduit le mot "statement" par déclaration. On pourrait prendre encore d'autres mots : affirmation, énonciation, indication, exposé, c'est par le moyen d'une extériorisation d'un certain nombre d'éléments par l'affirmation de faits ou de circonstances, c'est-à-dire de faits extérieurs et contrôlés, une indication donnée par l'une des parties à l'autre.

A contrario, nous dirons que la misrepresentation, c'est une „representation" de ce genre, mais entaché d'une inexactitude, le préfixe "mis," dans les mots composés, indiquant précisément l'inexactitude ou le mal : mistake, méprise, misfeasance, malfaçon, misconception, malentendu. Par conséquent, misrepresentation, c'est la représentation, la déclaration, l'affirmation, entachée d'une inexactitude.

On peut également tirer encore une définition utile de l'art. 1027 du Digeste de Jenks et de ses collaborateurs. L'art. 1027 est relatif au dol, sous la forme de diceit, de tort, de fait dommageable, préjudice qui est considéré comme un délit civil. En retournant l'art. 1027 du Digeste de Jenks, on peut obtenir également une définition de la misrepresentation.

Le droit commun, la common law, a de très bonne heure considéré une déclaration de ce genre dans un contrat comme un fait regrettable et susceptible d'engendrer des sanctions. L'époque exacte où la common law a pris conscience de la misrepresentation, l'a réprimée n'est point très facile à établir. On a, à cet égard, fait des recherches qui, jusqu'à présent n'ont pas encore abouti. Ce n'est guère que dans des cases du commencement du XVIIe siècle, et à la fin du XVIIIe siècle également, que l'on trouve, dans la jurisprudence des cours de common law, poursuivis et sanctionnés des faits de misrepresentation. Mais il est bien évident que le moyen est beaucoup plus ancien. Le moyen de deceit se retrouve dans les très vieux brefs, bien antérieure-

---

[1] Cf. Autres définitions, tirées également des livres anglais, dans Zaq Eldine " Le dol français et la misrepresentation anglaise" pp. 77-78. Thèse Lyon 1926 - dans la collection de M. Lambert.

Source : BIU Cujas

ment au XVIIe siècle. A l'origine, le deceit c'était une tromperie qui se trouvait en connexion avec des procédures de justice. Voir sur ce point une note historique très intéressante, écrite sous l'art. 1027 du Digeste de Jenko.

En ce qui concerne plus spécialement le contrat, aujourd'hui on rattache non sans raison, l'origine de la règle en vertu de laquelle le dol entache le contrat, à un leading case de l'année 1789, rendu par la Cour du Banc du roi dans une espèce célèbre, l'espèce Lasley contre Freeman (Cf. Zag. Eldine 1. 27).

Le leading case de 1789 sur le dol dans le contrat entraînant une condamnation à des dommages-intérêts.

L'hypothèse était la suivante : Freeman, dans l'intention de tromper Lasley, l'avait poussé et décidé, à vendre à crédit à un nommé Falch, des marchandises de valeur importante, 2634 £, et il lui avait affirmé, pour l'amener à passer le contrat, que Falch était une personne digne de confiance, à qui l'on pouvait faire crédit. Or ces déclarations étaient mensongères, Falch était absolument insolvable, et lorsque la victime Lasley eut découvert les machinations de Freeman, il intenta contre lui une action en deceit, c'est-à-dire une action en dommages-intérêts fondée sur le fait délictuel. Les juges de l'époque lui donnèrent raison et déclarèrent que Freeman était obligé de payer des dommages intérêts, parce qu'il y avait dans son cas une représentation volontaire et inexacte des faits qui avait amené un préjudice au détriment de Lasley.

C'est à ce leading case, suivi nécessairement d'un très grand nombre de décisions judiciaires, que l'on rattache aujourd'hui le moyen de misrepresentation. Mais ce moyen engendre deux sanctions; il peut être mis en jeu sous deux formes, et pour deux fins différentes, on peut demander, comme dans l'affaire Lasley-Freeman, des dommages-intérêts pour dol, et on peut également demander la rescision du contrat, l'annulation du contrat.

Les deux actions nées du dol : action en dommages-intérêts action en annulation du Contrat.

Dans le premier cas, lorsque la mispresentation est invoquée comme source de responsabilité délictuelle, les consommateurs anglais lui donnent le qualificatif de actionnable misrepresentation, c'est-à-dire qui donne naissance à une action en justice (l'action dans la procédure anglaise de common law, devant toujours conduire à des dommages intérêts) Voilà le premier rôle de la misrepresentation.

D'autre part, lorsque la misrepresentation

Source : BIU Cujas

joue le second rôle, lorsqu'on l'invoque pour faire tomber le contrat, on lui donne le qualificatif de invalidating misrepresentation, misrepresentation invoquée pour invalider la convention.

Séparation progressive de ces deux voies de droit.

Ce sont là les deux rôles qui, lorsque l'on est en face d'une misrepresentation du genre de l'affaire Dasley-Freeman, qu'il n'y a pas trop lieu de distinguer à l'origine, mais qui, par la suite, ont été en s'écartant un peu l'un de l'autre, engendrant chacun des règles particulières, et surtout sous le second aspect, la misrepresentation frauduleuse allait donner naissance en jurisprudence d'équité, à l'innocent misrepresentation. Mais nous nous bornons pour l'instant, à étudier la misrepresentation frauduleuse.

Nous allons indiquer les éléments constitutifs de ce vice du contrat et la manière, tout à fait inverse à celle employée par le continent, dont les juges anglais l'ont conçue et développée.

Éléments de la misrepresentation.

D'abord, quels sont les éléments constitutifs de la misrepresentation, de la fals representation, frauduleuse ? Ces éléments, on en trouvera des énumérations variables dans les livres. Certains les réduisent à trois (Tag Eldine p. 77 et suiv.). D'autres, comme le Digeste de Jenks, les augmentent, au contraire, jusqu'à sept (art. 1028). Je crois, pour ma part, qu'on peut les réduire à cinq.

a) une présentation par paroles ou par faits.

Il faut d'abord qu'il y ait representation. La representation, c'est une déclaration, c'est une affirmation, c'est une assertion. Toutefois, il ne faudrait pas prendre tout à fait à la lettre l'expression affirmation ou déclaration. Les Anglais, aujourd'hui, opposent la representation by words, c'est-à-dire la representation par paroles, à la representation by facts, l'affirmation par des faits, des faits aussi éloquents et aussi démonstratifs que des paroles. Tel est par exemple le cas où une personne présente un cheval à vendre et lui a injecté certain remède destiné à lui donner meilleure apparence, ou à éviter qu'au moment de la vente il ne présente certains vices. Les Anglais estiment qu'en pareille circonstance, il y a une representation by facts, c'est-à-dire que l'on n'a pas à proprement parler déclaré que l'animal avait des qualités supérieures, mais on s'était arrangé, en fait, pour qu'il en ait l'apparence.

En somme, derrière cette notion, on voit appa-

Source : BIU Cujas

raître la manœuvre frauduleuse, qui constitue le critérium de notre dol continental. Néanmoins la représentation par faits est très exceptionnelle, et la plupart du temps le vice anglais consiste dans une déclaration par paroles.

b/ une représentation portant sur des faits.

2ème élément : la représentation doit être une déclaration portant sur des faits, une affirmation de faits. Renvoi à la controverse portant sur le point de savoir si une affirmation d'un point de droit ou d'un droit, que l'on possède, peut être assimilé à une déclaration portant sur des faits. En tous cas, on oppose à la déclaration portant sur des faits, la simple indication d'une opinion personnelle, celle-ci n'étant pas considérée comme une déclaration portant sur des faits. Là encore il y a des controverses (Cf. livre 2ag Eldine p. 89 et décision citée)

c/ faite en connaissance de son inexactitude ou sans avoir foi dans sa vente.

3° et c'est là l'élément constitutif capital - la représentation, la déclaration doit avoir été faite en connaissance de son inexactitude, ou sans foi dans sa vérité, c'est-à-dire sans que le déclarant se soit soucié, de rechercher si elle correspondait ou non à la vérité. Ce que les Anglais considèrent comme essentiel, ce n'est pas rigoureusement que celui qui a émis l'information ait su qu'il faisait une déclaration inexacte, mais ce que les Anglais exigent c'est qu'il n'ait pas* foi dans la vérité de son assertion. Il y a là une nuance, qui est la clef de toute la matière. Elle est indiquée à la P. 219 du Traité des Contrats de Salmond et Winfield. Ce qui est essentiel, disent-ils, c'est que celui qui s'est rendu coupable de fraude fasse la déclaration, sans croire d'une façon absolue à la vérité. Il ne connait pas l'inexactitude, mais il ne s'est pas soucié de rechercher la vérité. Il affirme la véracité d'un fait sans savoir exactement s'il est vrai ou faux.

* ou

Ainsi ce n'est pas l'affirmation d'un fait mensonger, c'est l'affirmation d'un fait que l'on a pas contrôlé, ou que l'on ne s'est pas soucié de contrôler. Ceci est le point le plus important, parce que c'est précisément sur ce point que la jurisprudence d'Equité a élargi la notion de misrepresentation, en l'étendant à la recherche négligente de la véracité du fait qu'on allègue.

Retenons donc bien ce troisième élément constitutif : *il faut que la déclaration ait été faite sans se soucier de savoir si elle correspondait ou non à la vérité.*

d/ pour décider

4ème élément : Il faut que la représentation ait

Source : BIU Cujas

la partie lésée à agir.

été faite avec l'intention d'amener à agir, sur son fondement, la partie lésée.

Et enfin, 5e élément, la représentation doit avoir engendré une tromperie effective.

C) et engendrant une tromperie effective.

Voilà les cinq éléments constitutifs de la fausse représentation, ou de la misreprésentation. Voyons maintenant la manière dont la jurisprudence anglaise a développé ce moyen, pour engendrer une nullité. Nous disons : pour engendrer la nullité, parce que sur ce point, l'évolution qui a suivie la misreprésentation sur le terrain délictuel est un peu différente du développement qu'elle a suivi dans le droit des contrats. - Par une coïncidence singulière, nous allons voir les décisions anglaises prendre ici exactement, concernant les trois points qui ont été indiqués précédemment comme caractérisant la direction de la jurisprudence française, une direction exactement divergente ; ces trois points étaient, nous le rappelons : le dol doit-il émaner nécessairement d'un cocontractant ou peut-il émaner d'un tiers ? - la distinction entre le dol principal et le dol incident - et l'influence de la réticence ou de la dissimulation.

Comparaison avec la jurisprudence française

Développement de ce moyen par la Jurisprudence pour engendrer la nullité du Contrat.

Nous avons vu, sur ces trois points, la jurisprudence française et le droit italien s'orienter dans un sens remarquablement subjectif. C'est ainsi que notamment, dans le projet franco-italien, on a assimilé le dol du tiers et le dol du cocontractant, parce qu'il engendrait d'une manière égale le dol ; on a admis la distinction entre le dol principal et le dol incident ; et enfin on tend à placer sur le même pied la réticence et le dol émanant de manœuvres.

Le dol doit émaner du cocontractant.

1° En Angleterre, on a envisagé le dol objectivement, et non pas subjectivement. Les décisions anglaises, en vue d'engendrer, non pas l'action en dommages-intérêts, mais l'invalidation du contrat, ont toujours exigé que le dol émane du cocontractant : affaire Peck contre Gurney, 1873. Il a été jugé dans cette affaire que deux personnes, achetant des actions sur le marché de la Bourse, ne peuvent pas faire annuler le contrat pour de fausses déclarations émanant du fondateur figurant dans les prospectus d'émissions, parce que précisément ils n'ont pas traité avec les fondateurs ; ils ont acheté leurs actions sur le marché, ils ne peuvent donc pas invoquer la misreprésentation des fondateurs, qui sont en réalité des tiers au contrat, et dont émanaient les fausses déclarations.

Source : BIU Cujas

Il faut ici, d'après la jurisprudence anglaise, que le dol émane du cocontractant.

2° le dol n'a pas besoin d'avoir été la cause déterminante mais simplement suffisante du contrat.

2° A l'inverse, de la jurisprudence française, la jurisprudence anglaise n'exige pas que la représentation dont on se plaint, et pour laquelle on fait invalider le contrat, ait été la cause déterminante du contrat. On a vu, sur le terrain du droit français, que précisément la jurisprudence avait fait intervenir cette notion de "cause déterminante" pour justifier la distinction entre le dol principal et le dol incident. Les Anglais disent que la représentation doit avoir été une cause suffisante du contrat, mais pas la cause unique. Et, chose curieuse, sir John Salmond, dans son livre sur les contrats (terminé par M. Winfield) emploie cette comparaison amusante (v. p. 219). Il dit: dans une montée, une voiture peut être tirée par quatre chevaux; si trois chevaux étaient suffisants pour amener la voiture au haut de la côte, le travail du quatrième cheval n'est pas inutile: il coopère avec celui des trois autres, mais en somme ce n'est pas le 4ème cheval qui fait arriver la voiture en haut de la côte. Pour le droit anglais, la misrepresentation suffisante c'est le quatrième cheval: c'est-à-dire qu'il faut qu'elle ait coopéré à la passation du contrat, il faut qu'elle ait constitué une cause de nature à marquer sur l'esprit du cocontractant, mais il n'est pas nécessaire que ce soit la cause qui, elle seule, ait déterminé le contrat.

Il y a, sur ce point, des décisions connues, classiques de la jurisprudence anglaise: Salmond, p. 221, M. Zaq Elodine, p. 155, sur la "matérialité" de la déclaration, qui doit être capable d'influencer une personne d'intelligence moyenne. Il est essentiel de remarquer ici que les Anglais, fidèles à leur point de départ, n'ont pas voulu, en cette matière encore, rechercher in concreto, la psychologie des individus; ils ont adopté une notion abstraite, et ils se sont demandés objectivement si la représentation vicieuse était une cause suffisante, capable d'influencer in abstracto une personne d'intelligence moyenne.

3°) Non assimilation du dol et de la réticence sauf dans certains contrats.

Enfin, 3°, alors que nous avons vu la jurisprudence française et les auteurs français, notamment sur le terrain de l'assurance maritime, étendre le champ d'application et la raison d'être de l'art. 348 du C. Com., en Angleterre, la dissimulation, la réticence,

Source : BIU Cujas

(concealment, non disclosure), en principe ne doit pas être assimilée à la misrepresentation, et on ne doit pas dire qu'elle annule le contrat. Comme le disent les Anglais : *la suppression de la vérité n'est pas nécessairement la suggestion de ce qui n'est pas exact* (Suppressio veri non est suggestio falsi). Ce n'est que dans certains contrats et, là encore, sans se soucier de la psychologie de parties, que les Anglais, en s'attachant à la nature du contrat, déclarent qu'il y a devoir pour le contractant d'éclairer la contre-partie et de lui faire certaines déclarations comme dans notre assurance maritime et aussi par extension comme dans nos autres assurances françaises. Mais cela n'existe seulement que dans certains contrats dont la liste est très restreinte, (Jenks. art. 90), auxquels on donne le nom générique, dans la doctrine, de contrats uberrimæ fidei, contrats d'extrême bonne foi. Ce sont les contrats de bonne foi du droit anglais, savoir : la vente immobilière (vente d'un bien foncier), la vente faite par une société par ses fondateurs, le contrat d'assurance, le contrat entre associés ou futurs associés, le contrat entre commettant et préposé, et enfin la donation. (Il y a discussion relativement au cautionnement)

Les contrats de très bonne foi.

Voilà, ce que l'on appelle, en droit anglais, les contrats de bonne foi. Il y a là une construction jurisprudentielle et doctrinale célèbre, qui relève de la common law, et aussi, dans une certaine mesure de l'équité (Cf. pages 244 et suivantes de la thèse de M. Tag El dine).

Voilà ce qu'est la misrepresentation. Avec elle on en a fini avec le jus strictum anglais. Laissons maintenant à la construction qui, en dehors du jus strictum, et notamment sous l'influence de la jurisprudence de l'équité, a étendu le dol, la violence, la lésion dans des limites infiniment plus larges que celles que nous venons d'étudier. Sur ce point, on bornera les explications à deux de ces plus célèbres jurisprudences qui relèvent de la cour d'équité, ce que l'on appelle l'innocent misrepresentation, la misrepresentation de bonne foi, et l'abus d'influence.

Extension du dol, de la violence et de la lésion dans la Jurisprudence d'Equité.

La première, l'innocent misrepresentation, tire son origine de l'équité, et c'est en effet une institution marquée du sceau de l'équité. Le principe est le suivant : pour un créancier, pour une personne qui se présente en justice, se réclamant

L'innocent misrepresentation.

Source : BIU Cujas

d'un droit, c'est manquer à la conscience que de poursuivre l'exécution d'une convention dont l'acceptation par l'autre partie avait été provoquée par une fausse déclaration. Sans doute la déclaration fausse avait été faite par le contractant de bonne foi; il s'était trompé et il avait trompé son cocontractant; il y avait erreur commune. Mais dès l'instant où l'on s'est aperçu de l'erreur, il est contraire à la conscience de vouloir profiter de cette erreur, et de venir demander aux tribunaux de sanctionner le résultat d'une transaction ainsi entachée.

On voit le point de départ, et combien on est loin de la théorie de l'erreur sur la substance du droit continental. On aboutit au même résultat mais par un raisonnement très différent, et sur un terrain très différent. On ne se préoccupe pas tant de l'état d'esprit de la victime, que de l'état d'esprit de celui qui agit contre elle. On vient dire: tout le monde s'est trompé: ce qui est le vice, c'est de venir se fonder sur le résultat d'une erreur pour en retirer un bénéfice.

Définition de l'innocent misrepresentation et comment cette notion se rattache à celle de misrepresentation frauduleuse.

Voilà ce qu'est l'innocent misrepresentation. Elle peut donc se définir comme une erreur de fait, commune aux deux parties, causée par une déclaration inexacte, non frauduleuse, par une déclaration faite de bonne foi par une des parties.

On voit aussi comment, dans une certaine mesure, cette jurisprudence, dont on va préciser les cas, se rattache à la misrepresentation frauduleuse. Elle n'est, en somme, pour nos esprits logiques continentaux que la suite de la direction dans laquelle s'était engagée la jurisprudence anglaise dans l'affaire Pasley Freeman. Qu'est-ce que les Anglais appellent la misrepresentation frauduleuse? Ce n'est pas tant le fait d'avoir contracté en connaissance de l'inexactitude que de n'avoir pas eu foi dans la vérité, de ne point s'être soucié de rechercher la vérité. Lorsqu'un cocontractant a, de bonne foi, affirmé une chose fausse à son cocontractant, sans doute il avait recherché la vérité, mais il l'avait mal recherchée, et peut-être l'avait-il recherchée négligemment. Il y a eu, en définitive, à sa charge, une négligence, il a affirmé quelque chose qu'il croyait vrai et qui ne l'était pas.

Source : BIU Cujas

A la différence de la misrepresentation frauduleuse, il s'est soucié de rechercher la vérité, mais il l'a mal recherchée, et c'est de cela que l'on le punit en faisant tomber le contrat.

On trouvera ces deux raisons qui précèdent, les deux motifs d'equité qui viennent ainsi d'être developpés pour fournir l'esprit de l'institution, dans la bouche d'un juge qui a rendu dans cette matière, la décision la plus importante, en 1881, le Maître des rôles Sir Georges Jessel, dans l'affaire Redgrave contre Hurd, décision de la Chancellerie, 1881.

Il s'agissait, dans ce cas, qui est l'un des leading cases, de la vente de l'etude d'un solicitor. Le solicitor avait, de bonne foi annoncé à son acheteur que son étude rapportait trois cents livres par an, et cette assertion il l'avait basée sur un certain nombre de papiers qu'il avait representés à l'acheteur, et il pouvait de bonne foi, avoir estimé à trois cents livres le revenu de son étude. Mais en fait, il avait exagéré, et l'étude ne rapportait que deux cents livres sterling. C'est dans ces conditions qu'en 1881, le maître des rôles Jessel annula le contrat, et il donna, à l'appui de sa décision les deux motifs qui ont été indiqués plus haut, qui donnent l'esprit de l'institution (Zag Eldine pp. 211 et 212) Le maître des rôles Jessel indique que l'équité, en pareil cas, annule la transaction: 1° pour la mauvaise conscience du reclamant, parce que c'est contraire à l'équité, lorsque l'on a obtenu un contrat avantageux au moyen d'une déclaration dont on reconnait la fausseté, d'insister pour son maintien, c'est un délit moral de faire cela. D'autre part, il y a eu faute de la part de celui qui faisait la representation, à ne pas s'être rendu compte de la vérité. Il ignorait la fausseté de sa déclaration, mais il aurait dû la découvrir avant d'y procéder.

Voilà l'esprit de l'institution. Ce n'est point du tout l'esprit de nos institutions françaises, notamment de l'erreur sur la substance.

Cette décision sur l'innocent misrepresentation, c'est une décision centrale, mais antérieurement à cette décision et postérieurement à elle, il faut citer deux leading cases qui fixent et

Source : BIU Cujas

délimitent l'institution. Parmi un très grand nombre de décisions d'équité la plus importante, c'est une décision de la Chambre des Lords sur un arrêt de la Cour de la Chancellerie dans une affaire Lamare contre Dixon (1873)

Lamare, un Français, avait loué des caves pour y placer des vins, dont il était marchand. Il avait demandé au bailleur si les caves étaient sèches et le bailleur avait promis qu'on trouverait les caves sèches. En fait, elles s'avérèrent abominablement humides; le vin de Lamare s'altérait; au bout de deux ans il cessa de payer les loyers et déménagea en emmenant ses vins. On plaida et la Chancellerie donna raison à Lamare. Pourquoi ? Ce n'est pas du fait qu'il y avait eu une stipulation ressemblant à une garantie, affirme l'arrêt : c'est du fait que le bailleur s'était mis dans son tort en affirmant au preneur une chose qu'il pouvait peut-être croire exacte, mais qui, en réalité, ne l'était pas. Et sur un point aussi important substantiel, une erreur ainsi engendrée par l'un des contractants dans l'esprit de l'autre, alors qu'il la partageait lui-même, devait faire tomber le contrat. Cette espèce est une de celles qui marquent le plus la différence entre le droit anglais et le droit français sur ce point.

L'autre espèce, c'est l'affaire Derry contre Peck (Tag Eldine, page 219 et suivantes) jugée en 1889, à propos des énonciations contenues dans les prospectus d'émission d'actions, lors de la construction d'une société par actions.

L'hypothèse était la suivante : les fondateurs avaient fait reluire, aux yeux des souscripteurs, que le Parlement, par une décision spéciale, en "incorporant" la société (c'est-à-dire en lui donnant, nous dirions, la personnalité civile) l'avait autorisée à employer dans son exploitation la vapeur ou la force motrice mécanique. Or le prospectus ne mentionnait pas que la société devait en outre obtenir l'autorisation du Board of trade, c'est-à-dire du Ministère du commerce anglais et de deux municipalités intéressées. Les auteurs du prospectus, de très bonne foi, pensaient qu'il n'y avait là qu'une formalité. Il n'en fut rien. Le Board of trade refusa son autorisation et l'affaire tomba. Un des actionnaires, qui avait souscrit,

Source : BIU Cujas

intention pour misrepresentation. Mais il intenta l'action non seulement pour misrepresentation invalidant le contrat, mais encore pour misrepresentation engendrant des dommages-intérêts. Et c'est là que la jurisprudence a établi la grande ligne de démarcation entre la misrepresentation frauduleuse et la misrepresentation invalidant.

Dans ce cas, les juges anglais, en 1889, et jusqu'à la Chambre des Lords, refusèrent l'action en dommages-intérêts. Ils admirent qu'en pareil cas il pouvait y avoir demande en nullité de la société, mais ils n'admirent pas la poursuite en dommages-intérêts. Et il fallut qu'en 1890 une disposition législative, reprise aujourd'hui par la loi de codification du droit des compagnies anglaises de 1908, article 84, vint imposer, par la force de la loi écrite, l'action en dommages-intérêts en ce cas, mais en ce cas seul.

Différence entre l'innocent misrepresentation et la misrepresentation frauduleuse

Il en résulte qu'il y a, entre l'innocent misrepresentation et la misrepresentation frauduleuse, cette différence que l'innocent misrepresentation est un cas d'annulation du contrat; elle n'engage pas sauf le cas des prospectus d'émission, l'action en dommages-intérêts. On voit dans quelle mesure, l'équité a ainsi étendu le droit strict en matière de fausses déclarations.

En résumé la fausse déclaration, qui correspond au dol, à la manœuvre frauduleuse, aujourd'hui recouvre non seulement le dol continental, mais aussi, dans une certaine mesure, l'erreur sur la cause substantielle de la chose. Seulement au lieu de partir d'un point de départ subjectif, qui est le vice du consentement, les juges anglais se sont placés à un point de vue diamétralement différent. Ils se sont placés au point de vue de la gravité du fait viciant le contrat, tant à raison de cette gravité intrinsèque qu'à raison de la mauvaise conscience de celui qui prétend se réclamer de ses conséquences et qu'à raison du tort qu'il a eu en ne se renseignant pas suffisamment.

Ce sont là les deux points sur lesquels la jurisprudence anglaise a fondé sa jurisprudence. On voit combien on est loin des solutions continentales concernant l'erreur sur la substance, entièrement basées sur la psychologie de celui qui a commis l'erreur.

Source : BIU Cujas

L'abus d'influence

On arrive maintenant à l'Undue influence (influence indue ou abus d'influence), on pourrait dire aussi: influence excessive. L'origine de cette source d'annulation du contrat, dans la jurisprudence d'Equité, est assez obscure. On l'aperçoit surtout dans les arrêts du XVIIIe siècle et du commencement du XIXe plus particulièrement dans des arrêts rendus par deux des grands Chanceliers de l'angleterre, Lord Hardwicke, qui était en fonctions au milieu du XVIIIe siècle, et Lord Eldon qui était en fonctions dans les premières années du XIXe siècle.

C'est principalement dans une affaire Hatch contre Hatch, de 1804, concernant une remise de dette consentie par un pupille à son ex-tuteur, qui avait dissipé ses biens, que Lord Eldon a été amené à préciser la nature de l'influence indue.

Quoiqu'il en soit de son origine, les caractères de cette institution sont de ceux qui font le mieux ressortir l'origine et la nature du droit de l'équité, droit fondé sur des principes spéciaux, se condensant dans des maximes transmises par la force de la tradition. Nous avons déjà cité certaines de ces maximes. mais, chose curieuse, la maxime qui devrait s'appliquer le plus en cette matière, c'est celle à laquelle les anglais ne se réfèrent point. Je vous ai cité ce principe: Equalitas est aequitas: l'égalité c'est l'équité - Seul principe, au premier abord, ne semblerait plus opportunément invoqué et appliqué que celui-ci dans la matière de l'undue influence. Seule part, cependant, il n'a été cité pour expliquer les arrêts de la Cour du Chancelier.

Ce n'est point à cette idée d'égalité que les juges anglais se sont référés et on va même montrer que l'élément d'inégalité dans la prestation n'est point ce qu'il y a de plus essentiel pour l'admission du moyen d'influence indue.

Principe d'équité servant de base à cette idée en prenant en considération

C'est à un autre principe d'équité qu'est due l'institution de cette "Undue influence". Le chancelier, juge d'équité, se préoccupe plus du devoir que du droit et de l'état d'esprit du créan-

Source : BIU Cujas

dération beaucoup plus l'état d'esprit du créancier que celui du débiteur.

demandeur
cier que de celui du défendeur. Et ceci nous montre bien et nous fait bien apparaître la différence entre le point de vue continental et le point de vue anglais en cette matière.

Comparaison avec la notion continentale de lésion.

La lésion continentale, à laquelle correspond en grande partie l'Undue influence, est aujourd'hui prise en considération par les législations comme faisant présumer un vice du consentement, comme le symptôme extérieur d'une erreur ou d'une contrainte exploitée par celui qui a abusé des circonstances pour en tirer un avantage. A l'inverse, en droit anglais, et dans le droit de l'équité, c'est moins de l'état d'esprit de celui qui a subi le préjudice que de l'état d'esprit de celui qui a usé de l'influence, et en a abusé, que l'on se préoccupe. Ce qui est atteint, c'est un marché contraire à la raison; ce qui est atteint c'est une conduite contraire à la conscience, réprouvée par la conscience.

Le marché inconcevable est la conduite contraire à la conscience, conditions essentielles nécessaires pour que la lésion puisse entraîner la nullité.

Ceci est condensé dans les deux expressions employés par les arrêts et par les auteurs anglais pour donner l'idée des contrats qui tombent sous le coup du moyen d'influence indue. Ils disent "unconscionable bargain", marché inconcevable, marché exorbitant, marché contraire à la raison, d'une part, et d'autre part ce qui est atteint, disent-ils, c'est la conduite contraire à la conscience, réprouvée par la conscience "unconciencious dealing" conduite qui est réprouvée par la conscience.

Ce qui est donc atteint, c'est un marché contraire à la raison; ce qui est frappé c'est la mauvaise conscience, la mauvaise conduite de celui qui se réclame du contrat. Et alors, évidemment, c'est parce que le contrat engendre une lésion, c'est-à-dire une inéquivalence dans la contre-prestation des parties, c'est parce qu'il y a là quelque chose qui choque l'équité, que l'équité intervient. Mais comme le montre Lord Eldon, ce n'est pas cet élément qui est déterminant, c'est-à-dire qu'une insuffisance de prix n'est pas un motif suffisant pour refuser l'exécution en nature ou pour prononcer l'annulation du contrat. Lord Eldon déclare que cette insuffisance de prix n'est admise que lorsqu'elle implique, en elle-même la preuve de fraude décisive et conchuante, c'est-à-dire lorsqu'elle est telle qu'elle choque la conscience. Mais en soi

Source : BIU Cujas

une inéquivalence dans les prix n'a, en principe, par elle-même, aucun effet sur la validité de la convention. Il faut qu'il y ait une inéquivalence telle que celui qui réclame l'exécution d'une convention ainsi passée manifeste une conscience noire ou que le contrat par lui-même choque la raison.

Voilà la base de l'institution anglaise, et on voit qu'elle se présente sous des formes infiniment différentes de celles que nous connaissons dans le droit continental.

Quant à la définition que l'on peut donner de l'influence indue, ici encore on est obligé de dire que les livres anglais ne nous fournissent guère de définition en forme. Les anglais répugnent à la définition, tant par instinct que par calcul, parce qu'ils ne veulent pas enserrer leurs concepts dans des règles, dans des formules par trop rigides.

La définition de l'undue influence d'après les auteurs.

La formule classique dans laquelle les livres de doctrine anglais tentent de présenter une définition de l'undue influence est empruntée à plusieurs cases notamment à une case de 1859, Smith contre Kay, Chambre des Lords, 1859, et en même temps, pour une autre partie, à une case de 1873, the Earl of aylesford contre Morris, Cour d'appel de la Chancellerie, jugé par Lord Selborne. La définition classique de l'Undue influence emprunte le début de la définition au second case, et la fin au premier case. Cette formule est la suivante (Cf. Carter : Elements of contracts, p. 95) : "L'Undue influence est l'influence obtenue par l'usage non conforme à la conscience dû à un rapport entre les parties, présentant, d'une manière générale, quoique non nécessairement, un caractère fiduciaire .. partout où une influence a été acquise et dont on a abusé, partout où une confiance reposait et a été trompée".

La formule est un peu longue, parce qu'elle est empruntée à plusieurs décisions judiciaires. Mais on va voir, en passant en revue les règles positives de la notion, s'éclairer un peu chacun des éléments de cette formule, dont on ne peut, faute de temps, donner le commentaire très détaillé. Les règles positives qui illustrent cette définition un peu longue, on les retrouve dans le Digeste de Jenks.

Source : BIU Cujas

Sanctions de l'Undue influence par une nullité relative dans laquelle par suite d'un système de présomptions d'influence établies par la Jurisprudence la charge de la preuve se trouve renversée.

Le principe, art. 81, c'est que l'abus d'influence engendre l'annulabilité du contrat au même titre que la fraude, que la violence qui ont été étudiées précédemment. Elle n'engendre pas la nullité absolue, comme le fait l'erreur, ou tout au moins l'erreur fondamentale d'après le droit strict de la common law; elle n'engendre qu'une annulabilité, c'est-à-dire une nullité relative, dont les caractères se rapprochent d'une manière assez sensible de notre nullité relative du continent, sauf la question des tiers (voir art. 81 in fine du Dig. Jenks).

Il faut donc retenir le principe que l'influence indue engendre une annulabilité, mais ceci n'est qu'un détail et n'est peut-être pas la partie la plus intéressante de l'institution. Ce qui est intéressant dans les règles positives établies par la chancellerie, par la jurisprudence d'équité, c'est la manière dont joue le moyen.

Le plus caractéristique, c'est que, tandis que pour ce qui est de la violence ou de la misrepresentation, qui ont été étudiées précédemment, le demandeur en nullité doit faire la preuve du vice, de l'erreur, de la fraude, établir les conditions de l'innocent représentation, établir qu'il y a eu contrainte, menaces, etc., à l'inverse, la jurisprudence a établi des présomptions d'influence, et réalisé un renversement de la charge de la preuve, comme il s'en trouvait en droit romain dans la querela non numerate pecuniae. Il y a présomption d'influence dans un certain nombre de relations, en conséquence de quoi, ce n'est pas à la victime de prouver qu'il y a eu abus d'influence, c'est à celui qui se prévaut d'un contrat passé dans des conditions qui vont être déterminées, à prouver qu'il n'a pas abusé de son influence que le contrat est loyal, à établir ce que les anglais appellent le fairness, la loyauté de la transaction.

Relations dans lesquelles s'appliquent ces présomptions

Quelles sont ces relations? art. 84 du Dig. de Jentes. Il ne s'agit que de contrats entre vifs; le testament est mis en dehors. (Cf. l'espèce citée sous l'art. 84 du Dig. de Jenks. Parfitt contre Lawless (1876). Il faut qu'il s'agisse d'une transaction entre: 1°) un trustee et le bénéficiaire du trust; le trustee, c'est-à-dire un homme chargé de l'exécution d'une mission de confiance, d'une

Source : BIU Cujas

fiducie et le bénéficiaire de la fiducie; un père ou une mère et leurs enfants non émancipés; un tuteur et son ancien pupille; un conseil juridique et son client; un médecin et son malade; un directeur de conscience et celui qui s'y est soumis; et d'une manière plus générale, toute personne qui se trouve vis à vis d'une autre dans une relation reposant sur une confiance spéciale (1ère partie de l'art. 84 du Rig. de Jenks citant de nombreuses espèces). Dans tous ces cas, la personne qui cherche à faire sanctionner le contrat doit en prouver la loyauté. Dans les autres cas, la personne qui allègue l'existence d'un abus d'influence doit en prouver l'existence. Il y a donc, posée par le droit, une présomption d'abus de l'influence dans certains cas.

Exemption de cas présomption ence qui concerne les relations entre mari et femme.

Cette règle de l'art. 84 du Rig. est complétée par les art. 85 et 86; l'art. 85 qui restreint la présomption; l'art. 86, au contraire, qui étend le domaine de la présomption. La présomption n'existe pas dans les trois relations suivantes: mari et femme; usufruitier et nu-propriétaire; créancier mortgagiste et débiteur mortgagiste (c-à-d. approximativement créancier et débiteur hypothécaire).

Sans insister sur ces exceptions et leurs motifs remarquons simplement qu'il peut paraître un peu singulier qu'on fasse échapper au jeu de la présomption, les relations entre mari et femme, alors qu'on l'admet entre parents et enfants, tuteur et ancien pupille, etc.

Sur ce point les arrêts anglais sont formels, et on peut se reporter notamment à un dictum d'un juge anglais, assez récent, dans l'affaire Howes contre Bishop, 1909 (Salmond et Winfield, P.P. 263 et 264). Les juges anglais estiment, en effet, qu'il est impossible d'établir, en principe, une présomption d'influence du mari sur la femme, et d'obliger le mari à prouver qu'il n'a pas eu d'influence. L'influence conjugale est telle que l'idée de la combattre apparaît comme une impossibilité pour les juges anglais. C'est donc à la femme de prouver un abus de l'influence du mari.

Toutefois, comme la règle était pourtant un peu sévère, la jurisprudence anglaise, avec une certaine finesse, a fini par adopter un moyen terme en cette matière: elle oblige la personne

Source : BIU Cujas

qui se prévaut du contrat passé par la femme mariée à prouver que l'affaire lui a été très clairement expliquée et qu'elle a eu pleine connaissance de l'acte. Si par exemple un mari a obtenu le cautionnement de sa femme (ce qui est contraire au Velléien, appliqué dans certaines colonies anglaises), il faudra que le tiers fasse la preuve de l'abus d'influence; cet abus d'influence n'est pas supposé. Mais l'idée n'en sera pas de plein droit écartée; il faudra, en tout état de cause, que celui qui se prévaut de l'acte de la femme, avant tout, prouve qu'on lui a donné pleine connaissance du contrat. S'il peut prouver que la femme n'a pas eu pleine connaissance de l'acte, alors sa preuve est faite et il n'a pas à aller plus loin et à prouver l'abus d'influence du mari.

En somme, le droit anglais, en cette matière, s'est arrêté à mi-chemin; il n'a pas voulu établir en principe la présomption de l'influence maritale, mais il en a tenu compte dans une certaine mesure. (Cf. MM. Salmond et Winfield, et M. Gay, L'Undué influence dans les législations anglo-saxonnes - Thèse, Dijon 1927)

Extension de la présomption d'influence à la fin du XIXe s. et au XXe.

On voit donc, dans l'art. 85, une limitation à la présomption d'influence indue. A l'inverse, - et c'est là que la jurisprudence anglaise prend une portée presque illimitée, - la présomption a été étendue par des décisions anglaises à la fin du XIXe et au commencement du XXe siècle, dans toutes les espèces où l'on peut estimer, en dehors même de relations fiduciaires que l'une des parties se trouvait, vis-à-vis de l'autre, dans un rapport d'inégalité morale ou sociale, c'est-à-dire, si, comme le fait entendre la rubrique qui se trouve en marge, à côté de l'art. 86 du Digeste Jenks, si on est en présence d'une personne, "en dessous du standard normal".

Ces personnes, ce sont celles qui se trouvent, à raison des circonstances obligées à passer des contrats désavantageux, savoir soit: les héritiers en expectative, c'est-à-dire fils de famille qui sont plus ou moins conduits à traiter sur l'héritage à venir. (C'est, sous une forme différente de celle de notre droit, une atteinte portée aux pactes sur succession future); soit, d'autre part, les personnes illettrées, ou ignorantes, et enfin les personnes qui sont dans une détresse manifeste, pécuniaire

ou morale, pécuniaire parce qu'elles sont malheureuses, morale parce qu'elles sont sous le coup d'un seuil par exemple.

On voit à quel point le droit anglais étend l'Undue influence. Dans tous ces cas, on présume l'abus d'influence et c'est à la personne qui cherche à faire sanctionner la transaction en justice de montrer qu'il n'y a pas eu abus d'influence, même si la transaction est désavantageuse.

Conception très large de la lésion dans le Droit anglais à raison de la base différente qu'elle a par rapport au droit continental.

Voilà l'ensemble des règles positives de la matière. On voit à quel point le droit anglais a étendu ce que nous appellerions, sur le continent, la notion de lésion. Il n'y a pas peut être de législation qui ait de la lésion dans le contrat une notion aussi large. Même le texte du code des obligations suisse, même la formule du C.C. allemand, même la formule du projet franco-italien n'ont pas cette largeur de vues. Elles n'ont pas ou plus la même base. Tandis que sur le continent on se base sur l'inéquivalence des prestations faisant présumer le vice du consentement, ici ce que l'on prend en considération ce sont les relations sociales ou juridiques entre les parties et si quelque élément psychologique intervient dans l'affaire, ce que l'on a plus particulièrement en vue et en considération c'est la psychologie de celui qui a obtenu le marché et qui vient demander à la justice de le lui faire exécuter. C'est là où l'on rencontre la grande formule de l'équité, que l'équité agit sur la conscience et que celui qui se réclame de l'équité doit se montrer d'abord équitable. On peut regretter que M. Pierre Gay, dans sa thèse bien documentée au point de vue du droit anglais, n'ait peut être pas suffisamment poussé la comparaison avec le droit du continent et les principes objectif et subjectif qui dominent ici et là. Sans pouvoir entrer ici dans le détail de la jurisprudence anglaise, beaucoup trop curieuse pour qu'on ne renvoie pas aux espèces très intéressantes que l'on trouvera dans la thèse de M. Gay, bornons-nous à quelques exemples.

Voici d'abord un case où, ce qui a joué, c'est une influence mondaine: Smith contre Kay, Chambre des Lords, 1859. Il s'agissait d'un jeune homme de 19 ans, qui avait confirmer en majorité les dettes qu'il avait contractées durant sa minorité, à l'instigation d'un homme du monde

Source : BIU Cujas

qui avait pris sur lui une influence déplorable. Quoique l'influence de cette sorte, disent les arrêts, n'ait été ni parentale, ni spirituelle, ni "fiduciary", la Chambre des Lords considéra qu'il y avait abus d'influence.

Une seconde catégorie très importante de cases se réfère à des hypothèses où l'influence morale ou religieuse a été relevée par les juges comme s'étant exercée à l'excès.

La base de cette jurisprudence, c'est une affaire de 1807, Huguenin contre Baseley. Il s'agissait d'une personne veuve, qui était venue se fixer en angleterre sur la fin de sa vie en venant de la Jamaïque. Elle possédait une grande fortune et un clergyman prit sur elle une influence excessive, se fit confier la gestion de ses biens et se fit consentir ainsi qu'à sa femme une donation importante in trust.

Une affaire du même genre, et infiniment plus curieuse est l'affaire Morley contre Loughman. Chancellerie, 1893. Ici il s'agissait d'un riche malade, sujet à des crises d'épilepsie. Un homme, sans moyen et sans aveu, se présenta chez lui, se disant au nom d'une secte morale qu'il appelait la secte des "Frères exclusifs". Cette exclusivité se traduisit de la façon suivante: il se fit loger et héberger pendant sept années par son frère exclusif, régla sa religion, sa médication, son régime de nourriture et la disposition de sa fortune. Bien entendu il lui en resta quelque chose dans les mains, puisqu'il soutira ainsi 3 500.000 frs or à son "frère exclusif". Il fut condamné à les restituer pour abus d'influence, et jamais peut être l'abus d'influence n'était plus clair que dans l'affaire en question.

Citons enfin, une dernière espèce, qui mélange à la fois l'influence médicale et l'influence parentale: Liles contre Terry, 1895, Cour du Banc de la Reine. (Ici il s'agit d'un arrêt d'une cour de droit commun, mais postérieur à l'époque où, en 1873, les principes de l'équité ont été étendus à toutes les cours d'Angleterre). Dans cette affaire, il s'agissait d'une femme qui s'est trouvée sous l'influence à la fois professionnelle et de relations de famille d'un sollicitor qui était son neveu par alliance. Le sollicitor avait épousé la nièce de la veuve en question, et se fit, comme conseil juridique, octroyer

Source : BIU Cujas

une donation avec réserve in trust au profit de la cliente pendant sa vie, et après la mort à la nièce, femme du solicitor. Il fut jugé par la Cour du Banc de la Reine, "sur une règle bien établie en équité", qu'une donation de ce genre devait être annulée à raison de l'abus d'influence qui s'était exercée.

On arrête là les exemples de cette institution, car elle est d'une pratique courante et c'est une institution qui ne fait que se développer au-delà de la Manche.

Reconnaissance du principe de l'undue influence par certains textes législatifs

Il faut indiquer pour finir que l'undue influence n'est pas seulement établie par la jurisprudence des cours, et que le droit écrit, le droit émanant du Parlement a, dans certains cas, sanctionné la jurisprudence et l'a établie d'une façon plus étendue encore. On cite les trois principaux textes : une loi de 1867 portant sur certaines ventes d'héritages (spécialement les ventes portant sur les droits de retour éventuels : cela vise les innombrables substitutions et droits de retour dont, comme tout droit féodal, le droit anglais se trouve très riche ; dans la plupart des cas les fils de famille attendent un héritage de ces clauses fidéicommissaires et c'est pour accentuer la jurisprudence ancienne qu'est intervenue la loi de 1867).

Une deuxième loi du même genre nous rapproche beaucoup du droit continental : c'est la loi sur la marine marchande de 1874, véritable code de la marine marchande, dont l'art. 547 donne compétence aux cours pour annuler ou réduire les conventions passées lors du sauvetage d'un navire en détresse. Nous connaissons l'hypothèse, c'est celle de notre loi du 29 avril de 1916, art. 7, et il est juste de dire d'ailleurs que la loi de 1916 n'a fait que reprendre, du chef de conventions internationales, le principe posé dans la loi anglaise de 1874.

Enfin la plus importante de toutes ces lois, c'est la loi sur les prêteurs d'argent, le Moneylenders act de 1900, qui fut, dans une certaine mesure, étendu par une loi de 1911 (annuaire de législation étrangère, année 1901, p. 59, et année 1912 p. 29. Cf. notice et traduction de M. Decugis. On y verra l'histoire de l'usure en angleterre, comment

Source : BIU Cujas

l'usure fut réprimée très sévèrement jusqu'en 1854, époque où fut établie la liberté du taux de l'intérêt et comment cette liberté engendra de tels abus que la jurisprudence de l'équité intervint et étendit, dans cette matière, le moyen d'influence indue. La loi a pour but de fonder justement sur le droit écrit le pouvoir et le devoir du juge de réduire convenablement, ou même d'annuler tout prêt onéreux et exorbitant.

On borne là l'étude de la jurisprudence anglaise, en faisant bien observer que les deux cas de la misreprésentation et de l'undue influence ne sont pas les seuls cas où la jurisprudence d'Equité a étendu le champ des vices du contrat tel que l'avait réglementé celle des cours de droit commun.

Les vices du contrat dans le droit allemand et dans le droit suisse.

Il faut citer maintenant les quelques textes qui se réfèrent aux vices du contrat dans le droit allemand et dans le droit suisse.

Ces législations sont des législations qui vont de pair avec le droit anglais pour la conception objective et même, dans une mesure que nous avons vue, formaliste du contrat. On pourrait s'attendre par conséquent, dans des législations dont les travaux préparatoires et les textes ont donné lieu à de si nombreuses discussions et à de si savantes observations, à trouver dans le C.C. allemand et dans le code des obligations suisse des dispositions perfectionnées, partant d'une technique très étudiée et très consciente.

Il n'en est rien ; non seulement parce que, comme nous l'avons dit, le problème est de ceux où la technique du droit sera toujours mal à l'aise, mais aussi parce que les allemands et les suisses n'ont pas, en cette matière, aperçu les conséquences directes auxquelles conduisait la technique de leur droit. Ils n'ont pas pris conscience que la doctrine objective édictée par la théorie de la déclaration de volonté devait aboutir logiquement à certaines conséquences déterminées.

Si le droit anglais a pu corriger le formalisme par les principes même du formalisme, ou par une intervention systématique de l'équité, c'est que sa technique s'y prêtait. Ce qui a engendré la confusion dans le droit allemand, c'est que le premier projet reposait sur la théorie de la volonté, la théorie de Savigny, et que ce projet avait

Source : BIU Cujas

admis avec beaucoup de logique les conséquences d'une pareille conception, notamment en faisant de l'erreur une cause de nullité absolue. Cf. Soleilles, Déclaration de volonté p. 12 sur l'art. 98 du premier projet.

Comment pour des motifs sociaux d'ordre public, le Droit allemand a introduit dans sa théorie objective du contrat et de la déclaration de volonté, la notion de vices du contrat.

En admettant la théorie de la déclaration de la volonté, les allemands se sont trouvés embarrassés. On a indiqué quelles devaient être logiquement les conséquences de l'admission de cette nouvelle théorie, en citant l'opinion de M. Demogue (tome I, p. 91 de son Traité des obligations), disant que dans une pareille législation et partant d'une pareille conception la théorie de l'erreur devrait entièrement disparaître, et même, dans une certaine mesure, celle des autres vices du contrat, puisque l'on se trouve en présence d'une déclaration, et que foi doit être attachée aux déclarations faites.

C'est pour des motifs de politique juridique, pour des motifs sociaux d'ordre public que le droit allemand s'est laissé aller à condamner les conventions entachées de tromperie dolosive, de menace et de lésion. Et ce qui le prouve, c'est notamment en ce qui concerne la lésion, la place qui lui est faite dans le C.C. allemand, à l'art. 138, al. 2. L'alinéa 1er du même article est ainsi conçu: "Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul." Et l'art. 2 ajoute: "Est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté, ou l'inexpérience d'autrui obtient .... etc. des avantages patrimoniaux...."

On voit que dans la conception du code allemand, ce qui est visé, et ce que l'on veut annuler, c'est une convention qui porte atteinte aux bonnes mœurs. C'est donc le point de vue répressif, c'est donc le point de vue social, c'est donc, on peut le dire, le point de vue objectif et non pas le point de vue subjectif qui l'a imposé dans le code allemand. C'est sous cette forme que l'on a pu, sans trop violer la technique, admettre l'introduction des vices du contrat dans le code allemand.

Contradiction du C.C. suisse dans le fait d'admettre la lésion dans sa théorie du contrat.

Le code suisse est plus critiquable encore, car il avait admis, dans sa première édition, en 1883, l'erreur essentielle, le dol de l'autre partie, la crainte fondée, sur des données subjectives très différentes des principes du droit suisse. Ce qui le montre bien, c'est la critique qu'en a faite no-

Source : BIU Cujas

taamment l'un des auteurs le plus qualifiés qui ont commenté le droit des obligations, le professeur Virgile Rossel, dans sa première notion des obligations dans le droit suisse, n° 42, où il montre que le droit suisse n'a pas du tout compris les conséquences de l'erreur causant l'inexistence du contrat.

La faute a été encore accentuée dans les art. 24 à 27 du Code des obligations suisses de 1912 sur l'erreur art. 28 sur le dol, art. 29 et 30 sur la crainte fondée.

Ce que l'on peut dire, c'est que le code suisse a été comme le code allemand, emporté par les traditions de la matière, et aussi par les besoins sociaux et la notion de l'équité. La preuve s'en trouve dans l'admission de la lésion alors que le code de 1883 avait repoussé l'idée et l'institution de la lésion. A l'inverse, et d'une manière extrêmement large, sous l'influence des jurisconsultes dont le nom vient d'être cité, le professeur Rossel, la nouvelle édition du code des obligations de 1912 comporte un art. 21 nouveau qui admet la lésion sous une forme extrêmement générale, à peu près aussi générale que celle de la formule que l'on rencontre dans le projet franco-italien.

L'art. 21 du Code suisse est ainsi conçu: En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut... déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

Tout ce que l'on peut dire ici encore en faveur de la solution suisse, c'est qu'elle s'inspire de théories objectives, sociales et morales, et qu'elle ne fait pas intervenir ici l'idée de vice du consentement, mais de vice du contrat.

Quoiqu'il en soit, la matière n'a pas été suffisamment étudiée, et il est évident que dans le droit anglais elle se présente à nous avec beaucoup plus de clarté et de logique.

Chapitre IV

Les tiers dans le contrat.

Ce chapitre ne pouvant être développé, se

Source : BIU Cujas

reporter à deux thèses de Doctorat (Faculté de Paris) récentes, inspirées par les leçons professées par MM. Lévy-Ullmann au cours des années antérieures, qui se réfèrent, l'une à la matière de la représentation, et l'autre à la matière de la stipulation pour autrui. L'une est la thèse de M. Popesco Ramniceano, novembre 1924, et l'autre une thèse de 1925 de M. El Haïtami, sur la stipulation pour autrui en droit anglais et en droit américain et qui contient des vues comparatives. C'est avec ces deux ouvrages et les quelques références qui vont être données qu'on pourra faire le travail dont on va simplement dessiner l'esquisse et le plan général.

Position de la question: comment un contrat peut-il faire naître activement ou passivement un droit pour ou contre quelqu'un qui n'y est pas partie?

La question est la suivante: comment peut-on admettre, soit dans les législations qui s'inspirent de la conception subjective, comme la législation française, le droit italien, ou le projet franco-italien, soit dans les législations qui s'inspirent de la conception formaliste et objective du contrat, comme le droit anglais, le droit allemand, le droit suisse, qu'une personne, qui n'a pas été partie au contrat puisse en tirer un bénéfice ou, quelquefois même, puisse se voir rendue débiteur par un contrat où elle n'a pas été partie?

Nous prenons ici le mot parties et le mot tiers dans un sens extrêmement strict: les parties, ce sont exclusivement les personnes qui sont présentes au contrat, le stipulant qui aspire à devenir créancier, le promettant qui accepte de devenir débiteur. Voilà ce que l'on appelle stricto sensu: les parties. Les tiers, dans le sens qu'on adoptera ici, ce sont a contrario tous ceux qui ne sont pas les parties ci-dessus définies.

La question est donc la suivante: comment peut-on admettre que naisse, passivement ou activement, un droit contre ou en faveur de quelqu'un qui n'est pas partie? Ceci se présente cependant dans deux grandes hypothèses qui viennent d'être mentionnées en indiquant les deux plus importants ouvrages de la matière: l'hypothèse de la représentation, l'hypothèse de la stipulation et de la promesse pour autrui.

Le problème de la représentation et celui de la stipulation pour autrui.

Le C.C. français, art. 1165, formule une règle traditionnelle, qui paraît être une règle de raison et qui paraît s'imposer d'une manière absolument

Source : BIU Cujas

impérative et sans souffrir d'exception, lorsqu'il dit, ab initio, que les contrats n'engagent que les parties, que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'ils ne nuisent aux tiers ni ne leur profitent.

C'est la transcription, dans le langage français du XVIIIe siècle, du vieux brocard fondamental qui exprime une règle de sagesse juridique: Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest.

Solution négative à laquelle devraient logiquement conduire la théorie objective comme la théorie subjective.

Théoriquement, logiquement, les deux techniques, subjective et objective, devraient conduire, l'une et l'autre, à une interdiction complète de la représentation, des promesses et des stipulations pour autrui. Il est aisé de le voir en raisonnant in abstracto.

Pour la conception subjective, dans la rigueur de la logique, il est impossible de concevoir que, d'un rapport contractuel entre Primus et Secundus, puisse, activement ou passivement, sortir un droit en faveur ou contre Tertius. On a, en pareille matière, usé d'une comparaison frappante. On a dit qu'il n'est possible de dessiner un triangle qu'avec trois lignes droites. Dès l'instant où, sur la base contractuelle, on veut qu'il naisse des rapports entre Primus et Secundus, entre Secundus et Tertius, et entre Primus et Tertius, il est impossible de dessiner juridiquement cette figure autrement qu'en la faisant reposer sur trois contrats: un contrat entre Primus et Secundus, un contrat entre Primus et Tertius, un contrat entre Secundus et Tertius. Il faut qu'il y ait des consentements qui se correspondent, dès l'instant où l'on fonde le contrat non pas seulement sur la coexistence des consentements, mais sur leur compénétration. On ne peut pas faire un triangle avec deux droites: il en faut trois, inexorablement.

En ce qui concerne la conception objective et formaliste, le raisonnement est tout aussi rigoureux. Le contrat formaliste a toujours été, dans l'histoire, un contrat entre personnes présentes, et quelle que soit la controverse qui existe sur ce point en face du droit romain, il est manifeste en théorie pure que ce sont les paroles solennelles échangées entre stipulant et promettant qui s'opposent à la possibilité d'un engagement,

Source : BIU Cujas

pour ou contre un tiers.

Solution absolument opposée imposée dans ces 2 groupes de législations par les nécessités pratiques.

Voilà la rigueur de la lettre, suivant les deux systèmes. Ce qui fait l'intérêt de la matière, c'est que les institutions dont on vient de parler : représentation, promesse et stipulation pour autrui, aujourd'hui sont accueillies de la manière la plus large, aussi bien dans les législations où domine la conception subjective que dans celle où domine la conception objective, ceci incontestablement sous l'empire de considérations d'utilité pratique et d'équité.

Efforts de la technique juridique pour trouver dans l'une et l'autre conception une explication suffisante de la représentation et de la stipulation pour autrui.

Mais ce qu'il y a d'intéressant, c'est que, de part et d'autre, la technique n'a pas voulu s'avouer vaincue ; elle n'a pas voulu désarmer, et que, placée en face de points de départ aussi décourageants que la nécessité théorique des trois consentements dans la conception subjective, que les principes rigides du formalisme dans la conception objective, par une évolution curieuse, qui fait honneur à l'esprit juridique, la technique s'est, de tous côtés, ingéniée à dégager, soit sur la base subjective, soit sur la base objective, une construction satisfaisante pour l'esprit logique du juriste. Et c'est là qu'est l'intérêt de la matière ; c'est dans les efforts très différents tentés, dans les divers pays, et dans la littérature juridique internationale, pour donner l'explication satisfaisante de l'institution de la représentation et des promesses et de la stipulation pour autrui que l'on peut admirer le spectacle de l'ingéniosité de l'esprit juridique.

M. Lévy-Ullmann va, très rapidement, d'abord pour la conception subjective, puis pour la conception objective, rappeler les règles du droit positif et essayer de résumer quelles sont les explications que la technique a tentées dans les deux systèmes.

I). La conception subjective.

On prend d'abord la conception subjective qui est celle du C.C. français et du projet franco-italien, et en passant en revue, d'abord le texte, puis quelques doctrines.

Pas de théorie générale de la représentation dans le C.C. Les

Les textes, en ce qui concerne le C.C. français, sont en nombre assez restreint. D'abord le C.C. français, en principe, ne connaît pas la représentation, ou tout au moins n'a pas aperçu la

Source : BIU Cujas

représentation en tant que telle, il ne lui a pas fait de place à part, bien que par ailleurs il en ait recueilli les deux aspects principaux, ce que l'on appelle la représentation de protection et la représentation de procuration.

La représentation de protection, nous la voyons sous sa forme la plus nette dans l'art. 450 al. 1er du Code, qui fixe le principe de la représentation du pupille par le tuteur. C'est la théorie classique de la représentation dite de protection, qui se trouve étendue dans certains autres cas d'incapacité, dans le détail desquels on ne peut entrer.

Dans l'ordre de la représentation dite de procuration, le code admet dans le mandat, art. 1998, que le mandataire, dans certains cas, représente le mandant, et dans la gestion d'affaires, art. 1375, que le maître est valablement représenté par le gérant. On pourrait ajouter encore un cas mais il y a une grave controverse sur ce point : c'est l'hypothèse de la société, art. 1854. On se demande si une société peut être valablement représentée par un de ses membres. Il y a une controverse sur ce point qui n'est en jeu la personnalité juridique, on n'y entre pas.

Définition de la représentation.

Telle est la place faite par le C.C. à la représentation. C'est une institution dont les commentateurs n'ont jamais complètement perçu la notion, et dont il n'existe aucune définition dans nos livres classiques. On décrit la représentation : il y a représentation lorsque... C'est le procédé anglais. Lorsque, quoi ? Tout ce que les auteurs français ont trouvé à dire, ils l'ont tiré de l'art. 1119 à contrario. C'est l'article où il est dit que l'on ne peut en son propre nom promettre ou stipuler pour autrui. "En son propre nom," cela veut dire que, a contrario, l'on peut, au nom d'un tiers, et pour un tiers, stipuler ou promettre. Et alors la représentation nous apparaît comme la notion qui correspond à la situation juridique, des parties dont l'une contracte, ou plus généralement accomplit un acte, au nom et pour le compte d'un tiers, de telle sorte que les effets du contrat, ou de l'acte en général, se produise directement et immédiatement

Source : BIU Cujas

sur la tête de ce tiers. On donne le nom de représentant à celui qui passe le contrat; on donne le nom de représenté à celui au nom et pour le compte de qui le contrat est passé. Voilà tout ce que l'on peut apercevoir concernant la représentation dans le C.C. et, à peu de chose près, dans toute la doctrine du XIXe siècle.

L'interdiction de la promesse et de la stipulation pour autrui dans le C.C. Renversement de ce principe par la doctrine et la jurisprudence.

Quant aux promesses et stipulations pour autrui, les célèbres art. 1119 à 1121 du Code nous offrent un spectacle classique: l'art. 1119 prohibe, les art. 1120 et 1121 apportent des atténuations à la prohibition. On sait comment les exceptions ont mangé la règle. La jurisprudence et la doctrine classique l'ont permis sur la base de l'art. 1120, de la clause de porte fort, clause interprétée, tantôt comme un simple engagement de "rapporter la signature", tantôt comme un véritable "cautionnement avant la lettre," garantissant non seulement la promesse, mais l'exécution de la promesse. Par le moyen de cette extension, on a partiellement validé presques toutes les promesses pour autrui, en déclarant que lorsqu'on promettait le fait d'autrui, on pouvait sous-entendre la clause de porte fort.

Quant aux stipulations pour autrui, on n'a pas à retracer les extensions doctrinales et jurisprudentielles données, par un effort d'interprétation, à l'art. 1121. C'est la nécessité, au XIXe siècle, de trouver à l'assurance sur la vie une base juridique acceptable qui a amené à ranger ce contrat dans le cadre des exceptions prévues par l'art. 1121. Comme les termes ne s'y prêtaient pas, on a fait intervenir l'esprit de la loi. On a dit que ce qui légitimait la stipulation pour autrui, c'était l'intérêt, au moins moral, qu'avait le stipulant dans l'affaire et que cet intérêt moral était celui sur lequel repose, justement, l'assurance sur la vie au profit de la femme, au profit des enfants.

Grâce à cette interprétation très large, et en envisageant toujours, comme dans l'art. 1120, que l'on pouvait sous-entendre cet intérêt moral qui se rencontre partout, sauf dans l'acte d'un insensé, on a retourné également la règle de l'art. 1119. La conclusion est

Source : BIU Cujas

qu'aujourd'hui, en droit français, on peut stipuler pour autrui. C'est l'aboutissement d'une jurisprudence et d'une doctrine aujourd'hui Constantes, un siècle après le C.C.

Si bien que si on se reporte, comme point d'aboutissement au projet franco-italien, on y rencontre, dans deux séries d'articles consacrés, les uns à la représentation, et les autres à la stipulation et aux promesses pour autrui, les idées fondamentales qui viennent d'être exprimées et qui sont la substance de la doctrine française et de la doctrine italienne, au premier quart du XXe siècle.

La représentation dans le projet franco italien.

Représentation, art. 30 et suivants du projet franco-italien : les actes accomplis dans les limites de ses pouvoirs par le représentant, au nom du représenté, produisent directement leurs effets au profit du représenté et contre lui. C'est le principe fondamental de la représentation et les motifs du projet indiquent les raisons théoriques et pratiques pour lesquelles la représentation trouve ainsi place dans le nouveau code continental inspiré par la conception subjective.

La stipulation et la promesse pour autrui reconnues valables dans le même projet.

Quant à la stipulation pour autrui et aux promesses pour autrui, art. 45 et 46, on a inversé : l'art. 45 est relatif à la stipulation, l'art. 46 est relatif à la promesse. Dans l'art. 45 on lit le principe : "on peut stipuler en son propre nom au profit d'un tiers" (c'est donc la formule retournée de l'art. 1119 français) "lorsque l'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation, et sauf convention contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant..." etc.

C'est indiscutablement le dernier terme de l'aboutissement de la doctrine italienne et de la doctrine française.

L'art. 46 est relatif à la promesse et sanctionne la clause de porte fort, avec son extension la plus extrême puisqu'elle la considère comme le contrat où l'on promet non seulement l'engagement du tiers, mais aussi son effet, et où l'on s'engage à indemniser le cocontractant si le tiers refuse de s'engager ou n'accomplit pas le fait promis. C'est un véritable

Source : BIU Cujas

cautionnement anticipé et qui peut être sous-entendu.

Voilà le dernier mot du droit positif dans les législations inspirées par la conception subjective.

Justifications au point de vue technique.

Quelles sont les explications que la technique peut fournir à l'appui de ces solutions? Ici il faudrait, tant pour la représentation que pour la stipulation pour autrui, faire passer sous les yeux les principaux systèmes qui ont été imaginés en doctrine, d'une part, pour expliquer l'institution de la représentation, tout au moins du rapport de représentation tel qu'on le trouve dans les textes positifs, ou encore en laissant de côté la promesse pour autrui, les systèmes principaux concernant la stipulation pour autrui.

Ces deux systèmes portent tous pratiquement sur deux questions: dans la représentation comment expliquer le rôle du représentant? Dans la stipulation pour autrui, comment expliquer la nature du droit du tiers bénéficiaire? Sur ces deux questions, on trouve deux séries de systèmes.

Prenons d'abord la question du rôle du représentant dans la représentation. La doctrine française et la doctrine italienne ont été pendant très longtemps sans apercevoir la difficulté où l'on se trouve théoriquement d'expliquer d'une manière satisfaisante pour l'esprit logique du juriste, comment les effets d'un acte passé par le représentant pour le compte du représenté se produisent directement et immédiatement sur la tête du représenté, alors que ce dernier a été étranger à l'acte, que peut-être il l'a ignoré, et que peut-être même il l'eût désapprouvé s'il l'avait connu au moment où l'acte était passé.

Les explications théoriques de la représentation.

A cet égard, cinq systèmes ont été présentés. On en trouvera l'énumération et la discussion, non seulement dans la thèse de M. Popesco, précitée, mais aussi dans une thèse de 1912, de M. Corbesco sur la représentation.

1°) Le système de la fiction.

Le premier système, c'est le système de la fiction. Si le résultat que je viens de décrire il y a un instant est obtenu, c'est que le représenté est censé avoir agi par lui-même. C'est-

Source : BIU Cujas

le système adopté par Labbé et par la plupart des commentateurs du C.C. C'est une explication insuffisante et "boiteuse", comme toutes celles qui se basent sur une fiction.

2°) Le représentant ne serait qu'un porte-parole.

Un second système est celui de Savigny, adopté également par certains auteurs en France : le représentant ne serait autre qu'un porte-parole, un instrument de communication, doué sans doute d'une certaine initiative, mais en réalité dont la personnalité importerait peu, toute la force de l'acte reposant sur le représenté.

3°) Système de la coopération.

Un troisième système a été présenté par Mitteis, en 1885, dans sa "théorie de la représentation", système qu'on a appelé le système du partage des volontés, et aussi système de la coopération, système qui fait reposer la représentation sur le concours de toutes les volontés : volonté du représentant, volonté du représenté, volonté des tiers, avec lesquels ils ont contracté, système qui est sans doute le plus satisfaisant en ce qui concerne la conception subjective, mais qui se heurte à des difficultés théoriques et pratiques insurmontables.

4e système : mise en contact de 2 patrimoines par le représentant.

Un quatrième système a été soutenu par M. Pilon (thèse, Caen, 1898), mais c'est un système qui n'avait pas sa place dans la législation française, car c'est un système purement objectif, système en vertu duquel le représentant - qui est la personne la plus importante, et non pas le représenté, - le représentant met en contact, non pas deux personnes, mais deux patrimoines. Cette théorie n'a pas été comprise à l'époque où elle fut présentée ; elle s'inspirait de la conception objective de l'obligation, notamment des idées de Saleilles. aussi n'avait-elle pas été admise en France.

5°) L'autonomie de la volonté.

Et, au début du XXe siècle, grâce à l'effort de M. Capitant, on s'est rallié, pour la représentation à une formule qui a mis tout le monde d'accord, la formule de l'autonomie de la volonté. On a dit que si, dans la représentation, tout se passait comme si c'était le représenté qui était directement et immédiatement dans le contrat, c'est que les parties l'avaient voulu ainsi. C'est donner à la volonté,

Source : BIU Cujas

dans le contrat, un effet extraordinaire, un pouvoir exorbitant ; c'était dire que, parce que deux personnes le voulaient, on pouvait faire naître un droit au nom et au profit d'un tiers. C'était adopter la même base d'explication que celle sur laquelle on a construit le Droit du tiers bénéficiaire dans la stipulation pour autrui. Ce sont des constructions parallèles ; mais il faut bien voir que, en ce qui concerne la représentation il y avait encore quelque chose qui manquait.

La représentation modalité des actes juridiques.

M. Lévy-Ulmann a essayé de fournir ce complément, en définissant la représentation comme une modalité de l'acte juridique, une modalité au même titre que le terme, que la condition, que l'abstraction et que la simulation. Une modalité, c'est un élément accidentel, dont le negotium juris peut se trouver affecté par la loi positive ou par la volonté des parties. Cette théorie est développée dans la thèse de M. Papesco, p. 216 et 217.

Les différents systèmes pour expliquer la stipulation pour autrui.

Voilà ce qui en est de la représentation. Pour ce qui est de la stipulation pour autrui, M. Lévy-Ulmann ne fait que renvoyer aux trois systèmes principaux (car il y a des sous-systèmes) que l'on a présentés pour donner l'explication du droit du tiers bénéficiaire dans la stipulation pour autrui : ce sont : le système de l'offre, le système de la gestion d'affaires qui introduit la représentation ; c'est enfin le système du droit direct, fondé sur l'autonomie de la volonté. Ce dernier ne fait que reproduire pour la stipulation pour autrui ce qui a été déjà dit pour la représentation. Mais il faut noter que les partisans du système du droit direct se sont aperçus de la difficulté de soutenir ce système dans la conception subjective, et MM. Colin et Capitant, tome II de leur Cours de Droit civil français, p. 327 et 328, ont, contrairement aux vues de Saleilles, fait appel dans cette affaire à la théorie de l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté. Ainsi fait-on appel ici à la conception objective, à titre de soutien des conclusions, pour soutenir la conception subjective. Ainsi que nous l'avons vu, M. Capitant a dû le faire pour sauver la théorie causaliste

Source : BIU Cujas

dans la controverse sur la cause dans le contrat.

II) La conception objective.

Il faut maintenant donner quelques idées générales concernant les législations à conception objective. Ici encore, spectacle identique: représentation et stipulation pour autrui en laissant de côté la promesse, pour laquelle les conclusions sont plus compliquées - sont admises de la façon la plus large en droit anglais, en droit allemand et en droit suisse.

Conception très large de la représentation en Droit anglais.

Le droit anglais, tout d'abord, est celui de toutes les législations qui admet la conception de la représentation sous sa forme la plus étendue. Il n'y a pas de législation qui connaisse l'institution de la représentation sous une forme aussi acceptée, aussi générale et s'étendant à un plus grand nombre d'actes, car les anglais en ont fait une institution spéciale, qui porte un nom spécial, et qui s'appelle l'agency. C'est la représentation par excellence, art. 121 et suivants du Digeste de Jenks. L'agent, c'est le représentant; le représenté, on l'appelle le "principal", c'est-à-dire le principal intéressé, et entre les deux, il existe un rapport de subordination: c'est le maître et le préposé, c'est le patron et son représentant; c'est une notion à la fois commerciale et civile, puisque le représentant est non seulement _____ le représentant de commerce, le courtier, le commissionnaire, etc. mais c'est aussi la femme, l'intendant, le mineur, etc. C'est une notion à la fois familiale et commerciale.

L'agency. Rapport de subordination qu'elle implique.

Le principe jurisprudentiel de la nullité de la stipulation pour autrui en Droit anglais.

En dehors de la représentation, la stipulation pour autrui offre un spectacle curieux: en angleterre aussi on rencontre le principe de la nullité de la stipulation pour autrui; il est établi non pas par des textes, mais par la jurisprudence. Des arrêts célèbres ont proclamé la doctrine que d'un contrat entre Primus et Secundus ne peut pas sortir un avantage en faveur de Tertius, et c'est pour une raison formaliste qui a déjà été indiquée: le principe de la relativité de la considération. La considération doit venir du bénéficiaire de la promesse, et comme le tiers bénéficiaire ne fournit aucune considération, il est en dehors du cadre du contrat, il ne peut revendiquer le bénéfice du contrat (art. 229 du Dig. de Jenks et décisions citées: adde l'affaire Dunlop

Source : BIU Cujas

contre Selfridge, Chambre des Lords, 1915, Law Times tome 113, p. 386 et s.).

Renversement de ce principe par la jurisprudence d'équité par extension de la notion de trust.

Formule toute théorique, car les exceptions ont mangé la règle. On trouve dans l'art. 229 du Rég. de Jenks une indication sommaire des exceptions ; mais l'exception la plus importante, celle qui a complètement mis de côté la vieille règle coutumière, c'est celle qui figure en tête de l'art. 229 et qui est ainsi conçue : « sauf les droits qui concernent la création de trusts ». Ce qui veut dire que la jurisprudence d'équité, de très bonne heure, désireuse, au nom de l'équité, de donner satisfaction à cette règle qui veut que les parties donnent effet au contrat qu'elles ont passé, l'équité est intervenue pour empêcher quelqu'un qui avait accepté d'être le débiteur d'un tiers, de s'abriter derrière la rigueur du droit strict. L'équité a appliqué là, une fois de plus, sa grande institution des trusts et trustees, et elle a dit : celui qui a stipulé en faveur d'un tiers s'est par avance constitué trustee pour ce tiers, et par conséquent par avance il s'est placé dans la situation qui a été décrite précédemment, dans le status du trustee, par un agreement ; par une convention d'où découle la création d'un trust. S'il y a des termes et des mots suffisants, on sous-entendra la création d'un trust, partout où une personne aura stipulé en faveur d'un tiers.

Cette jurisprudence, qui date de la moitié du XIXe siècle, s'est trouvée, de nos jours absolument confirmée, notamment en 1919, par un arrêt des plus importants, l'affaire des affréteurs réunis contre Shalford, Chambre des Lords, 1919, dans les Law Times, tome 121, p. 393, dans les Law reports, 1919, p. 801.

Ainsi se trouve renversée la règle coutumière : en principe on ne peut pas stipuler pour autrui, mais dès l'instant où l'équité permet de considérer une convention de ce genre comme contenant un trust sous entendu, c'est admettre que, dans tous les cas, on peut stipuler pour autrui.

Les lois anglaises sur l'assurance sur la vie.

D'ailleurs le législateur avait secondé l'équité dans cette voie, et chose curieuse, alors que la France est un pays de droit écrit, et que l'Angleterre est un pays de droit coutumier, c'est

Source : BIU Cujas

en angleterre que la loi a justifié, dans l'assurance sur la vie le droit du tiers bénéficiaire, alors que chez nous ce droit ne s'appuie que sur des arrêts.

En angleterre, deux lois, la loi de 1870, art. 10, et la loi de 1882, art. 75, ont déclaré légal le droit du tiers bénéficiaire dans l'assurance sur la vie au profit de la femme, du mari ou ses enfants. Ces deux lois sont les deux lois sur le patrimoine séparé de la femme mariée (sont-ce M. Lévy-Ullmann parlera l'an prochain) Cf. Dig. Jenks, art. 693. La loi emploie précisément le même procédé que la jurisprudence d'équité; elle estime que le droit du bénéficiaire de l'assurance est fondé sur un trust sous-entendu. Voilà le droit positif anglais.

Reconnaissance de la représentation, des promesses et stipulations pour autrui en droit allemand et suisse.

Quant au droit positif allemand et suisse, il est à peu près pareil. Voir les célèbres art. 164 à 181 du C.C. allemand pour la représentation, art. 328 et suiv. pour la stipulation pour autrui. Les deux sont admises de la façon la plus large. De même pour le code des obligations suisse, art. 32 et suiv. pour la représentation, art. 112 pour la stipulation pour autrui, art. 111 pour la promesse pour autrui.

Mais si le droit anglais et le droit allemand ont ainsi admis de la manière la plus large, les deux institutions, il s'en faut de beaucoup que la doctrine ait été, dans ces deux pays, à la hauteur de la législation. En ce qui concerne le droit allemand et le droit suisse, se reporter aux travaux de Saleilles, où on verra les controverses et les difficultés auxquelles a donné lieu l'interprétation des articles qu'on vient de citer.

On n'entre pas dans le détail de ces controverses; on indique simplement que si le droit allemand et que si le droit suisse avaient clairement aperçu le caractère objectif et formaliste de la conception du contrat dans leur droit positif, l'explication était très simple. Et on la dégagera soi-même.

En ce qui concerne le droit anglais, la chose était plus difficile. Si, pour la stipulation pour autrui l'intervention de l'équité a

Source : BIU Cujas

permis de donner à la stipulation pour autrui une base théorique très claire, la représentation, par contre, a laissé les juristes anglais dans une incertitude plus que mélancolique. C'est une curiosité que de lire à cet égard, soit pour la définition, soit pour la classification, soit pour la base théorique, les ouvrages anglais.

Les théories anglaises sont impuissantes à justifier les règles positives, et ce n'est que par cette idée fondamentale de la conception objective du contrat et de la conception objective de l'obligation que l'on peut, avec un absolu bon sens, y donner l'explication du droit positif anglais. (1) Toutes ces controverses doctrinales s'éclairent, lorsque l'on garde pour principe général de solution les données fondamentales sur lesquelles reposent les législations qui s'inspirent des principes formalistes et objectifs qui ont été dégagés au cours de cet enseignement.

Lectures complémentaires à faire.

En ce qui concerne les contrats m. Lévy-Ullmann signale un ouvrage paru dans la collection de m. Lambert, et intitulé : Le droit corporatif international de la vente des soies, 3 volumes de m. Ishizaki, Lyon. On signale cet ouvrage parce qu'il est à mettre dans la même catégorie que la thèse précitée de m. Schwob sur le contrat international des ventes de céréales. On verra par l'introduction et la conclusion qui ont été rédigées par m. Lambert aux trois volumes de m. Ishizaki, que se trouve corroborée d'une manière de plus en plus grandissante cette affirmation que dans les grandes affaires on contracte, de plus en plus, par le moyen de contrats-types, sur formules rédigées en anglais. On a ici deux exemples de ces contrats-types, un pour le commerce des céréales, l'autre pour le commerce de la soie. On verra l'opposition qu'établit m. Lambert entre le droit corporatif et le droit des juristes. M. Lévy-Ullmann ne souscrit pas d'ailleurs à toutes les conclusions de m. Lambert sur ce point.

---

(1) Voir les travaux de m. Lévy-Ullmann analysés dans la thèse de m. Popesco, p. 502 et suiv.

Source : BIU Cujas

Puis, dès l'instant où on a ainsi aperçu l'importance et l'utilité pour le juriste qui veut entrer dans le domaine des affaires, de compléter ses connaissances concernant le droit anglais on comprend l'utilité des livres généraux qui se réfèrent à ce droit. Fort heureusement paraissent cette année deux ouvrages permettant de s'initier au droit anglais, et notamment au droit anglais qui régit les rapports d'affaires. C'est d'abord le Code du droit anglais (the Book of English Law) de Jenks, en un seul volume, synthèse très sommaire, mais magistrale de tout le droit anglais, où l'on retrouve les principes généraux et les sources du droit anglais.

Une seconde publication, c'est une publication en allemand, dont la traduction en français est presque terminée, le livre de M. Curti, juriste suisse, livre paru à Zurich et intitulé: Droit privé et droit commercial de l'angleterre, 2 volumes.

En y joignant le Tome 1er sur "Le système juridique de l'Angleterre" de M. Lévy-Ullmann, on a tous les éléments utiles pour acquérir la connaissance du droit anglais et résoudre notamment par la suite les questions qui pourraient se poser relativement à la matière de l'obligation et des contrats, qui a fait l'objet de ce cours. (1)

Fin.

(1) Faute de temps, la seconde Partie, relative aux effets du contrat, n'a pu être abordée.

BIBLIOTHEQUE CUJAS INTERUNIVERSITAIRE

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

GRANDE

Source : BIU Cujas

LÉVY
ULLMANN
1927-1928

L'OBLIGATION
ET
LE CONTRAT
AU
PREMIER QUART
DU XX. SIÈCLE

GRANDE
RÉSERVE

45.859 / 18

Source : BIU Cujas