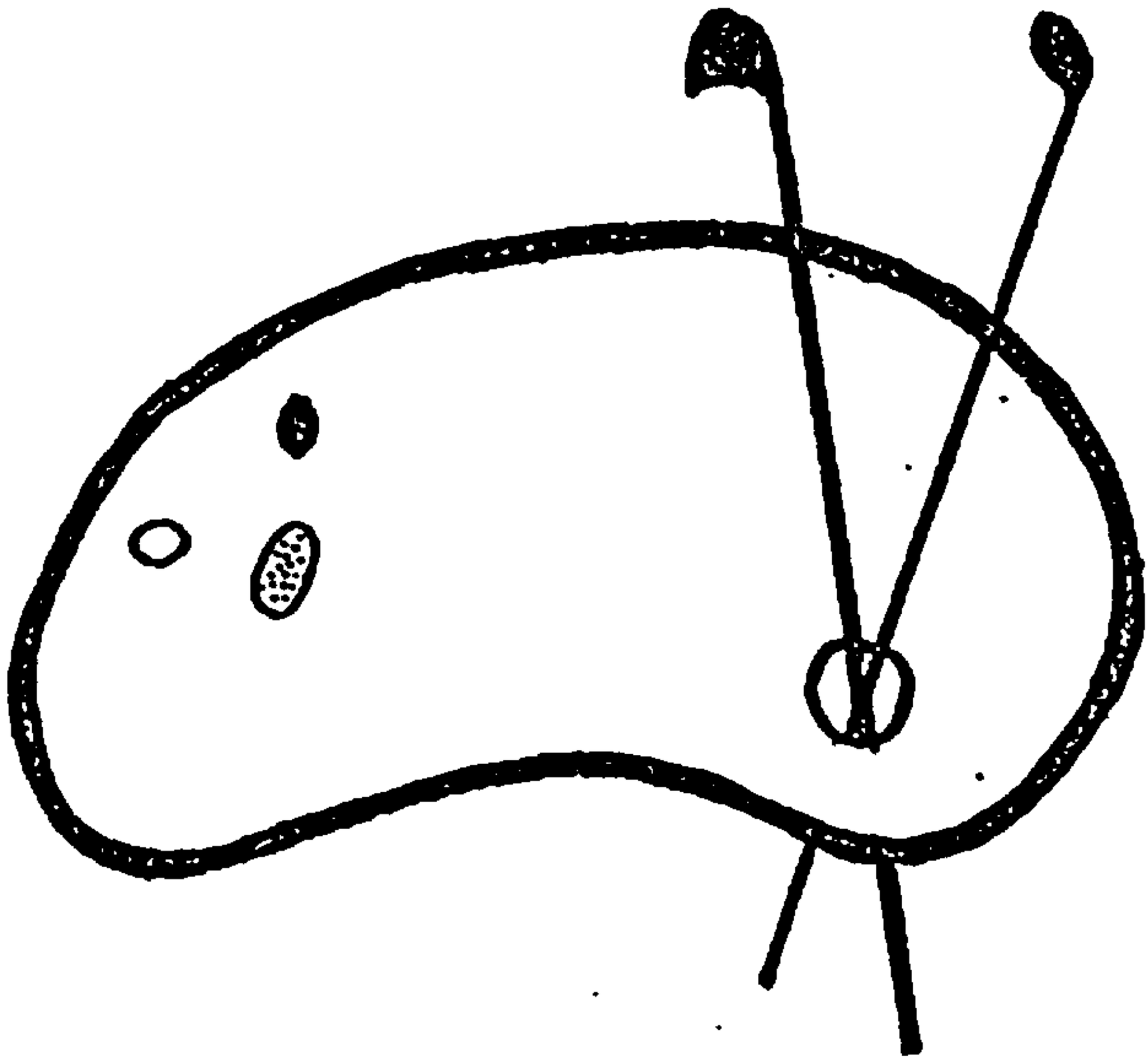
Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance, nature et effets / par René Demogue,...



DEBUT D'UNE SERIE DE DOCUMENTS EN COULEUR

DES DROITS ÉVENTUELS

HYPOTHÈSES OU ILS PRENNENT NAISSANCE

NATURE ET EFFETS

PAR

RENÉ DEMOGUE

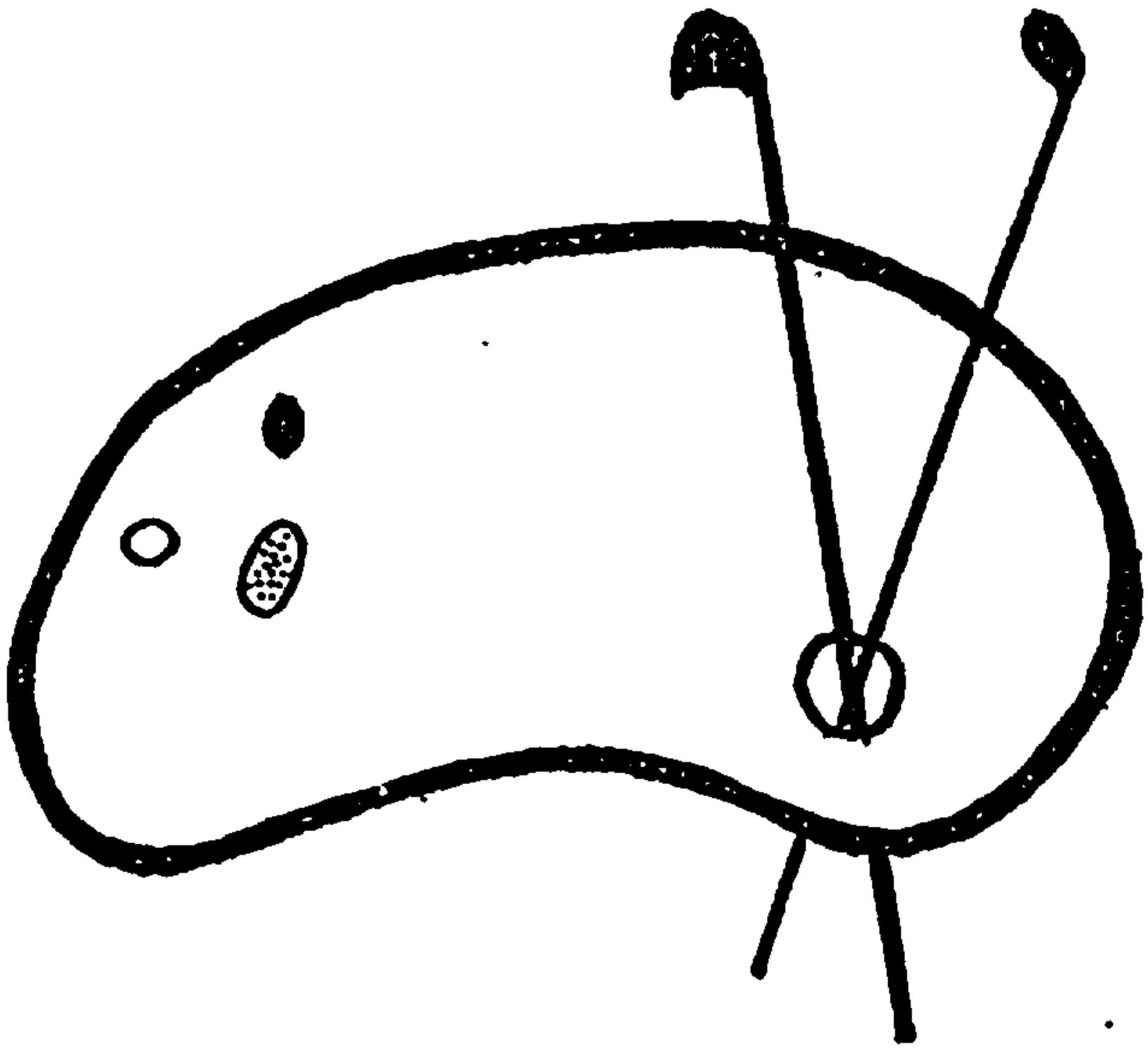
PROFESSEUR AGRÉGÉ
A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE

(Extrait de la *Revue trimestrielle de Droit civil*,
n° 4, 1905, et n° 2, 1906)

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, PARIS, 5e arr.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1906


MRMRE
CON ANT LACUERRE



FIN D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR

DES

DROITS ÉVENTUELS

ET DES

HYPOTHÈSES OU ILS PRENNENT NAISSANCE

Par M. R. Demogue,

Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Lille.

Malgré la tendance bien connue des civilistes actuels à se dégager du Code civil pour étudier le droit civil, et donner la place nécessaire aux questions pratiques sur lesquelles les textes sont muets ou trop laconiques, l'œuvre napoléonienne continue à exercer sur les esprits un empire parfois tyrannique. Quand une théorie n'a pas fait l'objet d'un chapitre ou d'une section spéciale du Code, ce n'est que péniblement et à la longue qu'elle parvient à se dégager : les exemples sont faciles à donner : on peut citer le droit au nom, la subrogation réelle, la théorie des nullités, la copropriété avec indivision forcée.

On peut citer encore comme exemple la théorie du droit éventuel, à laquelle les auteurs font bien de brèves allusions, mais qui n'a jamais été étudiée dans son ensemble et de façon générale. Nous trouvons bien sur elle quelques passages à propos de l'article 1130 du Code civil, de l'article 1599

ou de l'article 2130, mais on n'a peut-être pas dégagé de façon suffisante la confusion qui a régné à ce sujet dans les esprits, lors de la rédaction du Code. On n'a point suffisamment dégagé ce point que les solutions données sur les droits éventuels par les rédacteurs du Code l'ont été sans la moindre vue d'ensemble, au hasard des circonstances et de ce qui leur paraissait raisonnable. Ceci vient toujours de la tendance trop simpliste qui nous attache à considérer seulement des cas limités et précis, au lieu de saisir les problèmes dans leur généralité et avec le caractère un peu complexe, un peu indécis, que comportent toujours les questions plus vastes.

De l'ensemble des textes du Code civil résulte très nettement cette idée que les droits peuvent être ou des droits purs et simples, ou des droits à terme, ou des droits conditionnels. Cette classification nous paraît incomplète, et il nous semble qu'une autre modalité devrait être étudiée à côté de celle-ci. Un droit, si on l'examine par rapport au temps où il va produire ses effets, ce qui est la base de la classification précédente, peut être non seulement pur et simple, à terme ou conditionnel, il peut encore être un droit éventuel.

L'expression de droit éventuel n'est pas nouvelle; elle vient aujourd'hui de temps à autre sous la plume des commentateurs; on la rencontre dans les arrêts (1). Le Code lui-même l'emploie et l'article 791 porte « qu'on ne peut aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à une succession ». Cependant il convient d'en préciser la portée avant de voir les actes qui sont susceptibles d'être faits à propos d'un droit simplement éventuel.

Il y a une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative : comme l'est le droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore vivant dont j'espère hériter, comme est encore le droit que je puis avoir sur l'immeuble de mon voisin, immeuble dont les circonstances paraissent

(1) Cass. req., 17 mars 1891, S. 95. 1. 441.

me faciliter l'acquisition. Tous ces droits, d'ailleurs, ne sont pas des droits juridiquement parlant.

Mais au-dessus d'eux et avant d'arriver à la zone des droits conditionnels, il y a des droits véritables d'une nature spéciale, qui sont les droits éventuels. Nous espérons établir que ce droit se rencontre toutes les fois que l'élément prépondérant du droit existe, ainsi dans les droits conventionnels lorsque les consentements ont déjà été donnés. Nous espérons montrer aussi que dans une large mesure le droit éventuel est voisin du droit conditionnel quant à sa réglementation.

°°°

Un droit peut dans son existence dépendre d'un événement futur et incertain qui le tient en suspens jusqu'à ce que l'événement arrive. Dans ce cas on répète couramment que l'on est en face d'une condition, et d'ailleurs l'article 1168 semble donner raison à cette façon de voir en disant que : « l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain ».

Cependant il n'est peut-être pas très juste d'accepter cette manière de voir. Tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet événement ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention (1). Et c'est d'ailleurs ce que dit au fond l'article 1168. Si l'on regarde attentivement cet article, on voit qu'il déclare l'obligation conditionnelle *lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain* et il n'impose pas le même qualificatif à celle qui d'elle-même, nécessairement, dépend dans son existence d'un événement futur. C'est un point qu'on n'a pas suffisam-

(1) V. en ce sens, Huc, t. VII, p. 322; Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 2, n° 745.

ment remarqué, mais qui nous paraît donner dans les textes mêmes une base solide à notre distinction entre les conditions ordinaires, expresses ou tacites, et l'éventualité, ou comme on dit encore fréquemment, les conditions implicites virtuelles ou même tacites (1).

Précisons-la maintenant par des exemples.

Quant une personne achète une maison sous la condition qu'elle se retirera des affaires, il y a là un fait érigé en condition qui est sans lien direct et nécessaire avec le contrat, et l'acte aurait pu tout aussi bien être fait de façon pure et simple. On aurait pu convenir que son existence ne dépendrait pas de cette circonstance que l'acquéreur pourra se retirer des affaires.

Mais l'événement que les parties peuvent avoir fait entrer en ligne de compte dans leur convention peut être un fait que la loi met au rang des éléments essentiels de l'acte juridique. Et comme ces éléments essentiels de l'acte juridique sont multiples, comme il peut y en avoir, outre de généraux, d'autres spéciaux à tel ou tel acte, il faut, avant d'aller plus loin, préciser à quelles catégories ces différents faits, dont dépend tel ou tel acte juridique, peuvent appartenir.

La loi exige pour qu'un contrat soit valable, et, il faut le dire de façon plus générale, pour qu'un acte juridique soit valable, qu'il y ait un objet. Or les parties peuvent avoir pris pour objet de la convention une chose qui n'existe pas encore : une chose future dont on peut espérer l'existence, par exemple une récolte à venir. Les signataires de l'acte ont donné leur consentement purement et simplement; leur contrat sera cependant subordonné dans son existence à la création, à la venue au monde de l'objet du contrat. Il en serait un peu autrement au cas, que je laisserai de côté, d'une *venditio spei*, comme dans l'exemple classique de la vente d'un coup de filet, puisque le contrat tout entier ne se trouve plus dépendre de l'existence d'un objet futur. C'est seulement

(1) C'est d'ailleurs l'expression de conditions tacites qu'on rencontre chez les jurisconsultes romains. V. Papinien, Dig., liv. 35, tit. I, l. 99, *conditiones quæ tacite inesse videantur*, dit-il. V. sur ces points, Bufnoir, *Conditions*, p. 50 et suiv.; Aubry et Rau, t. IV, p. 60.

une des obligations, celle du pêcheur, qui se trouve en dépendre. On peut supposer aussi le cas où l'objet du contrat n'appartient pas encore à celui qui l'aliène ou qui confère un droit sur lui. Ainsi je vends à telle personne, tel bien qui ne m'appartient pas, et qu'elle sait ne pas m'appartenir, pour le jour où j'en serai propriétaire, jour que j'espère prochain. La vente est subordonnée à cette éventualité spéciale : si je puis en devenir propriétaire,

Ou encore, au lieu de l'objet du contrat, c'est le consentement d'une des parties qui fait défaut et le contrat est fait sous la condition ou plus exactement, afin de chasser ici le mot condition auquel nous donnons un sens plus étroit, sous l'éventualité du consentement d'une des parties. Je vous promets de vous vendre ma maison, si je veux la vendre un jour donné. Il y a un contrat, mais subordonné à la volonté d'un des contractants. C'est la promesse unilatérale de vente. Mais il peut tout aussi bien y avoir des promesses unilatérales d'achat, de louage, de prêt, car une pareille clause potestative est possible à côté d'un contrat quelconque, et c'est simplement par tradition qu'on ne s'en occupe qu'à propos des promesses de vente.

Ou encore on pourrait supposer un contrat subordonné à la capacité d'une des parties : je vous vends tel bien à condition que j'y sois autorisé par mon tuteur ou mon conseil judiciaire.

Et de ce cas il faut rapprocher celui où un administrateur du bien d'autrui déclarerait vendre, louer au nom du propriétaire, sous la condition qu'il obtiendra des personnes compétentes l'autorisation de passer l'acte. Ainsi un tuteur déclare vendre tel bien, emprunter telle somme au nom de son pupille sous condition que l'acte soit autorisé par le conseil de famille et par le tribunal. Un maire déclare passer tel acte au nom de sa commune à condition que le conseil municipal, que le préfet, ou tout autre autorité l'autorise à signer ce contrat.

Il peut aussi advenir qu'on soit en présence d'un acte juridique valable en lui-même, mais qui ne peut produire effet qu'à la suite de la naissance ou de la détermination de celui

qui doit en bénéficier : comme le testament contenant une fondation directe, une stipulation pour autrui en faveur de personne indéterminée, une gestion de l'affaire d'un tiers indéterminé.

On pourrait aussi envisager une éventualité qui rentrerait dans les conditions d'existence indispensables non plus à un acte en général, mais à telle ou telle catégorie d'actes. Ainsi un contrat de mariage est subordonné à la réalisation du mariage; une substitution est subordonnée à la survivance du substitué au grevé (1).

Rien maintenant ne nous empêche de concevoir ces différentes éventualités comme se combinant — et ceci est à la fois plus intéressant et plus pratique — lorsqu'il s'agit des conditions essentielles à tout contrat. Une personne promet à une autre un objet futur si elle le veut. Une personne promet à un incapable de lui vendre un objet s'il le veut et s'il devient capable.

On pourrait, sans doute, à la limite, supposer un contrat dont tous les éléments feraient actuellement défaut. Inutile d'en parler autrement que pour dire que ce cas est sans intérêt. C'est le néant juridique. Et cette remarque, qui paraît naïve, aura plus loin son utilité.

Quand il manque ainsi à un contrat, plus exactement à un acte juridique quelconque, une de ses conditions essentielles, l'acte est-il cependant dès maintenant valable? Et s'il est valable, sommes-nous dans une situation où l'on puisse parler de droit conditionnel? Si nous n'y sommes pas, comment régler cette série d'hypothèses non classées?

Les textes sont très sobres de solutions quant à notre difficulté. On peut cependant citer quelques articles bien connus du Code : l'article 1130, qui, tout en permettant de faire des choses futures l'objet d'une obligation, interdit les pac-

(1) Les auteurs y ajoutent : le testament subordonné au décès du testateur, la donation de biens à venir subordonnée au décès du donateur. — V. en ce sens, Aubry et Rau, t. IV, p. 60; Baudry et Bardo, *Obligations*, t. II, p. 2, n° 744. Cf. Larombière, t. II, article 1168, n° 19. Mais ce sont là des termes tacites plus que des éventualités, ce sont des événements qui arriveront certainement.

tes sur succession future ; l'article 1599, qui, dans une disposition énigmatique, dit que la vente de la chose d'autrui est nulle ; l'article 1589, qui dit que la promesse de vente vaut vente ; l'article 1174, qui annule l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Les permissions alternent ainsi avec les prohibitions, les actes nuls avec les actes valables. Et, chose curieuse, tous ces textes donnent lieu à de vives controverses.

Il suffit de considérer la doctrine pour voir le même ensemble bigarré de règles en sens divers. On annule l'hypothèque de la chose d'autrui en se fondant sur l'article 2129 et on valide les promesses unilatérales de vendre.

Selon nous il faut à toutes les difficultés qui peuvent se présenter répondre par une solution générale. Tout acte juridique auquel manque encore un des éléments essentiels d'après sa nature peut être dès à présent valable, lorsque certains éléments primordiaux, notamment le consentement, existent déjà. Je ne me contenterai pas de répéter la banale et inexacte formule : tout ce qui n'est pas défendu est permis, car elle omet deux points capitaux : c'est que l'autonomie de la volonté a pour limites la raison et l'ordre public.

Mais je ferai remarquer qu'il est désirable, et cela d'ailleurs était déjà dans l'esprit des rédacteurs du Code, que nous ne soyons pas, en matière d'actes, enfermés dans des formules rigides. Il faut permettre aux besoins pratiques de trouver satisfaction. Les conventions qui reposent sur une utilité réelle, puisque les contractants les ont voulues, doivent être toutes validées, sauf dans les cas où elles viendraient heurter un texte, choquer notre raison ou porter atteinte à l'ordre public.

Sortons de ces généralités et abordons les principaux problèmes que nous avons indiqués.

Quatre conditions sont ordinairement indiquées comme essentielles pour l'existence d'une obligation : le consentement, la capacité des parties, un objet, une cause. Voyons si, l'un de ces éléments faisant seul défaut pour l'existence d'une obligation, nous n'allons pas rencontrer de droits éventuels.

SECTION I

Dans quelle mesure des contrats peuvent-ils être soumis à une éventualité quant à leur objet?

La question à poser peut se formuler en ces termes plus simples : dans quelle mesure un contrat peut-il porter sur une chose future? Elle se résout facilement dans le sens de la liberté des conventions, puisque, sauf une réserve pour les successions futures, « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation » (art. 1130). Seulement la portée considérable qu'il convient de donner à ce texte a besoin d'être mise en lumière. On n'insiste pas assez sur son explication quand on dit qu'on peut vendre une récolte à venir, ou le croît d'un troupeau. On prend là des exemples simples qui ne mettent pas sur la voie de la richesse d'idées pratiques que dissimule l'article 1130. Ce texte signifie, en réalité, que l'on peut contracter valablement toute obligation portant directement sur une chose future ou se rattachant à une chose future, dont elle suppose l'existence ou qui fixera sa mesure. On peut valablement assumer toute obligation se rapportant à une chose qui n'est pas, mais qui pourra exister.

Et ici il faut fixer à un triple point de vue l'étendue de notre règle. En parlant de chose future, elle entend non seulement les choses dont on peut normalement escompter la venue, comme la récolte d'un verger ou la moisson d'une terre ensemencée, le croît d'un troupeau, mais encore toute chose qui n'est pas, mais qui est susceptible d'exister, comme le bénéfice d'une assurance non encore contractée, que la Cour de cassation a jugé susceptible de cession (V. Cass., 17 mars 1891, S. 95. 1. 444), ou la créance que l'on obtiendra en aliénant une chose que l'on possède.

A un autre point de vue, il importe de remarquer, comme les cas précédents en fournissent l'exemple, que les choses futures sont non seulement les objets matériels auxquels on pense tout d'abord, mais aussi les droits de créances ou autres, lesquels, bien que ne devant pas naître avec la même

régularité relative que les choses physiques, ont cependant trop d'importance pour ne pas être compris dans les choses futures.

Il faut insister plus particulièrement sur ce point que les choses futures peuvent entrer en ligne de compte dans un contrat quelconque, soit pour faire naître une obligation, soit pour lui servir de support ou en fixer la mesure.

On peut tout d'abord vendre un droit futur, une chose qui n'existe pas encore, mais qui peut exister; par exemple une personne victime d'un accident dont toutes les suites, bien que susceptibles d'une prévision d'ailleurs approximative, ne se sont pas encore réalisées, peut, dès maintenant, abandonner tous ses droits pour une somme fixe; et cependant le droit à indemnité ne naît véritablement que jour par jour, à mesure que se réalise le dommage. Ce n'est que par habitude et par une simplification toute théorique que nous considérons la créance comme existant complètement dès le jour de l'accident et, en pratique, on voit combien cela est peu exact quand l'incapacité de travailler s'aggrave ou diminue en dehors de toute prévision (1).

Il est non moins usuel de vendre d'autres créances futures (2). On peut prévoir qu'un entrepreneur cède par avance le prix de travaux dont il compte devenir adjudicataire, mais qui ne lui sont pas encore confiés, qu'un courtier cède la commission qui lui reviendra dans une vente qui n'est pas encore conclue (V. en ce sens, Paris, 23 déc. 1859, P. 60. 900). Ou bien un auteur peut céder ses droits sur un ouvrage qui n'est pas encore publié, qui même peut n'être pas encore composé. Ou encore un copropriétaire

(1) On peut voir aussi un exemple intéressant de droit à indemnité resté longtemps éventuel dans un arrêt de Montpellier du 19 mars 1901, S. 1905. 2. 57. Il s'agissait d'une femme divorcée qui réclamait à son mari, aux torts de qui le divorce avait été prononcé, une pension alimentaire en se fondant sur ce que depuis le divorce, sa situation pécuniaire, bonne tout d'abord, ne lui permettait plus de vivre. Les torts du mari n'avaient donc réalisé un dommage que des années après. La cause de la responsabilité a donc existé bien avant que le dommage ne se manifestât.

(2) V. sur ce point les indications de jurisprudence très complètes de M. Wahl, dans S. 93. 2. 185.

par indivis peut vendre la part qui lui reviendra dans le prix de licitation de l'immeuble avant même qu'il n'ait été mis aux enchères (V. Cass., 25 mai 1886, S. 86. 1. 256; 4 févr. 1901, *Pand. fr.*, 1903. 1. 99). Un propriétaire peut de même céder par avance les loyers d'une maison, celle-ci ne fût-elle pas encore louée. Un officier minisiériel peut aussi céder par avance la créance qu'il aura contre l'acheteur de son office, ou l'indemnité qu'il recevra à la suite d'une destitution ou d'une suppression de sa charge. Une société peut céder par avance à ses créanciers telle ou telle partie de ses recettes, non pas ses créances futures, mais l'argent qui rentrera dans ses caisses.

Toutes ces cessions de droits futurs nous paraissent valables en principe, bien que la jurisprudence des cours d'appel ait une tendance regrettable à n'admettre la validité de ces actes qu'autant que le droit est déjà presque entré dans le patrimoine du cédant. Ainsi le tribunal de la Seine n'a pas voulu tenir compte d'une cession de recettes futures par une société à ses obligataires en cas de liquidation (V. Trib. comm. de la Seine, 3 août 1901, *Revue*, 1904, p. 172). De même la Cour de Paris, se fondant sur ce motif erroné que personne ne peut être débiteur des produits d'une chose qui n'existe pas, a déclaré qu'il ne pouvait y avoir cession des produits d'une œuvre simplement projetée (31 janv. 1854, S. 54. 2. 734)(1). Toutefois un autre arrêt, du 27 nov. 1854 (S. 56. 2. 47), a admis qu'on pouvait céder une créance contre des éditeurs née à l'occasion de la vente d'œuvres simplement projetées(2).

D'un autre côté, la jurisprudence a affirmé qu'on ne pouvait céder le prix d'un office ministériel n'ayant fait l'objet d'aucun traité, qu'une pareille cession était nulle (V. cep. *contrà*, Toulouse, 2 déc. 1847, S. 49. 1. 282. V. Caen, 27 déc. 1858, S. 59. 2. 283). Les cours d'appel, conformément, d'ailleurs, à la doctrine de la Cour de cassation, n'ont admis la

(1) V. aussi Bourges, 29 avr. 1901, S. 1902. 2. 273 (nantissement d'un fonds de commerce futur).

(2) V. aussi Trib. Seine, 27 juill. 1904, *Pand. franç.*, 1905. 2. 174 (donation du prix d'un immeuble à vendre).

cession de la créance du prix qu'après que le traité a été passé entre le titulaire et celui qu'il doit présenter à l'agrément du Gouvernement (V. Paris, 11 janv. 1851, S. 51. 2. 6. — Cf. Bastia, 26 oct. 1903, S. 1904. 2. 165).

Les mêmes tendances restrictives se sont encore manifestées au cas où l'officier ministériel est contraint de démissionner ou bien destitué. On n'a pas admis que l'indemnité arbitrée par la Chancellerie pût être cédée par avance (V. Montpellier, 21 févr. 1895, S. 96. 2. 185, D. 97. 2; 281; Bordeaux, 21 juill. 1902, D. 1904. 1. 229; Nîmes, 30 nov. 1898, D. 1904. 2. 229 en sous-note) et la Cour de cassation s'est elle-même associée à cette doctrine dans ce dernier cas (V. Cass., 8 déc. 1852, S. 53. 1. 106).

Nous n'insisterons pas davantage sur cette jurisprudence, qui nous paraît critiquable, et sur le peu de compte qu'elle tient de l'article 1130. Constatons simplement que, malgré elle, les ventes de choses futures peuvent encore être nombreuses, qu'il peut encore y avoir beaucoup de ventes soumises à l'éventualité d'un autre contrat à passer (1).

A côté de ces ventes de choses à venir, il y a le cas où un droit ne peut fonctionner que si tel objet futur arrive à l'existence : ainsi l'assurance d'une récolte future (2) ou encore le cautionnement ou l'hypothèque pour dettes futures.

Le cautionnement pour dettes futures n'est pas une difficulté nouvelle. Les auteurs reconnaissent que les dettes futures comme les dettes présentes peuvent être l'objet d'un cautionnement (3). Ainsi je puis dès maintenant cautionner auprès d'un fournisseur les dettes qu'une personne pauvre pourra faire pour achat de denrées de première nécessité. Il est usuel qu'une personne charitable réponde, près d'un boulanger par exemple, des dettes que pourra faire chez lui une famille miséreuse.

(1) V. en ce sens, Appleton, note dans Dalloz, 97. 2. 281.

(2) V. en ce sens, D. *Rép.*, v° *Obligation*, n° 414.

(3) V. Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 2328; Guillouard, *Cautionnement*, n°s 17 et 52; Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 674; Baudry et Wahl, *Cautionnement*, p. 465. L'opinion de Paul Pont, t. II, n° 28, qui déclare le cautionnement révocable jusqu'à ce que la créance principale existe, est totalement abandonnée.

D'ailleurs la jurisprudence a elle-même reconnu la possibilité de cautionner des dettes futures : notamment cela résulte d'un arrêt de cassation du 10 juin 1870 (S. 70. 1. 157, D. 70. 1. 61). Il est inutile d'insister davantage sur cette règle générale, puisqu'elle n'est pas discutée.

Nous ferons cependant remarquer que ceci ne préjuge pas la question de savoir comment on traitera l'acte par lequel une personne s'engage envers un ami ou un parent à cautionner ses engagements à concurrence d'une certaine somme, sans que les noms des créanciers possibles soient désignés dans l'acte. Ce contrat, qui ressemble à un cautionnement, est valable, comme le reconnaissent certains auteurs et la jurisprudence, en vertu de la liberté des conventions. Faut-il l'analyser en un véritable cautionnement de dette future, comme le fait parfois la doctrine (1) ? Je ne le pense pas. La Cour de cassation a eu raison, dans un arrêt du 9 nov. 1875 (S. 76. 1. 153, D. 76. 1. 117), de ne pas appeler cautionnement un acte de ce genre. Seulement sa prudence lui a fait négliger de qualifier l'acte qu'elle avait devant elle. Peut-être aurait-elle pu, sauf à voir comment cela s'accorderait avec d'autres arrêts, dire qu'il y avait là une stipulation pour autrui, qu'un cautionnement de dette future a été stipulé au profit d'un tiers indéterminé (2). En tout cas, remarquons que ce point est, en somme, en dehors de notre sujet et qu'il ne convenait de l'indiquer que pour circonscrire aussi nettement que possible notre difficulté et pour rejeter la théorie qui voit, en pareil cas, une simple pollicitation de cautionnement toujours révocable (3).

Nous avons donc, somme toute, les mêmes avantages que dans le Code fédéral des obligations, où l'article 492 déclare que l'on peut cautionner une obligation future, ou dans le Code allemand, dans lequel l'article 765, § 2 répète la même idée.

Quant aux hypothèques constituées pour une créance future, leur validité ne peut faire aucun doute. Les auteurs sont aujourd'hui unanimes à accueillir cette solution. Il y a

(1) V. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 951.
(2) Guillouard, *Cautionnement*, n° 28.
(3) Lambert, *Stipulation pour autrui*, p. 129.

bien longtemps que l'on a abandonné la doctrine de Delvincourt, qui refusait l'hypothèque pour une ouverture de crédit en disant que cette convention est faite sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige.

Tout le monde s'accorde à dire que le contrat n'est pas sous une condition de ce genre, car on peut être contraint par les circonstances d'emprunter, et en ce cas, l'hypothèque naît forcément, même contre la volonté du propriétaire (1).

On a fait de cette idée une application bien connue à l'ouverture de crédit et on a tellement insisté sur elle qu'il est inutile d'y revenir (V. Cass., 21 nov. 1849, S. 50. 1. 91, D. 49. 1. 275).

Une autre application n'est pas aujourd'hui moins pratique : c'est l'hypothèque constituée par une société sur ses biens avant une émission d'obligations. La validité de cette hypothèque a été unanimement admise en doctrine et en jurisprudence (2). On a même admis, ce qui était plus délicat, que les dispositions de l'article 2148 n'empêchaient pas de prendre inscription au profit des futurs obligataires. Tout le monde s'est accordé pour dire que l'article 2148, en exigeant la mention du nom et du domicile du créancier, n'empêchait nullement l'inscription d'être valablement prise au profit des obligataires.

Toutes les mentions à insérer dans l'inscription ne sont pas prescrites à peine de nullité. Il n'en est ainsi que des mentions substantielles, c'est-à-dire dans lesquelles l'inscription ne peut atteindre son but, qui est la publicité de l'hypothèque. Le nom du créancier n'est pas au nombre de ces mentions. Il suffit que l'inscription contienne le nom d'une personne quelconque, gérant d'affaires des obligataires, à laquelle les notifications se référant à l'hypothèque, spécialement celles à fin de purge, puissent être faites. « L'hypo-

(1) Il faudrait sur cette question classique citer tous les auteurs : V. Aubry et Rau, t. III, p. 476; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n° 1030; Baudry et De Loynes, *Hypothèques*, II, n° 1280.

(2) V. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1894, p. 80; Lyon-Caen et Rénault, t. II, n°s 588 et suiv. — Aix, 8 avr. 1878, S. 79. 2. 313, note Labbé; Cass., 20 oct. 1897, S. 97. 1. 489.

thèque, a dit la chambre civile dans son arrêt du 20 oct. 1897, consentie au profit d'un groupe d'obligataires d'une société anonyme, peut être valablement inscrite à la requête d'un gérant d'affaires; s'agissant de bénéficiaires dont le droit réside dans la détention d'un titre au porteur, la désignation du créancier exigée par l'article 2148 du Code civil peut consister dans la seule désignation du titre en vue duquel l'hypothèque a été consentie, c'est-à-dire que l'inscription peut être prise au profit du porteur de ce titre ».

Une dette future peut donc être l'objet d'une hypothèque comme d'un cautionnement.

Et ceci nous amène à nous demander, comme l'a déjà fait M. Labbé (S. 79. 2. 313), si cette unanimité des auteurs et de la jurisprudence ne permettrait pas chez nous, et sans aucune modification législative, l'introduction des prénotations des pays germaniques. Le propriétaire ne pourrait-il pas d'avance réserver pour qui il voudra une première hypothèque, la faire inscrire et ne conférer à son prêteur actuel qu'une seconde hypothèque, si celui-ci s'en contente, ce qui serait assez pratique si un propriétaire veut se réserver la faculté d'emprunter au Crédit foncier, lequel ne prête que sur première hypothèque?

M. Labbé, en examinant ce point, déclare n'être nullement ému de cette apparente résurrection de l'hypothèque sur soi-même inventée par les auteurs de la loi de messidor an III, loi que la France n'a même pas voulu expérimenter et dont le nom seul inspire encore l'effroi. Il ne l'est pas davantage par ce fait que le débiteur ne trouvera de preneur que parmi les gens qui consentent à courir des risques et savent s'en faire payer le montant. Car le Code, dit-il, ne prohibe pas l'hypothèque pour sûreté d'une obligation future.

Cependant il y a ici une difficulté particulière que l'on pourrait soulever. Le créancier étant encore inconnu, il ne peut, pour faire prendre inscription, désigner de mandataire. On ignore encore qui prêtera ou même si le prêt aura lieu. Les formalités seront donc remplies par un gérant d'affaires : le débiteur lui-même ou un tiers, peu importe. Cette gestion d'affaires se comprend très bien lorsqu'elle a lieu

pour des personnes actuellement vivantes, sans doute inconnues, mais qui ne vont pas tarder à se faire connaître par une souscription d'obligations. Cette gestion est-elle possible en faveur d'un créancier qui n'existe peut-être pas encore, qui vivra dans 20, 30 ans? La gestion d'affaires ne suppose-t-elle pas une existence actuelle du géré, même inconnu? Nous aurons l'occasion d'examiner ce point et d'admettre la négative, ce qui nous permet de conclure à la possibilité de la prénotation (1).

En tout cas, pour terminer, remarquons que le privilège comme l'hypothèque peut s'appliquer à une dette future. Et la loi en offre elle-même un exemple très pratique : le cautionnement des fonctionnaires qui est affecté par privilège aux créanciers du fonctionnaire pour faits de charge. La créance du fonctionnaire contre l'État est ici frappée de privilège en faveur d'une obligation qui n'existera peut-être jamais.

De même encore un bien peut être donné en nantissement ou en antichrèse pour une dette future. Le cas paraît peu pratique quand il s'agit du gage conventionnel (2). Mais il est de pratique journalière pour le gage tacite accordé à l'hôtelier ou au voiturier.

SECTION II

Des droits sur la chose d'autrui.

Passons maintenant de l'examen des droits portant sur un objet futur aux droits portant sur la chose d'autrui. Nous allons encore découvrir ici une source abondante de droits éventuels. Sans doute, nous ne trouvons plus la solution favorable à la liberté des conventions que nous offrait l'article 1130. Tout au contraire, nous avons le texte de l'article 1599, qui nous dit : la vente de la chose d'autrui est nulle. Nous avons, d'autre part, la règle traditionnelle qu'aucun texte n'exprime formellement : l'hypothèque de la chose

(1) En tout cas, si ces difficultés ne se présentent pas, la prénotation est possible. — V. un arrêt d'Orléans qui en a, en somme, admis un cas, 13 nov. 1852, P. 53. 1. 353.

(2) En ce sens, Baudry et De Loynes, *Hypothèques*, t. I, n° 10.

d'autrui n'est pas valable. Mais aucune de ces solutions n'apparaît avec une force suffisante pour nous faire dire qu'en règle générale la convention se rapportant à la chose d'autrui est nulle, bien au contraire. Les deux règles que je viens de citer sont toutes deux d'une portée très incertaine. Elles conservent un caractère énigmatique et il faut avouer qu'elles apparaissent à l'examen comme sans base suffisante.

Pourquoi le contrat portant sur la chose d'autrui serait-il nul? Est-ce parce que la chose d'autrui est hors du commerce par rapport à tous autres que le propriétaire? Cela n'est pas soutenable. Il n'y a pas deux façons pour un bien d'être hors du commerce : l'une absolue, l'autre relative. Il n'y en a qu'une seule. Un bien est hors du commerce par rapport à tout le monde, ou il est dans le commerce. Il n'y a pas de milieu.

Dirons-nous que le contrat, portant sur la chose d'autrui, porte sur un objet impossible? On l'a parfois soutenu et on a voulu fonder sur cette idée l'article 1599. Mais, là encore, il me semble que l'application de la théorie invoquée est défectueuse. L'impossibilité d'une obligation, de l'aveu de tous les auteurs, doit s'entendre non d'une simple impossibilité relative, mais seulement d'une impossibilité absolue. La doctrine admet que l'impossibilité n'entraîne pas la nullité, lorsque c'est simplement le promettant qui est dans l'impossibilité d'exécuter ce qu'il promet, et qu'il doit s'en prendre à lui d'avoir contracté une obligation si imprudemment(1). Sans doute cette théorie de l'impossibilité est énoncée parfois à propos des obligations de faire (2), mais ne vaut-elle pas aussi pour les obligations de donner? N'annulerait-on pas comme impossible une obligation de donner portant sur une chose d'un genre qui a cessé d'exister ou qui n'existe pas (V. Bordeaux, 10 nov. 1836, D., v° Vente, n° 471)? Et ne devrait-on pas refuser d'annuler une promesse de donner portant sur une chose de genre dont une maison

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 100; Baudry et Barde, *Obligations*, n° 289

(2) V. Baudry et Barde, *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. IV, p. 315, 4e éd., et Demolombe, t. XXIV, qui l'énoncent à propos de l'objet des obligations, ce qui est plus juste.

détient le monopole? D'ailleurs je n'insiste pas sur ce point, car il se ramène à cette remarque générale, que la division des obligations en obligations de donner et de faire n'est pas si absolue qu'on pourrait le croire, et que les premières ne sont guère qu'une classe des secondes. Si l'on nous a suivi jusqu'ici et admis que toute obligation dont l'impossibilité d'exécution n'est que relative, est cependant valable, on doit admettre que le promettant s'est valablement obligé en promettant la chose d'un autre (1).

Dira-t-on qu'en cas de promesse de la chose d'autrui, celui qui a promis une prestation en échange a fait une promesse sans cause? D'abord il faut remarquer que ce raisonnement applicable aux contrats ne serait pas applicable aux obligations unilatérales. En tout cas, il me paraît complètement erroné. L'engagement du contractant ne manque pas de cause, car la cause étant, dans tout contrat synallymatique, l'obligation de l'autre partie, on ne peut dire qu'elle fait défaut. Celui qui a promis la chose d'autrui a fait une promesse qu'il ne peut actuellement tenir, mais il a fait une promesse et cela suffit (2).

D'ailleurs, l'article 1141 exclut la nullité absolue de tout contrat portant sur la chose d'autrui. En disant que, de deux acquéreurs successifs du même objet mobilier, on préfère celui des deux qui a été mis en possession réelle, encore que son titre soit postérieur en date, il semble même admettre la validité de ce titre. Tout au plus peut-on dire qu'il y a ici une nullité relative.

Il ne reste donc qu'un moyen pour interdire les contrats sur la chose d'autrui : dire qu'il y a une erreur. Tantôt on a affirmé que cette erreur portait sur la qualité substantielle de la chose. L'erreur consisterait en ce qu'il était entendu que la chose devait avoir sa qualité de pouvoir entrer dans votre patrimoine (3). Tantôt on a vu plus ingénieusement une erreur sur la personne, erreur déterminante. On n'a traité

(1) V. en ce sens, Guillouard, *De la vente*, t. I, n° 180. p. 193.
(2) V. en ce sens, Baudry et Saignat, *De la vente*, p. 94.
(3) V. Huc, t. X, n° 65.

avec tel individu que parce qu'on le croyait propriétaire(1).

Nous ne croyons exacts ni l'un ni l'autre de ces raisonnements. D'abord, comment accueillir cette conception spiritualisée de la substance de la chose, qui serait le caractère de cette chose d'être susceptible d'acquisition immédiate par tel ou tel? Car ce n'est même pas ce caractère d'être susceptible de propriété qui est en jeu, comme s'il s'agissait de la vente d'une pièce d'un musée qui est inaliénable. C'est ce caractère d'être susceptible d'acquisition immédiate par l'un des contractants; il suffirait, en effet, que le propriétaire dît : je vous donne la chose qu'on vous a promise à mon insu, pour que l'on devînt propriétaire. En réalité ce que l'on désigne ici sous le nom de substance, n'est-ce pas simplement le nom déguisé d'une impossibilité relative que nous rencontrons dans l'objet du contrat? Or l'impossibilité relative, répétons-le une fois de plus, ne vicie pas le contrat.

Dirons-nous davantage qu'il y a erreur sur la personne; qu'ici « la considération de la personne était la cause principale de la convention », comme le dit l'article 1110? Les termes des textes sont sans doute moins forcés. Mais comment ne pas être effrayé des conséquences d'une pareille affirmation? Avec une telle interprétation de l'article 1110, on peut se faire fort de démolir toute une série de contrats qu'aujourd'hui on déclare valables; et pour certains contrats, annulables à la demande de certaines personnes seulement, on arrivera, contre l'opinion unanime des auteurs et des tribunaux, à augmenter la liste de ceux qui peuvent agir en nullité.

Je traite une affaire avec un incapable; je pourrai demander la nullité : car j'avais en vue une personne capable quand j'ai traité. Ou bien je prête à un individu que je crois solvable et qui ne l'est pas. N'est-ce pas une grave erreur sur la personne? Et cependant qui admettrait qu'il y a là nullité? Selon nous, sur cette question trop laissée de côté de l'erreur sur la personne, nous pensons qu'on doit admettre l'opinion suivante : il ne faut voir dans les termes de l'ar-

(1) Baudry et Barde, *De la vente*, n° 118.

ticle 1110, que l'erreur sur les qualités inséparables de l'individu, qui, réunies, constituent sa personnalité, mais non sur les qualités extrinsèques : comme la fortune, les droits, que l'on peut avoir (1).

Dégageons donc de tout cela une conclusion nette.

La chose d'autrui peut faire l'objet d'un contrat. Aucun principe ne s'y oppose. M. Bufnoir, posant le premier, semble-t-il, cette question, disait déjà : à la résoudre d'après les principes abstraits, il ne faut pas hésiter à dire que la chose d'autrui est dans le commerce, même pour celui qui n'en est pas propriétaire (2).

Il suffit, en effet, que celui qui l'a promise puisse espérer pouvoir en devenir propriétaire de façon à en disposer au profit de celui envers qui il s'engage.

Nous reprendrons la même idée, mais de façon plus catégorique, et nous dirons : on peut louer la chose d'autrui, on peut la prêter à usage, la donner comme objet d'un prêt de consommation. On peut l'apporter en société, on peut la mettre en dépôt ou en gage, on peut la confier pour un transport.

Dans tous ces cas, la validité du contrat ne ferait pas de doute, si les parties avaient formellement exprimé que le contrat était fait du consentement, de l'autorisation du propriétaire. En pareil cas, ce serait un acte sur la chose d'autrui fait par un mandataire avec un tiers. Il n'y aurait pas de difficulté.

Tout serait également simple si les deux contractants avaient traité en spécifiant que le contrat s'exécutera le jour où le promettant sera devenu propriétaire ou sera autorisé par le propriétaire à livrer sa chose, par exemple, à la louer. Ainsi je vous loue un appartement dans la maison de mon voisin et je vous promets que d'ici un an je l'aurai acquise ou que je me serai arrangé pour pouvoir vous y louer certaines pièces. J'encourrai alors des dommages-

(1) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 595; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p. 79 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 515.

intérêts si j'ai promis plus que je ne pouvais tenir. J'ai été imprudent, il est juste que j'en souffre.

Il faudrait faire rentrer dans le cas précédent l'hypothèse où les contractants sauraient déjà que la chose est à autrui, où ils seraient de mauvaise foi, comme on dit assez souvent. Le contrat est en effet incompréhensible si les deux parties n'ont pas entendu retarder son exécution au moment où elle deviendrait possible. Il faut expliquer le contrat comme voulant dire : le promettant s'arrangera pour, dans le délai tacitement convenu par les parties, délai que le juge précisera au besoin, pouvoir exécuter son obligation; sinon il sera condamné à une indemnité.

Enfin il est possible qu'une des parties, ou que toutes deux aient ignoré la situation véritable, que l'une d'elles ou que toutes deux aient cru traiter sur une chose susceptible de livraison immédiate. Si toutes deux, ou si le stipulant seul sont de bonne foi, la convention doit s'interpréter comme emportant obligation pour le promettant de faire avoir de suite la propriété ou la possession, suivant les cas. Quand il n'y a pas de terme de stipulé, l'obligation doit en effet être exécutée de suite. Et comme, dans l'espèce, elle ne l'est pas, le promettant sera tenu de dommages-intérêts.

Reste un dernier cas pour fermer le cercle des hypothèses possibles. Le promettant est de bonne foi et le stipulant est de mauvaise foi. C'est un homme malhonnête qui a profité de l'ignorance du promettant pour lui tendre un véritable piège, ou pour lui faire commettre un acte défendu : s'emparer du bien d'autrui. Ici le contrat me paraîtrait dans certains cas annulable pour dol, si le promettant avait été circonvenu. Sinon je dirai qu'il y a une raison générale pour refuser toute indemnité au stipulant : le dommage qu'il a pu subir, il l'a subi volontairement. On ne peut avoir droit à indemnité, si c'est volontairement que l'on s'est exposé à un préjudice.

Cette théorie étant faite, n'ayons garde pour cela d'oublier un article très important qui y fait brèche. C'est l'article 1599, qui est bien digne d'être classé dans les *cruces jurisconsulti*. « La vente de la chose d'autrui, dit-il, est nulle ».

Bien des systèmes ont été échafaudés pour expliquer le sens de cet article : nullité pour défaut de cause, nullité à raison de l'objet qui est hors du commerce, nullité pour erreur sur la substance de la chose, ou sur la personne du contractant, immoralité du contrat. Nous les avons réfutés par avance. Nous ne voulons pas le faire à nouveau. Il suffit d'ailleurs de parcourir les traités de droit civil pour voir tous ces systèmes démolis successivement sous le coup d'arguments souvent décisifs. Constatons toutefois que si l'un de ces systèmes triomphait, c'en serait fait de la validité de tout contrat portant sur la chose d'autrui. Il n'en serait autrement que si l'on adoptait la théorie de l'erreur sur la personne. Celle-ci permettrait tout au moins de valider la donation de la chose d'autrui, car le donataire trompé n'ira pas demander une nullité pour lui sans intérêt, et, le donateur n'ayant pas participé à l'erreur, le contrat sera pour lui valable, ce qui l'obligera à livrer la chose, s'il en devient propriétaire.

Après avoir rejeté successivement les diverses explications ordinairement fournies par les auteurs à propos de l'article 1599, nous nous trouvons amenés à cette conclusion : que ce texte est le résultat d'une méprise législative; aucun motif législatif vraiment exact n'explique cette innovation du Code (1). Il y a eu là un mirage, et un mirage qui persiste, car nombre d'auteurs continuent à expliquer l'article 1599 comme le résultat d'une transformation dans la théorie de l'acquisition de la propriété. Autrefois, dit-on, on pouvait vendre la chose d'autrui, le droit romain et l'ancien droit permettaient cette vente, car le contrat de vente n'était pas translatif de propriété, il n'était que créateur d'obligations et on pouvait valablement promettre de faire acquérir la chose d'autrui, sauf d'ailleurs à rencontrer des difficultés dans l'exécution de cette promesse. Mais difficulté n'est pas impossibilité. L'article 1138, ajoute-t-on, a bouleversé tout cela : par l'effet des contrats, l'acquisition

(1) V. en ce sens, Guillouard, *De la vente*, t. I, n° 180, *in fine*; Bonafos, *De la vente de la chose d'autrui.*

de la propriété se produit immédiatement. Par conséquent, vendre la chose d'autrui, c'est faire une chose impossible. « On ne peut pas vendre une chose dont on n'a pas la propriété. La vente de la chose d'autrui est nulle dans notre droit pour la même raison qu'aurait pu l'être, en droit romain, la mancipation de la chose d'autrui. C'est ainsi que la question a été à maintes reprises exposée dans les travaux préparatoires par Portalis dans son exposé des motifs, par Faure dans son rapport au Tribunat, par Grenier dans un discours au Tribunat » (1). Cette argumentation si souvent répétée est-elle aussi vraie qu'on l'a souvent pensé ?

Aujourd'hui, il nous semble que l'innovation de l'article 1138 peut se ramener en matière de vente aux idées suivantes. Le vendeur de tout corps certain est obligé de transférer la propriété. L'obligation de transférer se trouve immédiatement exécutée, la propriété est instantanément acquise à l'acheteur lorsque le vendeur est propriétaire, et cela en vertu de l'article 1138. C'est là l'innovation de 1804. Mais elle a un contre-coup. Désormais, l'acquéreur, prévoyant l'application de l'article 1138, escompte l'acquisition immédiate de la propriété. Il est entré dans les conventions tacites des parties que le vendeur, pour exécuter son obligation, devrait non seulement transférer la propriété, mais que ce transfert devrait être opéré tout de suite, séance tenante. Il est obligé au transfert immédiat, il n'y a plus ce délai moral qui autrefois était concédé, comme il l'est encore pour l'exécution de toute autre obligation.

Voyons alors ce qui se passe si on a vendu la chose d'autrui : l'obligation de transférer la propriété et de la transférer immédiatement est née; mais dans sa seconde partie elle est déjà sûrement inexécutée. Le vendeur a déjà manqué à une de ses obligations, vu qu'il avait assumé une dette impossible (relativement, ne l'oublions pas) à exécuter. L'obligation de transfert sera peut-être exécutée,

(1) Portalis (V. Locré, t. XIV, p. 151), déclarait contre toute raison de disposer de la chose d'autrui à son insu. Faure au contraire, disait : on ne peut vendre si on n'a pas pouvoir pour cela (Locré, *loc. cit.*, p. 197).

mais plus tard, mais trop tard. Il y a inexécution dès le début. La résolution de l'article 1184 est donc encourue sitôt que le contrat est signé, à raison d'un retard dans l'exécution qui sera peut-être indéfini.

Il est probable que le législateur de 1804 ne s'est pas fait ces raisonnements. Il a vu que quelque chose clochait et il a prononcé la nullité.

L'article 1599 nous apparaît donc comme une disposition injustifiée, ou comme une simple application de l'article 1184 du Code civil. C'est une raison de plus pour dire qu'en dehors du cas qu'il prévoit, le contrat portant sur la chose d'autrui est valable et donne lieu à un simple droit éventuel.

D'ailleurs, nous relèverons, pour montrer combien les idées récentes sont en ce sens, que lors de la préparation du Code civil allemand, on évita de poser le principe de la nullité pour les actes juridiquement impossibles, on admit les contrats comme ayant en ce cas une condition tacite : l'éventualité de la transformation juridique de la chose (V. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 149). De plus, le Code allemand n'a pas annulé les actes relatifs à la chose ou au fait d'autrui. L'aliénation de la chose d'autrui n'est donc pas nulle (V. Saleilles, p. 158).

Nous nous sommes efforcé d'établir et d'expliquer, comme un auteur nous en a déjà montré le chemin, cette méprise que constitue l'article 1599. Ce travail va nous faciliter l'examen d'une autre règle : celle d'après laquelle l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle (1). Cette règle, qui n'est formellement exprimée par aucun texte, signifie-t-elle que, si par contrat d'hypothèque j'ai engagé un immeuble qui ne m'appartient pas pour sûreté d'une dette, le propriétaire actuel ne voit pas son bien frappé de ce droit réel? Ce serait affirmer une chose évidente. Il est certain que je ne puis pas par ma volonté (à moins d'être mandataire du propriétaire) faire naître immédiatement un droit réel : propriété, servitude, ou hypothèque, sur l'im-

(1) V. not. Aubry et Rau. 5e éd., t. III, p. 440; Baudry et De Loynes, t. II, p. 370.

meuble d'autrui. Je ne puis ainsi dépouiller un propriétaire malgré lui. Mais la question n'est pas là. Il s'agit de savoir si, ayant constitué une hypothèque sur la chose d'autrui, je n'ai pas fait seulement un contrat actuellement inefficace, mais un contrat nul en tant que contrat.

Nous pouvons déjà ici simplifier considérablement la question en renvoyant aux indications que nous avons données sur la vente de la chose d'autrui. Le contrat constitutif d'hypothèque ne peut être considéré comme nul parce que la chose d'autrui est hors du commerce, ni parce que l'objet est impossible, ni parce qu'il y a erreur substantielle sur la chose, ou erreur déterminante sur la personne du contractant. Dirons-nous davantage que le contrat est sans cause? Non. Dans le contrat de constitution d'hypothèque, bien que la théorie de la cause soit très obscure dans les contrats constitutifs de sûreté (1), le bénéficiaire ne s'est pas engagé sans cause : il a la promesse de l'autre partie de donner hypothèque. On ne peut pas dire que l'obligation est non causée.

Chercherons-nous davantage à fonder la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui en disant : il faut être propriétaire pour pouvoir constituer une hypothèque, d'après l'article 2124 les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent, or il n'y a que le propriétaire qui ait la capacité d'aliéner, donc si la capacité d'aliéner est nécessaire pour pouvoir hypothéquer, il faut par cela même être propriétaire (2)?

Il y a là, selon nous, une confusion entre la capacité d'aliéner et le pouvoir d'aliéner : entre la capacité qui tient à l'état mental, à la situation sociale de la personne qui passe l'acte, et le pouvoir d'aliéner, qui tient à la possibilité de rendre un tiers propriétaire et qui n'appartient qu'au propriétaire même, à son mandataire ou à son gérant d'af-

(1) V. *Revue*, 1905, p. 150.
(2) Note dans Sirey, 92. 1. 289.

faires. Un mineur n'a pas la capacité d'aliéner ses biens, mais s'il est autorisé dans les formes voulues, son pouvoir d'aliéner sera alors mis utilement en œuvre.

L'article 2124 étant ainsi mis hors de cause, voyons ce qu'il faut penser de l'article 2129, dont les deux paragraphes peuvent être invoqués pour soutenir la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui. D'après le premier paragraphe, il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur. La phrase vise certainement le contrat d'hypothèque et non pas la naissance du droit réel d'hypothèque. Elle interdit d'établir, comme on le faisait dans l'ancien droit, des hypothèques générales. Elle érige un nouveau principe, qui est capital en matière hypothécaire : celui de la spécialité du gage hypothécaire. C'est là le but essentiel de l'article 2129. Ceux qui ont conservé le culte des textes et regardent encore le Code comme une sorte de livre divin où chaque mot a un sens précis et a été placé dans une intention particulière, peuvent prétendre que les mots « actuellement appartenant au débiteur » visent les biens d'autrui que le débiteur pourrait vouloir hypothéquer. Mais est-il bien sûr que ces mots aient eu dans l'esprit des rédacteurs une pareille portée? Cet article n'a-t-il pas été plutôt écrit uniquement en vue d'établir le principe de la spécialité du gage hypothécaire? Il y avait là une innovation suffisamment importante, un tel changement à la pratique de l'ancien droit qu'on comprend aisément qu'un article du Code ait été écrit à cette seule fin (1).

Mais l'article 2129 contient un autre paragraphe : « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués ». C'est une nouvelle arme qu'on invoque ordinairement. Si elle est bonne, il faut reconnaître que nous sommes ici en face d'une nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui; car, l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir tenant à un

(1) Il est vrai que Grenier disait au Tribunat (Locré, t. XVI, p. 388) : On ne peut vendre ce qu'on n'avait pas, et par conséquent on ne peut hypothéquer que ce qu'on a. Mais ceci prouverait simplement une méprise d'un rédacteur.

principe d'ordre public, celui de la spécialité du gage, la sanction doit être une nullité absolue de la constitution d'hypothèque. Par là, la jurisprudence de la Cour de cassation, qui admet le caractère absolu de cette nullité, serait fortifiée. Mais cette solution est contestée par une partie de la doctrine, effrayée des résultats draconiens auxquels on aboutit (1).

D'ailleurs, est-il certain que l'hypothèque des biens à venir interdite par l'article 2129, ce soit, à proprement parler, l'hypothèque de la chose d'autrui? Quand on se reporte aux conditions dans lesquelles cet article fut rédigé, il semble que l'on ait été préoccupé surtout d'empêcher la clause d'hypothèque générale sous une de ses formes : l'hypothèque des biens à venir, c'est-à-dire de tous les biens qu'une personne pourra acquérir. Le législateur a-t-il véritablement voulu par là annuler l'hypothèque d'un bien d'autrui déterminé? M. Huc le nie et il argumente de la distinction qu'il faut faire entre les biens à venir et les biens d'autrui : les biens d'autrui ayant été envisagés par les parties en tant que biens actuellement au débiteur. Mais peut-être pourrait-on dans cette voie faire un effort plus net pour limiter la portée de l'article 2129, § 2. On peut se demander si cette disposition n'est pas encore un corollaire de l'article 2129, § 1, qui établit la spécialité de l'hypothèque. Le second paragraphe a voulu étendre cette disposition en envisageant un cas spécial qui aurait pu faire doute. En tout cas, et sans insister trop sur l'idée précédente, qui, toute conforme qu'elle est aux théories les plus modernes d'interprétation, a le défaut de heurter des habitudes d'esprit dont on se défait toujours à regret, remarquons que si l'article 2129, § 2, est la base de l'interdiction de l'hypothèque de la chose d'autrui, il sera facile de constituer valablement une hypothèque sur la chose que l'on sait appartenir à autrui. Il suffira de se conformer à l'article 2130 pour pouvoir établir cette hypothèque. Il suffira, comme le veut ce texte, de constater l'insuffi-

(1) V. Huc, t. XIII, p. 251; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n° 938. — Cf. Colmet de Santerre, t. IX, n° 92 *bis*-III. — *Contrà*, Baudry et De Loynes, *Hypothèques*, t. II, p. 370; Laurent, t. XXX, n° 469.

sance des biens présents et libres pour la sûreté de la créance, et de dire que tel bien, le jour où il sera acquis, sera affecté à la sûreté de la dette. Ce qui est possible pour « chacun des biens à acquérir par la suite » l'est à plus forte raison pour l'un d'eux.

Nous venons de nous heurter ici, soit pour la vente, soit pour l'hypothèque de la chose d'autrui, à un certain nombre d'arguments souvent donnés pour justifier la nullité de ces actes. Nous les aurions réfutés sans profit si, nous contentant de faire de la logique, nous ne montrions que les solutions proposées par nous sont équitables, conformes aux intérêts pratiques. Le droit doit, en effet, être une science en harmonie avec les besoins de la vie et non pas un système de déductions logiques faites sans considération des réalités.

Le caractère pratique des opinions que nous défendons n'apparaît pas à première vue. Si l'on réfléchit aux cas pratiques dans lesquels un contrat pourra porter sur la chose d'autrui, il semble que la solution ordinaire qui justifie la nullité de la vente et de l'hypothèque de la chose d'autrui soit en somme plus satisfaisante. Faut-il encourager ces contrats louches par lesquels une personne aura donné un droit sur une chose qui ne lui appartenait pas? L'argument ne serait tout d'abord sans réplique que si cette personne avait ainsi agi de mauvaise foi. Mais ajoutons que dans tous les cas, il n'y a vraiment qu'un intérêt à considérer : celui de la personne à qui on a voulu donner un droit sur la chose d'autrui; or le système que nous avons défendu, qui valide tout contrat sur la chose d'autrui, nous permet de lui donner toujours complète satisfaction. D'abord si elle a cru avoir immédiatement un droit sur l'objet du contrat, l'article 1184 est là pour lui permettre pendant trente ans de faire prononcer la résolution et d'obtenir des dommages-intérêts. Si au contraire le promettant parvient à se procurer rapidement l'objet désigné au contrat, le stipulant aura immédiatement un droit sur lui. Le but qu'il poursuivait sera donc atteint. Enfin supposons que le stipulant et le promettant aient su tous les deux à quoi s'en tenir quant à la propriété de l'ob-

jet : ils n'ont pu vouloir en ce cas traiter que pour le jour où le promettant en serait devenu propriétaire ou du moins pourrait conférer sur lui le droit indiqué au contrat. Alors le contrat sera valable, sauf encore au stipulant à demander la résolution, si le promettant ne peut lui donner satisfaction dans le délai expressément ou tacitement convenu pour l'exécution du contrat. On arrive donc avec notre système, qui consacre en thèse générale, sauf réserve résultant de textes, la validité du contrat portant sur la chose d'autrui, à des conséquences satisfaisantes en pratique. J'ajoute qu'il n'en est pas de même si l'on admet, parmi les théories que j'ai repoussées, celles qui considèrent que la vente ou l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle pour défaut de cause ou d'objet licite. On aboutit alors à des conséquences inacceptables. On en vient à dire avec la jurisprudence que l'hypothèque ayant porté sur la chose d'autrui est nulle même si un jour le constituant acquiert le bien qu'il a hypothéqué(1). On aboutit à dire que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, même si elle a été constituée pour le cas où on deviendrait propriétaire du bien hypothéqué(2).

Tout cela a paru si exorbitant que certains auteurs ont repoussé ces solutions et ont préféré n'admettre, soit pour la vente, soit pour l'hypothèque de la chose d'autrui, qu'une nullité relative (3). Certains partisans même, des nullités absolues ont été sans doute frappés des inconvénients de leur système et il est curieux de remarquer qu'Aubry et Rau, après avoir admis la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui, nous disent que si le constituant acquiert le bien qu'il a hypothéqué, il devra constituer de suite une hypothèque en faveur du créancier ou rembourser immédiatement la dette. Ils font donc ici application de l'article 2131, qui, lorsque les sûretés données *deviennent* insuffisantes,

(1) Cass., 24 mai 1892, S. 92. 1. 289; Aubry et Rau, 5e éd., t. III, p. 440; Baudry et De Loynes, *Hypothèques*, t. II, p. 373.

(2) Aubry et Rau, 5 éd., t. III, p. 440; Baudry et De Loynes, *op. cit.*, t. I, p. 371.

(3) V. Huc, t. XIII, n° 202 et t. X, n° 64; Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 96 *bis*-III; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n° 938 et *De la vente*, t. I.

obligo à donner un supplément d'hypothèque ou à rembourser sans délai. Nous trouvons que cette solution ne peut être qualifiée que d'heureux illogisme. Car nous sommes ici en dehors du cas prévu par l'article 2131.

L'hypothèque est nulle, nous dit-on, il n'y a pas d'hypothèque : alors on ne saurait parler de gage devenu insuffisant, l'emprunt qui a été fait est censé un emprunt fait sans garantie. Le seul droit du créancier serait de dire immédiatement : j'ai prêté parce que je comptais avoir hypothèque. C'est une condition du prêt. Elle fait défaut : je demande que le prêt soit résolu et j'exige le remboursement immédiat. Il y a, de votre part, inexécution de vos engagements.

La jurisprudence paraît absolument ferme pour dire qu'on ne peut hypothéquer la chose d'autrui. Elle voit même là une nullité absolue. Mais est-elle en somme si bien établie qu'elle le semble et n'arrive-t-elle pas par un détour à consacrer ce qu'elle déclare impossible directement ? La Cour de cassation dans ses arrêts nous dit que « l'on peut se porter fort pour le propriétaire et que l'on peut en cette qualité conférer une hypothèque sur les biens de celui qu'on oblige, sauf ratification ; que, la ratification étant survenue, l'hypothèque a été valablement constituée » (1). M. Guillouard (2) remarque à ce propos que si l'on admet le ratification de l'hypothèque constituée par un porte-fort, on ne voit pas pourquoi l'on ne doit pas l'admettre pour une hypothèque constituée purement et simplement sur la chose d'autrui, sans engagement exprès de rapporter la ratification du propriétaire. Nous ne partageons pas cette manière de voir, qui étend outre mesure la gestion d'affaires, qui l'applique à un cas où l'acte est dans l'intérêt du gérant et non du maître. Et il est important de rejeter cette explication avec laquelle l'acte une fois ratifié est censé fait par le propriétaire dès le début. En tout cas, cette jurisprudence aboutit déjà à valider l'hypothèque si le constituant ayant promis la ratification du

(1) Cass., 13 déc. 1875, S. 76. 1. 273 et D. 76. 1. 97
(2) *Hypothèques*, t. II, p. 424.

propriétaire devenait lui-même propriétaire par la suite. Il devrait, en pareil cas, ratifier son acte propre. Et ceci ne montre-t-il pas dans les arrêts une tendance inconsciente à incliner vers la validité de l'hypothèque de la chose d'autrui? Cela encore nous confirme dans cette conclusion finale que l'hypothèque de la chose d'autrui est valable et qu'il naîtra du contrat de constitution un droit éventuel.

Il reste une dernière remarque à faire concernant les divers contrats dont la chose d'autrui ou les choses futures peuvent être l'objet. Ces contrats ne sont valables que sous les conditions ordinaires de l'article 1129. Leur objet doit être une chose déterminée au moins quant à son espèce et la quotité doit pouvoir en être déterminée, si elle est incertaine quant à présent. Mais ici, quant à l'application de cet article, on se trouve encore en face de deux interprétations possibles. On peut rattacher l'article 1129 à cette idée que les obligations doivent avoir un objet sérieux. On ne saurait promettre du blé sans plus, car on pourrait s'exécuter en donnant une quantité dérisoire. Si l'on adopte cette explication, il suffira que la quantité promise soit dès à présent déterminée ou déterminable soit actuellement, soit dans l'avenir. Si au contraire on rattache l'article 1129 à une idée de protection pour les contractants qui doivent pouvoir calculer dès maintenant l'étendue de leurs obligations au moins de façon approximative, il faudra ne pas tenir comme suffisante la désignation d'un objet qui ne peut être dès à présent déterminée, même avec une simple approximation. Ainsi je ne pourrai pas cautionner toutes les dettes qu'une personne contractera. Je ne pourrai pas promettre de donner en gage tous les biens meubles que j'acquerrai, ou vendre par avance, pour un prix de..., la propriété littéraire de tous les livres que je composerai.

Il est difficile à l'heure actuelle de voir quelle est l'opinion de la doctrine sur ce point. Les exemples qu'elle donne ne sont pas suffisamment nets. Nous serions porté à croire que la seconde interprétation, ou plutôt la seconde tendance, car il ne saurait être question ici de rien de précis, ne peut être que préférée. Elle est en effet moins dan-

gereuse que l'autre. Il n'est pas bon de laisser ainsi les parties s'engager si imprudemment.

Il est conforme à l'orientation moderne du droit de décider ainsi. Autrefois, quand le principe de la liberté des conventions privées apparaissait comme un dogme intangible, des deux doctrines que je viens de dégager, la première l'aurait certainement emporté. On aurait dit probablement que, du moment que l'objet du contrat était sérieux, on devait le considérer comme suffisamment précis. Peu aurait importé que le montant de l'obligation ne dût être fixé que par des événements dont on ne peut prévoir approximativement ni le nombre, ni l'importance.

Mais aujourd'hui on tend beaucoup plus à protéger les parties contre leurs propres entraînements, contre les situations mauvaises où un consentement inconsidéré pourrait les placer. On aboutit donc à ne valider une obligation que si son importance peut déjà être approximativement calculée à l'avance. Il ne suffit pas qu'elle soit déterminable *a posteriori*, elle doit l'être approximativement *a priori*. La Cour de cassation, le 2 déc. 1903 (D. 1905. 1. 9), a bien implicitement validé un cautionnement portant sur toutes les avances que le créancier avait faites ou voudrait bien faire au débiteur pour les besoins de ses affaires pendant telle campagne. Mais cette hypothèse peut être considérée comme le maximum d'indétermination tolérable. Nous admettrions bien de même la cession d'une créance d'un office non encore vendu, mais nous ne croyons pas qu'on pourrait admettre la cession par un auteur de travaux à composer dont ni le titre, ni l'objet ne sont précisés : comme des pièces de théâtre qu'il pourra écrire d'ici vingt ans.

Cependant certains textes du Code s'accordent mal avec cette opinion. C'est l'article 2130, qui permet à un débiteur, en cas d'insuffisance des biens présents, d'hypothéquer tous ses biens à venir. Il y a bien là un contrat à objet indéterminé au suprême degré. C'est l'article 2102-7°, qui affecte par privilège aux créanciers pour faits de charge les cautionnements des fonctionnaires. Mais ici il s'agit d'une obligation légale que le Code pouvait réglementer à son gré. Quant à

l'article 2130, c'est plutôt un vestige du temps où l'hypothèque atteignait de plein droit tous les biens présents et à venir. Toutefois, il faut reconnaître que l'article 1837, en réglementant la société universelle de biens présents, semble comprendre le danger que nous signalons. Il pressent les abus que peut présenter l'objet d'un contrat déterminable seulement *a posteriori*. Et c'est pour cela qu'il interdit toute société universelle où les biens à venir seraient compris autrement que pour la jouissance. C'est pour la même raison de prudence que l'article 1988 porte que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. Il y a, au fond de cette règle soi-disant interprétative, une pensée protectrice (V. *Revue*, 1903, p. 908). Et l'on peut se demander s'il ne serait pas sage, tenant compte de ce précédent, de permettre au juge, ministre d'équité et de protection, d'intervenir en cas d'actes ayant un objet futur, soit en déclarant l'objet du contrat indéterminé, soit en interprétant la convention qui donne lieu à procès, comme ayant eu en vue seulement les acquisitions les plus étendues que le promettant pouvait espérer faire.

Nous arrivons, en résumé, à proclamer la validité de tout contrat sur la chose d'autrui, quand un texte ne s'y oppose pas. Le droit sur la chose d'autrui, qui pourra résulter de l'acte au profit du stipulant, sera un droit éventuel, puisqu'il dépendra de la possibilité pour le promettant de fournir ce qu'il a promis. Nous sommes donc en face de toute une catégorie spéciale de droits éventuels, quant à leur objet.

SECTION III

De l'éventualité tendant à l'absence d'un consentement.

Passons maintenant à l'examen des contrats auxquels un élément essentiel, le consentement d'une des parties, fait défaut. Les cas dans lesquels cela se produira sont une source importante de droits éventuels. C'est de ce nom, en effet, qu'il convient de qualifier les droits qui naîtront d'un pareil contrat. Il leur manque encore un élément tout à fait essentiel. Dans quelle hypothèse cela va-t-il se produire?

Conçoit-on même qu'il y ait autre chose que le néant juridique lorsqu'on est en face d'un contrat auquel manque précisément le consentement d'une des deux parties? Ne sommes-nous pas du moins en face d'une simple pollicitation? Parler ici de contrat, c'est, semble-t-il, parler d'une chose absurde. Cependant il n'en est rien, et il suffit, pour fixer les idées, de citer l'exemple bien connu des promesses unilatérales de vente, où nous avons un contrat de vente auquel manque précisément le consentement d'une des parties; celui-ci ne viendra que plus tard.

Et dans cette promesse, nous avons plus qu'une offre de contrat. Le bénéficiaire a déjà adhéré à la proposition faite en ce sens qu'il en a pris acte. Il ne saurait y avoir aucune confusion possible entre les deux choses : la promesse de vente et la pollicitation. Dans le second cas, il n'y a pas encore acte juridique formé et ceci reste en dehors de nos explications.

Les cas où un contrat se trouve ainsi à moitié construit nécessitent un examen attentif, car les commentateurs du Code, suivant ici l'ordre des articles, se sont occupés de ce problème à trois endroits : à propos de la formation des contrats (art. 1108), à propos des conditions potestatives (art. 1174) et enfin des promesses de vente (art. 1589). Il faut donc s'efforcer, à travers ces développements séparés, de voir le problème dans son ensemble.

Le texte capital nous paraît être ici celui de l'article 1174.

« Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

L'idée qu'exprime ce texte est, en somme, la suivante : on ne veut pas permettre à une partie de donner et de retenir à la fois son consentement. C'est celle qu'exprime l'article 116 du Code civil allemand : « La déclaration de volonté est nulle si le déclarant a fait une restriction mentale consistant à refuser son consentement à ce qu'il déclare et si la déclaration est faite à une personne qui a connaissance de cette restriction ».

L'idée de consentement indique qu'on se lie soi-même pour donner à celui avec qui l'on traite une pleine sécurité. Elle exclut donc toute addition qui, permettant au promettant de se délier sans motif de ses obligations, serait la destruction même du consentement.

Ceci nous conduit à une première conséquence indiquée par le texte lui-même : c'est que la seule condition potestative prohibée, c'est celle dépendant de la volonté du débiteur. La condition potestative de la part du créancier est licite, car le lien de droit existe déjà virtuellement au moins, il dépend du créancier par sa volonté de la ramener à la vie complète en l'invoquant : le lien de droit n'a pas été détruit, puisqu'il consiste principalement dans la charge assumée par le débiteur. Il y aura seulement ceci de spécial que le débiteur ne pourra imposer au créancier l'exécution de l'obligation et lui faire offre réelle.

Il résulte aussi de là que la seule condition à laquelle doit s'appliquer l'article 1179, c'est, comme l'admet une interprétation unanime, la condition purement potestative : c'est-à-dire celle qui est en mon pouvoir absolu : la condition si je veux, ou toute autre équivalente : si je suis content, si cela me paraît juste, etc. L'article 1174 est unanimement reconnu comme étranger à la condition simplement potestative, c'est-à-dire à l'acte dépendant de la volonté du débiteur, mais d'une volonté qui peut être contrariée dans son exécution par les mille considérations susceptibles d'arrêter un individu dans une détermination prise, ou de l'empêcher de la prendre. En un mot, ce que la loi veut prohiber comme condition, ce n'est pas une volonté déterminée, ou tout au moins influencée par toutes les craintes ou les espérances qu'un acte donné peut faire naître, ce n'est pas la volonté dominée, souvent même annihilée ou entraînée par les faits extérieurs, c'est seulement la volonté agissant librement, influencée uniquement par l'état psychique général de l'agent, son caractère plus ou moins généreux, serviable.

Ceci nous amène à une autre solution qui n'a pas été exprimée par les textes. Les rédacteurs du Code, copiant

ici Pothier (1), n'ont parlé que de l'obligation sous condition potestative; ils n'ont pas parlé du contrat fait sous une condition potestative. Ici la solution qui nous semble devoir être donnée est inverse de la précédente. Nous croyons que l'on peut proposer cette formule : tandis que l'obligation sous condition purement potestative, c'est-à-dire sous la condition « si je veux » ou ses équivalents, est nulle, un contrat est au contraire valablement passé avec la condition « si je veux », à moins que cela n'aboutisse à établir une obligation isolée sous une condition purement potestative.

On peut passer un contrat sous une condition qui paraisse purement potestative, sous la condition « si je veux ». Cela se voit journellement et rien n'est plus licite (2). Il suffit de citer pour exemples les promesses unilatérales de vendre ou d'acheter, les promesses unilatérales de louer, les promesses unilatérales de tout autre contrat. Ici, lorsque nous considérons le contrat en vue duquel la promesse à été faite (et non le contrat de promesse qui est tout différent et dont nous parlerons plus loin), nous voyons que ce contrat existe sous la condition « si je veux », de la part d'une des parties. Mais cette condition « si je veux », qui, adjointe à une obligation isolée, aurait été purement potestative, se trouve ici, adjointe à un contrat, être simplement potestative. En effet le consentement que le bénéficiaire de la promesse va donner à l'acte, ne dépendra pas seulement de sa fantaisie, de son caractère. Sur ce consentement va peser tout le poids des clauses diverses qui, apposées dans le contrat, vont me déterminer ou non à l'accepter. Si un propriétaire m'a signé une promesse de bail pour sa maison que je pourrai louer 1.000 francs, quand il me plaira, je n'userai de cette promesse que si pour 1.000 francs je ne trouve pas une maison plus commode, plus spacieuse, plus agréable. Si une personne m'a fait une promesse d'acheter ma maison d'ici cinq ans, si dans ce délai je consens à lui vendre à tel prix, je ne vendrai ma maison que si d'ici là je suis forcé de vendre,

(1) *Obligations*, n° 205.

(2) V. en ce sens, Huc, t. VII, p. 329; Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, p. 104, ne voient pas cette distinction.

et que si je n'ai pas l'occasion de la vendre plus cher. La condition « si je veux » n'est donc plus destructive du consentement, comme elle l'était tout à l'heure (1). Et il suffit pour bien s'en rendre compte de supposer un contrat où ce serait une des obligations qui seule serait soumise à une condition potestative. Un représentant de commerce est engagé par moi et je stipule que je lui donnerai 5 0/0 sur les commandes qu'il rapportera, si je suis content de lui. La condition « si je veux », est ici destructive de l'obligation et même du contrat, car je ne suis pas engagé, tandis que mon contractant est absolument obligé de chercher à me trouver des affaires.

Le principe étant établi, il faut préciser son étendue d'application. Il est facile de l'appliquer aux contrats synallagmatiques, soit parfaits, soit imparfaits, car dans tous ces cas il y a la même raison de valider la condition qui a été apposée à la fois à toutes les obligations arrêtées par les parties, pour lesquelles l'un quelconque des cocontractants est débiteur ou créancier, selon que l'on considère telle ou telle obligation; un des contractants a pu valablement subordonner à sa volonté le fait de devenir à la fois créancier et débiteur, mais non le fait seulement de devenir débiteur. Et ceci nous explique comment, dans l'ouverture de crédit, la promesse de prêt, une personne peut devenir débitrice si elle le veut. C'est qu'il s'agit ici d'une condition apposée non à l'obligation, mais au contrat tout entier.

Quant au contrat de donation, ou aux actes à titre gratuit, pour employer une formule plus générale, ils ne peuvent être valables s'ils sont accompagnés de la condition : si le promettant le veut; car ici il n'y a qu'une seule obligation, celle du donateur ou du testateur; et si le contrat est sous une condition dépendant de la seule volonté du gratifiant,

(1) En ce sens, on a déclaré valable un engagement d'ouvrier qui devait être résilié si le patron se retirait des affaires (Paris, 11 févr. 1887, D. 87. 2. 140), ou la faculté pour un assureur de réduire le montant de l'assurance (Rennes, 26 juin 1871, D. 73. 2. 29), ou un marché avec la faculté de dédit (Cass., 21 févr. 1878, D. 78. 1. 161), un marché de travaux sous la condition que le prix qui devait être fixé par un tiers paraisse convenable à l'acquéreur (Cass., 14 juill. 1869, D. 69. 1. 316).

cela aboutit logiquement à créer une obligation dépendant de la volonté du seul donateur. L'article 944 du Code civil, qui annule toute donation sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, apparaît donc, à ce point de vue, comme la logique application du droit commun (1). Il a seulement, par des considérations spéciales au contrat, étendu la sphère des conditions prohibées (2), des conditions purement potestatives à celles simplement potestatives.

Ce qu'il faut noter encore, c'est que, par application des mêmes principes, il faudrait annuler la condition purement potestative insérée dans un testament, laquelle ne pourrait plus être évidemment « si je veux », mais seulement « si mon héritier le veut ». Le legs ainsi fait : je lègue telle somme à X..., si mon héritier le juge bon, contient une obligation purement potestative qui est nulle. Et il faudrait alors voir, à la lumière de l'article 900 et de la jurisprudence qui en a limité la portée, ce qu'il convient de statuer au sujet du legs lui-même qui a été fait sous cette condition : sera-t-il réputé pur et simple ou sera-t-il annulé?

Assimilerions-nous à la donation et aux actes à titre gratuit les contrats que, par un respect suranné du droit romain, le Code et les commentateurs classent à part sous le nom de contrats unilatéraux? Certainement non. Car en réalité dans ces contrats : prêt, rente constituée, il y a deux prestations : l'une passée de la part du prêteur, l'autre future de la part de l'emprunteur. On peut donc ici distinguer les deux choses : la condition « si je veux » apposée à une des obligations (ce serait, par exemple : je vous prête 100 fr., vous les rembourserez si vous voulez), et la condition « si je veux », apposée au contrat tout entier; ce serait, par exemple, le cas d'un ami qui, ayant mis en dépôt chez moi un sac de pièces d'argent, me dirait : je vous les prête pour un an si vous voulez, convention qui serait incontestablement valable.

(1) Ceci n'apparaît pas pour tous les auteurs. Ainsi Aubry et Rau présentent la règle « donner et retenir ne vaut » comme contraire aux principes, 5e éd., t. IV, p. 103, note 22.

(2) Baudry et Colin, *Donations*, t. I, nos 1458 et suiv.

Pour écarter du problème toutes les difficultés, il faut encore examiner différents points.

Il faut supposer qu'une condition purement potestative a été insérée dans une seule des clauses multiples d'un contrat et se demander quel en sera l'effet. Ainsi un employé est engagé par un patron. Celui-ci insère différentes clauses dans le contrat : il lui promet des appointements fixes, et un tant pour cent sur ses bénéfices, s'il est content de lui. Cette condition purement potestative vicie la clause de participation aux bénéfices. Mais vicie-t-elle le contrat tout entier ? C'est une question de fait plutôt que de droit, car tout dépendra de l'importance de cette clause, par rapport à l'ensemble du contrat. Si le tantième est important, si l'employé n'est entré chez tel patron, plutôt que chez un autre, qu'à raison de cette promesse, tout sera nul (1). Si au contraire les appointements fixes étaient le principal, il en sera autrement : l'acte restera valable.

Ensuite il faut noter qu'il ne faudrait pas confondre l'obligation sous condition purement potestative avec celle où le terme est fixé à la volonté d'une des parties : si on déclare que la chose sera livrée quand l'acheteur le voudra (2).

Si l'on admet les principes que nous avons exposés, il ne faut pas les limiter à la condition suspensive. On ne doit pas pouvoir en matière de condition résolutoire plus qu'en matière de condition suspensive, créer une obligation soumise à la fantaisie du débiteur. En sens inverse, on doit admettre qu'un contrat tout entier peut être soumis à la condition résolutoire ; s'il plaît au promettant. Il n'en serait autrement que pour la donation, où d'ailleurs la règle « donner et retenir ne vaut », reçoit pour notre question une de ses principales applications, ou bien pour le testament (3). Toutes ces solu-

(1) En ce sens, la Cour de cassation (24 mars 1873, D. 73. 1. 467) a annulé la clause d'un règlement de caisse de retraites qui déclarait les versements faits non restituables, alors que le patron pouvait à tout moment renvoyer l'ouvrier.

(2) V. Laurent, t. XVII, p. 76 et Cass., 9 déc. 1846, D. 47. 1. 34. Il en serait de même en cas de vente d'un brevet qui ne commencera à être exploité que quand l'inventeur le jugera opportun. V. Cass., 11 août 1850, S. 50. 1. 723.

(3) Toutefois il en est autrement pour la donation entre époux, qui com-

tions n'ont pas besoin d'être longuement démontrées. Du moment que l'on admet le système que nous avons établi tout à l'heure, en cas de condition suspensive, on ne peut pas logiquement en admettre un autre en cas de condition résolutoire (1).

Il résulte de là que le contrat de vente peut stipuler soit pour l'acheteur (2), soit pour le vendeur, la faculté de résoudre le contrat quand il lui plaira. Et il en serait de même pour tout autre contrat. Et c'est ainsi qu'on a jugé valable le bail indiquant que le locataire resterait là tant qu'il lui plairait. (Trib. de Lyon, 13 nov. 1886, *Mon. de Lyon*, 14 janv. 1887). Il faut seulement remarquer que la résolution à la volonté du vendeur a été réglementée d'une façon spéciale par les articles 1659 et suivants, sous le nom de faculté de rachat. Et bien qu'il ne faille pas confondre complètement résolution et résiliation, faisons remarquer qu'une réglementation existe aussi dans le contrat de travail à durée indéterminée. L'article 1780 restreint le droit des contractants de résilier à leur gré.

Nous croyons qu'on peut rapprocher des cas précédents, où nous n'avons envisagé que des contrats, ce qui se passe en cas de succession testamentaire ou *ab intestat*.

Quand un legs est fait, du jour du décès le légataire l'acquiert, mais sous l'éventualité de son acceptation. Il n'a donc encore sur l'objet légué qu'un droit éventuel, mais avec ceci de particulier qu'il n'a pas encore pris acte de l'avantage qu'on lui propose comme le bénéficiaire d'une promesse de vente.

Dans le cas de succession *ab intestat*, tant que l'héritier n'a pas pris parti, il existe en sa faveur un droit qui ne peut encore être qualifié de pur et simple, mais pour le surplus il y a lieu d'hésiter. Si l'on admet avec la jurisprudence

porte nécessairement une condition résolutoire purement potestative (art. 1096), et pour la stipulation pour autrui, qui crée au profit du tiers un droit révocable jusqu'à l'acceptation de celui-ci.

(1) V. en ce sens, Demante et Colmet de Santerre, t. V, p. 148.

(2) V. Laurent, t. XVII, p. 80. — On peut encore rapprocher la vente à l'essai, la vente *ad gustum*, qui sont aussi des contrats sous une condition suspensive de la part de l'acheteur.

qu'un appelé n'est pas héritier à moins qu'il n'accepte, on doit dire qu'il y a en sa faveur un droit éventuel dépendant de son acceptation. Si au contraire on accepte le système opposé, on dira que l'héritier a un droit exposé à l'éventualité d'une renonciation, et que c'est l'héritier subséquent qui a un droit sous l'éventualité suspensive de la renonciation du précédent.

Nous ne pouvons clore ces explications sans en rapprocher le cas le plus simple : celui où un contrat est en train de se former. Les consentements des contractants que nous nous représentons volontiers comme coexistant, que l'expression courante de « concours de volontés » nous fait imaginer de la sorte, n'existent souvent qu'à des moments distincts : A propose par lettre une vente à B, il ajoute : je veux avoir la réponse d'ici huit jours. B accepte le septième jour, et la réponse arrive en temps. Le contrat est formé. Cependant, qui nous garantit que A veut encore contracter à ce moment? Il peut regretter son offre, venir de lancer une dépêche à B pour se rétracter, télégramme qui arrivera trop tard, quelque soit le système admis sur la formation des contrats. Il suffira donc qu'il y ait eu une acceptation envoyée ou reçue (je n'entre pas ici dans le détail des controverses) dans le délai pour lequel le pollicitant a fait son offre et enchaîné sa volonté. Il n'y a donc pas coexistence de deux volontés. On pourrait donc, en poussant l'analyse sur ce point, trouver encore l'apparition successive de deux éléments du contrat et non leur coexistence.

On peut en conclure que la pollicitation non encore acceptée donne déjà naissance à un droit éventuel.

Et ceci paraît en somme l'aboutissant des théories les plus récentes sur la formation des contrats, théories trop connues pour qu'il soit nécessaire de les exposer ici (1). Nous ferons simplement remarquer que ces théories nous rapprochent considérablement du système de l'obligation unilatérale; à mesure que l'on donne plus de force obligatoire à la simple pollicitation, on rapproche d'un droit

(1) Planiol, t. II, nos 1020 et suiv.

éventuel l'avantage né de l'offre faite. En effet, ce qui caractérise le droit éventuel, c'est que l'on est en face d'un droit né d'un acte juridique incomplet, ou plutôt à la suite de certains éléments d'un acte juridique, mais de certains éléments qui ont déjà une force par eux-mêmes : comme la volonté manifestée dans un testament, du jour où le testateur est mort. C'est d'ailleurs un point que nous préciserons plus loin.

Ce caractère du droit éventuel, nous le trouvons dans le droit né de la pollicitation, si on considère qu'il ne peut être révoqué par le pollicitant dès qu'il a fixé un délai exprès ou tacite.

D'ailleurs ceci peut être facilement expliqué si l'on admet la théorie de Demolombe, d'après laquelle il y aurait immédiatement acceptation tacite du délai concédé : il y aurait une véritable promesse de contrat dont il devrait être fait usage dans un délai déterminé.

Seulement, il y a entre le droit éventuel, dont il peut être question ici, et ceux dont nous avons parlé précédemment, une nuance qu'il faut dès maintenant souligner : en fait, la pollicitation n'est souvent qu'une base à des pourparlers ultérieurs. De plus, en droit, le caractère d'irrévocabilité de cette pollicitation est discutable. Et il n'est pas certain finalement que le titulaire de ce droit éventuel ait de grands avantages, sauf le droit d'exiger le maintien de l'offre.

SECTION IV

Droit soumis à l'éventualité d'une habilitation.

Arrivons maintenant à un autre point, où nous allons également rencontrer des difficultés incomplètement explorées : c'est le cas où le consentement de l'une des parties présente ce caractère d'être incomplet, imparfait à raison de l'incapacité de son auteur. Voyons si là encore nous n'allons pas trouver une source de droits éventuels.

On peut d'abord supposer une personne physique qui, pour l'administration de ses propres biens, ne peut faire certains actes sans autorisation : comme la femme mariée,

qui ne peut faire les principaux actes juridiques sans l'autorisation de son mari, le prodigue qui est souvent obligé de requérir l'assistance d'un conseil judiciaire, le mineur émancipé qui doit être parfois assisté de son curateur.

Il y a ensuite les administrateurs du bien d'autrui qui n'ont pas des pouvoirs absolus et qui peuvent pour certains actes avoir besoin d'autorisation : comme le tuteur du mineur ou de l'interdit qui aura besoin de l'assentiment du conseil de famille, parfois d'une délibération de ce conseil homologuée par le tribunal, ou de toute autre approbation (par exemple, pour une transaction, en vertu de l'art. 467).

Enfin, il y a les personnes morales, qui peuvent avoir besoin d'autorisations plus ou moins longues à obtenir, avant de passer tel ou tel contrat. Souvent pour un acte juridique, la volonté de l'agent de la personne morale n'est pas suffisante, il faut l'approbation de conseils, d'autorités administratives.

Dans tous ces cas une difficulté se présente, sur laquelle les textes et les auteurs ne donnent que des renseignements incomplets. A quel moment ces autorisations doivent-elles être obtenues? L'acte juridique ne peut-il être passé qu'une fois qu'elles ont été accordées ?

Ou au contraire l'acte peut-il d'abord être passé par l'incapable, ou l'administrateur du bien d'autrui, les autorisations légales n'étant obtenues qu'après ?

L'intérêt de la question est assez considérable. Il ne s'agit pas seulement de savoir si certaines formalités seront remplies à tel ou tel moment. Il s'agit de déterminer si, celles-ci n'étant remplies qu'après l'acte à autoriser, nous n'allons pas alors entre temps avoir un contrat éventuel, un acte dépendant encore d'une de ses conditions substantielles. Nous le croyons : il existe déjà un contrat presque complètement achevé qui peut être qualifié ainsi.

On pourrait sans doute aussi se poser la question de savoir si, un tiers ayant adhéré à un contrat avec un incapable, celui-ci ayant obtenu les autorisations requises mais n'ayant pas encore donné son adhésion, il n'y aurait pas contrat éventuel. Nous ne le pensons pas. En effet, nous sommes ici

en présence d'une pollicitation non encore acceptée, et il n'y a encore aucun concours de volonté. Nous sommes en face d'un droit d'une nature particulière dont l'étude ressort à celle de la formation des contrats. Nous avons ici une simple pierre d'attente et non pas un droit qui vaille déjà par lui-même, comme le droit né d'un testament, le droit né d'une promesse de vente.

Voyons donc quel doit être la date du consentement d'un incapable par rapport aux autorisations qu'il doit requérir.

Les auteurs ont examiné cette question à propos de la femme mariée, et ils admettent, en général, conformément à la jurisprudence, que l'autorisation du mari ne peut pas intervenir après l'acte juridique. L'approbation accordée par le mari à l'acte antérieurement passé vaudrait bien, quant à lui, renonciation à se prévaloir de la nullité, mais elle n'empêcherait pas l'acte d'être annulable et la nullité pourrait en être demandée par la femme (1).

On n'a donc pas à se préoccuper ici d'un contrat éventuellement formé et qui serait subordonné à une autorisation.

Faut-il étendre cette solution? Demolombe a examiné la question à propos du prodigue pourvu d'un conseil judiciaire et du tuteur. En ce qui concerne le prodigue, les termes mêmes du texte qui parle de personne assistée excluent une intervention postérieure à l'acte; il ne pourrait y avoir là qu'une ratification. Or cette ratification exigerait un nouveau consentement de la part du prodigue (2). Et le raisonnement indiqué ici devrait être nécessairement appliqué au cas d'un mineur émancipé qui, pour un acte, aurait besoin de l'assistance de son curateur. Pour lui, la loi emploie (art. 480, 482) la même expression d'assistance que l'article 513. Le même mot doit avoir dans ces divers textes la même portée (3).

(1) V. Demolombe, t. IV, n° 211; Huc, t. II, p. 272; Planiol, t. III, n° 280. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. IV, p. 145 (4e éd.). Cf. Cass., 25 mai 1886, S. 87. 1. 268.

(2) Demolombe, t. VIII, n° 759, p. 501.

(3) Nous en dirions autant du commerçant en liquidation judiciaire, qui ne peut plus administrer ses biens sans l'assistance du liquidateur (loi du 4 mars 1889, art. 6).

Quant au tuteur (1), la loi dans un cas lui impose de se munir des autorisations nécessaires avant de passer l'acte. En effet, l'article 1er de la loi du 27 févr. 1880 dit que le tuteur ne peut aliéner les valeurs mobilières du pupille « sans y avoir été préalablement autorisé par le conseil de famille ». D'autre part le Code civil contient, dans les art. 458 et 467, des dispositions analogues. En dehors de ces cas spéciaux, des auteurs considèrent qu'en principe les autorisations requises doivent être obtenues avant l'acte. Toutefois il leur paraît qu'il ne faut pas poser ici une règle absolue et ils admettent qu'une approbation pourrait intervenir une fois que l'acte est fait, car il n'y a pas ici, comme pour la femme mariée, deux intérêts à certains égards distincts : celui de la femme et celui du mari ; il n'y en a qu'un seul : celui du mineur (2). M. Saleilles ajoute ici que les autorités donnant l'autorisation après sont celles qui ont pour mission de veiller par tous les moyens en leur pouvoir à l'accomplissement de tout ce que l'intérêt du mineur exige. Et on ne voit pas pourquoi, si cet intérêt exige le maintien de l'acte, les autorités désignées par la loi ne pourraient pas en quelque sorte le confirmer (3).

Au lieu de prendre le problème en n'examinant que ce cas spécial, demandons-nous, en laissant de côté les quelques hypothèses qui sont précisées par des textes : prodigue, mineur émancipé, tuteur vendant des valeurs mobilières, ce qu'il faut penser de cette question. Il faut d'abord distinguer pour plus de netteté deux situations : la question qui se présente peut être une question de capacité ou une question de pouvoir. On peut, en effet, être en face d'une personne qui gère ses propres intérêts, mais que, pour des considérations diverses, on a déclaré incapable de faire certains actes : tels la femme dotale, le mineur non émancipé. On peut être, au contraire, en face d'une personne gérant le

(1) V. Demolombe. t. VII, nº 749, p. 518. Cf. Saleilles, *Aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du bien d'autrui*, p. 357.

(2) V. Demolombe, *loc. cit.*

(3) Saleilles, *Aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, p. 357.

patrimoine d'autrui qui n'a sur ce patrimoine qu'un pouvoir limité, comme un tuteur, un administrateur de succession, un curateur à succession vacante.

Quand il s'agit de véritables incapables, on voit que les textes et l'interprétation ont en somme prévu presque tous les cas possibles : l'incapable en effet sera une femme mariée, ou un mineur émancipé, ou un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire. Le mineur non émancipé, avec la femme dotale, est le seul pour lequel le texte n'ait rien dit : il s'agit donc de savoir si, ayant fait un acte qui le lèse, et que par conséquent il était incapable de faire, il ne pourra pas le faire ensuite approuver par son tuteur et, s'il est nécessaire, par le conseil de famille et même le tribunal. Mais le cas est un peu spécial, car on est ici en présence d'un propriétaire incapable pour certains actes seulement (ceux qui le lèsent et ceux pour lesquels la loi exige des formes spéciales : autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal, etc.), et qui cependant a un administrateur chargé de passer en son nom tous ses actes.

Cependant la difficulté générale que nous examinons est susceptible de se présenter dans deux circonstances : l'une peu pratique, l'autre beaucoup plus.

D'abord on peut supposer que le mineur a fait seul un acte que le tuteur aurait pu faire seul. Ou bien cet acte ne lèse pas le mineur, il est alors valable, puisque le mineur est simplement incapable de se léser, et que l'acte lui a été profitable. Donc pas de question. Mais l'acte peut léser le mineur : celui-ci était incapable de le faire; pourrait-il le faire approuver par son tuteur et le rendre ainsi régulier une fois qu'il a été fait, comme cela lui aurait été possible avant? La question ne se présentera pas souvent, car si le tuteur approuve, soit avant, soit après cet acte lésif, il engage sa responsabilité. Il est donc douteux qu'il le fasse. Mais enfin tout est possible : on conçoit que le tuteur, ne se rendant pas compte de la responsabilité qu'il encourt, va approuver l'acte, le prendre à son compte. Cela est-il régulier?

Ou bien, on sera en présence d'un cas exceptionnel où l'acte qui au début causait une lésion, se trouve par des cir-

constances fortuites devenir avantageux. Des marchandises ont été achetées par le mineur au-dessus du cours, mais celui-ci s'élève beaucoup et le tuteur juge profitable aux intérêts du mineur de donner son approbation.

Nous avons une difficulté d'un intérêt plus pratique, si nous supposons que le mineur a accompli un acte pour lequel des formes spéciales étaient nécessaires : délibération du conseil de famille, homologation du tribunal, avis de trois jurisconsultes, etc. Ici le mineur était incapable de faire l'acte, que celui-ci lui fût avantageux ou non. Pourrait-il le faire approuver une fois fait, par une délibération du conseil de famille ou par d'autres formalités?

D'abord, pour éviter tout malentendu, nous croyons qu'il faut distinguer notre hypothèse de celle de la confirmation d'un acte annulable. La confirmation, et ce point est très important, nous paraît un acte fait essentiellement par l'incapable devenu capable ou par ses héritiers, et dans lequel il peut entrer une certaine part d'appréciation morale. L'incapacité a pris fin ; le mineur devenu majeur se dit : je ne veux pas commencer par faire tomber un acte que j'ai fait étant mineur ; j'y gagnerais une mauvaise réputation ; je veux confirmer ce que j'ai fait. La confirmation a donc une portée morale et juridique, et si la confirmation d'un acte est possible pendant la minorité[1], cela ne pourrait jamais avoir lieu selon moi que du consentement du mineur.

L'intervention tardive du tuteur, du conseil de famille, s'explique autrement : il n'y doit entrer que des considérations pécuniaires. Ces différentes personnes doivent veiller aux intérêts du mineur, elles n'ont pas à s'occuper de considérations de sentiments ou de personnes. Elles verront la meilleure affaire à faire. Cette autorisation tardive ne peut donc être légitime comme confirmation.

Est-ce à dire que cette intervention tardive du tuteur, du conseil de famille, du tribunal soit injustifiable?

On pourrait certainement l'expliquer comme une réfection ou plutôt comme une confection régulière de l'acte :

(1) V. *Contrà*, Demolombe, t. XXIX, n° 758 ; Planiol, t. II, p. 411.

le tuteur pouvait seul, ou avec autorisation de certaine autorités, faire l'acte. Il le fait sans se soucier de savoir si le mineur ne l'a pas fait de son côté. Ce serait une justification incontestable, très simple en apparence, mais en réalité aboutissant à une difficulté. On peut supposer que, le mineur ayant passé l'acte, le tuteur l'ayant ensuite refait régulièrement, le mineur le confirme une fois majeur. A partir de quelle date le contrat produira-t-il ses effets? Est-ce du jour où il a été fait par le mineur, puisque la confirmation rétroagit en principe jusqu'à ce moment, est-ce, en réalité, seulement du jour où l'acte a été refait par le tuteur dans les formes légales?

Ne peut-on pas expliquer et justifier cette intervention tardive du tuteur et des autres autorités compétentes en matière de tutelle par un principe plus général? Quand le mineur a passé l'acte, s'il n'était plus un enfant, si, tout inexpérimenté qu'il pouvait être, il avait une volonté, on peut dire et on doit dire qu'il y a eu consentement. Seulement le consentement, par suite de l'incapacité, manque d'une des conditions nécessaires à sa perfection. Cette condition de capacité est distincte du consentement, puisqu'elle se réfère à un état psychologique général de l'agent, tandis que le consentement se réfère à un état psychologique spécial. Cette distinction fait qu'en théorie pure l'on ne voit aucune impossibilité à ce que les formalités indispensables à l'habilitation de l'incapable ne se produisent pas au moment même de l'acte. Au point de vue pratique, on ne voit pas non plus de raison décisive pour que les autorisations exigées par la loi soient données une fois l'acte accompli.

On peut bien objecter que les approbations d'un acte survenues après coup sont toujours suspectes d'une certaine complaisance. L'acte déjà signé, parfois exécuté, a toujours la force d'un fait accompli, ce qui est énorme. L'approbation peut être donnée en disant : passe pour cette fois, mais qu'on n'y revienne plus. L'objection ne nous paraît pas décisive, car si un mandant, si un maître peut ratifier à contre-cœur l'acte qu'a fait sans pouvoir suffisant un mandataire ou un gérant d'affaires qu'il veut ménager, qui est

un auxiliaire utile, il n'en est pas de même pour un tuteur, pour un conseil de famille, surtout pour un tribunal bien indépendant vis-à-vis d'un mineur, et qui ne se laissera pas forcer la main. Il s'agit d'ailleurs ici non de froisser un homme fait, en refusant d'approuver ses actes, mais de juger l'acte d'un incapable, ce qui peut se faire en toute indépendance.

Ajoutons que l'on trouverait plutôt des raisons pour valider ces formalités remplies tardivement. Je ne me contenterai pas de remarquer que, la loi n'ayant rien dit, n'ayant rien défendu, cela doit être permis. Je ferai remarquer que les textes qu'on serait tenté de nous opposer ne visent pas notre cas. L'article 458 dit bien que les délibérations du conseil de famille relatives à des emprunts ou à des aliénations ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal, et l'article 467 dit que le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé. Ces articles ne visent que le cas usuel : le mineur étant inactif, son tuteur agissant pour lui. Mais le Code n'a vu la protection des mineurs que d'une façon fragmentaire. Il a vu l'administration du tuteur au titre de la tutelle, la capacité du mineur au chapitre des actions en nullité et en rescision. Il n'a pas prévu, ce qui est notre cas, que le mineur pourrait vouloir déjà s'occuper de ses intérêts, passer certains actes et les faire régulariser ensuite, qu'il pourrait y avoir conflit d'attributions entre l'administrateur du bien d'autrui et le mineur qui est à demi capable.

Je crois que l'on peut s'appuyer sur des considérations plus pratiques, tenant à la façon dont les choses se passent nécessairement. On offre à un mineur un acte qui paraît avantageux ou du moins acceptable. S'il veut ne passer l'acte qu'après avoir obtenu les autorisations nécessaires, il dira à son pollicitant : je vais consulter mon tuteur, faire réunir mon conseil de famille, faire homologuer sa décision par le tribunal et dans deux mois je vous rendrai réponse. La situation du tiers est donc la suivante : ou bien il a donné un délai prolongé pour répondre, et d'ici là le mineur d'abord

favorable peut changer d'avis; ou bien il n'a pas fixé de délai; et alors il conserve le droit de revenir sur son offre, tant qu'il n'y a pas acceptation. Il vaut mieux autoriser une adhésion immédiate au contrat par le mineur, sauf à faire autoriser ensuite cette acceptation. Alors, en effet, le tiers est lié, on ne risque plus le jour du jugement d'homologation de le voir dire : mon offre n'est pas acceptée, je la retire. D'un autre côté, le mineur est déjà lié, sauf à agir en nullité, s'il le juge bon. En tout cas, de son côté, ce n'est déjà plus le néant juridique, mais, par suite de cette habilitation survenant tardivement, nous allons encore avoir un droit dont les divers éléments se sont formés peu à peu : autrement dit, le droit du tiers n'aura été jusqu'à l'habilitation qu'un droit éventuel.

Telle est la solution que nous donnons pour le mineur. Ajoutons qu'on pourrait la transporter presque textuellement au cas de la femme dotale, qui n'est pas complètement fixé par les textes. Une femme dotale veut passer un acte par rapport à sa dot : échanger l'immeuble dotal, ou l'hypothéquer pour un des motifs prévus par l'article 1558 du Code civil (à supposer que cela soit possible, ce que je ne puis ici démontrer). Il me semble qu'elle pourrait dès à présent signer l'acte avec son mari, sauf à se faire ensuite autoriser par le tribunal.

Et cela est du plus grand intérêt pratique. Non seulement la femme peut dès à présent lier le tiers, ce qu'elle aurait pu faire par une simple promesse unilatérale d'échange ou de prêt moyennant hypothèque. Mais le tiers peut encore la lier elle-même dès à présent. Il peut arriver à faire maintenir le contrat, même si la femme ne le veut plus. Il pourra lui-même agir devant le tribunal pour demander que l'autorisation nécessitée par l'article 1558 du Code civil soit accordée à la femme qui peut-être n'en veut plus. Et cela me paraît plus équitable, plus conforme au besoin d'arriver aussi vite que possible à la sécurité, au moins relative, quand on traite une affaire.

Ce droit du tiers d'agir en autorisation n'aurait d'ailleurs

rien d'exorbitant. Il est absolument distinct du droit du mari de demander seul au tribunal l'autorisation de passer un acte dont sa femme ne veut pas (1). Car ce sont deux choses toutes différentes que l'acte d'un tiers qui, ayant à un moment donné obtenu le consentement de la femme, veut ensuite remplir les formalités judiciaires pour valider l'acte passé, et le fait du mari qui, malgré l'opposition constante de sa femme, voudrait obtenir du tribunal un jugement portant atteinte à l'aliénabilité dotale et faire autoriser un acte probablement peu avantageux.

Nous admettons donc en principe que la femme dotale peut valablement passer un acte par rapport à sa dot, quitte à le faire autoriser ensuite par le tribunal.

Toutefois constatons que, précisément dans le cas le plus pratique, l'article 997, alinéa 2 du Code de procédure civile établit une exception. « Lorsqu'il y aura lieu de vendre des immeubles dotaux, dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil, dit-il, la vente sera préalablement autorisée sur requête par jugement rendu en audience publique ».

Mais, ce texte ne nous paraissant pas justifié complètement en raison, bien au contraire, rien ne nous oblige à l'étendre aux cas voisins, pas même à l'échange, car il ne nous semble pas que cette règle toute spéciale du Code de procédure puisse être considérée comme faisant corps avec la théorie générale de la vente que l'article 1707 du Code civil a seule entendu viser. En tout cas, cet article 997 resterait étranger au contrat d'hypothèque.

Nous arrivons donc à ce résultat pratique, dont les textes limitent évidemment beaucoup la portée, qu'une personne peut signer un contrat, y consentir à un moment déterminé et que les formalités habilitantes peuvent n'être remplies qu'après. Ceci choque évidemment un peu les idées reçues.

Mais ces idées sont peut-être un inconscient souvenir du droit romain, où l'on exigeait pour les actes juridiques l'unité de temps. Les Romains sont restés fidèles à ce principe pendant des siècles. Ils ont considéré en matière de

(1) V. Baudry, Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1708.

capacité que l'habilitation de l'impubère par son tuteur était une sorte de complément de volonté qui devait se manifester au moment même de l'acte. Mais pourquoi s'attacher à cette conception surannée de l'habilitation de l'incapable, qui est forcément abandonnée, puisqu'on permet à l'habilitation par le conseil de famille et le tribunal de se produire un certain temps avant l'acte, puisque rien de précis d'autre part ne vient limiter le temps qui s'écoulera entre l'autorisation donnée antérieurement à l'acte et l'acte lui-même? Qui empêche un incapable, par exemple une femme dotale, autorisée par jugement, à passer un acte seulement six mois, un an après qu'on l'y a autorisé?

L'habilitation concomitante à l'acte est donc abandonnée aujourd'hui, sauf dans le cas où un texte suranné rend nécessaire « l'assistance » d'une personne pour passer tel ou tel acte, comme pour le mineur émancipé, le prodigue.

D'ailleurs, nous ne voyons pas de raison théorique décisive pour que l'habilitation ne puisse pas se produire à un moment quelconque. Que veut-on, en effet, en déclarant une personne incapable et en disant qu'elle aura besoin, pour faire un acte valable, de l'approbation, soit de tel individu, soit de tel groupement légal : tribunal, conseil de famille? On veut simplement constater deux choses : d'abord que le futur cocontractant a une certaine volonté : ce serait en effet plus qu'une simple incapacité s'il était un enfant inconscient juridiquement, un aliéné. On veut ensuite constater que sa volonté ne se présente pas avec l'expérience (mineur) ou le calme, la pondération suffisantes (prodigue), la maîtrise de soi nécessaire (femme dotale) pour qu'on la laisse agir seule. Il lui faut un appui. L'acte ne sera valable que dûment approuvé par tel ou telle autorité de protection. Alors pourquoi demander que cette autorité de protection se prononce avant l'acte plutôt qu'au moment de l'acte ou après? Cette approbation tardive n'est-elle même pas parfois meilleure, car on juge déjà les résultats de l'acte? En tout cas, elle est au moins aussi bonne.

D'ailleurs, le Code allemand favorise ces idées : l'article 108 porte que si le mineur conclut un contrat sans l'autorisation

requise de son représentant légal, l'efficacité du contrat dépend de l'approbation du représentant (1).

Nous avons annoncé qu'on pouvait encore rencontrer une seconde hypothèse qu'il fallait distinguer de la question d'incapacité.

L'auteur d'un acte, qui, pour celui-ci, a besoin d'une certaine habilitation, peut être non pas un incapable, une personne dont l'état mental soit suspect, mais un administrateur du bien d'autrui dont les pouvoirs sont limités. Le cas le plus connu est celui d'un tuteur qui gère les biens d'un mineur ou d'un interdit. C'est le seul dont on se préoccupe, mais on peut en supposer beaucoup d'autres : un curateur à succession vacante, qui a besoin pour certains actes d'une autorisation de justice (2), ou un exécuteur testamentaire qui a besoin d'autorisations, par exemple, pour vendre le mobilier. Il y a aussi le syndic de faillite.

Il faut soigneusement distinguer ce cas de celui d'un incapable ordinaire : nous nous trouvons en face d'un administrateur du bien d'autrui capable de passer pour ses biens propres les actes les plus graves, mais qui ne peut les passer tous quand il s'agit d'un autre patrimoine, soit à raison de ce qu'un grand nombre de personnes sont intéressées à une bonne gestion, soit à raison de ce que l'on se défie toujours un peu de celui qui gère des biens dont il n'est pas propriétaire, il peut être négligent, imprudent, et l'on veut toujours une bonne administration.

On ne peut parler ici de justifier l'autorisation donnée par l'autorité désignée après l'acte accompli, en disant qu'il y a une gestion d'affaires ratifiée et qui équivaut par suite à un mandat donné à l'avance, en vertu du principe : *ratihabitio mandato aequiparatur*. Car l'autorité : juge, tribunal, qui donne l'autorisation n'est pas un mandant, c'est un tiers, personnellement désintéressé au contrat, une sorte de conseil dont l'intervention est obligatoire. Sommes-nous davantage

(1) Le commentateur français de cet article admet toutefois qu'il y a là rétroactivité. V. p. 106, n° 3.

(2) V. Demolombe, t. XV, nos 410 et suiv.

en face d'un cas où l'on puisse parler d'un élément essentiel à la validité du contrat, comme la capacité? L'article 1108 n'énonce pas le pouvoir de contracter parmi les conditions essentielles à la validité de l'obligation. Cependant le contrat n'est-il pas nul lorsque le représentant légal, s'étant présenté comme tel, n'avait pas les pouvoirs suffisants, puisqu'il n'a pu ni s'obliger, ni obliger le patrimoine du représenté? Et cela ne serait-il pas assez pour dire qu'à l'encontre de l'article 1108, nous sommes ici en face d'un élément essentiel? Nous croyons qu'il est difficile de raisonner autrement, d'autant plus que l'article 1108 n'a entendu viser que les conditions essentielles générales, applicables à tous contrats, et non celles qui sont spéciales à certains contrats : ceux passés par l'intermédiaire d'autrui.

Nous sommes donc en face d'une condition essentielle à la convention et nous allons encore retrouver un droit éventuel qui naîtra le jour où l'acte sera passé par l'administrateur, pour devenir plus tard droit pur et simple, à condition qu'il soit possible à cet administrateur de passer l'acte, puis de le faire approuver ensuite. Mais cela est-il possible? Constatons d'abord que la loi du 27 févr. 1880 l'interdit au tuteur aliénant les valeurs mobilières de son pupille. Celui-ci doit être préalablement autorisé à cet acte (art. 1er). Mais l'article 1er fait saisir la raison d'être de cette règle spéciale. « Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles ». On a donc voulu permettre des mesures spéciales, à raison des abus qui s'étaient produits dans certaines aliénations de titres appartenant à des mineurs. De son côté, le Code civil, dans les articles 458 et 557, suppose aussi que pour les actes plus importants le tuteur doit être autorisé avant de les passer.

Cette raison qui a déterminé le législateur de 1804 ou celui de 1880 doit-elle nous conduire à refuser de valider tout acte d'un administrateur du bien d'autrui qui ne serait autorisé qu'une fois fait (1)? Nous ne le croyons pas. Nous avons ici

(1) V. en ce sens pour le tuteur : Huc, t. III. p. 366. — Nancy, 9 mai 1883, D. 86. 2. 134. — *Contrà*, Bruxelles, 21 mai 1884, *Pasicr.*, 84. 2. 284;

les mêmes raisons de valider cette approbation postérieure que dans tous les cas précédents. Et nous ferons remarquer que les abus seront rares, car un administrateur ne se risquera qu'en présence d'un intérêt évident à faire un acte sans approbation préalable.

Arrivons à un autre cas : imaginons, au lieu d'un administrateur légal du bien d'autrui, un mandataire conventionnel : supposons que ses pouvoirs soient limités, qu'il ne puisse pas passer tel acte grave sans en référer à son mandant. C'est par exemple un mandataire général, chargé uniquement d'administrer. S'il fait un acte d'aliénation, que le mandant approuve ensuite, nous ne sommes plus dans la théorie du droit éventuel.

Le contrat ne manquait dès le début d'aucun élément essentiel : le mandataire dont l'acte a été approuvé dans la suite, est considéré comme ayant eu dès l'origine le pouvoir pour passer seul l'acte en vertu du principe : *ratihabitio mandato aequiparatur*. La ratification donnée a un effet rétroactif. Elle est censée dater du jour même où le tiers s'est entendu avec le mandataire (1).

Arrivons maintenant à un point plus délicat, et supposons un acte fait pour le compte d'une personne morale. L'administrateur peut en vertu de la loi n'avoir pas les pouvoirs suffisants pour le faire : il peut être nécessaire qu'il se fasse autoriser. Ainsi le maire pourra avoir besoin d'une délibération du conseil municipal ou d'une autorisation du préfet. Le préfet, pour un acte intéressant le département, aura besoin de l'autorisation du conseil général, etc.

Dans tous ces cas, à moins que des textes précis n'obligent l'administrateur à se faire préalablement autoriser, nous croyons que l'approbation peut survenir postérieurement à l'acte lui-même et que là encore nous aurons un droit éventuel.

Laurent, t. XVIII, p. 618 et suiv.; Larombière, t. VI, art. 1338, n° 17; Demolombe, t. VII, n° 749.

(1) Mais il en serait autrement au cas où le mandataire dépassant ses pouvoirs déclarerait traiter à condition que le mandant ratifie. Ici le consentement n'intervient qu'à ce moment. V. en ce sens, Paris, 4 avr. 1878, D. 81. 1. 81.

Sans vouloir insister sur un point de droit administratif, nous ferons remarquer simplement que l'article 910 du Code civil semble écrit pour permettre à notre manière de voir de s'appliquer. Il dit que les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune, des établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret. Ces dispositions n' « auront leur effet », c'est-à-dire ne produiront de conséquence, qu'après le décret. Mais rien n'empêche qu'elles ne soient auparavant acceptées. Et cela est très important, car cette acceptation empêchera le donateur de revenir sur sa volonté avant que la donation n'ait été autorisée, ce que la solution contraire ne permettrait pas, à moins d'admettre qu'on passera d'abord un contrat de promesse de donation que l'article 932 rend sans effet.

Dans le cas d'un administrateur d'une personne morale passant un acte pour le compte de celle-ci, nous pouvons donc avoir encore un contrat dont les éléments essentiels ne se réaliseront que successivement, et il va mettre à un moment donné un simple droit éventuel.

Ce cas spécial se serait confondu avec celui de tout autre administrateur du bien d'autrui, s'il ne se présentait pour certaines personnes morales un point intéressant qui est celui-ci.

Lorsqu'un administrateur de personne morale a le devoir de passer un acte avec certaines autorisations, il peut avoir à se faire approuver, non pas par une oligarchie : conseil d'administration, conseil général, conseil municipal, mais par l'ensemble des personnes ayant des intérêts dans la personne morale. Cela existe au point de vue administratif, là où existe le *referendum* administratif. Cela existe dans les sociétés anonymes, où les actes graves ne peuvent être faits qu'avec l'assentiment de l'assemblée des actionnaires.

Si l'on considère encore comme fondée la théorie de la personnalité fiction, ou si l'on explique la personnalité morale par des droits sans sujet, ici la solution est la même que s'il s'agit d'une autorisation donnée par un groupement quelconque de personnes. Mais si l'on considère la person-

nalité morale comme couvrant la propriété de tous les associés ou comme constituant une réalité, la solution sera totalement différente. Ce n'est plus un tiers juridiquement étranger au bien à gérer, qui va approuver l'acte. L'autorisation à donner va l'être, selon la théorie admise, par les copropriétaires ou par le propriétaire. Nous retomberons donc, si l'autorisation peut être donnée postérieurement à l'acte, — ce qu'il faut ici encore admettre à moins de texte contraire, — nous retomberons donc dans une situation où s'appliquera la règle *ratihabitio mandato aequiparatur*. Nous allons avoir une approbation qui produira un effet rétroactif, elle rétroagira au jour de l'acte passé, comme si celui-ci avait été pur et simple dès ce moment-là. Nous sommes sur le terrain de la condition et non du droit éventuel.

SECTION V

De l'éventualité tenant à l'existence d'une des parties.

L'éventualité pouvant porter sur le consentement d'une des parties, on a à se demander si elle ne pourrait pas porter aussi sur leur existence même. Car enfin le consentement, c'est la personne même envisagée en tant que volonté à un moment donné. Si on peut parler de consentement éventuel, pourquoi ne pas parler d'un participant éventuel à un acte juridique? Il y a là une difficulté que nous devons examiner tout d'abord. La question se pose principalement à propos de la fondation directe par testament. Un testateur lègue tout ou partie de sa fortune à une œuvre qui existe déjà en fait ou qui ne fonctionne pas encore, peu importe, mais en tout cas il fait un legs à une œuvre : institution charitable, société, établissement scientifique, qui n'a pas encore été investi de la personnalité morale. Ce legs est-il valable?

La question est très embarrassante : et un dissentiment paraît se manifester entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation (1). Tandis que la pre-

(1) V. Sur ce point l'étude très intéressante de MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, *Revue*, 1901, p. 276 et s.

mière tend à admettre la fondation directe, la seconde la repousse, elle annule des legs à des sociétés existantes, parce qu'au moment du décès celles-ci n'étaient pas reconnues d'utilité publique. « Un acte postérieur d'autorisation ne peut rétroagir à une époque antérieure au décès et priver les héritiers légitimes de droits à eux acquis par le fait même du décès ».

Cette jurisprudence de la Cour suprême paraît avoir un appui très solide. Le défunt dès l'instant de son décès a cessé d'être propriétaire des biens légués. D'autre part, la fondation n'a pu posséder que du jour où elle a été érigée en personne morale. Il y a donc une période intermédiaire où les biens n'auraient été ni la propriété du défunt, ni celle du légataire. Les biens n'ont donc pu être directement légués à l'œuvre non encore personnifiée.

Les auteurs ont parfois essayé de réfuter ces assertions. Le premier moyen employé a été de rapprocher la situation de la société ou de l'œuvre non personnifiée d'un enfant simplement conçu, lequel est capable de recueillir une succession (art. 906). On s'est complu à assimiler la vie de la société avant sa personnification à la vie intrautérine. Nous croyons qu'il ne faut pas trop tenir compte de cette argumentation métaphorique. Car les comparaisons ne valent des raisons qu'autant qu'on arrive à prouver qu'il y a dans deux cas des situations analogues. Mais en quoi le rôle du Conseil d'État préparant une reconnaissance d'utilité publique ressemble-t-il à celui d'une sage-femme? Et à quoi des comparaisons de ce genre peuvent-elles nous avancer?

D'autres auteurs ont mieux raisonné, quand ils ont dit qu'il y avait ici « un legs à une entité sous condition que celle-ci soit reconnue par le Gouvernement. Or la libéralité en faveur d'un ami sous une condition qui est déjà accomplie au jour du décès, ou dont l'accomplissement est possible après le décès, est valable incontestablement. Il en sera de même du legs fait à une entité susceptible d'être reconnue légalement sous condition que cette reconnaissance légale ait été obtenue; dans un cas comme dans l'autre, la condition accomplie rétroagit au jour du décès ».

Le malheur, c'est que l'on applique ici la théorie de la rétroactivité, alors que ce qui manque à l'acte juridique, ce n'est pas un élément accidentel, mais un élément essentiel ; l'existence du bénéficiaire. En vertu d'un raisonnement semblable, je pourrais léguer à un enfant qui naîtra des années après mon décès, en disant que je lui lègue sous condition qu'il naisse. Il faut, pour envisager le problème, remonter beaucoup plus haut, prendre les choses d'un point de vue plus élevé. Quand une personne vient à décéder, en fait, avant que les différents appelés à sa succession : légataires ou héritiers *ab intestat*, entrent en possession des biens, les utilisent à leur profit après avoir accepté le titre qui leur est conféré, il y a une certaine période transitoire. Les Romains s'en étaient rendu compte, et ils avaient marqué ce stade intermédiaire en construisant la théorie de l'hérédité jacente. A un certain point de vue, l'idée était excellente : on fait toujours du bon travail quand on tient compte de la réalité des choses et qu'on veut en donner la transposition exacte sur le terrain juridique. Mais le procédé d'exécution resta inférieur. On eut le tort de considérer cette hérédité jacente comme possédée encore par le défunt. Le caractère artificiel du moyen employé amena la ruine du système. La théorie de l'hérédité jacente a vécu.

Cependant il reste toujours en fait une période d'un caractère incertain entre le décès et l'acceptation des appelés. L'article 777 et l'article 785 ont essayé de la dissimuler, en faisant rétroagir l'acceptation et la renonciation. Le procédé sonne faux, comme toutes ces fictions de rétroactivité. Il nous paraît simplement répondre à une vieille idée de technique juridique qui nous paraît susceptible d'être abandonnée sans inconvénient : c'est ce que j'appellerais volontiers le principe de la conservation des droits. Tant qu'un droit n'est pas éteint par un des procédés qui lui sont propres, on admet qu'il doit vivre avec tous ses caractères, reposer continuellement sur la tête d'un titulaire. Notre imagination nous figure un droit comme un objet matériel, qui passerait de main en main, mais qui serait toujours sous la domination de quelqu'un.

Rien de moins exact, si l'on veut se donner la peine d'observer. Un droit est comme un être vivant, il a ses périodes d'expansion, de puissance, ses moments de crises, de sommeil, il apparait parfois incomplet, sans puissance (1). Quand on observe un droit de propriété dans les moments de crises que subit le patrimoine : succession, faillite, liquidation, on voit qu'en fait il se produit toujours une certaine période où la propriété est immobilisée, où il ne peut en être fait un complet usage. Il y a ainsi un temps où la propriété est dans une période d'attente, où l'on ne fera sur elle que des actes d'administration, souvent des actes conservatoires. Cela est si vrai qu'il suffit, lorsqu'une succession est vacante, qu'un curateur soit nommé pour conserver et liquider le patrimoine. S'il en est ainsi, si en fait et forcément, qu'on le veuille ou non, la propriété, le patrimoine entier passe par cet état spécial, et si une simple administration suffit pour parer à tout inconvénient, pourquoi vouloir à toute force trouver, même après, quelqu'un sur la tête de qui repose ou est censé avoir reposé la propriété? Est-il utile de se donner le plaisir de dire : il y a toujours eu un propriétaire, quand le langage courant lui-même, fidèle observateur des faits, nous indique qu'il y a une situation spéciale « une affaire en liquidation », « une succession qui n'est pas réglée »?

Si l'on analyse les droits réels en une obligation passive universelle(2), il n'est besoin d'autre chose, pour le soutien de cette obligation passive, que d'un administrateur pour assurer le respect de ce droit. Pourvu que la succession ait un administrateur (et ainsi s'explique en partie l'usage et l'importance des exécuteurs testamentaires en cas de fondation), elle peut attendre que l'appelé se présente. S'il en est ainsi, si la succession peut rester dans cet état transitoire, pourquoi ne suffira-t-il pas que, d'ici l'expiration d'un certain

(1) Et cela est tellement vrai qu'il y a des biens qu'on appelle de main-morte. Et les biens d'un mineur, d'un interdit, d'une femme dotale, ne sont-ils pas eux aussi en sommeil? On les conserve, ils ne circulent guère. C'est la propriété à l'état de recueillement.

(2) V. en ce sens, Planiol, t. I, n° 763.

délai, puisse se présenter un héritier ayant existence légale?

Nous dirons donc, étant donné l'état particulier que traverse le patrimoine, qu'il suffira que la personne morale existe un certain temps après le décès.

Ici sans doute se dresse une difficulté. Dans quel délai faudra-t-il que la fondation soit personnifiée? Aucun texte ne nous fixe sur ce point. Nous sommes d'ailleurs en dehors des textes, en face d'un terrain sur lequel il faut bâtir. Et c'est évidemment la faiblesse des conceptions inspirées par des considérations objectives et législatives de ne pouvoir aboutir à une réglementation précise : à la détermination de formes rigides et de délais.

Pourtant faisons au préalable cette remarque générale : c'est que cette période de crise que traverse le patrimoine doit autant que possible être courte. Cela est conforme aux nécessités pratiques. Il faut que les biens soient aux mains de personnes libres de toute entrave pouvant les faire fructifier.

C'est pour cela que par des mesures mal combinées et très imparfaites le Code a voulu abréger l'attente. Une personne ne peut hériter que si elle est née au plus tard le trois centième jour après l'ouverture de la succession (art. 906). D'un autre côté l'article 797 permet de poursuivre l'héritier qui ne prend pas qualité assez vite.

Il ne saurait être question de transporter ces délais en notre matière. Il n'y a ni conception, ni accouchement de personnes morales. Mais on peut dire qu'une personne morale non existante au jour du décès doit pour être habile à se prétendre légataire avoir été administrativement reconnue dans un délai aussi bref que possible. Pour le surplus, les tribunaux apprécieront. L'Académie des Goncourt a mis quatre ans à se fonder (1). Mais en fait elle s'est heurtée à de nombreuses difficultés, aucun retard ne pouvait être imputé à faute. Il en serait autrement si une société fondée des années après le décès prétendait recueillir le bénéfice d'un

(1) Le procédé employé ne fut pas celui du legs direct. Mais, peu importe, notre exemple n'est donné qu'au point de vue du délai.

legs qu'on croyait depuis longtemps devenu caduc. L'incertitude aurait duré trop longtemps, la réclamation de la personne morale sera rejetée.

« Nous aboutissons ainsi à un système qui nous explique pourquoi la fondation par testament peut se comporter autrement que la fondation par donation. Car personne n'a songé, que je sache, à permettre à un donateur d'instituer donataire un établissement qui n'existe encore qu'en fait, ou qui n'existe même pas en fait.

Si par conséquent notre système se limite au cas d'une fondation par testament, il n'en résulte pas pour cela qu'il ne permette pas toutes les fondations et notamment les fondations indirectes par legs à des personnes physiques ou morales. Il les rend plutôt inutiles, car il démontre qu'il ne sert à rien de désigner un légataire à charge de créer la fondation : il démontre que, malgré les termes, on a plutôt voulu simplement créer un exécuteur testamentaire, ce qui met ce genre de legs à l'abri de toute critique, comme étant entaché de substitution prohibée. En réalité le légataire n'est qu'un administrateur temporaire, avec bénéfice éventuel du legs si la fondation ne peut être créée. Et encore cela peut-il être matière à procès. Car tout ici dépend de la volonté du testateur qui a pu préférer les légataires ainsi dénommés à ses héritiers du sang, ou qui au contraire a pu au fond se désintéresser de ce que deviendraient ses biens, si la fondation ne pouvait se réaliser, et par conséquent entendre alors laisser son patrimoine soumis aux lois sur la dévolution *ab intestat*.

Et dès lors tout s'éclaire. On comprend comment la Cour de Montpellier (1) s'est demandée si en pareil cas les légataires seraient préférés aux héritiers. C'est ce que nous nous demandons nous-même.

On voit alors s'évanouir les objections présentées contre ce mode de fondation : nous n'avons plus de légataire sans émolument. Il ne saurait être question d'interposition de personnes ou de substitution prohibée. Les biens arrivent

(1) 23 avr. 1900, S. 1902. 1. 137.

directement du testateur à la personne gratifiée. On ne saurait parler d'une confusion de la charge avec le legs proprement dit (1).

Arrivés au terme de cet examen rapide de la théorie de la fondation testamentaire, nous nous demandons si nous n'avons pas fait de la succession jacente une sorte de personnalité morale, si nous ne nous sommes pas rapproché beaucoup du droit romain. En effet, nous avons affirmé que la masse des biens successoraux n'était qu'un ensemble de biens affectés à un but spécial : l'intérêt des héritiers qui se présenteront. Il y a donc bien ici ce qui est la pierre de touche de la personnalité morale, en germe ou développée, ou plus exactement d'une patrimonialité spéciale : l'affectation de biens à un but.

Que l'on donne ce nom ou qu'on le refuse, peu nous importe. Il faut se payer, non pas de mots, mais de réalités : il faut voir les choses comme elles sont. En tout cas, ce mot de personnalité morale ne serait pas pour nous effrayer. On qualifie bien la masse des créanciers de la faillite de personne morale. Pourquoi ce terme nous ferait-il peur ici ?

Si la succession jacente a une sorte de personnalité morale, ne peut-on pas nous dire que nous retombons dans les substitutions prohibées, que nous retrouvons la charge de conserver et de rendre ? A prendre les choses au pied de la lettre, l'affirmative n'est pas douteuse. Mais on ne peut l'admettre sans fermer les yeux sur la seule façon rationnelle d'interpréter la prohibition des substitutions. Cette prohibition est faite pour le cas où un bien donné à une personne pour qu'elle en use suivant ses volontés, doit être rendu à une autre qui en usera suivant les siennes. Elle ne doit pas viser le cas où le premier destinataire doit uniquement diriger ses actes suivant les intérêts du second, comme cela a lieu lorsqu'une personne morale reçoit des biens pour les

(1) Il ne reste plus, par conséquent, en matière de fondation indirecte, qu'à examiner si, par intérêt politique, il convient de prohiber les fondations non personnifiées. La Cour de cassation ne l'admet pas. MM. Lévy Ullmann et Grunebaum-Ballin critiquent cette solution. Nous n'avons pas à nous prononcer sur ce sujet.

remettre à un particulier ou à une autre personne morale. Ce n'est que la poursuite du même but qui se continue. Rien de pareil à la situation d'une personne qui va recevoir un bien, l'emploiera suivant sa fantaisie et devra le restituer ensuite à une autre qui l'emploiera conformément à ses goûts. Là le bien est employé successivement à deux fins différentes, il y a une véritable substitution. Dans le cas que nous examinons, au contraire, c'est le même but qui est atteint successivement par deux procédés différents : d'abord la remise à une personne morale, puis la remise au destinataire même. Il n'y a pas, dans la réalité des choses, mutation, mais simplement épanouissement d'un droit de propriété devenu latent, tombé en léthargie. Le droit de propriété se complète parce que le titulaire arrive à l'existence (1).

Rien ne s'oppose donc à ce que le titulaire d'un droit ne naisse qu'après que le droit même est créé, pourvu que la loi reconnaisse l'existence de ce droit par lui-même. Cela a lieu en cas de testament, cet acte valant à partir du décès du testateur et se comportant à partir de ce moment comme une véritable obligation unilatérale reconnue par la loi. Ne revenons pas sur la première application que nous en avons donnée en cas de fondation. Remarquons seulement que dans d'autres cas encore, on peut songer à appliquer notre conception : en cas de legs à une personne indéterminées. Ainsi, je lègue une somme à qui trouvera le remède de la tuberculose. Le légataire existe peut-être, comme il peut ne naître que plus tard. On pourrait songer, dans ce cas où le légataire n'est pas futur, mais indéterminé, à dire que le legs est valable, qu'il y a simplement une éventualité quant à la personne du bénéficiaire. L'argumentation est juste.

Mais une objection nous arrêtera ici et nous empêchera d'admettre la solution proposée. C'est cette idée de bon sens, mal traduite par la loi, que les incertitudes sur le légataire ne doivent pas durer trop longtemps. Les périodes d'attente

(1) Tout ceci nous explique comment des auteurs n'admettent comme mode de fondation que la fondation par l'intermédiaire d'une personne morale préexistante (V. Geouffre de la Pradelle, *Fondations*).

qu'ouvrent les successions ne doivent pas être trop longues. L'acte sera nul en principe.

Il n'en serait autrement que si le testateur avait précisément voulu accoler les biens légués à ces masses de biens que l'on appelle des établissements publics ou d'utilité publique et que la loi en les personnifiant a acceptées de voir biens de mainmorte : non pas biens inutiles, mais patrimoines de recueillement, réserve nationale pour les besoins éloignés. Ceux-là sont en dehors des règles communes. Par leur but même, ils sont gérés autrement que les autres : on veille à les conserver, on les écarte de la spéculation. Ces masses que l'État surveille, entrave aussi, peuvent rester longtemps à attendre que le légataire véritable, l'inventeur, les prenne. L'État, en acceptant la constitution de ces masses de biens, en approuvant les legs qui les viennent grossir, a accepté cet état de léthargie des biens donnés.

Nous arrivons donc finalement à dire ici que le legs est plutôt adressé aux bénéficiaires qu'à la personne morale : à l'inventeur, aux pauvres que secourt un bureau de bienfaisance, etc.(1).

Le cas de testament n'est pas le seul où l'on peut trouver une obligation susceptible de valoir alors que le bénéficiaire est encore indéterminé. Une hypothèse du même genre se présente encore en cas de stipulation pour autrui. Si l'on accepte la théorie aujourd'hui généralement admise(2) : le droit acquis directement au tiers par l'effet de la stipulation, on arrive à se dire que ce droit qui existe par lui-même pourrait fort bien rester plus ou moins longtemps sans titulaire et n'en acquérir un que plus tard. On l'admet en ce sens que le titulaire peut ne l'accepter que très tard et ne le rendra ainsi irrévocable qu'après la mort de l'assuré.

Mais la jurisprudence se refuse à l'admettre, en ce sens que des personnes indéterminées puissent être ainsi gratifiées. La Cour de cassation et les cours d'appel n'ont pas accepté qu'on

(1) Et le même raisonnement peut être fait ici pour les donations à ces établissements, car la personnalité de l'établissement permet au donateur d'avoir immédiatement quelqu'un avec qui traiter.

(2) Lambert, *Stipulation pour autrui*, nos 56 et suiv..

pût faire une stipulation pour autrui en faveur de ses enfants nés ou à naître. Ceci nous paraît peu en harmonie avec le principe posé à propos des fondations, et pour notre part, nous estimons, malgré cette jurisprudence, qu'il est plus logique et plus sage de permettre la stipulation pour autrui même au profit de personnes indéterminées (1). Nous ne voyons pas d'obstacle, lorsqu'une obligation naît, à ce qu'elle reste ainsi en suspens jusqu'à la naissance d'un titulaire.

Sans doute on peut objecter que le droit va rester ainsi très longtemps en suspens, que cette naissance peut se produire seulement très tard, si elle se produit, et que cela va à l'encontre des principes posés par nous : à savoir que cette situation d'attente ne doit pas se prolonger.

L'argument serait évidemment très fort. Mais nous croyons qu'il est bien dur d'en tenir complètement compte. Quand il y a assurance sur la vie, l'assuré est là pour faire des actes conservatoires; de plus la situation n'est guère différente de celle qui se produit normalement là où le droit reste sans être accepté par le tiers bénéficiaire, tant que vit l'assuré, où le droit reste par conséquent révocable. Une seule différence, purement théorique, existe entre cette hypothèse et la précédente : dans notre cas, le droit manque de titulaire.

Dans le précédent le titulaire aurait ignoré son droit, mais il y avait un titulaire du droit. Faut-il pousser si loin les exigences scolastiques? Et cela ne prouve-t-il pas plutôt qu'il est plus vrai de dire qu'un droit peut rester temporairement sans titulaire? Le délai ici sera plus long, mais peu importe, du moment qu'en fait cela sera sans inconvénient.

Nous autoriserons donc, soit l'assurance au profit des enfants nés ou à naître, soit l'assurance au profit des enfants à naître.

Si nous permettons ainsi l'assurance au profit de per-

(1) C'est d'ailleurs ce que fait la jurisprudence elle-même pour les contrats d'utilité publique ou les fondations, V. Lambert, *op. cit.*, nos 127 et suiv. et 302 et suiv.

sonnes indéterminées, nous autoriserons aussi la gestion d'affaires au profit de personnes indéterminées (1) : un individu pourra se porter gérant d'affaires pour les personnes avec qui il traitera, en faisant prendre pour elle une hypothèque. Une personne pourra légalement s'assurer des concours, faire des dépenses au profit d'une société à créer, etc. (2). Sans doute là encore nous allons trouver une situation spéciale : une créance dont on ne peut déterminer le débiteur, une dette dont le créancier est inconnu. Celui-ci peut, à la rigueur, n'exister pas encore. Mais cette situation d'attente n'est guère différente de celles que nous avons vues il y a un instant. Elle résulte d'ailleurs de ce que la loi a envisagé la gestion d'affaires comme un quasi-contrat et non comme un contrat présumé. Par là, les actes du gérant ont une valeur par eux mêmes indépendamment de la personne qui en profitera. Cette personne n'apparaît qu'ensuite pour l'exécution du droit, sa mise en œuvre.

Il y a donc ici une véritable créance et une véritable dette unilatérale. Et cela s'harmonise fort bien avec les nécessités pratiques. Le gérant sent peser sur lui une responsabilité qui l'oblige à continuer de gérer et à bien gérer. Il est d'autant plus attentif qu'il ne sait pas à qui il aura affaire. Quant à sa créance en remboursement de dépenses, elle n'a qu'un caractère accessoire et elle est valable par cela seul que l'obligation principale l'est déjà.

Il y a encore un dernier cas où nous rencontrons un droit dont le titulaire est encore indéterminé : c'est celui où un cautionnement déposé par un fonctionnaire public se trouve affecté par privilège aux créanciers pour faits de charge. Ici nous avons non seulement un privilège soumis à l'éventualité de l'existence d'une créance, mais nous avons un privilège en faveur d'une personne qui non seulement est inconnue, mais qui n'existe pas encore, qui n'exis-

(1) V. en ce sens, Demolombe, t. XXXII, n° 79, qui regarde la détermination de la personne comme n'étant qu'un élément accidentel du quasi-contrat.

(2) Toutefois dans ces divers cas on pourra exiger que la période d'incertitude ne dure pas trop longtemps.

tera peut-être jamais, nous avons donc pour le moment un privilège sans créancier privilégié. Il en est ainsi de par la volonté de la loi qui a accepté que cette situation, pour des raisons spéciales, se maintînt longtemps : peut-être pendant toute la vie du fonctionnaire. L'existence de cette situation spéciale ne peut donner lieu à aucun doute, il suffit de la constater.

Tout ceci nous conduit à cette remarque générale qu'un droit peut parfaitement se concevoir et exister alors que son titulaire est indéterminé ou n'existe pas encore. L'existence d'un titulaire du droit est indispensable seulement pour la mise en œuvre du droit, pour l'exécution d'actes conservatoires ou d'exécution. C'est seulement lorsqu'un contrat ordinaire est passé que l'existence des deux intéressés apparaît comme dès maintenant indispensable.

SECTION VI

Nous avons ainsi passé en revue les divers éléments essentiels à la validité des obligations dont parle l'article 1108. Il n'en reste plus qu'un à signaler : la cause. Mais la cause, soit qu'on la comprenne telle qu'elle est dans la doctrine classique (1), soit qu'on la conçoive d'une façon plus pratique, comme le fait la jurisprudence, en y voyant un motif déterminant légitime de contracter, ne peut pas n'être née qu'après le consentement donné, ou après que les autres conditions du contrat sont réunies. Ce serait supposer une volonté qui ne trouverait ses motifs d'agir qu'après la décision prise et exprimée.

Il est cependant un cas où on verrait un contrat ayant aux yeux de la jurisprudence une cause illicite perdre ce défaut. Une pharmacie est vendue à une personne non diplômée qui la revend à un sous-acquéreur diplômé, ou obtient elle-même les titres voulus. Il nous semble que le contrat vicié se trouverait validé et que pour le temps intermédiaire il aurait eu une existence éventuelle (2).

(1) V. Planiol, t. II, p. 318 et suiv.
(2) V. cep. *Contrà*, Rouen, 24 déc. 1901, S. 1904. 2. 237.

SECTION VII

Il y a certains éléments non plus essentiels à la validité de tous les actes juridiques, mais spéciaux à tels ou tels actes déterminés, essentiels à son existence dont nous devons maintenant dire quelques mots.

Il y a d'abord la solennité de l'acte : contrat de mariage, donation entre-vifs, constitution d'hypothèque. La solennité apparaît dans notre droit, moins comme un moyen de perpétuer le souvenir de l'acte, ainsi que cela avait lieu à Rome, que comme un moyen d'assurer l'existence du consentement, d'éclairer la volonté de l'auteur de l'acte. C'est dire assez qu'elle ne peut qu'être concomitante à l'expression de volonté. Ici le principe de l'unité de temps pour l'expression de volonté et la solennité de l'acte s'applique, car il repose sur un intérêt grave : la protection des contractants ou de l'un d'eux. Il ne saurait donc être question de séparer ces deux phases et de permettre aux contractants, dans les cas que j'ai indiqués, de faire un acte sous seing privé qui serait ensuite mis par un notaire au rang de ses minutes.

Nous pouvons, par contre, trouver d'autres cas où il est intéressant de noter que tel acte juridique exigeant pour son existence telle ou telle condition spéciale, celle-ci pourra ne se réaliser qu'après et ainsi l'acte juridique, bien qu'étant fait dès un certain moment, ne pourra, à raison de sa nature même, produire ses effets que plus tard.

Ainsi nous avons dans le contrat de mariage un acte qui, fait à une certaine époque, devant être apprécié à ce moment par exemple, quant à la capacité des parties ou quant aux vices du consentement, ne peut cependant avoir une existence complète qu'au jour du mariage. Le mariage forme un élément essentiel à son existence. Et la même remarque pourrait être faite quant aux contrats accessoires : constitution de gage, d'antichrèse, d'hypothèque, contrat de cautionnement.

Indiquons enfin que le testament fait encore naître un droit éventuel. Mais ici deux époques doivent être distin-

guées. Lorsque le testateur est mort, il y a pour le légataire un droit éventuel qui ne dépend plus que de son acceptation. On a un droit soumis à l'éventualité du consentement.

Avant le décès, le droit du légataire est soumis à la même éventualité, mais de plus à celle d'une révocation. Est-ce déjà un droit? On pourrait à la rigueur le contester. Mais nous répondrons que la révocabilité n'empêche pas le droit d'exister : il suffit de citer comme exemples l'époux donataire de son conjoint, le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qu'il n'a pas acceptée. Le légataire a donc un droit éventuel du vivant du testateur.

DE LA NATURE ET DES EFFETS

DU DROIT ÉVENTUEL

Il y a, comme nous l'avons montré précédemment, une série de cas où les divers éléments des actes juridiques, au lieu de coexister, se réalisent successivement : il y aura à un moment donné consentement des deux parties, plus tard l'objet de l'acte juridique se formera, à un autre moment le contrat principal dont une convention antérieure pouvait n'être que l'accessoire, sera conclu; à un autre instant, le contrat étant conclu, une des parties, qui avait besoin pour y adhérer d'une autorisation, à raison de son incapacité, parviendra à l'obtenir.

Cette constatation générale nous montre l'abandon du système romain de l'unité de temps. Nous en sommes aujourd'hui, sauf exceptions, au principe de la succession possible dans les éléments du contrat (1). Il faut maintenant étudier les conséquences de cet état de droit nouveau.

Faut-il dire qu'il y a droit éventuel du jour où un ou deux de ces éléments existent? Nous ne le croyons pas. Parmi les

(1) V. cep. Chausse, *De la rétroactivité dans les conditions* (*Rev. critique*, 1901, p. 530).

éléments du droit il faut faire une distinction : l'article 1108 est une disposition trompeuse : en nous donnant une liste d'éléments essentiels pour la validité des conventions, elle ferait croire que tous ont la même importance pour la naissance d'un droit. Il n'en est rien.

Dans les éléments pour la formation du droit conventionnel, ou plus exactement du droit né par accord de volontés (ce qui englobe les contrats et le testament, lequel n'est peut-être au fond qu'un contrat entre un vivant et un mort : le testament étant l'offre, l'acceptation du legs l'adhésion à l'offre), un seul est essentiel : une volonté. Une seule volonté même suffit pour qu'un droit éventuel puisse naître, à condition que la loi la considère comme ayant déjà une certaine force, une certaine stabilité par elle-même (comme, dans le testament, la stipulation pour autrui au profit d'une personne indéterminée). Quand cette volonté existe, il y a immédiatement un droit éventuel.

Quant aux autres éléments : objet, contrat principal, s'il s'agit d'un contrat accessoire à former, par eux-mêmes, ils n'ont aucune valeur. Ce sont moins des éléments nécessaires pour l'existence du droit que pour son exécution. Si ces éléments de l'acte existent seuls, il n'y a aucun droit, c'est le néant juridique. Par cela seul que l'objet d'un contrat existe, il n'y a sur lui de droit éventuel pour personne. Nous sommes donc en face de simples éléments de mise en œuvre du droit.

Entre ces deux catégories extrêmes d'éléments du droit, une classe intermédiaire : la capacité des contractants, indispensable moins peut-être pour l'existence du droit, que pour sa validité. Le droit éventuel pourrait à la rigueur naître sans elle dès qu'il y aura consentement, car son rôle reste spécial : elle ne rendra pas possible l'exécution matérielle, elle assurera simplement au droit sa force juridique.

Sortons du domaine des conventions. Examinons les droits nés de la loi : droits nés de délits ou de quasi-délits, ou droits de succession. Ici une situation analogue à la précédente se présente. Dans les conventions il y a un élément capital (une volonté) et d'autres de moindre importance. Ici nous

avons de même des éléments du droit qui sont capitaux : en cas de succession *ab intestat*, ce sera le fait que l'on a un droit irrévocable, que l'on est réservataire; dès qu'on a cette qualité on a un droit éventuel. En dehors de ce cas, y a-t-il droit éventuel : un neveu a l'espérance d'hériter d'un oncle, n'a-t-il rien juridiquement, puisqu'il n'est pas réservataire? Nous verrons qu'en réalité la question est sans intérêt. En tout cas peu importe l'étendue du droit, qui varie suivant les changements de fortune du futur *de cujus*, ce n'est qu'un élément de mise en œuvre.

Même distinction pour une obligation délictuelle. L'élément fautif, ou l'élément de risque créé est l'élément capital. Lorsqu'il existe, il y a déjà un droit éventuel. Le dommage n'est qu'un élément de mise en œuvre.

Cette distinction, cette classification entre la puissance relative des divers éléments d'un droit considérés isolément nous paraît capitale en notre matière. Nous avons déjà présenté la distinction qui existe entre le droit éventuel et le droit conditionnel, montré quand un droit naît avec l'une ou l'autre de ces qualités. Nous venons maintenant de fixer la frontière qui sépare le droit conditionnel de la simple espérance, laquelle n'est rien juridiquement, et de montrer quand, certains éléments d'un droit existant, il y a déjà droit éventuel ou seulement simple espérance.

Ce qui précède nous met en même temps sur la voie des distinctions que nous allons rencontrer parmi les divers droits éventuels.

En réalité, il n'y a pas une catégorie de droits complètement semblables que l'on puisse qualifier d'éventuels. Les droits que nous avons qualifiés tels sont en effet de plusieurs sortes, et les principales sont les suivantes. Il y a d'abord certains droits auxquels ce qui manque pour devenir des droits purs et simples, c'est la volonté même d'un des contractants. C'est par exemple le cas d'une promesse de vente ou de louage.

Ce contrat peut en réalité être rapproché beaucoup d'un contrat conditionnel. Nous sommes en présence d'une éventualité très voisine d'une condition. D'abord, en fait, la pro-

messe de contrat va différer notablement d'une pollicitation qu'on aurait promis de maintenir un certain délai, en ce que, si l'on entend utiliser la promesse, on l'utilisera telle qu'elle est, sans demander de modification, sans marchander. S'il y a eu marchandage, discussion, propositions et contre-propositions, ce sera au moment de la promesse de contrat. Avant d'en arrêter les termes, les parties les auront pesés, discutés, l'utilisation de la promesse réalisera son effet à la façon d'une condition : comme un déclic qui fera sortir du moule le contrat déjà tout formé suivant les intentions des parties, et non pas comme une entrée en pourparlers susceptible d'amener l'acceptation d'un contrat plus ou moins amendé; mais tout ceci est du fait, de la pratique, et non du droit : n'insistons pas.

Au point de vue purement juridique, la partie qui se trouve un jour donné avoir obtenu une promesse de vendre a déjà, peut-on dire, donné son adhésion au contrat, seulement le contrat est soumis à la condition d'une seconde adhésion qui pourra se produire dans la suite. Et les deux choses sont différentes : la volonté d'une personne à un moment donné, celui de la promesse, ne se confond pas avec la volonté de cette même personne à un moment postérieur. Car le consentement qui donne vie à un contrat, ce n'est que l'expression juridique d'un état psychologique spécial de la personne, et, cet état psychologique ne durant qu'un moment, l'adhésion donnée par la suite à la promesse de contrat apparaît comme quelque chose d'extérieur à cette convention : autrement dit comme une condition.

Toutefois ce caractère conditionnel qu'on pourrait ainsi vouloir donner à la promesse de contrat aurait quelque chose d'exagéré, car le consentement et l'adhésion au contrat émanent de la même personne, il y a un certain lien entre les états psychologiques d'un même individu, lien d'autant plus fort que le caractère de chacun présente plus de suite, est moins versatile, moins exposé à des changements lents ou subits. Il y a donc à la base du caractère de la promesse de contrat un problème psychologique qui sera solutionné différemment suivant les espèces; mais malgré

tout, comme il y a toujours une certaine unité dans les états d'esprit successifs d'un même individu, on peut dire jusqu'à un certain point que le consentement ne fait pas complètement défaut.

Et on va aboutir au point de vue de la réglementation juridique à traiter le droit soumis à l'éventualité d'un consentement d'une façon non identique sans doute à un droit conditionnel, mais d'une façon analogue. Il est naturel en effet que le droit soit toujours le miroir fidèle des réalités pour qu'il puisse répondre aux nécessités pratiques.

Nous aurons au contraire un droit plus différent du droit conditionnel dans les autres cas où un consentement se trouvera faire défaut à un acte juridique : par exemple au cas de legs non encore accepté ou dans les cas où la disposition faite par une personne l'a été à une autre qui n'existe pas encore : ainsi quand une fondation est faite directement par testament en faveur d'un établissement non encore créé, car pour que le legs reçoive effet, il faudra non seulement que l'établissement existe, mais qu'il veuille accepter le legs (1), et rien n'indique qu'il le voudra.

Il y a encore des éventualités d'autre sorte, ce sont celles tenant aux autorisations dont une personne a besoin pour passer un acte déterminé : qu'il s'agisse d'un incapable ou d'un administrateur du bien d'autrui; nous allons, comme dans certains des cas précédents, avoir une éventualité nettement différente de la condition, et nous aurons aussi l'éventualité dans toute sa plénitude, car nous aurons une éventualité nécessaire non seulement pour l'exécution, mais encore pour la validité même du droit.

Il y a encore des éventualités d'un autre genre : l'éventualité peut consister dans l'existence même de l'objet de l'obligation ou dans la formation d'une obligation principale

(1) Indiquons toutefois que ceci ne peut s'appliquer aux stipulations en faveur de tiers indéterminés, ou aux gestions d'affaires de personnes non déterminées, lesquelles produisent effet en faveur de ces personnes, dès quelles sont connues; avec faculté toutefois pour le bénéficiaire de la stipulation pour autrui de renoncer au bénéfice qui lui est acquis. Dans ces deux cas l'éventualité ne tient qu'au défaut d'existence. Dès que le bénéficiaire existe, l'acte peut produire effet.

dont l'obligation éventuelle n'est que l'accessoire (cautionnement, hypothèque pour dette future). Ici, quelle est la situation? Faut-il dire que l'obligation est encore incomplète, qu'il manque un élément essentiel, que l'on est dans un cas voisin de la condition? Non. Nous sommes dans des cas où ce qui domine en fait, c'est moins l'incertitude de la venue d'un événement que l'incertitude sur le temps où il devra venir, sur la mesure de l'obligation. Quand je vends ma récolte future, je compte sur son arrivée; quand je cautionne une dette future, c'est que sa naissance me paraît très probable, qu'il s'agit d'une dette qui sera presque sûrement contractée.

On n'a pas une certitude, on table seulement sur des probabilités très grandes, mais comme on ne peut avoir plus dans la vie, ceci est de première importance.

En outre l'éventualité apparaît moins comme un événement qui suspend l'existence même de l'obligation que comme un événement qui suspend son exécution. Nous le verrons un peu plus loin lorsque nous examinerons les règles pratiques.

On traite ici le droit éventuel comme un droit pur et simple, sauf que son exécution est actuellement impossible et qu'elle pourra ne jamais avoir lieu. Mais sauf l'exécution principale qu'on ne conçoit pas, le droit apparait comme déjà formé. Quand je fournis hypothèque pour une dette future, on arrive en somme à considérer ici l'hypothèque comme actuelle et son exercice, au sens le plus étroit du mot, comme seul soumis à une éventualité. Et il en est de même pour le contrat portant sur une chose future. C'est qu'en effet, tandis que l'esprit se refuse à concevoir une obligation sans consentement, on comprend très bien une obligation naissant sans objet actuel. La seule chose qu'on ne comprenne pas, c'est une obligation exécutée alors qu'elle n'a point d'objet.

De ce cas, il convient de rapprocher l'hypothèse des droits successifs : des droits qui naissent d'un louage de chose ou d'un louage de services. Le droit du locataire à la jouissance de l'immeuble, le droit du patron au travail de

l'ouvrier est un droit successif. Mais on peut le faire rentrer dans la catégorie des droits éventuels, car l'obligation de fournir la jouissance future de l'immeuble, de fournir son activité pour une période déterminée dépend de l'existence future de cette activité, de cette jouissance de l'immeuble. La maison louée peut d'ici là s'écrouler, l'ouvrier peut décéder, devenir infirme. Le droit promis est donc un droit éventuel. Et la contre-prestation : salaire de l'ouvrier, loyer de l'immeuble, se trouve soumise à la même éventualité. Il n'y a donc pas, comme on serait tenté de le croire, un simple droit à terme.

Mais, dans des cas de ce genre, le caractère éventuel des obligations se présente plutôt comme atteignant l'exécution de l'obligation, que comme frappant l'obligation elle-même. Rien n'empêche de considérer cette obligation comme actuelle et affectée seulement d'une éventualité pour l'exécution même. C'est d'ailleurs ce que l'on fait en pratique. Quand le bailleur est en déconfiture, pense-t-on à dire que la jouissance se trouve due immédiatement et non pour l'époque fixée? Personne ne songe à appliquer ici la déchéance du terme, qui d'ailleurs ne se conçoit pas. C'est donc que le créancier n'est pas un créancier à terme.

De même, quand le patron fait faillite et que les ouvriers continuent à travailler après faillite en vertu de leur contrat antérieur, on ne pense pas à dire qu'ils sont créanciers dans la masse pour la période postérieure à la faillite, mais on les considère comme créanciers de la masse. C'est donc que leur droit au salaire n'a pris naissance qu'après la faillite pour leur travail afférent à cette époque (1).

Et ainsi nous pouvons nous expliquer que, l'obligation du bailleur se trouvant éteinte par la disparition fortuite de l'immeuble loué, celle du locataire de payer le prix s'éteigne aussi. L'obligation du bailleur ne naît que peu à peu, et à mesure l'obligation de payer le loyer à laquelle elle sert de cause naît aussi. L'une ne naissant pas, l'autre ne peut naître davantage.

(1) V. une autre application de ces idées en cas d'assurance-incendie pour les primes échues après la faillite, Cass., 16 avr. 1904, D. 1905.1.105.

Tirons de tout ceci une conclusion : c'est qu'en cas de droits successifs, nous rencontrons encore des droits éventuels que l'on peut assimiler sur beaucoup de points à des droits purs et simples ou à terme; en tout cas leur exécution directe ne peut avoir lieu avant l'arrivée de l'éventualité.

Il y a encore d'autres cas où il y a des droits éventuels, mais où ceux-ci apparaissent comme si faibles, qu'on ne donne pour ainsi dire aucun avantage pratique à ceux qui les possèdent. C'est ce qui arrive lorsque le droit éventuel est un droit de succession, même celui d'un héritier réservataire. Ici une tradition constante, des considérations de convenance, font que l'héritier éventuel ne peut rien faire en principe en ce qui concerne son droit. D'ailleurs les articles 791 et 1130, en interdisant les pactes sur succession future, ont prévu à ce sujet les cas les plus importants.

Étant donné cette gamme dans les droits éventuels, allons-nous pouvoir les étudier tous simultanément? Nous croyons qu'il est encore possible de le faire, sauf à faire certaines réserves brèves sur quelques-uns; il est utile de coordonner les règles applicables à des matières si diverses, sauf à indiquer des exceptions nécessitées par des considérations spéciales.

Les difficultés que nous aurons à examiner à ce propos sont assez nombreuses et importantes. Quand un droit éventuel devient pur et simple, à partir de quelle date produit-il ses effets? Quand un droit est éventuel, peut-on l'aliéner? Peut-on agir en justice contre le débiteur éventuel? Peut-on déjà inscrire une hypothèque judiciaire? Et de façon plus générale peut-on faire des actes conservatoires? Le créancier éventuel peut-il s'opposer à une transformation de l'objet promis ? Peut-il user de l'action oblique et de l'action paulienne? Peut-il déjà produire à un ordre ou à une contribution?

Le créancier éventuel a-t-il déjà un droit transmissible par décès ou entre-vifs? Comment s'appliquent à ce droit les diverses causes d'extinction des obligations, la renonciation, le paiement, la compensation, la prescription, la novation?

L'examen de ces diverses questions va nous faire voir,

que, sauf des réserves importantes, le droit éventuel tel que nous l'avons défini même, celui dont l'élément primordial existe déjà ressemble souvent au droit conditionnel, car il peut être nécessaire de protéger les titulaires de droits encore incertains.

Des contrats dont l'objet est un droit éventuel.

Le premier point est de savoir, lorsqu'un acte juridique arrive à l'existence par une série d'étapes, à partir de quel moment il va y avoir en faveur d'un des participants à l'acte un droit qui pourra faire l'objet d'un autre contrat.

Cette question peut être facilement résolue d'après les indications que nous avons données précédemment. Nous avons indiqué qu'une chose future peut être l'objet d'un contrat, pourvu que cette chose future soit déterminable. Si l'on peut ainsi aliéner le droit qu'on pourra avoir sur une chose qui n'existe pas encore, à plus forte raison peut-on aliéner le droit éventuel qu'on a sur un objet quelconque. Celui qui est bénéficiaire d'une promesse de vente peut dès à présent aliéner le droit qui résulte pour lui de cette promesse. De même celui qui a un droit supposant pour sa perfection une approbation quelconque peut déjà l'aliéner. Et ce que nous disons de l'aliénation il faut le dire de tout contrat : location, mise en gage, en société.

Il n'y a à ces principes qu'une exception. Les droits éventuels que l'on peut avoir à une succession non ouverte ne peuvent être aliénés. L'article 791 le dit expressément.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'insister davantage sur ce point, qui ne soulève pas de difficultés et sur lequel nous avons donné des explications suffisantes en parlant de l'objet.

De la date à laquelle le droit éventuel produit ses effets.

Quand les éléments essentiels à la validité d'un contrat n'ont pas coexisté dès le début, mais sont venus s'adjoindre l'un à l'autre successivement, lorsque tous sont réu-

nis, il est certain que le contrat va pouvoir produire ses effets dans l'avenir. Mais ne les produira-t-il que dans l'avenir? ne les produira-t-il pas aussi dans le passé? L'acte juridique va-t-il avoir un effet rétroactif? C'est là la question capitale qui se pose. Elle a d'autant plus d'importance que nous sommes ici dans une matière très voisine de la condition et que, la condition une fois accomplie, l'acte auquel elle était adjointe va produire ses effets du jour de la convention et non du jour de la réalisation de la condition.

Pour examiner si ce rapprochement nous conduit à assimiler le droit conditionnel et le droit éventuel, voyons d'abord sur quelle base repose cette idée de la rétroactivité de la condition.

La rétroactivité de la condition est un principe dont les commentateurs du Code se sont beaucoup plus occupés de déduire les conséquences, que d'approfondir la raison d'être.

Les auteurs qualifient bien la rétroactivité de la condition de fiction. Mais ce n'est pas une explication : c'est simplement la constatation de ce fait que l'on est en face d'une règle en désaccord avec l'application naturelle des principes. Et c'est une constatation que, dès le début, nous sommes tenté de révoquer en doute. De plus en plus les fictions juridiques sont, comme telles, battues en brèche. On s'aperçoit peu à peu que ces fictions ne sont que l'expression d'une règle rationnelle, dont les raisons d'être, dont l'explication ont tout d'abord échappé. Les fictions ne sont que des chemins détournés pour arriver à un résultat, auquel on peut plus tard aboutir directement. Mais passons pour le moment sur cette vue *a priori*.

On rencontre dans la doctrine deux justifications de la rétroactivité.

D'après certains auteurs, la rétroactivité de la condition se justifie parce que « la convention des parties, lors même qu'elle est conditionnelle, est parfaite dès le jour où elle a lieu ». C'est donc bien au jour où la convention a lieu que doivent remonter *ex post facto*, une fois la condition accomplie, les droits et les obligations dont cette convention même est la cause. Le contrat s'est formé au moment même où il

intervient, seulement il est conditionnel. Il donne immédiatement naissance à des droits; seulement ils sont conditionnels, l'arrivée de la condition les confirme plutôt qu'elle ne les fait naître (1). Comme l'a indiqué Unger, lorsqu'il y a acte conditionnel, on ne veut pas vouloir si l'événement arrive, on veut avoir voulu si .... La condition est une simple possibilité qui masque l'acte déjà formé.

On aboutit donc en somme à dire que les effets de l'acte conditionnel se produisent dès que cet acte est passé, mais ils ne se produisent que virtuellement. C'est seulement l'événement de la condition qui leur permettra de se produire en réalité.

Si nous voulons juger cette manière de voir, nous voyons que nous sommes en face d'une construction purement technique, où la rétroactivité ne repose sur aucune considération de pratique. Elle résulte simplement d'une conception abstraite de l'idée de contrat qu'on peut résumer ainsi. Un contrat n'existe que si ses éléments essentiels sont réunis, mais à partir de ce moment il doit en logique commencer à produire ses conséquences.

Avant d'examiner la valeur de cette conception, notons-en les principaux résultats. Du moment où l'on fait reposer la rétroactivité sur un principe de technique, il n'y a pas de raison pour en limiter l'application toutes les fois que l'on est en matière de condition proprement dite. Il faut appliquer la rétroactivité dans toute sa rigueur. Et les solutions de Laurent attaché aux formules légales sont les plus exactes. Il faut appliquer l'effet rétroactif de la condition aux actes d'administration et de jouissance. Celui qui acquiert une chose sous condition suspensive n'est pas tenu, après l'arrivée de la condition, de respecter les actes d'administration, les baux passés par l'aliénateur sous condition (2). Et

(1) V. Demolombe t. XXV, p. 361, n° 377; Bufnoir, *De la condition* p. 367; Capitant, *Introduction à l'étude du droit*, p. 285; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. II, p. 36; Laurent, t. XVII, n° 78; Larombière, t. II, art. 1179, n° 9.

(2) V. Laurent, t. XVII, n° 82; Huc, t. VII, n° 257. *Contrà*, Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 44; Aubry et Rau, t. IV, p. 72; Larombière, t. II, p. 500; Demolombe, t. XXV, n° 499.

l'on ne peut objecter que la rétroactivité n'est qu'une fiction, car il résulte du principe même que nous venons d'exposer qu'il s'agit non d'une fiction, mais bien d'une vérité juridique. Cependant constatons déjà que la doctrine en majorité repousse ces conséquences que je viens d'indiquer.

Il faudra de même décider que les fruits perçus seront restitués à l'acquéreur sous condition suspensive. Car l'aliénateur n'a aucun titre pour les conserver, ce n'est pas un possesseur de bonne foi au sens de l'article 549 du Code civil. On ne peut prétendre davantage que l'aliénateur a droit aux fruits comme compensation des dépenses qu'il a pu faire, car la rétroactivité lui donne en sens inverse le droit de réclamer les frais qu'il a faits. Et cependant là encore la majorité de la doctrine s'écarte de la conséquence logique des principes qu'elle a posés (1).

Avec cette conception, il faut encore dire que l'article 1179 s'applique à toutes les conditions, même potestatives. Il faut déclarer les jugements rendus à l'égard de l'aliénateur non opposables à l'acquéreur sous condition. La même théorie conduit en même temps à séparer complètement le droit éventuel du droit conditionnel. Si en effet la rétroactivité n'est qu'une conséquence de la perfection du contrat, il n'en saurait être question quand il s'agit d'un droit résultant d'un acte encore imparfait, d'un acte auquel manquent encore des conditions essentielles.

Il faudrait donc approuver sans réserve la majorité de la doctrine et la jurisprudence qui ont admis qu'une promesse unilatérale de vente ne produirait ses effets qu'à dater du jour où le bénéficiaire de cette promesse a déclaré vouloir acheter. Il faut admettre par conséquent que l'acheteur est sans droit contre un tiers qui aurait acquis du promettant, entre le moment de la promesse et celui de l'adhésion, l'immeuble qui a été promis (2).

(1) V. pour la non-restitution de fruits, Demolombe, t. XXV, n° 401; Colmet de Santerre, t. I, n° 98 *bis*-II; Baudry et Barde, *op. cit.*, t. II, p. 45; Aubry et Rau, t. IV, p. 123; *Contrà*, Laurent, t. XVII, p. 84; Huc, t. VII, n° 258; Marcadé, t. IV, p. 468.

(2) V. Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 334; Toullier, t. IX, p. 92; Trop-

Seulement il est peut-être difficile d'expliquer avec ce système la théorie non moins certaine d'après laquelle, plusieurs hypothèques portant sur les biens à venir du débiteur, les créanciers seront payés non pas concurremment sur ces biens, mais d'après le rang des inscriptions qu'ils ont prises. En effet, on aboutit en un certain sens à considérer le propriétaire comme ayant déjà un certain droit sur le bien à venir, même avant son acquisition.

Je ne m'attache pas davantage pour l'instant à cette solution pratique dont nous aurons plus loin à examiner la valeur. Il est plus important, ayant donné l'idée des conséquences auxquelles on aboutit avec cette explication de l'article 1179, de voir maintenant si cette théorie est juste.

Cette explication toute technique, sans lien avec la réalité, avec les besoins pratiques, est évidemment très faible.

On dit que le contrat étant parfait dès le début, il doit produire ses effets à ce moment. Je le veux bien, mais pourquoi? Et ne serait-il même pas plus naturel de dire que, malgré sa perfection, il ne produira ses effets que plus tard? Le contrat existe, mais paralysé par l'attente d'un événement qui peut ne pas arriver, n'est-il pas simple de dire qu'après cet événement seulement le contrat pourra produire ses effets? L'idée de rétroactivité n'apparaît-elle pas comme quelque chose d'alambiqué et de contourné que cette prétendue explication n'éclaire nullement(1)?

Aussi peut-on considérer cette justification de la rétroactivité comme étant abandonnée par les auteurs récents.

Il en est une autre qui a été non moins utilisée par les commentateurs. On a dit que la rétroactivité s'expliquait

long, t. I, p. 119; Laurent, t. XXIV, p. 16; Guillouard, *Vente*, t. I, n° 84. Cass., 10 mars 1886, S. 87. 1. 83. Nancy, 2 mars 1889, S. 90. 2. 127. *Contrà*, Baudry et Saignat, *Vente*, p 42; Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*; Larombière, t. I, n° 1138, p. 13; Huc, t. X, n° 27.

(1) V. en ce sens, Huc, t. VII, p. 341 et Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 37, qui remarquent tous deux qu'il n'y a aucun rapport nécessaire entre la date où un contrat devient parfait et celle où il convient de faire prendre naissance aux droits conditionnels.

par la commune intention des parties(1). M. Huc insiste un peu sur cette idée, en disant que les parties ont voulu que la situation fût la même dès le jour de la convention que si, ayant pu prévoir l'avenir, elles avaient fait à ce moment une convention pure et simple. Cette explication a encore besoin d'être précisée. On peut comprendre la rétroactivité de la condition comme un principe reposant uniquement sur la volonté des parties.

La rétroactivité existera si les contractants le veulent et dans la mesure où ils le veulent. L'article 1179 exprimerait alors une volonté des parties qui ne vaudrait que sauf présomption contraire. Mais il ne semble pas que les auteurs aient jamais compris l'article 1179 comme une pure règle interprétative, ce qui eût été cependant au moins admissible. L'article 1179 est compris même par ceux qui parlent d'intention présumée des parties, comme une règle impérative. Et les auteurs qui en ont parlé ne sont pas ceux qui ont tiré de l'article 1179 des conséquences pratiques avec le moins de rigueur. Par eux, cette disposition a été souvent interprétée avec une logique un peu outrée. Ils ont admis notamment que la rétroactivité atteignait les actes d'administration, qu'elle obligeait à la restitution des fruits, qu'elle s'appliquait aux conditions même simplement potestatives(2).

En tout cas nous sommes ici, avec cette interprétation de l'article 1179 considéré comme règle impérative, en harmonie avec la volonté des parties, sur un terrain limité. L'article 1179 ne concerne que la condition, il ne touche pas à la simple éventualité. L'article 1179 nous paraît alors une règle spéciale à la condition qui laisse le champ ouvert à tous les systèmes en ce qui concerne l'effet des droits éventuels. On peut en effet voir en toute liberté s'il ne convient pas de donner au droit éventuel une fois converti en droit pur et simple tel ou tel point de départ pour ses effets. On arrive à se demander si la rétroactivité n'est pas

(1) V. Laurent, t. XVII, n° 78; Huc, t. VII, p. 340.
(2) V. Huc, t. VII, p. 340 et suiv.

une chose dont les parties peuvent disposer à leur gré, si une clause accessoire ne peut pas l'adjoindre au gré des parties à toute convention.

Avant d'examiner ce point auquel nous allons nous trouver ramenés dans un instant, constatons la façon défectueuse dont la théorie de la rétroactivité jusqu'ici se trouve établie. On la fait reposer sur une présomption de volonté, présomption qu'on se garde d'ailleurs de préciser, puis on fait de l'article 1179 une règle nette, dure, qu'on ne s'occupe nullement de modeler sur les nécessités pratiques. Les règles du droit existent-elles donc par elles-mêmes et pour elles-mêmes? Doivent-elles planer au-dessus des réalités de ce monde?

Il y a là quelque chose de peu satisfaisant. Les uns nous ont parlé d'une rétroactivité découlant de la date de la perfection du contrat, les autres d'une fiction, sans nous en donner la raison d'être; d'autres enfin d'une intention présumée des parties qu'on précise peu et dont on paraît en somme se peu soucier.

Ceci explique que chez certains auteurs (1) on voit se dégager un sentiment de défiance à l'égard de la rétroactivité de la condition. Aujourd'hui on répète volontiers que les codes les plus récents ne la consacrent plus ou du moins ne la consacrent que d'une façon très restreinte. Le Code fédéral suisse des obligations et le Code civil allemand doivent-ils être donnés comme marquant une étape vers l'abolition de la rétroactivité des conditions, ou bien faut-il prétendre que l'idée de rétroactivité a un fondement réel, une certaine raison d'être qui doit la faire maintenir dans une certaine mesure?

Il y a une réaction certaine au point de vue législatif contre le système de la rétroactivité.

L'article 171 du Code fédéral des obligations porte en effet: « Elle (la condition) ne produit ses effets qu'à partir du moment où la condition s'accomplit, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire ». Et l'article 174, à propos de la condition résolutoire, ajoute : « En principe

(1) V. Baudry et Barde, *op. cit.*, p. 34 et suiv.

il n'y a pas d'effet rétroactif ». Le Code allemand est plus complexe. D'après l'article 158, « lorsqu'un acte juridique a été accompli sous une condition suspensive, l'efficacité de cet acte telle qu'elle a été ainsi rendue dépendante de la condition se réalise en même temps que se réalise la condition ». Et, d'après l'article 159 qui vise la condition résolutoire : « Lorsqu'un acte juridique est accompli sous une condition résolutoire, l'efficacité de l'acte cesse au moment où se réalise la condition. A partir de ce moment, l'état de droit antérieur est rétabli ».

Mais les articles suivants sont tout de suite entrés dans la voie des concessions. « Lorsque d'après le contenu de l'acte juridique, dit l'article 159, les conséquences attachées à la réalisation de la condition doivent être reportées à une époque antérieure, les parties intéressées sont obligées au cas de réalisation de la condition de se fournir réciproquement ce qu'elles auraient eu si ces conséquences s'étaient réalisées à l'époque antérieure indiquée. » L'article 161 adopte même une exception plus grave. « Si quelqu'un, sous une condition suspensive, a disposé d'un objet, tout autre acte ultérieur de disposition auquel il procéderait relativement à l'objet, pendant que la condition est en suspens, est, au cas de réalisation de la condition, inefficace, dans la mesure où cet acte anéantirait ou amoindrirait les effets juridiques dont la mise en vigueur dépend de la condition. Il faut assimiler à un acte de disposition de cette nature, l'acte de disposition qui, pendant que la condition est en suspens, interviendrait sous forme d'exécution forcée ou de procédure de saisie, ou par le fait d'nn syndic de faillite ».

Sans doute ces articles apportent de très graves exceptions et on a pu dire que pour la rétroactivité on avait en Allemagne la chose sans le nom (1). En tout cas l'opposition avec le point de vue classique est indéniable.

D'autre part, dans un travail fort original, M. Leloutre (2) a complètement condamné la théorie de la rétroactivité.

(1) V. Trad. fr. imprimée par ordre du Gouvernement, t. I, p. 195, note.

(2) *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique* (thèse Caen, 1904). Cf. *Revue*, 1905, p. 105.

Nous serions ici en face d'une tradition malencontreuse qui a son point de départ dans une interprétation erronée, tout au moins discutable du droit romain. Il serait plus conforme aux principes généraux du droit, quand un fait a été érigé en condition par l'auteur d'un acte, de considérer qu'il est devenu un élément essentiel de cet acte, et de décider en conséquence que les effets ne commenceront à se produire qu'à la date où tous les éléments du contrat se trouveront réunis, la condition comme les autres.

Quant aux inconvénients pratiques du système de la rétroactivité, ils suffisent à démontrer, dit-on, que le système est condamnable. Le système de la rétroactivité aboutit à des complications au point de vue de l'administration, des procès à soutenir, des aliénations qui peuvent être faites.

Faut-il se ranger à cette doctrine, et condamner, au point de vue législatif, la rétroactivité dans les actes juridiques ?

Nous ne le croyons pas. On aurait tort de considérer que, si la condition a été séparée des éléments essentiels de l'acte, c'est simplement par tradition, en souvenir d'une époque où l'unité de temps paraissait s'imposer dans les actes juridiques, et où, pour ne pas violer cette règle, on n'a trouvé d'autre procédé que de faire considérer la condition comme un élément facultatif, ce qui a permis de décider que le contrat existait déjà avant sa réalisation.

La rétroactivité de la condition nous paraît reposer, dans une certaine mesure du moins, sur un fondement très sérieux. Il ne peut suffire pratiquement qu'une personne à la suite d'un acte juridique soit légalement titulaire d'un droit personnel. Il faut que ce droit puisse atteindre son plein épanouissement, c'est-à-dire parvenir à la fin pratique à laquelle il est destiné. On ne devient créancier que pour être payé.

Quand j'acquiers un droit de propriété ou un droit réel quelconque sur une chose, et que ce droit est soumis à une condition suspensive, j'ai pratiquement le désir que cette chose m'appartienne véritablement le jour où la condition arrivera. Je ne veux pas que, si entre temps il a plu à mon

cocontractant de vendre la chose purement et simplement à une autre personne, celle-ci me soit préférée et que je n'aie plus qu'un recours contre mon aliénateur pour l'acte malhonnête dont il s'est rendu coupable. En tout cas, que j'aie eu ou non cette intention, il n'est pas juste que je sois évincé de la propriété que j'avais acquise sous condition. La sécurité des transactions le veut ainsi. C'est ainsi qu'en fait se justifie la doctrine de la rétroactivité appliquée aux droits réels. Elle est fondée moins sur une intention des parties, sur une application de l'autonomie de la volonté que sur un besoin de sécurité dans les affaires. Mais insistons maintenant davantage sur la construction juridique de la rétroactivité.

Le paiement, au sens large, est surtout assuré par un droit réel venant s'adjoindre au droit personnel créé par l'acte juridique, car par ce moyen on obtient un droit de préférence et un droit de suite. C'est pour cela que les droits personnels sont fortifiés si souvent en leur infusant un caractère de réalité par l'adjonction d'une hypothèque. En ce cas il suffit que le droit de préférence soit donné à une date convenable pour que l'on obtienne normalement une sécurité complète. Quand l'acte juridique est destiné directement à donner un droit réel sur une chose, si c'est la vente ou la donation d'un immeuble, le droit de préférence va résulter directement de la convention, puisque dans notre droit actuel, en vertu de l'article 1138, le droit réel naît directement de l'obligation de le créer.

Mais il ne faut pas oublier que toute promesse de droit réel n'est que la concession d'un droit de préférence et d'un droit de suite. Et l'idée de préférence a en soi quelque chose de relatif : elle implique une liste de personnes à qui on est préféré, mais il y en a d'autres auxquelles on pourrait ne pas l'être. Et c'est encore une question de date qui va tout trancher. Il peut en effet y avoir des conflits entre deux personnes ayant acquis des droits de propriété sur la même chose comme entre deux créanciers hypothécaires, et ces conflits vont se résoudre, sinon d'après les mêmes règles techniques, du moins d'après les mêmes principes.

Celui qui acquiert un droit de propriété va donc, comme celui qui acquiert une hypothèque, avoir besoin d'un bon rang. Comment va-t-il se l'assurer?

Pour lui comme pour le créancier hypothécaire, le tout est de faire naître son droit à une bonne date. La loi doit donc permettre aux contractants de donner rang au droit réel qui va être constitué dès l'instant où le contrat a été passé, et non pas seulement au moment où le droit est devenu pur et simple.

Pour exprimer la même idée sous une autre forme, nous dirons que la rétroactivité se justifie comme une sûreté destinée à un emploi spécial. Les hypothèques constituent la sûreté destinée à fortifier les promesses de sommes d'argent par l'attribution d'un rang sur des biens, rang qui est fixé par une certaine date. La rétroactivité est destinée à fortifier une obligation de constituer ou de transférer un droit réel en lui assignant comme date de naissance le contrat et non l'événement de la condition.

Seulement, est-il vraiment besoin pour arriver à ce résultat de dire que l'obligation rétroagit, ce qui en somme paraît bien être une fiction? Nous ne le croyons pas. D'abord nous avons déjà dit que les fictions en général ne sont que des échafaudages provisoires créés par des jurisconsultes qui avaient le sentiment d'une solution juste et conforme aux intérêts pratiques, lorsque leur technique juridique était trop imparfaite pour les amener à ce résultat.

Nous croyons qu'ici encore, il est inutile de parler de fiction et que l'on peut aboutir au résultat souhaité par des procédés logiques. Essayons de le démontrer.

Quand une personne aliène sous condition, elle crée dès maintenant un droit réel au profit de l'acquéreur; ce droit réel né immédiatement doit avoir effet du jour de la réalisation de la condition, si elle arrive. Il ne reste donc plus à l'aliénateur qu'une propriété temporaire, et en outre la chance de garder la propriété de façon indéfinie, si la condition n'arrive pas. Si donc, avant l'arrivée de la condition, il peut encore vendre sa chose, il ne fera acquérir que ce qui lui reste de droit. Car son droit réel qui est de sa nature

perpétuel est déjà scindé en deux et il n'en a plus qu'une part (1). Notre droit, à la différence du droit romain, admet que la propriété peut être constituée *ad tempus*. A plus forte raison peut-on avoir une propriété qui risque de n'être que temporaire.

Nous arrivons donc à distinguer complètement le moment où le contractant acquiert un droit à la chose promise et le moment où ce droit va produire ses effets. Nous aboutissons à dire que dès maintenant on a un droit sur la chose, mais que les conséquences pratiques de ce droit ne se réaliseront que plus tard. On n'a en effet le droit réel que pour le temps postérieur à l'arrivée de la condition. Mais cette conception ne vient-elle pas se heurter à l'article 1168 et à l'article 1185 du Code civil, surtout à ce dernier, qui oppose l'obligation dont l'exécution est retardée et celle qui est suspendue; ne semble-t-il pas supposer que le droit n'existe pas encore, même incertain? Je ne le crois pas : l'article 1185 n'indique pas qu'il n'existe pas encore, il dit simplement qu'il est incertain, qu'il n'est pas simplement retardé dans son exécution, et cela est évident. Mais faut-il entendre que le droit n'existe pas encore? Je ne le pense pas, car le texte ne nous y force pas, et il deviendrait impossible alors d'expliquer qu'on pût faire des actes conservatoires.

Si nous appliquons ces conceptions de la rétroactivité, nous aboutissons à dire que ce que l'on qualifie ainsi ne doit être appliqué que dans des cas limités pour assurer au propriétaire sous condition le résultat pratique auquel il tendait. D'ailleurs il est contraire à l'intention des parties de vouloir appliquer la théorie de la rétroactivité d'une façon absolue, car celui qui traite sous condition traite en vue d'une situation à venir. Il lui suffit donc que la jouissance du moyen d'y faire face ne commence pour lui que plus tard,

Si j'achète une maison pour le cas où je serais nommé

(1) Cf. Chausse, *De la rétroactivité des conditions*, *Revue critique*, 1900, p. 543.

dans telle ville, je n'ai besoin de cette maison qu'à partir du moment où j'y serai nommé. Il serait contraire à l'intention des parties d'essayer une fois la condition réalisée de me mettre dans la même situation que si le contrat avait été dès l'origine pur et simple, cela n'était pas le désir des contractants.

Nous repousserons donc sans hésiter les restitutions de fruits à l'acquéreur sous condition. Celui-ci ne tenait pas à la jouissance intérimaire. Nous admettrons que les actes d'administration faits par l'aliénateur sont valables du moins pour la période antérieure à l'arrivée de la condition et qu'ils sont mêmes valables pour le temps postérieur en vertu d'un mandat tacite de l'acquéreur, ou d'une gestion d'affaires de la part de l'aliénateur. Nous admettrons également qu'il peut y avoir mandat tacite de l'acquéreur pour charger l'aliénateur de le représenter en justice si le procès concernant l'immeuble était déjà connu de l'acquéreur, qui savait qu'il était intenté ou qu'il allait être intenté. Le procès doit être censé jugé en pareil cas à l'égard de l'acheteur un peu comme on décide en pratique qu'un procès jugé à l'égard d'un propriétaire l'est aussi à l'égard d'un créancier ayant hypothèque sur cet immeuble.

Nous arrivons ainsi à déterminer la portée de la « rétroactivité de la condition », pour nous servir de l'expression courante. Car maintenant nous pouvons douter de la légitimité de cette expression. Il nous apparait qu'il n'y a plus en matière conditionnelle aucune rétroactivité, pas plus d'ailleurs qu'il n'y a de fiction. L'aliénateur sous condition garde pour lui la propriété jusqu'à l'événement de la condition, il garde également la propriété pour le temps postérieur pour le cas où la condition n'arriverait pas. Mais de son droit perpétuel de propriété qui s'étend depuis aujourd'hui jusque dans l'infini des temps, il scinde une partie : celle qui s'étend après l'arrivée de la condition, et il la donne dès maintenant à l'acquéreur. L'analyse des faits est simple. On y cherche vainement une rétroactivité. On y cherche aussi en vain une fiction. Rien de plus simple que le résultat auquel nous aboutissons et le procédé pour y

aboutir. Du moment que l'on admet ce partage du droit de propriété dans le sens de la durée, on ne rencontre plus aucun obstacle. Et depuis Justinien, on admet que la propriété peut être transférée *ad tempus*. La jurisprudence de la Cour de cassation a d'ailleurs déjà admis cette solution (Cass., 1er avr. 1881, S. 85. 1. 85).

Nous avons maintenant à indiquer la solution de deux difficultés : d'abord à expliquer comment notre théorie peut concorder avec l'article 1179 du Code civil, ensuite quel compte nous tenons de la fameuse distinction jurisprudentielle entre la substitution et le double legs conditionnel.

D'abord notre thèse est-elle une simple vue législative incapable de se concilier avec les textes en vigueur? Nous ne le croyons pas. L'article 1179 proclame bien le principe de la rétroactivité de la condition en termes très larges. Mais, comme tout texte, il doit être interprété : il faut voir quelle peut être sa raison d'être, s'il est également utile en pratique d'en suivre la lettre dans tous les cas. D'ailleurs, depuis longtemps, la doctrine a donné l'exemple en limitant la portée de cet article et en adoptant des solutions identiques à celles que nous avons soutenues, ou du moins très voisines.

Nous venons, d'autre part, nous heurter à la jurisprudence qui distingue la substitution et le double legs conditionnel. Nous aboutissons en effet à analyser le droit sous condition comme on analyse le droit d'un substitué. Or nous paraissons ainsi confondre le double legs conditionnel que les tribunaux valident et la substitution que la loi annule. Nous pourrions répondre à cela en attaquant la distinction de la jurisprudence. Mais nous croyons que cela est absolument inutile. Il nous suffit en effet de constater qu'il y a entre le legs conditionnel et la substitution une différence caractéristique. Dans le double legs conditionnel les deux légataires sont actuellement vivants : les droits peuvent dès à présent reposer sur leurs têtes. Au contraire, dans la substitution, si le grevé existe déjà, le substitué peut ne pas exister, ce qui augmente l'incertitude, ce qui rend impossible de traiter avec celui-ci, lorsque cela pour-

rait être utile. On conçoit donc très bien une distinction entre ces deux cas non seulement en droit, mais en législation.

Demandons-nous maintenant quel peut être le contre-coup de ces idées en matière de droits éventuels.

Nous venons de chercher à éclairer la théorie de la condition en montrant que le transfert de propriété se faisait de la manière suivante. L'aliénateur sous condition transfère dès maintenant son droit de propriété, mais son droit, qui est une faculté de jouissance et d'*abusus* sur l'immeuble, il ne le transfère pas tout entier; il le divise en deux parts et il ne transfère que la portion de son droit afférente à l'époque postérieure à l'événement de la condition.

Ne pourrait-on pas tout d'abord transporter ce système au cas où il s'agit de promesse de contrat, de promesse d'achat ou de vente par exemple? Il convient d'examiner d'abord ce cas, nous verrons ensuite les autres hypothèses où nous trouvons des droits éventuels.

La question est importante. Il est en effet utile de savoir si, une personne étant bénéficiaire d'une promesse de vente, elle pourra ou non évincer l'acquéreur qui a acquis le bien entre la date de la promesse de vente et celle où elle s'est réalisée. La jurisprudence a déjà eu d'ailleurs l'occasion de se prononcer différentes fois sur ce cas.

Nous croyons quant à nous qu'en législation la solution favorable au bénéficiaire de la promesse doit être adoptée. En effet on peut supposer sans aucune invraisemblance le cas pratique suivant. Une personne a besoin, pour créer un établissement quelconque, d'une grande étendue de terrain, Elle va trouver successivement divers propriétaires et en obtient des promesses de vente. Elle est exposée à ce que, les divers propriétaires ayant tous passé ces promesses, elle ne puisse en user, certains d'entre eux ayant, au mépris de leurs promesses, vendu immédiatement à un amateur nouveau, peut-être à un concurrent du premier qui veut entraver ses entreprises. On pourrait répondre à cela que le stipulant aurait pu se faire faire une vente sous la condition : si je puis acquérir les immeubles voisins.

Mais il n'en sera pas toujours ainsi : le fait pour lequel on ne veut pas faire un achat ferme peut être suffisamment imprécis pour qu'il ne soit pas pratiquement commode de le couler dans le moule d'une condition. Ainsi je voudrais pouvoir agrandir mon usine si mes affaires prospèrent ou si j'ai besoin d'adjoindre à mon industrie un travail accessoire, ou si je suis obligé de remplacer mon matériel par un autre plus encombrant. Comment pratiquement est-il possible de faire tenir des idées si pratiques, mais en même temps si multiples, si variées dans le cadre rigide d'une condition? N'y a-t-il pas dans tout cela quelque chose de subjectif? Et la condition de sa nature est objective !

La sécurité en faveur du bénéficiaire d'une promesse de vente répond donc à un besoin réel.

Toutefois indiquons l'autre face de la difficulté. Si l'on protège ainsi le bénéficiaire, ce sont les tiers qui peuvent être lésés. Car la propriété va être en état d'incertitude tant que le bénéficiaire n'aura pas fait connaître sa volonté. Le propriétaire ne pourra en disposer. Je sais bien que la transcription mettra à même de savoir l'état vrai de la propriété. Mais elle ne fera que révéler une incertitude. Ce sera donc un immeuble qui risquera d'être mal exploité. Mais, après tout, que conclure de là au point de vue législatif, sinon qu'un transfert de propriété se produisant dès le moment de la promesse ne devrait pas être sous-entendu? Mais ce n'est pas une raison pour refuser à la promesse de vente ce qu'on appelle ordinairement un effet rétroactif, effet que toutes les législations accordent au moins dans une certaine mesure à la condition (1). Ce serait tout au plus une raison pour ne pas sous-entendre cette clause de rétroactivité, qui est en somme inspirée par la défiance vis-à-vis du promettant.

Au point de vue du droit positif, ne pouvons-nous à aucun degré donner satisfaction au désir que pourrait avoir un stipulant de se protéger contre la mauvaise foi de son pro-

(1) N'est-ce pas ce que fait le Code civil allemand lui-même, qui interdit à l'aliénateur sous condition de disposer de sa chose?

mettant? On ne peut parler d'une inaliénabilité conventionnelle. On ne peut s'interdire d'aliéner sa propre chose, même pour un temps limité, en vertu d'une obligation qui serait opposable aux tiers.

On arriverait à ce résultat en faisant faire un virage à toute la théorie des obligations, et en la faisant reposer sur l'idée d'obligation unilatérale, au lieu de celle de concours de volontés. Le promettant se trouvant déjà obligé par la seule proposition de vendre, alors il serait facile de dire que l'acceptation de la part du stipulant de tenir compte de la promesse de vente, que l'expression de volonté de celui-ci de prendre la chose au prix fixé ne sont que des éléments accessoires, nécessaires tout au plus pour faire naître l'obligation de celui-ci de payer le prix. Alors, l'obligation du vendeur étant née dès l'origine, c'est-à-dire dès l'instant où il a fait promesse de vendre, il a pu dès ce moment abdiquer sa propriété et le faire sous une condition qui par rapport à lui est purement casuelle, puisqu'elle dépend de la volonté d'un tiers. On pourrait ainsi avoir dès l'instant où la promesse de vente a été acceptée un transfert de propriété s'opérant de la même façon qu'en cas de contrat conditionnel.

Mais la théorie de l'obligation unilatérale est très contestée. Certains la jugent sans avenir et nous n'avons pas à nous prononcer pour savoir si elle n'est pas forcément à la base de la théorie du contrat.

Demandons-nous donc plus simplement si, en admettant les théories traditionnelles sur les sources des obligations, nous n'allons pas aboutir à des conséquences satisfaisantes en pratique et faisant voisiner ici la théorie des droits éventuels avec celle des droits conditionnels.

Comment admettre qu'une personne ayant fait une promesse de vendre un immeuble ne puisse plus en aliénant préjudicier au bénéficiaire de la promesse?

Nous pouvons d'abord envisager le cas où le promettant aurait vendu à un tiers au courant de la situation : à un tiers connaissant la promesse de vente antérieure. Nous croyons en ce cas nous montrer respectueux de la jurisprudence la plus récente en affirmant que le tiers complice volontaire

de la violation d'une obligation doit de ce chef une réparation au créancier qu'il a lésé (1). Le tiers qui achète dans ces conditions, qui aide à commettre un acte déloyal commet lui-même un acte fautif qui entraîne sa responsabilité. Les conséquences de cette responsabilité devront se dérouler conformément à ce principe, qui nous paraît certain, que les juges doivent accorder la réparation de tout délit civil de la manière la plus adéquate, la mieux appropriée pour effacer tout dommage. Or, ici, c'est certainement en obligeant le tiers à restituer l'immeuble qu'il a acquis malhonnêtement que la réparation sera la plus parfaite. Nous croyons donc que par ce moyen on pourra faire respecter presque toujours la promesse de vente violée de connivence avec un tiers de mauvaise foi.

La théorie du délit civil donnera satisfaction aux intérêts pratiques à peu près comme l'aurait fait la rétroactivité. Elle ne sera en défaut que dans deux cas : d'abord si le tiers de mauvaise foi avait lui-même revendu ou constitué un droit réel à une autre personne qui serait de bonne foi. Ce sous-acquéreur ne peut être inquiété : il n'a commis aucun délit civil. Le bénéficiaire de la promesse de vente serait également en péril si le tiers de mauvaise foi était insolvable : car je ne vois pas sur quelle base la réparation pourrait lui être accordée par le tribunal par préférence aux autres créanciers du tiers. Il me semble qu'en ce cas l'esprit, sinon la lettre de l'article 2093 nous oblige à traiter tous les créanciers sur le pied d'égalité. Et un créancier, dont le droit à réparation en nature a été modelé sous cette forme par le tribunal ne me paraît guère pouvoir prétendre prendre pour lui seul l'immeuble acquis et laisser impayés tous les autres.

La promesse de vente faite purement et simplement à un acheteur qui ne s'engage à rien, ou celle faite à un amateur décidé à acheter par un propriétaire, mais pour le cas

(1) Cass. req., 8 nov. 1904, *Pand. fr.*, 1905. 1. 17; *Revue*, 1905, p. 330. — Paris, 24 nov. 1904, S. 1905. 2. 284; Toulouse, 15 nov. 1904, D. 1905. 2. 394; *Revue*, 1906, p. 158. V. toutefois, Req. 6 mars 1905, *Gaz. du Pal.* du 25 mars.

où il lui plairait de vendre, peuvent avoir été violées au profit d'un acheteur de bonne foi. En pareil cas, celui-ci est-il à l'abri de toute poursuite de la part de l'amateur plus ancien qui avait figuré à la promesse de vente?

L'aliénateur a bien violé sa promesse. Mais pour que cette violation puisse entraîner plus qu'une condamnation à des dommages-intérêts, il faudrait que du jour où la promesse de vente se transforme en vente par la volonté du stipulant la propriété vînt reposer sur la tête de l'acquéreur.

N'est-il pas possible ici de soutenir, comme nous l'avons fait pour la condition proprement dite, que l'acquéreur a dès la date de la promesse de vente acquis un droit réel, mais qu'il n'a pas acquis tout le droit de propriété du vendeur? Le droit de propriété, qui a une durée infinie, se trouve partagé en deux parties. Le vendeur reste titulaire du droit de propriété pour tout le temps qui s'écoulera jusqu'à ce que la promesse puisse se transformer en vente.

Mais pour le temps s'écoulant au delà du délai pour utiliser la promesse, il n'a plus qu'une propriété subordonnée à la condition du silence de son acheteur. D'un autre côté l'acheteur acquiert bien un droit réel, mais s'il l'acquiert dès maintenant, il ne l'acquiert que pour la partie de temps qui s'écoulera après son adhésion à la promesse de vente. Son droit réel est né immédiatement, il prend date de suite, ce qui est capital, la question de date étant de premier ordre dès qu'il s'agit de droits réels. Mais le droit réel ne commence à courir que d'un moment postérieur. Rien d'ailleurs de plus compréhensible. Nous ne sommes plus aujourd'hui comme à Rome en face d'un état de droit où la propriété ne peut être transférée *ad tempus*. Nous admettons que la propriété peut être divisée quant au temps pendant lequel elle s'exerce.

D'autre part il y a déjà un accord de volontés suffisant pour qu'il puisse servir de cause à un transfert de droit réel.

On arrive donc avec ce système à atteindre même des tiers de bonne foi. Mais ceci n'est pas plus choquant que d'atteindre l'acquéreur de bonne foi d'un bien qui auparavant avait

été vendu sous condition à une autre personne. En outre, la garantie des tiers dans un cas comme dans l'autre réside dans la publicité. Le tiers ne sera lésé que si auparavant on a fait transcrire la promesse de vente, s'il s'agit d'un immeuble. S'il s'agit d'une créance, il faudra que les mesures de publicité de la cession éventuelle qui ont été prévues par l'article 1690 : signification au débiteur, acceptation du débiteur cédé par acte authentique, aient été remplies. Enfin s'il s'agit d'un meuble corporel, l'acquéreur de bonne foi ne sera menacé que si on peut invoquer contre lui la possession qui dans l'espèce est la publicité spéciale requise.

La solution que nous présentons ici est sans doute en opposition avec celle admise par la majorité de la doctrine.

Les auteurs en général prétendent que, la promesse de vente venant à se réaliser, le stipulant n'a aucun droit contre les tiers acquéreurs de l'immeuble promis (1).

Mais il nous semble plus naturel de ne pas séparer ici le droit éventuel du droit conditionnel. En effet, à bien l'examiner, la promesse de vente ne nous apparaît pas comme un contrat unilatéral, comme une simple promesse de vouloir, ainsi qu'on l'entend généralement. La promesse de vente a été parfois comprise comme une promesse d'adhésion au contrat, quand l'autre partie voudra de son côté : on promettrait sa volonté future. Et si la promesse n'était pas tenue, si la partie promettante n'adhérait pas au contrat, le tribunal alors proclamerait son adhésion, le jugement tiendrait lieu de sa signature au bas du contrat. Cette concession me semble, toute réflexion faite, bien alambiquée, et on peut lui substituer une analyse plus fine et plus exacte. Sans doute les tribunaux peuvent bien ordonner qu'une obligation de faire sera exécutée contre la volonté du promettant, mais ici que feraient-ils ? Ils proclameraient que la volonté du promettant d'adhérer au contrat est censée exister. Ils feraient exécuter une promesse de volonté. Singulier contrat en vérité. En outre, on complique le droit en prévoyant

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, p. 4; Guillouard, t. I, n° 81. Cass. 20 janv. 1862, S. 62.1.705. — *Contrà*, Huc, t. X, p. 47; Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*-V; Larombière, art. 1138, n° 3.

à côté des contrats ordinaires des contrats préparatoires qui seraient les promesses de contrat.

On peut concevoir les choses de façon plus nette. On peut dire que la promesse de vente est simplement un contrat de vente. Les deux parties ont consenti : le contrat même de vente est dès maintenant conclu, mais il dépend encore d'un événement : cela aurait pu être la volonté d'un tiers ; au lieu de cela, c'est un nouvel acte de volonté de la part d'un des contractants : nouvel acte de volonté qui sera motivé par les événements qui depuis l'acte initial ont pu se produire. Nous ne sommes pas en présence d'un contrat à moitié bâti, mais d'un contrat soumis quant à sa perfection à des éléments si voisins des éléments essentiels qu'on est presque tenté de les confondre, qu'on devrait même le faire si l'on oubliait que la volonté d'une personne, ce n'est qu'une expression commode pour traduire la série de ses états psychiques divers, parfois opposés.

Supposons maintenant qu'au lieu d'une promesse de vente, nous ayons devant nous un contrat portant sur un objet futur ou sur la chose d'autruj. Et examinons d'abord cette seconde hypothèse parce que nous allons y trouver une question déjà résolue par la jurisprudence et la doctrine la plus générale.

Les biens présents et à venir d'une personne se trouvent frappés d'une hypothèque générale : ainsi une hypothèque judiciaire. On a pris la seule inscription nécessaire en pareil cas, et le créancier s'est ainsi assuré un droit de préférence à la fois sur tous les immeubles présents du débiteur qui sont situés dans l'arrondissement et sur ceux qu'il y acquerra dans la suite. Une acquisition est faite par le débiteur. Elle se trouve frappée d'hypothèque sans inscription nouvelle. Cette hypothèque ne peut nuire à ceux qui ont déjà pris inscription sur l'immeuble du chef du précédent propriétaire, même à une époque postérieure à celle où le jugement a été rendu contre le propriétaire précédent. Ainsi une hypothèque judiciaire est inscrite contre Primus le 1er janvier. Il acquiert un bien le 1er juillet de Secundus,

lequel bien avait été frappé d'inscription par un créancier de Secundus, le 15 juin. Les hypothèques n'en seront pas moins réglées dans l'ordre suivant. On paiera d'abord celle du 15 juin, puis celle du 1er janvier (1).

Mais supposons, au lieu d'un seul créancier hypothécaire se présentant sur des biens à venir, c'est-à-dire sur des biens acquis depuis l'inscription de son hypothèque, plusieurs créanciers. Comment vont-ils être classés les uns par rapport aux autres ? On admet très généralement que les créanciers ne seront pas payés par concurrence, mais suivant le rang de leurs inscriptions en commençant par les plus anciens (2).

Comment ces solutions peuvent-elles s'expliquer et se concilier? On conçoit d'abord facilement que le créancier hypothécaire sur biens à venir soit primé sur le bien nouveau par tous les créanciers hypothécaires du précédent propriétaire, car l'acheteur, son constituant, n'a acquis les biens que tels qu'ils étaient : grevés d'hypothèques ou de servitude. Le jour où ils entrent dans le patrimoine de l'acquéreur, les hypothèques sur les biens à venir de celui-ci vont le frapper, mais ne pourront atteindre que le droit de propriété déjà diminué qui est acquis. La solution est donc certaine. Seulement il en résulte ceci : c'est que les hypothèques sur biens à venir n'ont frappé l'immeuble acquis qu'à une seule date : la date de l'acquisition.

Cependant, quand il y a plusieurs de ces hypothèques, elles sont payées suivant leur rang d'inscription et non pas par concurrence. Comment expliquer ce résultat?

Les auteurs nous font d'abord remarquer qu'ici nous sommes en face d'une tradition admise à la suite de notre ancien droit. Ils ont en outre cherché chez les anciens auteurs eux-mêmes, la justification de cette solution. On a cité avec complaisance Pothier, d'après lequel « La raison

(1) V. en ce sens Thézard, *Nantissement et hypothèques*, n° 130.

(2) Aubry et Rau, 5e éd., t. III, p. 808; Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, p. 512; Colmet de Santerre, t. IX, n° 101 *bis*-III; Thézard. *Hypothèques*, n° 130. — Caen, 5 avr. 1856, S. 57. 2. 63; Req. 5 nov. 1873, S. 74. 1. 81.

est que le débiteur, en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier. Par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préférable au second, et le second au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir que sur ce qui resterait après la créance du premier acquitté (1) ».

Quoi qu'on en ait dit, rien de moins péremptoire que cette démonstration. Dépend-il de la volonté du débiteur de s'interdire d'hypothéquer au détriment d'un créancier plus ancien? Si l'argumentation de Pothier était vraie, je pourrais, en empruntant sur ma simple signature, m'interdire soit de constituer plus tard une hypothèque de nature à nuire à mon créancier chirographaire d'aujourd'hui, soit même m'interdire désormais tout emprunt. Et surtout je pourrais faire que cette clause de mon contrat s'imposera aux personnes avec qui je traiterai dans l'avenir? Si on admettait des solutions de ce genre, on consacrerait une véritable incapacité conventionnelle.

Devons-nous, comme on l'a fait, dire que nous sommes en face d'un effet de rétroactivité de la condition (2)? Les hypothèques ont été données sous cette condition que des acquisitions seraient faites et la condition se réalisant, elle produit un effet rétroactif, à dater du jour de l'inscription prise. Mais ici, il y a un obstacle à parler de condition : nous sommes en face d'un droit éventuel et non d'un droit conditionnel, puisque pour le moment la chose qu'il s'agit d'hypothéquer appartient à autrui. Il n'est guère satisfaisant non plus de parler de rétroactivité, car on ne peut appliquer cette théorie dans sa logique complète. On ne peut dire que l'hypothèque est censée avoir existé sur le bien dès le jour de l'inscription. Il suffit en effet de se rappeler que le créan-

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, n° 55.
(2) V. Pont, *Hypothèques*, t. II, n° 782.

cier hypothécaire est exposé ici à se trouver primé par tous les créanciers hypothécaires du vendeur d'immeuble, quelle que soit leur date d'inscription. C'est ce que nous avons expliqué plus haut : et cette solution serait parfois rejetée si l'hypothèque sur biens à venir rétroagissait au jour de l'inscription.

Ces explications rejetées, nous ne pouvons nous satisfaire de cette remarque que le législateur dans sa toute puissance a pu décider que les hypothèques venant frapper au même moment l'immeuble nouveau ne concourraient cependant pas entre elles (1). C'est constater la règle et s'avouer en même temps impuissant à l'expliquer.

Cherchons donc d'un autre côté. Voyons d'abord si cette volonté du législateur, contenue, nous affirme-t-on, dans l'article 2134, et qu'en tout cas on peut sans difficulté faire sortir de cette disposition, puisqu'elle pose le principe que l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription, ne repose pas sur une conception générale, et si elle ne comporte pas une explication juridique qui éclairera la difficulté présente. Il nous semble qu'il faut ici partir à nouveau de cette idée fondamentale : que le droit réel comporte un droit de préférence et un droit de suite; et quand une personne s'est fait concéder un droit réel, c'est qu'elle entend avoir une situation solide, comportant le maximum de sécurité, qu'on puisse lui donner. Il est de la nature du droit réel de conférer un droit aussi fort que peut en donner la situation présente du débiteur. Il ne doit pas donner seulement un certain droit de préférence, mais il doit conférer le droit d'être préféré à tous autres n'ayant pas des droits de même nature que la sécurité des transactions oblige à respecter. Il faut donc, dans notre espèce, que le créancier ayant hypothèque sur les biens à venir obtienne paiement sur ces biens préférablement à tous ceux qui tiendront du même débiteur une hypothèque sur les biens à venir.

La raison pratique de la règle ici traditionnellement admise est donc facile à établir. Il faut la mettre au premier

(1) V. Colmet de Santerre, t. IX, n° 101 *bis*-III, p. 207.

rang des explications à en donner. Mais cela ne saurait suffire. Il faut encore en voir l'analyse juridique (1). Elle ne cesse pas d'être déconcertante si l'on s'attache aux idées reçues. Le créancier à hypothèque générale a un droit de préférence sur les immeubles qu'acquerra son débiteur par rapport aux créanciers à hypothèque générale qui ne prendront inscription qu'après lui. C'est dire qu'il a un droit réel; sur quel bien porte-t-il, puisque le bien qu'il frappe n'existe pas encore aux mains du débiteur, et qu'il ne saurait aller le frapper par avance entre les mains des tiers?

Ceux qui comprennent encore le droit réel de la façon traditionnelle, ceux qui y voient un droit portant directement et sans intermédiaire sur la chose ne peuvent s'expliquer le phénomène que nous observons, que M. Colmet de Santerre avait déjà remarqué : ce droit réel en l'air, ce droit réel pour lequel on ne trouve aucune chose sur laquelle il puisse reposer.

Mais plus récemment M. Planiol (2) a excellement montré que le droit réel ne devait pas être analysé en un droit portant directement sur la chose, mais en un droit d'obligation à contenu passif qui existe à l'égard de tous. Toute personne est obligée de s'abstenir de tout acte qui pourrait troubler la possession paisible du titulaire du droit réel. Le droit réel étant ainsi compris comme un droit personnel, dont le sujet actif est unique, et dont les sujets passifs sont en nombre illimité, cette conception va nous conduire à des conséquences pratiques que M. Planiol ne nous paraît pas avoir indiquées.

Si le droit réel s'analyse en un droit personnel, rien ne nous empêche de dire que ce droit réel pourra porter sur une chose future, sur un bien à venir. En effet, il faut ici appliquer ce grand principe que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Nous aboutissons donc à reconnaître qu'il peut y avoir un droit réel sans aucune chose existant actuellement sur laquelle il porte.

(1) V. sur ce point Colmet de Santerre, *loc. cit.*
(2) T. I, n° 763, p. 298.

Dès que l'esprit s'est familiarisé avec cette idée, on voit notre problème s'éclaircir : dès qu'il y a inscription d'hypothèque sur biens présents et à venir : le droit réel existe en faveur du créancier; seulement ce droit réel ne peut maintenant dérouler toutes ses conséquences. De même qu'une obligation sur chose future ne peut être actuellement ramenée à exécution, qu'il ne peut y avoir livraison de la chose ou mise en demeure de la livrer que du jour où cette chose existe, de même le droit réel sur bien à venir ne peut pour le moment produire que des conséquences peu nombreuses. Le droit de préférence est de celles-là. Le créancier va donc acquérir de suite un rang de préférence dans le groupe des créanciers de son débiteur. Mais il n'acquerra de droit de préférence que dans ce groupe-là. Nous le savons en effet, il est primé par tous les créanciers hypothécaires des propriétaires précédents du bien acquis par son débiteur, quelle que soit la date d'inscription de leur hypothèque.

Comment l'expliquer? On le peut en posant et en justifiant ce principe : que le titulaire du droit réel éventuel sur une chose ne peut nuire au titulaire du droit réel actuel sur le même objet. Cela est facile : le titulaire du droit de propriété éventuel se trouve compris dans le public tenu de respecter le droit du propriétaire actuel et les aliénations partielles qu'il fait de son droit par constitution de servitudes ou d'hypothèques. Le titulaire du droit réel éventuel d'hypothèque manquerait à son obligation, s'il prétendait, à dater de son inscription, primer tous ceux qui acquerront du propriétaire actuel des droits réels sur l'immeuble (1). Son droit réel éventuel n'est donc, comme le mot l'indique, qu'un droit réel d'une force limité, une sorte de suppléant qui ne peut empêcher le titulaire d'exercer sa fonction, qui n'entre en lice qu'à défaut de lui et non pas contre lui.

Tout ceci aboutit pratiquement à dire que le principe d'égalité entre créanciers posé par l'article 2093 se trouve

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 809, note 2, disent déjà : que « l'hypothèque sur biens à venir confère au créancier un droit éventuel auquel s'applique la règle *prior tempore potior jure* ».

remplacé par le principe de satisfaction donnée successivement aux créanciers suivant un certain ordre, dès que les parties l'ont voulu, non seulement en faisant naître dès maintenant un droit réel pur et simple, mais en voulant en faire naître un, en créant un droit réel éventuel.

Les principes utilisés par nous pour résoudre la question de l'effet des hypothèques générales sur biens à venir vont nous servir maintenant à résoudre d'autres questions plus simples portant sur les biens à venir ou sur les biens futurs et qui ont été jusqu'ici peu mises en lumière.

Une personne, comptant acheter un bien, le revend par avance à un tiers, en lui révélant que le bien ne lui appartient pas, mais qu'elle compte l'acquérir : la vente de la chose d'autrui dans ces conditions est valable. Si cette personne est malhonnête et qu'elle passe le même contrat avec deux acheteurs successivement, quelle sera leur situation si l'acquisition est faite ? Des deux sous-acquéreurs, lequel sera préféré ? Ou l'un d'eux sera-t-il même préféré à l'autre ? Si l'on admettait que le droit réel suppose essentiellement une chose sur laquelle il s'exerce, comme aucun des sous-acquéreurs n'aurait pu acquérir de droit préférable à l'autre, il faudrait dire qu'ils seront propriétaires par indivis, peut-être même, plus logiquement, qu'ils ne sont pas devenus propriétaires du tout et que c'est au tribunal à chercher comme il pourra une solution satisfaisante.

Avec l'idée du droit réel éventuel, tout se simplifie : sauf la question de transcription qu'il faudra résoudre ici d'après les règles ordinaires, nous dirons que le sous-acquéreur le plus ancien sera préféré : car dès le moment de la sous-aliénation à lui faite, il a déjà acquis un droit réel lui permettant d'être préféré à tout sous-acquéreur postérieur. On admettrait de même qu'une personne espérant acquérir un immeuble pourra par avance constituer sur lui des servitudes, lesquelles seront opposables à ses ayants cause, acquéreurs postérieurs de l'immeuble (1).

(1) Cf. Demolombe, t. XII, p. 190.

La même solution devrait être donnée dans le cas de deux ventes successives d'une même chose future. Un fabricant aux abois vend à deux personnes différentes tous les tissus qu'il fabriquera avec un lot de fils déterminé ; et peut-être se fait-il déjà donner des acomptes par tous deux. Les tissus fabriqués, les deux acheteurs se présentent pour en prendre livraison. Aucun d'eux n'étant encore en possession, il ne saurait s'agir d'appliquer l'article 1141. Dans ce conflit, en vertu du droit réel éventuel acquis au premier sous-acquéreur, celui-ci sera préféré. L'autre ne pourra se servir de son droit réel que si la première vente se trouvait annulée.

C'est encore la même voie que nous suivrons pour résoudre les difficultés qui se présentent à propos de ce qu'on nomme parfois les meubles par anticipation (1).

A propos de ces meubles par anticipation, il y a lieu d'examiner le cas où un propriétaire de forêt par exemple vend d'abord les arbres sur pied à un premier acheteur, puis vend à un second les mêmes arbres. Lequel de ces deux acquéreurs, aucun n'étant en possession, doit l'emporter ? On admet que de ces deux acheteurs le plus ancien sera préféré, et on en donne pour raison que les contrats passés n'ont pas conféré aux acheteurs un droit purement personnel, mais un droit réel portant sur des objets considérés par anticipation comme des meubles. Nous admettons cette solution favorable à l'acheteur le plus ancien, mais sans accepter pour cela l'explication. Si la loi a établi une distinction entre les meubles et les immeubles, c'est nécessairement en prenant pour base la nature actuelle de ces choses. Et c'est cette nature susceptible d'être constatée aisément par le premier venu qui détermine d'une manière simple les règles de droit auxquelles l'objet sera soumis. Comment admettre qu'un objet se trouve soumis à d'autres règles par la volonté des parties, parce que celles-ci ont considéré un meuble comme immeuble ou inversement ? La qualité de

(1) V. *Des meubles par anticipation*, par Chauveau (Rev. crit., 1893, p. 573).

meuble ou d'immeuble me paraît essentiellement une qualité objective, et dire qu'un immeuble peut être d'avance par la volonté des parties considéré comme meuble, c'est dire que cette qualité est subjective, qu'elle peut être attribuée arbitrairement à une chose par un contractant, et cela ne peut être accepté. Nous dirons au lieu de cela que, si un propriétaire vend les arbres de son bois, il vend des meubles, mais des meubles futurs : il vend une chose après transformation comme un charpentier qui vend les pièces de charpente à tirer des arbres qu'il achète. Il y a donc une vente de chose future. Bien que ce terme de chose future paraisse ici étonner, nous croyons qu'il faut l'employer. Celui qui achète les arbres coupés d'une forêt au moment où ils sont encore sur pied nous paraît acheter une chose de ce genre, car il y a une transformation matérielle et un changement de destination dans le fait de couper l'arbre. D'objet d'agrément, de moyen d'utilisation du sol, l'arbre devient un objet à usage industriel.

L'arbre coupé revêt donc des qualités nouvelles suffisantes pour le faire qualifier de chose future. On oublie trop volontiers que ce terme désigne non seulement les choses qui naîtront, comme le croît d'un troupeau, les fruits d'un arbre, mais même des choses transformées, comme des fils changés en tissus, des planches changées en meubles.

Si l'on doit envisager les arbres coupés comme une chose future, lorsqu'ils sont encore debout en forêt, quand même d'ailleurs l'acquéreur se chargerait de l'abatage, nous pouvons dire ici que l'acquéreur acquiert sur ces choses futures un droit réel éventuel lui conférant immédiatement un droit de préférence par rapport aux acquéreurs postérieurs en date. Nous arrivons ainsi par une autre voie à la solution acceptée.

Mais l'importance des idées précédentes va surtout se manifester si nous examinons l'hypothèse où un propriétaire de forêt, après avoir vendu des arbres sur pied, vend ensuite la forêt elle-même — terrain et arbres — à une autre personne. Ici la solution que nous présenterons ne va plus être simplement la solution courante motivée différemment; ce sera

une solution différente de celle reçue par certains auteurs.

La jurisprudence paraît n'avoir eu qu'une fois à examiner le conflit entre un acquéreur d'arbres et l'acquéreur de la forêt, l'un prétendant être mis en possession des arbres, l'autre de la forêt y compris les arbres. En pareil cas tout droit de l'un des plaideurs fondé sur la possession se trouvait hors de cause : chacun demandant précisément cette mise en possession, l'article 2279 se trouvait sans intérêt.

Comment alors résoudre le conflit? La Cour de Dijon (1), dans un arrêt dont nous acceptons la solution, sinon les motifs, a jugé que l'acquéreur de la forêt devait être préféré, car l'acheteur des arbres n'avait qu'un droit personnel, tandis que son adversaire avait un droit réel portant sur le tout. Les auteurs ont unanimement critiqué cette solution (2) : ils ont soutenu que l'acheteur des arbres, ayant acquis un droit réel sur eux, devait pouvoir en prendre possession à l'encontre de l'acheteur de la forêt. Il est, a-t-on dit, devenu propriétaire des arbres considérés comme meubles de manière conditionnelle : on devient propriétaire, sous la condition que la coupe soit faite. Nous croyons que cette argumentation aurait un défaut : elle pourrait amener à une solution défavorable l'acquéreur des arbres dans un cas très voisin : celui où l'acquéreur de la forêt serait mis en possession. Ne pourrait-il pas dire : vous prétendez que les arbres sont devenus meubles, sous la condition d'être abattus. Qui m'empêche de les abattre moi-même. Ils deviendront meubles, mais en même temps, ne pourrai-je pas invoquer l'article 2279 comme les possédant et comme les ayant acquis de bonne foi? Et en admettant même qu'on ne tînt pas compte de cette bonne foi, si elle a été antérieure à la modification des arbres, cette doctrine est-elle pour cela invincible?

L'acquéreur des arbres se prétend propriétaire parce qu'il dit en être devenu propriétaire suivant les règles applicables aux meubles. Or ces règles ne peuvent s'appliquer qu'à condition que les arbres deviennent meubles. On prétend

(1) 28 mars 1870, S. 77. 2. 193.
(2) Lyon-Caen, note sous Dijon, précité; Chauveau, *op. cit.*

invoquer dès maintenant un mode d'acquisition qui n'est valable qu'à condition que la chose subisse une transformation qui n'est pas encore faite.

Un autre auteur en soutenant le même système paraît encore plus embarrassé pour défendre le droit de l'acquéreur des arbres.

Après avoir montré que divers articles du Code sont inapplicables, lorsque l'acheteur des meubles par anticipation n'est pas en possession, dit-il, il n'y a plus qu'un moyen de trancher le conflit, c'est d'accorder la préférence à l'acquéreur premier en date. En effet, lorsque le vendeur s'est dépouillé de son droit au profit d'un premier acquéreur, il ne peut juridiquement transférer à un second acquéreur ce qui ne lui appartient plus. Mais cette explication ne fait que masquer la difficulté, car il s'agit précisément de savoir si on a pu rendre le premier acquéreur propriétaire : si la volonté d'envisager une parcelle d'un immeuble comme meuble permet de lui appliquer les modes d'acquisition spéciaux aux meubles. Ne va-t-on pas à l'encontre de l'article 521, d'après lequel les coupes de bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure qu'ils sont abattus ?

Pour nous, nous rejetons absolument ces solutions et nous proclamons avec la cour de Dijon que le second acquéreur doit être préféré au premier. Cette solution est d'ailleurs donnée comme la meilleure au point de vue législatif, par les partisans mêmes de l'opinion contraire. Il ne faut pas que l'acquéreur d'immeuble soit trompé par la présence d'un acheteur des arbres plus ancien que lui, acheteur qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait pas légalement connaître, car celui-ci n'avait pas à faire transcrire. Sans doute l'acquéreur de la coupe va être évincé, mais il peut être renseigné par la transcription et ne payer qu'à mesure de l'abatage des arbres. En tout cas, cela vaut mieux que de voir l'acheteur de la coupe, dix ans, quinze ans après, venir enlever ce qui souvent donne à la forêt sa plus grande valeur.

Cette solution, désirable au point de vue législatif, nous semble aussi pouvoir être acceptée en droit positif. En effet,

l'acquéreur de la coupe a acquis une chose future : il n'a pu avoir sur elle qu'un droit éventuel, un droit qui n'aura son complet épanouissement qu'au jour où cette chose future existera ; ce droit, suffisant pour primer un autre acquéreur de la coupe, ne l'est plus pour primer l'acquéreur de la forêt, qui a acquis sur toutes les parcelles qui la composent un droit de propriété actuel. Pour le moment donc, l'acquéreur de la coupe va se trouver évincé.

Il est vrai qu'il pourrait songer à prendre sa revanche le jour où les arbres seront abattus par le propriétaire. Mais ce jour-là, celui-ci en sera possesseur et il pourra invoquer l'article 2279, son acquisition ayant eu lieu de bonne foi (1). A plus forte raison l'acheteur des arbres échouerait-il contre un autre tenant son droit de l'acquéreur de la forêt. Celui-là pourrait encore beaucoup mieux se défendre en invoquant sa possession de bonne foi.

Nous admettrions une solution analogue aux précédentes si l'acquéreur de récoltes sur pied se trouvait en face de créanciers ayant fait postérieurement à son acquisition une saisie-brandon. L'acquéreur à l'amiable, et l'acquéreur de la récolte sur saisie sont deux acheteurs successifs d'une chose future. Lors de la récolte, c'est le plus ancien qui sera préféré.

Prenons maintenant un cas où le contrat est imparfait à raison de l'incapacité d'une des parties. Je suppose qu'un incapable s'est entendu avec un tiers pour passer un acte. Il manque encore pour que le contrat soit juridiquement parfait les formalités habilitantes. Elles sont ensuite remplies. Nous avons montré que cette façon de procéder consistant à autoriser l'acte après qu'il est passé était légale dans certains cas. A partir de quelle date le contrat passé produit-il ici ses effets? L'intérêt est le suivant : c'est qu'entre temps,

(1) Et même je crois qu'il échouerait si le propriétaire du terrain abattait les arbres ayant déjà connaissance de la vente des arbres, car cet abatage se produisant des années après la vente, les choses créées, les arbres abattus ne sont plus la même chose que les arbres promis : ils sont plus développés, ils ont plus de valeur; mais il n'y a plus identité entre les arbres tels qu'on les a vendus et ce qu'ils sont.

on peut faire par rapport à la chose aliénée un acte qui produira effet ou non vis-à-vis du cocontractant de l'incapable suivant qu'il se placera comme date avant ou après le premier. On peut envisager l'espèce suivante. Une femme dotale par un acte du 1er janvier aliène ou échange un immeuble dotal. Cet acte n'a été ratifié par le tribunal que le 1er avril. Entre temps, le 15 février le mari a loué l'immeuble aliéné le 1er janvier pour une durée de dix ans par exemple. L'effet de ce bail ne serait pas douteux, si le tribunal refusait son approbation; mais le tribunal la donne. Le contrat aura-t-il effet du 1er janvier? En ce cas le bail a été consenti au nom de qui n'était plus propriétaire, et il est inopposable à l'acquéreur. Est-il au contraire considéré comme antérieur à l'aliénation? L'acquéreur est alors obligé de le respecter.

On pourrait concevoir l'habilitation d'un incapable ou les formalités imposées pour un acte grave à un administrateur du bien d'autrui comme de simples conditions portant sur des faits extrinsèques. L'acte aurait été valable sous condition d'être approuvé par telle ou telle autorité.

Mais cette solution, pour heureuse qu'elle aurait été, ne paraît pas en harmonie avec le Code civil. Celui-ci range en effet (art. 1108) dans les conditions essentielles pour la validité d'une convention la capacité de contracter. Mais ce texte de l'article 1108 parle de conditions essentielles pour la validité et non pour l'existence des conventions, pourrait-on dire. La nuance me paraît bien subtile. Il me semble plus juste de dire que l'article 1108 a été écrit sans aucun lien avec notre question, qui est restée inaperçue. Mais nous allons voir que l'on peut, sans heurter en rien les textes, donner ici une solution qui protège suffisamment l'acquéreur de l'immeuble.

Si l'on admettait que le contrat ne prend date que du jour de la dernière formalité habilitante, quelle serait la situation de l'acquéreur? Il devrait respecter le bail. Toutefois n'aurait-il pas le moyen de le faire tomber? Si le tiers locataire est de mauvaise foi, il pourrait songer à user de l'action paulienne. Et cette action pourra être employée bien que l'on veuille s'attaquer à un acte antérieur à l'acquisition. En

effet la jurisprudence a admis avec raison (1), dans des cas exceptionnels, un créancier à attaquer un acte antérieur à sa créance qui avait été concerté contre lui.

Le locataire peut être de bonne foi; comme il s'agit ici d'acte à titre onéreux, l'action de l'article 1167 n'est plus possible contre lui. Il sera donc en sécurité. Seulement l'acquéreur pourra agir en nullité de la vente pour dol. Il pourra dire qu'il y a eu manœuvre frauduleuse sans laquelle il n'aurait pas contracté. Il arrivera donc à sortir de l'impasse où il est engagé : ayant acheté, la croyant libre actuellement, une propriété qui était louée pour plusieurs années.

Ces garanties peuvent paraître suffisantes et en somme rien ne nous oblige à décider que le contrat produira ses effets à une autre date que celle à laquelle il sera devenu parfait. D'ailleurs dans le système contraire le locataire aurait été exposé. Il aurait pu être victime : comme il n'a pas de droit réel, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription. Il n'aurait donc eu comme protection que le droit d'intervenir dans la demande en autorisation d'aliéner s'il en a eu connaissance, ce qui sera rare.

Passons maintenant aux actes qui au moment de leur confection manquent encore d'un des éléments essentiels pour produire leurs effets, mais non plus d'un élément commun à tout acte. Supposons qu'un acte a encore besoin d'un élément essentiel spécial à sa nature. Par exemple, voici un testament dont l'auteur est encore vivant. Cet acte ne peut encore quant à présent produire aucun effet actuel.

Il ne crée qu'une espérance, car c'est un droit toujours révocable et qui ne peut devenir actuel qu'après décès du testateur. Le droit éventuel nait au moment du décès et ne devient pur et simple que par l'acceptation du légataire; quant au droit de l'héritier à réserve, il est éventuel avant le décès et il devient pur et simple après ce décès lorsqu'il y a eu acceptation de l'héritier. Et il en est encore ainsi de l'espérance ou du droit de l'héritier non réservataire, qui va

(1) Cass., 5 janv. 1891, S. 91. 1. 147.

devenir droit éventuel au décès et droit pur et simple après acceptation.

En un mot le droit de tout légataire ou héritier, quelle que soit sa situation avant le décès du *de cujus*, est éventuel après ce décès jusqu'à acceptation. Alors il devient pur et simple. En ce cas, un article très important, l'article 777 du Code civil, donne effet rétroactif à l'acceptation. Elle remonte au jour de l'ouverture de la succession. Par une règle curieuse, on n'a pas été jusqu'à la faire remonter au jour où le droit éventuel est né par suite de la formation de son élément principal : naissance du réservataire, ou confection du testament; on a été à mi-chemin : la rétroactivité ne va que jusqu'au décès. Et il y a là un effet que l'on peut croire absolu : s'appliquant à la fois à l'acquisition du droit et à tous les effets qu'il comporte : actes d'administration. Cependant les dispositions sur les successions vacantes, sur les ventes sans attribution de qualité et autres actes conservatoires y font une légère brèche.

Mais une question beaucoup plus difficile se présente à propos des contrats accessoires : c'est-à-dire à propos de ceux qui ne peuvent se concevoir qu'autant qu'un autre contrat ou qu'une autre obligation existe déjà. Ainsi le contrat pécuniaire de mariage, qui ne peut se concevoir sans qu'il y ait mariage; le cautionnement, le gage, l'hypothèque, qui supposent une obligation principale; la novation, qui ne peut se faire sans une obligation à nover.

A partir de quel moment ces actes produisent-ils leurs effets?

La question a été très débattue à propos du contrat de mariage entre la doctrine et la jurisprudence. Les arrêts ont jugé que le mariage indispensable pour que le contrat puisse produire ses effets jouait le rôle d'une simple condition et qu'après sa célébration les effets du contrat de mariage allaient rétroagir à leur date (V. Cass., 7 févr. 1872, D. 73. 1. 80 et Cass., 18 déc. 1878, D. 79. 1. 441).

Au contraire la doctrine a admis une solution toute opposée. On a fait remarquer qu'il ne pouvait y avoir de condi-

tion là où le fait futur et incertain dont dépend l'existence de l'acte juridique n'est pas un fait librement choisi par les contractants, en l'absence duquel l'acte se concevrait parfaitement, mais une condition nécessaire. Or c'est le cas dans l'espèce. On ne conçoit pas un contrat de mariage produisant effet sans mariage. Le mariage est un des éléments essentiels du contrat de mariage. Le contrat de mariage n'a de raison d'être qu'à cause de la vie conjugale qui va s'établir. Il ne doit commencer à produire ses effets que du moment où le mariage est célébré.

Ce raisonnement a été trop bien mis en lumière par les différents auteurs pour que nous jugions à propos d'y revenir (1). Et nous admettons en principe que le contrat de mariage ne produit certains de ses effets qu'à dater du mariage, sauf à revenir plus tard pour fixer la portée de cette idée.

Seulement de ce contrat accessoire de mariage, rapprochons les autres contrats accessoires : contrat de constitution d'hypothèque, contrat de cautionnement, de gage. Ces contrats accessoires peuvent être faits en vue de garantir non seulement une obligation conditionnelle, mais encore une obligation éventuelle ou future (2).

On affirme traditionnellement qu'on peut constituer une hypothèque pour garantir l'obligation de l'emprunteur dans une ouverture de crédit, c'est là l'exemple classique. Mais on peut dire avec autant de certitude qu'une personne peut cautionner ou hypothéquer par avance les dettes que son fils, un parent ou un ami, pourra avoir envers une autre personne. Ainsi encore une ville pourrait faire donner un gage, un cautionnement par un entrepreneur de travaux pour garantir les indemnités pour dommage qu'il pourra causer aux propriétés privées.

(1) V. Planiol, t. III, n° 832; Guillouard, t. I, n°s 276 et 330; Vidal, *Recueil de l'Académie de Toulouse*, t. XXXII, p. 187; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n°s 193 et suiv.; Lacointa, note dans Sir., 81. 1. 353; Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial* (thèse), p. 50 et suiv.; Aubry et Rau, t. IV, 5e éd., p. 60.

(2) V. not. Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, p. 476; Laurent, t. XXX, n° 528; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, n° 1280; Guillouard, t. II, n° 1030.

Mais si nous appliquons ici les principes que la doctrine expose si complaisamment à propos du contrat de mariage, nous devrons dire : ces contrats accessoires ne sont pas subordonnés à une simple condition. Il manque encore un de leurs éléments essentiels : le contrat principal. On ne conçoit pas le contrat de cautionnement, le contrat d'hypothèque produisant leurs effets sans que le contrat principal existe. Il ne saurait donc être question de rétroactivité une fois que le contrat principal existera. Les effets du contrat accessoire d'hypothèque, de nantissement ne se dérouleront qu'à dater de l'existence du contrat de prêt, ou de vente qui donne naissance à la créance garantie. Nous devrions donc dire, s'il y a hypothèque constituée pour garantir une ouverture de crédit, des obligations qu'une personne pourra assumer envers une autre : cette hypothèque ne produira effet que du jour où l'ouverture de crédit aura été réalisée, les deniers versés à l'emprunteur.

Cependant c'est la solution contraire qui triomphe en doctrine et en jurisprudence. On admet, par exemple, qu'en cas d'ouverture de crédit, l'hypothèque prend rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour des avances faites au crédité (1).

Comment justifier cette dérogation au droit commun? Les auteurs ne nous donnent que des justifications insuffisantes et embarrassées. Ils invoquent tout d'abord des considérations pratiques. Que deviendra la garantie donnée si, jusqu'au moment où naît la dette, le débiteur peut consentir des hypothèques préférables à celles du créditeur? Elle serait incertaine ou illusoire, on entraverait le mouvement des affaires. L'argument est exact à coup sûr. Il faut en tenir compte. Mais peut-on s'en contenter, et ne faut-il pas des justifications d'autre sorte?

On a dit que c'était l'intention des parties : comme si elle pouvait jouer un rôle ici quand il s'agit, non de fixer l'étendue des effets du contrat, mais d'appliquer un principe très

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 479; Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, n° 1286; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n°s 1032 et suiv.; Demolombe, t. XXV, n° 892; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 729.

certain : à savoir que le contrat ne peut produire d'effets qu'après que ses éléments existent.

On ajoute que les tiers sont avertis par l'inscription. Ceci encore est une considération pratique, et non pas une justification théorique.

Pourrons-nous tenir compte des considérations qu'on développe sur l'ouverture de crédit, « qui participe de la nature des contrats synallagmatiques », ce qui ne tend à rien moins qu'à dire que l'obligation du crédité existe déjà et à exclure cet exemple du domaine de notre difficulté?

On donne des arguments plus probants quand on fait remarquer que l'hypothèque pour une dette future peut prendre rang immédiatement et qu'il en est ainsi de l'hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur, laquelle garantit des dettes qui peuvent ne jamais naître en prenant rang à l'ouverture de la tutelle. On cite aussi la loi du 10 juin 1853 (art. 4) sur le Crédit foncier, suivant laquelle l'hypothèque consentie au profit d'une société de crédit foncier prend rang du jour de l'inscription quoique les valeurs soient remises postérieurement. Mais il faudrait arriver à justifier ces textes spéciaux, montrer que ce ne sont pas des dérogations au droit commun.

Comment pourrons-nous d'autre part sortir de la contradiction qui résulte des solutions admises en matière de contrat de mariage et en matière d'hypothèque pour dette future?

Il faut pour cela nous rendre un compte exact du lien qui unit le contrat accessoire et le contrat principal. Le contrat accessoire ne nous paraît pas en réalité dépendre dans son existence du contrat principal. Il nous paraît seulement en dépendre en ceci qu'il ne peut être exécuté, et cela dans le sens le plus étroit de ce terme, qu'autant que le contrat principal existe. Le contrat accessoire a une vie indépendante, seulement on ne peut pas s'en servir pour faire payer la dette lorsqu'elle n'existe pas encore.

Le contrat accessoire est donc un contrat dont l'exécution suppose l'existence d'une obligation principale. Si une caution, une hypothèque ont été fournies pour une dette future,

je puis, dès à présent faire inscrire l'hypothèque, ce que personne ne nie, je puis produire à l'ordre ouvert, je puis me présenter à la faillite de la caution et faire vérifier ma créance. La seule chose qui me soit interdite, c'est de toucher le montant des collocations devant m'être attribuées : il sera déposé à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à ce que la dette principale vienne à échéance.

Cette conception non seulement est acceptable au point de vue théorique, mais elle est encore en harmonie avec les besoins pratiques que les auteurs ont déjà fait valoir à propos du rang de l'hypothèque pour une ouverture de crédit.

Cherchons avec ces idées à éclairer la question des effets du contrat de mariage. Ce contrat a un double objet. Il s'occupe de déterminer quels sont les biens des époux qui seront affectés aux besoins du ménage. Il s'occupe en même temps de déterminer quels sont les valeurs dont le mari prendra l'administration, quels sont celles au contraire qui resteront soumises à l'administration de la femme. Nous croyons qu'en général les effets divers du contrat de mariage doivent se produire à la date même de ce contrat. Il ne s'agit que de conséquences purement juridiques à tirer du contrat de mariage; il s'agit de savoir si la subrogation réelle va fonctionner immédiatement ou seulement après le célébration du mariage. Il s'agit spécialement de déterminer ce qui se passera si un cas inverse de celui prévu par l'article 1404, § 2, se présente : un des époux ayant, entre la signature du contrat notarié et la célébration du mariage, aliéné un immeuble qui devait rester propre, la créance acquise en échange sera-t-elle commune ou restera-t-elle propre? Il nous paraît ici conforme à la logique, conforme aux intérêts pratiques de dire que la subrogation réelle fonctionnera et que la créance du prix de l'immeuble sera propre comme celui-ci. L'article 1404 n'a pas voulu qu'un époux pût se livrer à un acte qui trompera les calculs de son conjoint. Il ne faut pas davantage accepter qu'un époux, ayant passé un acte peut-être avantageux, se trouve s'être fait tort à lui-même.

Nous dirons de même, comme l'a fait la jurisprudence, que les biens acquis entre le contrat de mariage et le mariage

en remploi de biens dotaux qu'on avait aliénés sont dotaux comme eux (1).

Cependant nous ne déduirons pas du principe posé par nous toutes les conséquences qu'il comporte. Nous nous refusons à admettre la formule de la Cour de cassation : « lorsque la célébration du mariage a eu lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'article 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».

Il ne faut pas que le contrat de mariage déroule dès avant le mariage toutes ses conséquences. Lorsqu'un acte comme celui-là est soumis à une éventualité, il y a de ses effets qui n'ont de raison d'être qu'à partir du moment où l'éventualité s'est produite.

Le droit d'administration du mari, son droit de jouissance sur les biens de la femme n'ont de raison d'être qu'après que la vie commune existe. Il serait incompréhensible de vouloir leur donner un point de départ plus ancien, de vouloir contester la validité d'un acte d'administration fait par la femme sur ses biens avant le jour du mariage. L'exécution même du contrat de mariage : la mise du mari en possession des biens de la femme, ne doit avoir lieu qu'après que le contrat principal existe. Ici comme en matière de condition, il faut dire qu'en face d'un acte dépendant dans son existence d'un événement futur et incertain, il est conforme aux besoins pratiques, à la volonté des parties que les effets directs et matériels de l'acte soient retardés jusqu'à cet événement. Autrement dit, l'idée de condition ou d'éventualité implique l'idée d'un retard dans l'exécution, l'idée d'un terme.

Nous dirons donc que pour partie le contrat de mariage produira immédiatement ses effets, et pour le surplus il ne les produira qu'à dater du mariage même.

Et partant de ces idées, nous approuverons non pas les motifs des arrêts qui nous paraissent trop généraux et inexacts, mais les décisions qui ont été rendues.

Nous ne croyons pas que la Cour de cassation ait eu tort

(1) V. Cass., 18 mars 1878, D. 79. 1. 441, S. 81. 1. 353.

de déclarer non avenue la vente consentie par le donateur, entre la date du contrat de mariage et celle du mariage, d'un bien donné à des époux dans le contrat de mariage (V. Cass., 26 janv. 1847, D. 47. 1. 63), ou d'interdire l'exercice de l'action paulienne contre une donation contenue dans le contrat de mariage à un créancier dont le droit est né après cette époque, mais avant le mariage. Nous approuvons également l'arrêt du 18 déc. 1878 (S. 81.1.353), qui a déclaré dotaux des biens acquis entre le contrat de mariage et le mariage en échange de biens déclarés dotaux par les conventions matrimoniales; et l'arrêt de Nîmes du 26 mars 1889 (*Le Droit*, 16 septembre), qui annule la vente par la femme d'un bien qu'elle s'est constitué en dot, lorsque l'acte a eu lieu entre le contrat de mariage et la célébration du mariage.

On peut à ce propos se demander à quelle date l'hypothèque légale prendra rang. Nous ferons à ce sujet remarquer préalablement que c'est tout d'abord aux textes qu'il faudrait se référer : cette hypothèque naissant de la volonté de la loi et non d'une volonté tacite des parties. Mais les textes sont contradictoires : l'article 2135 parle de la date du mariage, les articles 2194 et 2195 de la date du contrat de mariage. On est donc amené par la force même des choses à fixer la date de l'hypothèque en considérant les nécessités pratiques. Nous croyons que, si l'on s'inspire des idées que nous avons développées sur les droits éventuels, qu'il n'y a aucun obstacle en théorie à ce que l'hypothèque prenne rang dès le jour du contrat notarié. Nous avons vu en effet la possibilité d'inscrire une hypothèque et de lui donner immédiatement un rang, bien qu'elle ne garantisse qu'une dette future. De plus, les parties ayant intérêt à avoir une hypothèque aussi ancienne en date que possible, il est raisonnable de lui faire prendre rang dès qu'on trouve un acte à la date duquel on puisse attacher le rang de l'hypothèque. Il y aurait donc toute raison de reporter l'hypothèque à la date du contrat pécuniaire de mariage, s'il ne fallait tenir compte de l'intérêt des tiers, du crédit public, qui a une si grande importance en matière de sûretés réelles. Or, le

contrat de mariage est un acte secret, son existence n'est connue que par l'acte de mariage. C'est ce dernier acte seul qui a une certaine publicité, qui peut en fait être connu des tiers. C'est pour cette raison, et pour cette raison seule, que nous admettrons que l'hypothèque légale ne prend rang qu'à dater de la célébration du mariage, conformément d'ailleurs à la jurisprudence (1) et à la doctrine.

Seulement, si tel est le principe, rien n'empêche les époux par contrat de mariage de constituer dès maintenant une hypothèque conventionnelle sur les biens du mari comme garantie de la restitution de la dot. C'est d'ailleurs ce qui a été reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt ancien (2). Et peut-être même pourrait-on dire que l'hypothèque légale pourrait prendre rang avant le mariage, si une inscription était prise antérieurement à la célébration. Car la seule raison de retarder la date où elle prend rang est le défaut de publicité. Et ce serait interpréter bien strictement la loi que de dire qu'elle a établi un rang pour l'hypothèque légale tel qu'on ne peut y déroger, même quand il y aurait pour cela toute raison.

Il y a maintenant à propos de tout ceci et de la date des effets d'un contrat accessoire, à écarter une objection qui se présente à l'esprit : nous admettons dans une large mesure que le contrat de mariage produit ses effets à sa date. Or, il est certain que, s'il n'y avait pas mariage, le contrat ne produirait aucun effet. Nous aboutissons donc à traiter le contrat de mariage qui dépend d'un événement incertain plus favorablement que s'il dépendait d'une condition proprement dite, du moins si l'on accepte l'effet limité que nous donnons à la condition une fois accomplie. En réalité il n'en est rien : les effets que nous faisons produire au contrat de mariage à partir de sa date ou à un acte accessoire dès avant la naissance de l'acte principal ne sont pas plus considérables que ceux que nous faisons produire à la con-

(1) Cass., 22 janv. 1878, D. 78, 1, 154. — Cf. Planiol, t. II, n° 3116; Baudry et de Loynes, t. II, n° 1478; Huc, t. XIII, n° 360; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, n° 835.

(2) 26 févr. 1829; D., v° *Privilèges et hypothèques*, n° 925.

dition suspensive accomplie, au moins dans les cas les plus pratiques, par exemple quand il s'agit de l'aliénation d'un bien dotal entre le contrat de mariage et le mariage. Sans doute dans certaines hypothèses il en sera autrement, mais les actes pourront aisément rentrer dans la classe des actes conservatoires permis, nous le verrons, à un simple créancier éventuel : par exemple le droit pour le créancier éventuel de faire inscrire l'hypothèque qu'on lui a conférée.

Nous aboutissons, en résumé, à établir en matière de droit éventuel le système suivant. Quand un droit éventuel se transforme en un droit pur et simple, ce n'est, en principe, qu'à partir de cette transformation qu'elle produit ses effets. Cependant, soit qu'il s'agisse de promesse de contrat, de promesse de chose future ou de chose d'autrui, ou bien encore de contrat accessoire (contrat de mariage, contrat d'hypothèque) dans toute la mesure où cela est nécessaire pour donner force au droit à l'égard des tiers, le titulaire éventuel aura un droit prenant rang immédiatement, bien que ce droit ne soit ramené à exécution que plus tard. On peut donc dire que dans le domaine des droits réels le droit éventuel assure un rang dès sa première date. Au contraire, dans le domaine des droits personnels, le droit éventuel ne prendra rang qu'à partir de sa transformation en droit actuel (1).

Ceci ne nous parait comporter que deux exceptions : c'est d'abord lorsqu'il s'agit de la capacité. Des considérations objectives font qu'il convient d'admettre ici une solution exceptionnelle. Et ensuite en matière de succession testamentaire ou *ab intestat*, où un texte de l'article 777 accentue l'effet du décès en faisant remonter à cette date toutes les conséquences de l'acceptation, contrairement d'ailleurs à la nature des choses, ce qui explique les exceptions que comporte ce texte.

Mais, ces cas mis à part, nous avons en somme une solu-

(1) Et c'est encore cette solution qu'il faudrait admettre dans le cas où une fondation aurait été faite directement à un établissement à créer, ou au cas de stipulation au profit d'un tiers indéterminé. Personne ne pourrait entre temps acquérir de droit réel au détriment de ces bénéficiaires.

tion pareille à celle que nous proposons d'admettre pour la condition. Sur cette question capitale, se trouve donc établie l'unité entre la théorie du droit conditionnel et celle du droit éventuel. Et cette unité ne doit pas nous étonner, ce résultat négatif de la distinction entre le droit conditionnel et le droit éventuel est en somme conforme aux nécessités pratiques. Quand des personnes font un acte conditionnel ou éventuel, elles entendent dominer l'avenir. Il est nécessaire qu'elles acquièrent un droit qui, si les prévisions se réalisent, tiendra contre les droits réels acquis à l'époque intermédiaire. Leur droit va donc dans les deux cas avoir une date antérieure à la perfection technique. Il prendra date du jour ou il aura été voulu par les parties ou par l'une d'elles. Seulement ses effets à proprement parler ne commenceront que du jour où la condition ou l'éventualité se réalisera, c'est-à-dire de l'instant où, la situation prévue se produisant, on va vouloir mettre en œuvre les préparatifs que l'on avait faits pour y faire face.

Des droits du créancier éventuel tant que l'éventualité ne s'est pas réalisée.

Que peut faire le créancier éventuel tant que l'éventualité n'est pas réalisée ? Il faut, pour résoudre ce point, évidemment prendre pour base les décisions admises à propos des créanciers sous condition, en ce sens que les actes qui sont interdits au créancier sous condition le sont à plus forte raison au créancier éventuel. Ce n'est pas à dire qu'en sens inverse les créanciers éventuels aient tous les droits reconnus au créancier conditionnel, car leur situation n'est pas la même, bien que sur les droits de tous deux règne une incertitude.

Le titulaire d'un droit conditionnel peut faire des actes conservatoires ; le même droit peut-il être reconnu à celui qui n'a qu'un droit éventuel ? Il nous semble qu'il est impossible en principe de refuser au créancier éventuel la faculté d'accomplir des actes conservatoires. Car du moment qu'une personne a un certain droit, fût-il éventuel, il

doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de dépérir. Car autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout. Et nous avons constaté suffisamment jusqu'ici que ce n'est pas la situation de créancier éventuel.

Quels sont les actes que l'on peut accomplir sous le nom d'actes conservatoires ? On peut ici faire rentrer sous ces termes, comme d'ailleurs on le fait toujours, autre chose que les actes par lesquels on empêche le droit de s'éteindre; les actes interruptifs de prescription rentreraient seuls en effet dans cette classe; on peut y faire rentrer tous les actes qui fortifient le droit, en assurant la preuve, la mise en mouvement, qui le rendent opposable aux tiers. Il faut donc dire, comme le reconnaît une doctrine unanime(1), que le créancier éventuel peut prendre inscription pour l'hypothèque qui lui a été concédée. Il faut dire de même qu'il pourra faire signifier au débiteur d'une créance à lui éventuellement cédée, le contrat fait en sa faveur. Il pourra pareillement obtenir d'entrer en possession de la chose donnée en gage, même pour une créance future. On pourra faire transcrire une promesse de vente dont on a bénéficié, ou tout autre acte donnant un droit réel éventuel.

Pourrait-on aussi agir en justice pour faire reconnaître son titre, pour faire établir l'existence de la dette? Ce droit est reconnu au créancier conditionnel. Et nous croyons qu'il doit être étendu au créancier simplement éventuel : car le droit d'agir en justice nous semble absolu dès que l'on a un titre qui n'a pas été vérifié devant les tribunaux, et plus généralement dès qu'on a bénéficié d'un acte susceptible d'engendrer un droit, pourvu que cet acte n'ait pas encore été constaté par justice. En effet, on a toujours un intérêt à faire dès maintenant sa preuve en justice, plutôt qu'à attendre que le droit éventuel soit devenu pur et simple. Si on me signe aujourd'hui une cession de créance future, je puis avoir intérêt à faire établir dès maintenant que l'acte est bien signé par celui dont il porte le nom, car il se peut que cette preuve, facile au début, devienne plus

(1) V. plus haut.

aléatoire, si le signataire vient à décéder (1). En tout cas, si l'éventualité est pour se réaliser, il est beaucoup plus avantageux pour moi que le contrat d'où naît le droit éventuel soit dès maintenant reconnu en justice, car autrement si je ne puis intenter un procès qu'au jour où mon droit est devenu pur et simple, ce sera seulement des mois, parfois même des années après, que je pourrai avoir un titre exécutoire.

Nous concluerons donc qu'il y a droit d'agir en justice pour le créancier éventuel. Il est vrai que l'on pourrait objecter que la jurisprudence interdit aujourd'hui l'expertise à futur (2), et qu'elle est fort hésitante pour admettre l'enquête à futur (3). Mais sans vouloir entrer dans la discussion sur ce point, je ferai remarquer que la question que nous examinons en ce moment-ci est distincte de celles de l'enquête ou de l'expertise à futur. En effet l'enquête ou l'expertise à futur proprement dite est celle où une personne, sans plus, demande au tribunal de constater tel ou tel fait, sans indiquer en rien ce qu'elle veut tirer de cette constatation.

Or ici nous sommes en face d'une demande d'une autre nature. Une personne a un droit simplement éventuel et elle demande une expertise ou une enquête, ou telle autre mesure de procédure pour prouver son droit éventuel. La personne qui agit met le tribunal à même de voir l'utilité de l'acte qu'il ordonne, à même de connaître si les faits reprochés sont pertinents. C'est ainsi qu'il faut approuver la cour de Besançon d'avoir, par arrêt du 31 août 1844 (S. 45. 2. 625, D. 46. 2. 28), autorisé un propriétaire, des travaux étant en cours d'exécution chez un voisin et pouvant le priver des avantages d'une source dont il jouissait, à faire établir quelle était la situation dont il jouissait actuellement, pour le cas où les travaux lui causeraient un dommage. Le

(1) Larombière, t. II, p. 479.

(2) V. Cass. req., 25 oct. 1886, S. 87. 1. 164. — Trib. de Saint-Calais, 25 mars 1887, D. 87. 3. 111. — Cass., 6 févr. 1900, D. 1900. 1. 167. — V. *Contrà*, Glasson, *Procédure*, t. I, p. 616; Garsonnet, t. II, p. 554.

(3) V. cep. Besançon, 31 août 1844, D. 46. 2. 28. V. Glasson, t. I, p. 570; Garsonnet, t. II, p. 552.

tribunal est en effet à même de voir déjà si les faits à prouver présentent une utilité, si le voisin ne fait pas qu'user d'un droit (1).

Et en même temps que nous permettrons au titulaire d'un droit éventuel de faire établir par enquête ou par expertise le droit qu'il possède, nous permettrons à plus forte raison d'établir par vérification d'écriture que tel acte sous-seing privé émane bien de telle ou telle personne. Car ici nous ne pourrons plus nous heurter à aucun principe de procédure, la loi elle-même prévoyant la vérification d'écriture comme demande principale (2).

Il résulte donc de tout ceci un principe général. Toute personne ayant un simple droit éventuel peut agir en justice pour faire constater légalement son droit tel qu'il existe actuellement; elle peut à cet effet réclamer une vérification d'écritures, une expertise, une enquête et au besoin tout autre mode d'information : interrogatoire sur faits et articles, délation de serment décisoire ou supplétoire. Le tribunal, en face de cette demande, est obligé de constater ce qu'on lui demande, après avoir vu si cela a une utilité pour le procès qu'on se propose d'intenter.

Le titulaire d'un droit éventuel pouvant agir dès maintenant devant les tribunaux, à ce propos il y a lieu de se demander s'il va actuellement bénéficier d'une hypothèque judiciaire. Pourra-t-il en vertu du jugement prononcé à son profit prendre inscription d'hypothèque sur les biens du débiteur éventuel?

La question est double : il s'agit non seulement de savoir si une hypothèque judiciaire résulte de la décision rendue, mais il faut encore savoir quand cette hypothèque peut être inscrite.

D'abord y a-t-il hypothèque judiciaire? La question de savoir à quels jugements est attachée cette garantie est très obscure.

Cependant on reconnaît qu'il n'est pas nécessaire pour

(1) V. en ce sens Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 118.
(2) Proc. 193 et 194. Cf. Bonnier, *Des preuves*, p. 596; Garsonnet, t. III.

cela que les jugements renferment une condamnation actuelle et déterminée (1).

Mais cela va-t-il jusqu'à permettre de donner l'hypothèque judiciaire à celui qui n'a qu'un droit éventuel?

Les auteurs nous parlent bien de droits conditionnels, éventuels ou indéterminés, garantis par l'hypothèque judiciaire. Mais le plus souvent on nous cite comme exemples les condamnations à des dommages-intérêts qui seront fixées par état, ce qui n'est qu'une condamnation indéterminée, les jugements qui obligent un mandataire, un gérant à rendre compte, ce qui est encore une condamnation actuelle, mais dont le chiffre n'est pas fixé. Il faudrait se poser plus nettement la question et se demander si un jugement constatant une obligation de donner une chose future, ou une promesse de vente serait capable d'entraîner une hypothèque judiciaire. La doctrine n'a pas résolu cette question.

Nous croyons quant à nous que, l'obligation éventuelle ayant donné lieu à une condamnation, le débiteur ayant été condamné pour le cas où l'obligation se formerait complètement et d'éventuelle deviendrait pure et simple, il y a hypothèque. En effet, il y a hypothèque d'après la théorie la plus restrictive toutes les fois que, par les difficultés qu'il soulève, le débiteur a amené un procès et que de ce procès est résultée la preuve du bon droit de son adversaire : et par conséquent une condamnation.

L'hypothèque judiciaire apparaît en effet comme une sanction de la résistance d'une personne au droit d'une autre.

D'ailleurs nous croyons qu'en jurisprudence, on hésiterait encore moins à reconnaître ici l'hypothèque. En effet les tribunaux ont une tendance à élargir le domaine de l'hypothèque judiciaire, et par cela seul que la justice a été à même de constater une obligation, ils décident que cette obligation est sanctionnée par l'hypothèque. L'intervention

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 429; Baudry et de Loynes, t. II, p. 290; Huc, t. XIII, p. 244.

de justice serait donc toujours un moyen de fortifier les obligations.

Le titulaire d'un droit éventuel muni d'un sous-seing privé qui constate son droit peut avoir assigné simplement son adversaire en reconnaissance d'écriture. En pareil cas, on admet généralement qu'on est ici en face d'un jugement qui constitue un acte judiciaire. Bien que cette conception nous paraisse critiquable et qu'elle nous semble apporter beaucoup de trouble dans des notions qui auraient pu être plus simples, tenons-la pour admise. En ce cas, je n'hésite pas à dire que, comme dans le cas précédent, il doit y avoir hypothèque judiciaire; l'article 2123 attache en effet l'hypothèque aux reconnaissances ou vérifications faites en jugement de signatures apposées à un acte obligatoire sous-seing privé. Et il nous semble que le droit éventuel correspond à quelque chose de suffisamment réel, pour que l'acte sous-seing privé qui le constate puisse être qualifié d'acte obligatoire.

Ce premier point déterminé, demandons-nous à quelle date l'hypothèque pourra être inscrite.

Nous croyons qu'ici il faut tenir compte du principe si important consacré par la loi du 3 sept. 1807. Il nous semble qu'il faut dire que l'hypothèque judiciaire attachée à un droit éventuel ne pourra être inscrite qu'au jour où le droit sera pur et simple. On ne manquera pas d'objecter que nous étendons ici ce texte, qui déroge au droit commun ; que cette disposition ne vise que les reconnaissances d'obligation sous-seing privé. Mais sans parler de cette distinction entre le jugement de reconnaissance et celui de condamnation qui nous paraît critiquable, nous estimons qu'on ne peut, sans illogisme, appliquer la loi de 1807 à la seule reconnaissance d'écriture privée. En effet, un débiteur poursuivi avant terme verrait son créancier inscrire une hypothèque judiciaire immédiatement si ce créancier fondait son droit sur une obligation verbale, et non s'il avait en sa faveur un acte sous-seing privé. Vouloir limiter la loi de 1807 au seul cas précis qu'elle vise, me paraît d'ailleurs être une méconnaissance complète de la volonté des parties qui doit

ici jouer un certain rôle. Quand des contractants ont, en faisant un acte qui ne prévoit aucune hypothèque, entendu par là refuser au créancier toute sûreté immédiate, on ne peut accepter que celui-ci puisse se faire conférer par justice une hypothèque générale qu'il inscrira aussitôt. L'hypothèque ne peut prendre rang raisonnablement qu'au jour où la dette est arrivée à l'échéance et où le débiteur se trouve déjà en retard pour payer.

Le créancier éventuel peut-il jouer un rôle dans les distributions par voie d'ordre ou de contribution qui s'ouvriront sur les biens du débiteur, avant l'échéance de son droit? Une distinction doit, suivant nous, être faite entre le cas où le créancier éventuel se présente comme créancier privilégié ou hypothécaire, et celui où il demande un simple dividende comme créancier chirographaire.

Dans le premier cas, lorsqu'un créancier se présente comme créancier éventuel ayant un privilège ou une hypothèque, son droit d'obtenir une collocation ne nous paraît pas douteux. Il pourra sans doute y avoir lieu à estimation de la créance si le montant en est incertain, mais ce n'est là qu'une difficulté de fait qui ne touche pas à la portée du principe.

Sans doute le montant n'en saurait être touché par lui actuellement. Il sera mis provisoirement en dépôt à la Caisse des dépôts et consignations, ou bien on paiera immédiatement les créanciers postérieurs en rang et on leur demandera de promettre, sous caution, de payer le créancier éventuel si son droit devient pur et simple.

Reste à démontrer que cette solution est acceptable. Nous ferons d'abord remarquer qu'elle est admise par toute la doctrine pour le créancier conditionnel muni d'une hypothèque. Tout le monde admet que dans l'ordre ouvert il pourra se faire colloquer (1). Nous ne dépassons donc pas le maximum que nous avons indiqué comme étant celui des droits du créancier éventuel. Mais prouvons plus directe-

(1) V. Larombière, t. II, p. 479; Aubry et Rau, 3e éd., t. IV, p. 114; Demolombe, t. XXV, n° 370; Colmet de Santerre, t. V, n° 99-*bis*-I.

ment notre solution. Elle nous apparaît comme une nécessité. Du moment que l'on a admis qu'un créancier éventuel pouvait avoir une hypothèque, un gage, une sûreté réelle quelconque, il faut de force lui permettre de faire valoir ce droit dans la distribution qui s'ouvrira du prix de l'immeuble. Car si l'on repoussait cette solution : ou l'on admettrait que l'hypothèque du créancier éventuel subsiste encore, il y aurait donc certaines hypothèques qui résisteraient à la purge, ce qui est inadmissible. Ou bien on dirait que l'hypothèque est éteinte, et le créancier éventuel pourrait dire : je me suis fait constituer par un vendeur, pour mieux armer mon action en garantie en cas d'éviction, une hypothèque sur ses biens, ce n'est qu'un fantôme d'hypothèque que j'ai reçu : je n'ai pu ni faire acte d'exécution, ni produire à l'ordre. Nous croyons donc la solution que nous proposons inévitable. Elle est d'ailleurs couramment admise quand il s'agit des créances du mineur contre son tuteur. Et cette solution spéciale doit être généralisée (1).

Mais supposons au contraire un créancier éventuel venant produire à une contribution, ou même à un ordre, comme simple créancier chirographaire. Là encore, si le créancier était un créancier conditionnel, on dirait qu'il peut obtenir une collocation, sauf à ne pas en toucher pour le moment le montant. C'est là en effet la doctrine très générale (2).

Mais il nous semble ici que le droit du créancier éventuel n'est pas suffisant pour le faire assimiler à un créancier conditionnel. En effet, n'oublions pas une chose : il n'est pas encore créancier, il ne le deviendra qu'au jour où l'éventualité se réalisera. D'ailleurs, à admettre la solution contraire, on aboutirait à des abus. Même à donner au mot créance éventuelle le sens précis et technique que nous avons donné à ce mot, on arriverait à permettre à trop de personnes de venir pour des raisons peut-être très incertaines diminuer le dividende des créanciers actuels. Un acheteur d'immeuble créancier éventuel de garantie pourrait se faire

(1) V. Garsonnet, *Procédure*, t. IV, p. 562; Aubry et Rau, t. III, p. 544.

(2) V. les auteurs cités à l'avant-dernière note, sauf Larombière, qui professe ici une opinion contraire.

colloquer pour une somme à estimer, ce qui serait inacceptable en pratique. D'ailleurs les créanciers éventuels ne sauraient ici se plaindre à bon droit. S'ils voulaient en cas de déconfiture ou de faillite pouvoir produire, ils n'avaient qu'à se faire concéder une hypothèque. Ils n'avaient qu'à se montrer prudents ; *jura vigilantibus prosunt*, pourrait-on dire ici sans aucune exagération, car il s'agit non de créanciers actuels, mais de créanciers futurs.

Je crois d'ailleurs qu'il suffirait que le droit d'éventuel devînt actuel avant la clôture de la faillite ou de la contribution et que l'on produisît immédiatement, pour que l'on pût prétendre à une collocation. Le retard ici ne serait nullement imputable à la négligence du créancier. Il ne le serait qu'aux circonstances. Il y aurait force majeure mettant à l'abri de toute demande de forclusion. Cette nouvelle atténuation permettrait de pouvoir sans aucune injustice établir le principe que nous avons admis et, dans une matière toute de nuances comme celle-ci, d'établir une règle satisfaisant à la fois tous les intérêts sérieux en présence.

Le créancier éventuel a-t-il le droit de pratiquer une saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur de son débiteur ?

On admet déjà tant en doctrine qu'en jurisprudence qu'une créance éventuelle peut être l'objet d'une saisie-arrêt, qu'un simple débiteur éventuel peut voir un créancier de son créancier faire opposition entre ses mains. Le point peut être considéré comme acquis (1), bien que les arrêts ne puissent pas toujours être invoqués à bon droit. Parfois en effet on voit cette formule qu'une créance indéterminée ou éventuelle peut être l'objet d'une saisie-arrêt, appliquée à des créances dont l'existence est simplement douteuse (2). Cependant il y a des arrêts en nombre suffisant envisageant la saisie de véritables droits éventuels. Lorsque ce cas se produit, la saisie ne peut évidemment nuire en rien au droit du débiteur éventuel. Elle ne peut l'obliger à payer

(1) V. Cass., 29 oct. 1890, S. 91. 1. 440, avec la note de M. Balleydier. — Cass., 27 nov. 1894, S. 96. 1. 489 ; Garsonnet, t. III, n° 600.
(2) V. Cass., 5 juin 1896, S. 1901. 1. 314.

immédiatement. Le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le droit soit devenu définitif, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour de cassation dans divers arrêts (1).

La question que nous voulons examiner ici est différente :

Nous voulons nous demander si le créancier éventuel ne peut pas déjà faire une saisie-arrêt pour sauvegarder son droit.

La jurisprudence des cours d'appel a refusé de l'admettre pour les créances à terme ou conditionnelles (2). Il semblerait en résulter *a fortiori* que le créancier éventuel ne peut faire saisie-arrêt.

Mais la jurisprudence de la Cour de cassation admet que l'opposition est un acte de conservation et que le jugement de validité est seul un acte d'exécution. Ceci nous paraît conduire à cette solution logique que le créancier éventuel pourra former opposition, mais qu'on devra surseoir pour valider celle-ci jusqu'à ce que le droit devienne pur et simple. Et rien dans les arrêts de la Cour suprême ne paraît s'y opposer. Elle a bien admis qu'on ne pouvait saisir-arrêter pour une créance non liquide (3), mais une créance éventuelle peut être liquide, son chiffre peut être certain. On a tort de confondre la non-liquidité, état de fait, et l'éventualité, état de droit de la créance.

Après avoir exposé le droit commun en ce qui concerne les actes conservatoires et la faculté d'ester en justice pour qui a un droit éventuel, voyons les exceptions.

Les règles que nous avons établies précédemment ne s'appliquent pas dans tous les cas.

La théorie des droits éventuels, qu'on se figurerait volontiers une, partout identique à elle-même, comporte bien des différences, bien des nuances. Et nous allons voir, en effet, un système tout particulier s'appliquer en matière successorale.

Quand une personne paraît pour le moment appelée à recueillir la succession *ab intestat* d'une autre si celle-ci décé-

(1) V. Cass., 29 oct. 1890 et 5 juin 1893, précités.
(2) V. Poitiers, 12 déc. 1876, S. 78. 2. 39.
(3) V. Cass., 22 juin 1870, S. 71. 1. 196 ; 22 août 1871, S. 71. 1. 197.

dait en ce moment, on la qualifie souvent dans le langage vulgaire d'héritier. Les hommes de loi diront en tout cas volontiers qu'elle est appelée éventuellement à recueillir telle succession et l'on serait tenté de dire qu'il y a en faveur du futur héritier un droit éventuel sur la succession. L'article 791 semble d'ailleurs favorable à cette manière de voir en parlant des droits éventuels qu'on peut avoir à une succession. Peut-on correctement parler ainsi, du moins quand il s'agit d'un héritier non réservataire? Ce parent plus ou moins éloigné n'a-t-il pas une simple espérance, c'est-à-dire quelque chose de purement extra-juridique? Il n'a pas plus de droit sur la succession que je n'en ai sur une maison que je désire acheter lorsque je n'ai encore fait part de mes intentions à personne; car celui dont on compte hériter peut dissiper ses biens, perdre sa fortune, il peut deshériter sa famille en instituant un étranger légataire universel. Bien plus, il se peut que par des décès survenus, il ait désormais des héritiers plus éloignés que ceux qui étaient auparavant désignés. Ceux-ci n'ont donc aucun droit transmissible. Le futur héritier lui-même peut, voyant la succession trop minime, trop compliquée à liquider, y renoncer. Cependant l'élément primordial du droit, le lien du sang existe déjà, on peut parler ici de droit éventuel.

En tout cas l'on peut déjà certainement en parler avec le sens précis que nous donnons à ce mot, quand il s'agit d'un héritier réservataire, à l'abri, pour partie du moins, des donations ou des legs que pourrait faire le *de cujus*. Le droit peut encore disparaître par la volonté de l'héritier, mais il existe à l'encontre de toute volonté contraire du futur défunt.

Il est également permis de parler de droit éventuel quand il s'agit du bénéficiaire d'une institution contractuelle, d'un donataire de biens à venir, ou à plus forte raison d'un donataire de biens présents et à venir : le donataire de biens à venir est déjà par contrat dans la situation d'un héritier réservataire.

Le donataire de biens présents et à venir a de plus l'avantage d'être, s'il le préfère, lors du décès du *de cujus*, le

bénéficiaire d'une promesse de donation qui produira (sans controverse possible, puisque le Code le dit à l'article 1084) les effets que nous avons reconnus précédemment aux autres promesses de contrat : promesse de vente notamment. La seule différence, qui n'a d'ailleurs rien d'essentiel, c'est que l'acceptation de cette promesse ne pourra se faire qu'après une date fixe : le décès du donateur.

Ces titulaires de droits éventuels ont-ils la faculté, du vivant de la personne dont ils sont héritier à réserve ou institué contractuel, d'agir pour la sauvegarde de leurs droits, d'accomplir des actes conservatoires ?

Si nous nous contentions d'appliquer ici les règles que nous avons précédemment établies, nous ne pourrions dire sans doute qu'un héritier peut du vivant du *de cujus* réclamer sa réserve, ce qui est un droit d'exécution, mais nous pourrions du moins lui permettre certains actes conservatoires, nous pourrions aussi, en cas de fraude, permettre à l'héritier à réserve d'agir dès maintenant pour attaquer l'acte frauduleux dirigé contre lui, la donation dissimulée sous forme de vente que le père peut faire pour priver un héritier de sa réserve. Ces diverses mesures nous paraîtraient admissibles, bien que le droit de l'héritier ne soit pas pleinement déterminé, qu'il varie dans son chiffre suivant l'enrichissement ou l'appauvrissement de celui dont il doit hériter.

Mais le droit successoral comporte des règles particulières : il y a un sentiment de convenance qui nous empêche de voir d'un œil favorable un héritier faire des actes conservatoires, alors que celui dont il va hériter vit encore. Il y a aussi une intrusion dans les affaires d'un parent incompatible avec le secret des affaires, le secret du patrimoine auquel on tient beaucoup dans notre monde si individualiste, et surtout, diront quelques-uns, avec le développement du quant à soi, et cette intrusion ne peut être acceptée facilement.

Ce sont là les vrais arguments contre des mesures conservatoires, car je regarde pour peu de chose ici les articles 920 et 1090, qui nous disent que la réduction s'opère à

l'ouverture de la succession. Ils ne traitent pas de mesures conservatoires.

En tout cas on ne peut guère en parler pour des non-réservataires, puisque, par testament, on peut les priver de leurs droits.

Malgré ces raisons très graves fondées sur les considérations sociales, on peut facilement imaginer des cas où la réserve sera mise en péril par des actes dont des mesures conservatoires pourraient atténuer les effets. La doctrine moderne a eu ici un parti-pris d'application rigoureuse des principes de logique étroite, et elle décide unanimement qu'on ne peut rien faire pour le moment. Le tiers donataire avantagé aux détriments de la réserve dissipe ses biens, les transforme en titres au porteur faciles à dissimuler, peu importe. Le père ou le descendant qui veut porter atteinte à la réserve fait des actes simulés dont le caractère facile à prouver aujourd'hui le sera plus tard beaucoup moins. Peu importe encore. « La réserve est un droit de succession, l'action en réduction ne peut s'ouvrir qu'avec la succession même, les personnes auxquelles la loi accorde une réserve ne seraient même pas autorisées, quelque sérieuses que fussent leurs craintes de la voir devenir illusoire, à prendre ou à provoquer des mesures conservatoires (1) ».

Seul Demolombe, avec une grande prudence, a reconnu qu'il pourrait quelquefois, dans des cas extrêmes, être pris des mesures conservatoires, notamment une hypothèque sur les biens du défunt (2). La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur cette mesure; tout au moins la Cour de Cassation, dans le seul arrêt d'elle qu'on trouve sur la question (arrêt fort ancien, il est vrai), a-t-elle autorisé, mesure encore plus timide, l'enfant d'une femme remariée à intervenir dans une instance introduite par elle pour faire réduire les avantages indirects qu'elle avait faits à son second époux (3).

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 184; Baudry et Colin, *Donations*, t. I, p. 366; Huc, t. VI, p. 213; Valette, *Cours*, t. I, p. 237. — Cf. Larombière, t. II, p. 483.
(2) T. XIX, nos 199 à 201.
(3) Cass. civ., 27 mars 1822, S. chr., t. VII, p. 44.

La Cour suprême abandonnerait-elle ce précédent, si l'occasion s'en présentait, et se rallierait-elle à la stricte logique de la doctrine, ou préférerait-elle suivre la voie déjà indiquée par elle, se gardant de l'exagération des principes même les meilleurs, les plus en harmonie avec les convenances et l'état social? On ne peut se prononcer sur ce point.

En tout cas l'héritier à réserve aurait quelquefois la ressource de la demande en interdiction contre le père dissipateur qui menace de porter atteinte à la réserve. Peut-être aussi pourrait-on, sans choquer nullement les principes admis, lui donner actuellement une action contre les tiers. Quand ceux-ci sciemment se rendent complices par une donation acceptée, qu'elle soit déguisée ou non, d'une atteinte à la réserve, ils commettent un délit civil. Ce délit ne produira pas de suite ses conséquences dommageables pour l'héritier : elles ne se réaliseront qu'à l'ouverture de la succession. Cependant il y a déjà éventuellment contre le tiers un droit à réparation et ce droit éventuel ordinaire, étranger dans son fondement aux idées qui interdisent à l'héritier l'exercice anticipé de la réserve, ne pourrait-il pas donner lieu à des mesures conservatoires?

Les solutions ainsi admises doivent être étendues du cas d'un héritier à réserve à celui d'un institué contractuel. L'un et l'autre ont les mêmes droits : leur situation est identique (1).

La doctrine a en général trop peu étudié la donation cumulative de biens présents et à venir pour s'être préoccupée de savoir si des nuances ne devraient pas exister entre ce cas et le précédent. Ici il nous semble qu'à raison du droit conféré sur les biens présents au donataire, celui-ci peut déjà faire des actes conservatoires.

Sans doute, comme on le reconnaît, le donataire ne pourrait pas s'opposer à une aliénation gratuite ou onéreuse des biens à lui donnés : le donateur reste propriétaire jusqu'à

(1) V. Aubry et Rau, t. VIII, p. 80; Demolombe, t. XXIII, p. 353.

sa mort. Le donataire pourra simplement à cette époque reprendre les biens aliénés aux mains des tiers.

Mais ce que l'on peut soutenir, c'est que le donataire aura le droit de faire des actes simplement conservatoires : il pourra intervenir dans un procès en revendication que soutient le donateur à propos des biens donnés, car il est plus avantageux pour lui que le bien reste dans la succession du donateur. Il pourra de même, si un acte a été fait en fraude de ses droits, faire dès maintenant établir la fraude : démontrer devant le tribunal que des biens ont été aliénés furtivement pour qu'il ne pût savoir qui les avait acquis. Cette preuve facile à l'origine peut en effet être très difficile plus tard à cause de la disparition d'indices et de témoins.

Nous croyons donc en un mot que les actes purement conservatoires sont permis au donataire de biens présents et à venir (1).

De ce que les actes conservatoires sont en principe interdits à l'institué contractuellement, il n'en résulte pas que celui-ci ne puisse avoir les autres droits qui sont conférés à un autre créancier éventuel : notamment nous croyons que celui-ci peut dans l'acte de donation se faire constituer une hypothèque soit sur les biens donnés, soit sur d'autres, hypothèque qui fortifiera l'action qu'il pourrait avoir à exercer si des meubles à lui donnés contractuellement ont été aliénés à titre gratuit et qu'il ne puisse les revendiquer à raison de l'article 2279. En ce cas le donataire de biens à venir a droit à une indemnité. La réclamation qu'il formulera sera utilement fortifiée par une hypothèque. Nous ne croyons pas que l'on puisse avec raison en contester la validité (2).

Le donataire de biens à venir, ou de biens présents et à venir pourrait pendant la vie du donateur vouloir céder son droit ou y renoncer. Cet acte serait certainement interdit à un héritier à réserve comme pacte sur succession future, ou comme renonciation anticipée à une succession. Mais

(1) *Contrà*, Aubry et Rau, t. VII, 4e éd., p. 328.

(2) V. Demolombe, t. XXIII, p. 360 et suiv. — *Contrà*, Paris, 9 févr. 1875, S. 75. 2. 129.

nous ne croyons pas qu'il faille poursuivre l'assimilation entre l'héritier à réserve et l'institué contractuel au point d'étendre cette prohibition. Nous ne pouvons admettre cette extension sans raison de l'article 791 et de l'article 1130. Le Code ayant autorisé le pacte sur succession future appelé institution contractuelle, il ne nous semble pas raisonnable d'admettre que la renonciation à ce même pacte puisse être considérée comme prohibée. En permettant l'un, on a par là même autorisé l'autre.

Cependant, ce principe admis, nous ajouterons qu'il comporter a nécessairement certaines restrictions. D'abord, si le donataire de biens à venir peut disposer de son droit propre, il ne peut disposer de celui des autres. Et la donation est faite aussi, il faut se le rappeler, au profit des enfants nés ou à naître du mariage. L'institué en nom ne pourrait disposer du droit de ces derniers.

En outre, pendant le mariage, on ne pourrait regarder comme valable une renonciation de la part de l'institué, car elle emporterait une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Ce ne sera donc qu'assez rarement que les actes en question seront valables. Cependant le principe de la validité est utile à poser, car il permettra, le mariage dissous, à l'institué lui-même ou à l'institué et à ses enfants nés du mariage, de céder complètement leurs droits ou d'y renoncer. Mais ces dérogations au droit commun cesseraient après le décès du *de cujus* : entre ce moment et celui de l'acceptation du droit offert, l'héritier, le donataire de biens à venir serait un créancier éventuel ordinaire, ayant le droit de faire des actes conservatoires (1).

Nous avons vu les avantages que confère normalement le droit éventuel. Nous venons de voir aussi ce droit s'affaiblir dans sa portée lorsqu'il porte sur une succession non ouverte. Il y a des cas où en sens inverse le droit éventuel apparaît si voisin d'un simple droit à terme que la distinction est difficile à faire, et alors le droit éventuel se trouve pratiquement traité comme un droit actuel. C'est ce qui a lieu

(1) V. Aubry et Rau.

dans le cas de dommage causé, lorsque le dommage, au lieu de se réaliser instantanément, ne se réalise que peu à peu.

Quand un acte illicite entraînant responsabilité a été commis, on aperçoit facilement que tant que le dommage n'est pas réalisé, même pour partie, le droit à indemnité n'est qu'éventuel. Ainsi en est-il d'une atteinte portée à la solidité d'un édifice qui, sans l'endommager actuellement, en abrégera la durée.

Mais un dommage peut être déjà réalisé en partie et pour le surplus n'être qu'éventuel. Pour n'en citer que l'exemple le plus pratique, une personne étant victime d'un accident, ayant eu des lésions internes ou une infirmité causée par cet accident, souvent le dommage n'est encore que partiellement réalisé le jour où s'ouvre le procès en réparation. Pour le dommage passé, la créance en indemnité est bien actuelle. Mais pour le dommage à venir, la créance est encore éventuelle. Elle est subordonnée au préjudice qui se réalisera dans un an, dans deux ans, ou plus tard encore. Sans doute on peut bien prévoir dans une certaine mesure quel sera le dommage, et quelle doit être pour l'avenir l'importance de la créance en indemnité. Mais ce n'est qu'une prévision incertaine, si incertaine que la loi du 9 avr. 1898 a dû prévoir la possibilité pendant trois ans de réviser le taux de l'indemnité aux ouvriers blessés.

En cas de dommage résultant de blessures ou d'accident, il y a donc le plus souvent au moment du procès qui s'engage, à moins que le blessé ne soit déjà guéri, une double créance : créance actuelle pour le dommage passé, créance éventuelle pour le dommage futur. Ici le droit éventuel est toujours traité en pratique comme s'il était actuel, et personne n'a pensé à contester cette façon de procéder. On a admis sans la moindre hésitation que le tribunal pourrait prononcer sur les conséquences de ce dommage futur. On a admis sans plus de difficulté que ce droit pourrait être l'objet de cession, de renonciation, qu'il pourrait être garanti par des sûretés. Et on admet de même, ce qui est une différence avec le droit éventuel ordinaire, que le droit à indemnité est garanti pour le tout par une hypothèque prenant rang immédiatement. C'est même

cette façon de traiter ce droit éventuel qui fait que souvent on prononce en justice des indemnités trop faibles ou trop fortes. On établit le dommage futur sur des prévisions qui peuvent être trompées : on escompte que telle ou telle incapacité de travail résultera de l'accident. Or le blessé guérit, sa situation s'améliore sans que les médecins l'aient prévu, ou inversement son état subit une aggravation inattendue. Ce sont là les résultats inévitables d'une appréciation faite à l'avance. Malgré ce défaut évident à juger ainsi un droit éventuel incertain dans sa durée, il y a avantage à procéder ainsi, à simplifier les procès au lieu de les multiplier, à ne pas retarder le paiement des indemnités qui seront dues, à autoriser le procès avant même qu'elles ne soient dues. On peut toutefois souhaiter que les tribunaux, en dehors des cas prévus par la loi de 1898 qui limite à trois ans le temps pour faire réviser l'indemnité, procèdent de la façon suivante. On peut désirer qu'au lieu de faire une application non susceptible d'être révisée, ils déclarent eux-mêmes qu'à de certains intervalles, on pourra, s'il y a changement grave dans l'état du blessé, modifier en plus ou moins le taux de l'indemnité qu'on lui alloue. Il serait juste de laisser la porte ouverte à des modifications, comme cela a lieu lorsqu'on accorde à une personne une pension alimentaire en vertu de l'article 205 du Code civil.

Mais, à part cette différence qu'il est juste d'introduire en pratique, nous ne voyons pas d'inconvénient à traiter, comme on le fait, le droit éventuel à l'égal d'un droit actuel.

Le caractère spécial de ces droits éventuels que l'on assimile ainsi à des droits actuels ne doit d'ailleurs pas étonner. Car nous sommes ici en face d'une éventualité qui touche l'exécution du droit plutôt que son existence. Le droit à indemnité existe, et le dommage qui se réalisera peu à peu ne fera qu'en fixer l'étendue.

Poursuivons l'examen des droits du créancier éventuel et demandons-nous si celui-ci peut exiger que le débiteur accomplisse l'acte qui transformera l'obligation en obligation pure et simple. Cette question ne nous paraît pas comporter de réponse absolue. Elle nous paraît devoir être résolue

dans chaque espèce, d'après la volonté des parties. Si une personne m'a promis de me vendre sa maison à tel prix si elle voulait vendre, je ne puis peser sur sa volonté et l'obliger à vouloir vendre. Au contraire si une personne m'a promis une chose future, elle est obligée de faire son possible pour que cette chose future vienne à existence, elle est tout au moins obligée de ne pas empêcher cette chose future de naître. Si j'ai acheté à une personne la récolte prochaine de son verger, elle n'a pas le droit de s'abstenir des soins nécessaires pour que cette récolte soit bonne, à plus forte raison n'aurait-elle pas le droit d'abattre des arbres fruitiers. En effet, en même temps que l'on m'a conféré un droit éventuel sur les fruits, on m'a tacitement conféré le droit actuel d'exiger les soins nécessaires pour que la chose future soit créée et vienne à maturité. Ceci d'ailleurs s'explique aisément : dans ce dernier cas, nous sommes en présence d'une éventualité qui empêche seulement l'exécution. L'obligation existe donc. Toutefois remarquons qu'il en serait autrement pour l'éventualité tenant au défaut d'existence d'un contrat principal, car l'intention des parties est ici différente.

Supposons que ces actes défendus au débiteur aient été accomplis par lui, qu'il ait empêché la chose future promise de venir à existence. Lui appliquera-t-on la règle que la « condition est réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur empêché sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement » ? L'article 1178, qui contient cette disposition, établit contre le débiteur conditionnel une véritable peine privée, puisqu'il va se trouver obligé quand même; sans son intervention, il y avait peu de chances pour que la condition s'accomplît. Il nous semble pour cette raison plus prudent de décider que l'article 1178 ne peut être étendu au cas où il s'agit de droit éventuel. Le tribunal aura donc à se demander si, sans l'intervention du débiteur, la chose future aurait pu exister et, d'après son examen, à condamner ou non le débiteur à une indemnité.

On peut encore examiner à un autre point de vue les droits du créancier éventuel en cas de mauvaise foi ou de négligence du débiteur. On peut se demander s'il peut, comme un

créancier conditionnel, s'opposer à des dégradations que commettrait le propriétaire sur la chose promise éventuellement. Ainsi un propriétaire a signé une promesse de vente de son immeuble. Le stipulant, avant d'avoir usé de la promesse faite, pourrait-il faire interdire au propriétaire de démolir les constructions élevées, de transformer la chose de manière à lui donner une valeur moins grande? Nous le croyons. Il serait en effet abusif que le stipulant dût laisser la chose perdre toute valeur et risquât d'avoir un droit sans utilité. On dira sans doute qu'il n'a qu'à user de la promesse et à manifester sa volonté. Mais le pacte a pu lui interdire cette manifestation avant un délai donné; ensuite il peut avoir encore besoin de réfléchir, d'attendre des événements qui lui dicteront sa conduite. Il se peut qu'il n'ait que plus tard les capitaux pour payer.

Mais la même solution pourrait-elle être acceptée dans le cas inverse, en cas de promesse d'acheter? Le propriétaire qui a adhéré à la promesse, qui n'a pas été simplement visé par une pollicitation, reste-t-il maître absolu de sa chose? Ici encore, bien que l'on puisse davantage hésiter, nous croyons que l'on peut admettre la solution défavorable au propriétaire? car il y aurait aussi inconvénient pratique à le laisser dégrader sa chose et ne plus présenter à l'acquéreur, qui ne peut ici amener la réalisation du contrat, qu'un objet sans valeur. Il vaut mieux prévenir que guérir. C'est au propriétaire qui a accepté la promesse d'achat à s'en prendre à lui-même de l'avoir acceptée ou de n'avoir pas réservé son droit de transformer la chose. S'il ne l'a pas fait, qu'il se munisse alors du consentement du promettant.

Et la solution donnée dans ces deux cas spéciaux doit être généralisée. On appliquera partout ce principe que celui tenu par rapport à une chose d'une obligation éventuelle ne peut dégrader cette chose et que le créancier éventuel peut judiciairement l'empêcher. Et cette règle pourra avoir occasion d'être mise en pratique soit en cas d'hypothèque pour dette future, soit de chose promise sous condition d'être autorisé à l'aliéner.

Les détériorations que peut subir la chose promise, sur

laquelle on n'a qu'un droit éventuel soulèvent une dernière question : c'est celle des risques. Le propriétaire qui a bénéficié d'une promesse d'achat ne peut forcer à prendre les débris de la chose si celle-ci a péri : à prendre ce qui reste d'un navire s'il a fait naufrage, parce que, le contrat se formant seulement à l'instant où le dernier de ses éléments vient s'y joindre, c'est alors seulement que l'on peut examiner si les éléments autres que le consentement existent encore. Cela est conforme d'ailleurs à l'intention des parties.

Mais on peut éprouver plus d'hésitation quand il s'agit de simples détériorations partielles. Il s'agit d'une maison, Le jour où arrive la volonté du stipulant de l'acheter, le jour où le propriétaire annonce à celui qui avait fait la promesse d'achat qu'il veut bien vendre, la toiture a été enlevée par un ouragan, ou bien une inondation a détruit un des bâtiments.

L'acheteur peut-il user de la disposition de l'article 1182 et demander, s'il y a détérioration sans faute du débiteur, à résoudre l'obligation? Et s'il y a faute peut-il encore demander la résolution ou une indemnité pour le préjudice subi à son choix?

Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'étendre ici les règles de l'article 1182. Sans doute, s'il y a détérioration par faute du débiteur, le promettant pourra demander une indemnité ou il pourra obtenir que la convention soit résolue en vertu de l'article 1184 : le débiteur a manqué à son obligation de s'abstenir de faute, il tombe sous le coup de cet article.

Le point vraiment difficile est donc le cas de détérioration fortuite. Nous n'avons pas hésité, dans nombre de cas, à étendre au créancier éventuel certains droits du créancier conditionnel, lorsque cela nous paraissait commandé par des nécessités pratiques. Mais nous craignons qu'il ne soit exagéré de le faire ici. La loi a fait une sorte de cote mal taillée pour répartir les mauvaises chances en cas de détérioration fortuite. C'est une sorte de principe transactionnel dont la législation aurait fort bien pu se passer et que nous pouvons appliquer uniquement au cas spécial qu'il vise.

Le créancier éventuel peut-il user des deux bénéfices que les articles 1166 et 1167 du Code civil accordent à tout créancier? Voyons tout d'abord s'il peut user de l'action oblique de l'article 1166.

La réponse est facile. La doctrine, à défaut de jurisprudence, a admis d'une façon presque unanime que l'action indirecte constituait plus qu'un acte conservatoire, presque un acte d'exécution, et elle a en conséquence refusé au créancier à terme ou conditionnel le droit d'user de ce bénéfice. On a à juste titre redouté une intrusion excessive des créanciers dans les affaires de leur débiteur (1).

A plus forte raison le créancier éventuel ne pourrait, avec le faible droit qu'il a, prétendre user de l'action oblique. Le point est si évident qu'on peut se dispenser d'insister (2).

C'est encore de la même manière qu'il convient de résoudre la question de savoir si l'action paulienne est ouverte au créancier éventuel. La doctrine la plus générale enseigne aujourd'hui que les créanciers sous condition suspensive ne peuvent user du bénéfice de l'action paulienne (3), cette action étant en dehors du cercle des actes conservatoires. Le doute, n'existant pas à propos de l'action de l'article 1167, quand il s'agit d'un créancier conditionnel, ne saurait exister pour un créancier éventuel. D'autant plus que, dans un cas comme dans l'autre, on se trouverait en présence du même embarras. L'acte a été annulé, le bien aliéné revient aux mains du débiteur malhonnête. Mais alors qu'en faire? On ne peut le saisir, puisque la créance n'est pas arrivée à échéance, qu'elle est encore en suspens.

Il faudrait donc laisser aux mains du débiteur le bien qu'on a fait rentrer dans son patrimoine, et il serait alors bien inutile d'avoir intenté l'action. Ou alors il faudrait ad-

(1) Demolombe, t. XXV, p. 100; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p. 540; Aubry et Rau, t. IV, 5e éd., p. 200; Huc, t. VII, p. 257; Laurent, t. XVI, p. 531.

(2) V. Baudry et Barde, p. 541, en note. — Lyon, 22 mai 1885, *Pand. fr.*, 86. 2. 362, dans un cas où il est vrai on a qualifié droit éventuel une simple créance d'indemnité pour accident non encore prouvé.

(3) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 216, note 1 *bis*; Laurent, t. XVI, p. 533; Baudry et Barde, t. I, p. 601; Huc, t. VII, p. 294.

mettre que la justice aura le droit de mettre sous séquestre le bien frauduleusement aliéné. Et cette mesure, bien que sage, ne paraît pas possible dans l'état actuel des textes. Notre droit civil est encore trop pétri d'individualisme pour cela.

De la transmission des droits éventuels.

Comment le droit éventuel peut-il cesser d'appartenir au créancier? Selon nous le droit éventuel, comme tout autre droit, est transmissible par décès ou entre-vifs.

Il est transmissible par décès, car il me paraîtrait difficile d'admettre qu'une personne ayant obtenu une promesse de vente, son héritier n'en profitera pas, qu'une personne ayant une créance de chose future, son héritier ne succédera pas à ce droit.

Nous ferons seulement remarquer qu'il pourrait par exception en être autrement, s'il avait été dans l'intention des parties, ou s'il semblait de la nature du droit promis éventuellement que le droit ne pût naître qu'entre ceux qui ont participé originairement à la convention; si, par exemple, il s'agissait d'une promesse unilatérale d'usufruit ou de rente viagère.

Nous ajouterons aussi que la situation d'un des contractants ne pourra se trouver modifiée par le décès de l'autre de la façon suivante.

Si un bénéficiaire de promesse de vente était décédé, laissant plusieurs héritiers, ceux-ci devraient s'entendre sur le parti à prendre et à leur défaut le tribunal devrait statuer, car il ne serait pas conforme à l'intention des parties que chaque héritier pût pour sa part transformer la promesse de contrat en un contrat.

Les droits éventuels, ainsi d'ailleurs que les droits futurs, sont susceptibles de cession. C'est un point qui a fort bien été mis en évidence par M. Huc (1). C'est ainsi que l'on peut céder le prix d'un office avant la nomination ou même la présentation du titulaire, ou une simple promesse de vente avant

(1) *Cession de créances*, t. I, p. 247 et suiv.

réalisation. C'est ainsi encore que dans les polices d'assurance, les compagnies stipulent ordinairement que l'assuré cède à la compagnie tous ses droits futurs pouvant résulter du sinistre contre les tiers qui en sont responsables. Souvent, il est vrai, ces cessions se masquent sous une subrogation de la compagnie aux droits de l'assuré (1). On lit textuellement dans les polices que l'assuré subroge l'assureur à ses droits contre les tiers sans qu'il soit besoin d'aucune cession ou transport. Mais les termes que les parties emploient ne peuvent pas détruire la vérité juridique. Les compagnies ne peuvent se dire subrogées, quand il s'agit en réalité pour elles de payer leurs propres dettes et non celles d'autrui, quand elles acquittent une somme qui peut être beaucoup plus forte que celle due par le tiers responsable. Il y a donc là une véritable cession de créance future, avec les inconvénients d'ailleurs qui peuvent en résulter pour les compagnies. La cession exigeant pour être opposable aux tiers une signification, les compagnies n'auront un droit opposable à tous que du jour où, connaissant les tiers responsables du sinistre, elles leur feront signifier la cession. Mais auparavant l'assuré malhonnête aura pu céder cette même créance en indemnité à un nouveau cessionnaire, et il suffira que celui-ci fasse signifier sa cession le premier pour qu'il l'emporte, sauf le recours de la compagnie contre lui s'il est de mauvaise foi. Ce sera donc pour la compagnie une situation exigeant quelque prudence, mais elle pourrait, au moins dans l'assurance-incendie, se garer un peu en faisant signifier la cession aux locataires et aux voisins, car rien n'empêche de prévenir les débiteurs possibles que s'ils deviennent débiteurs, ce sera non du propriétaire, mais de l'assureur.

A première vue cette pratique peut paraître étrange et on peut s'étonner de ces significations anticipées à des débiteurs incertains. Mais la jurisprudence nous en offre des exemples. La Cour de cassation (26 mai 1886, S. 86. 1. 256) a eu à statuer sur le cas où le cessionnaire d'un prix de licitation avait avant cette licitation signifié son achat à diverses

(1) V. Cass., 31 janv. 1866, D. 66. 1. 69; Laurent, t. XXIV, p. 16.

personnes susceptibles de devenir adjudicataires. Ce qui a été fait pour une cession de prix d'adjudication peut l'être aussi bien pour une cession de créance en indemnité; ces exemples de cessions de droits futurs permettent *a fortiori* de considérer comme valables les cessions de droits éventuels : ce serait le cas du cessionnaire d'une créance future qui vendrait le droit éventuel qu'il a sur cette créance future (1).

Des modes d'extinction du droit éventuel.

Il est des modes d'extinction des droits dont l'application aux droits éventuels ne soulève aucune remarque. C'est ainsi qu'il suffit de dire qu'un droit éventuel peut s'éteindre par confusion, ou par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation. Et ici non seulement le principe ne peut être mis en doute, mais les applications à en faire ne paraissent pas donner lieu à d'autres difficultés que les applications ordinaires.

D'autres modes au contraire soulèvent quelques remarques : d'abord la renonciation. On peut renoncer à un droit éventuel comme à tout autre droit. D'ailleurs le Code civil lui-même prévoit dans plusieurs articles ces renonciations à garantie qui ne sont que des renonciations à un droit encore éventuel (art. 884, al. 2, art. 1627, art. 1643). Est-ce là un trait distinctif entre le droit éventuel et la simple expectative, celle-ci ne pouvant être l'objet d'une renonciation valable comme on l'a prétendu? (2). On l'a dit en faisant valoir que, d'après les textes du Code eux-mêmes, on ne peut renoncer d'avance à la prescription, ni à une succession non ouverte, ni à une communauté non dissoute (art. 2220, 791 et 1453).

On peut même ajouter en ce sens qu'on ne peut, du moins d'après une opinion très répandue, renoncer d'avance au bénéfice du terme de grâce : ce qui se conçoit d'ailleurs, le

(1) Cependant la pratique tend à admettre les cessions accessoires de droits éventuels sans signification (V. Cass., 12 nov. 1884, S. 86. 1. 149. Nancy, 14 nov. 1905, *Gaz. Pal.*, 19 déc., v. *Rev.*, 1906, p. 168).

(2) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 332.

terme de grâce ayant été établi pour éviter dans l'exécution des obligations des mesures draconiennes contraires à l'humanité (1).

Seulement il faut reconnaître à côté de cela, que les renonciations à de véritables expectatives sont admises dans d'autres cas. L'opinion la plus générale pense que l'on peut renoncer d'avance à la compensation (2). Et il nous semble qu'on pourrait de même, en procédure, renoncer par avance à opposer une incompétence relative, ou renoncer au droit d'appel.

En réalité, si l'on examine ces divers cas et la façon dont ils sont abordés par les auteurs, on voit qu'on se pose toujours la question de savoir si le droit auquel il s'agit de renoncer est d'ordre public. On pourrait donc considérer qu'en réalité on peut renoncer à tous les droits éventuels ou futurs qui ne sont pas d'ordre public et à ceux-là seulement.

D'ailleurs la renonciation à un droit n'est en somme qu'une contre-obligation. Ce n'est qu'une convention extinctive de droit. Or l'article 1130, en établissant que les obligations peuvent avoir un objet futur, implique que les renonciations peuvent porter non seulement sur un droit éventuel, mais sur un objet futur, une simple expectative.

D'un autre côté, si l'on examine les cas pratiques dans lesquels il y aura des renonciations dont nous parlons, il nous semble juste de reconnaître qu'on sera presque toujours en face de droits éventuels. Est-ce qu'une personne dira par avance à une autre à laquelle ne l'unit aucun lien juridique : je renonce à invoquer contre vous la compensation, l'incompétence relative? Pas du tout. Partout et toujours, ce sera à propos d'un contrat déterminé, des difficultés d'exécution qu'il soulèvera qu'on insérera cette clause. Et alors le droit auquel on aura renoncé apparaîtra déjà comme éventuel. Ce sera peut-être une éventualité de classe inférieure, car l'éventualité n'est pas une chose toujours pareille

(1) V. Laurent, t. XVII, n° 571; Demolombe, t. XXV, p. 564 et suiv.; Planiol, t. II, p. 125; Colmar, 29 juill. 1850, S. 51. 2. 227. Paris, 16 sept. 1869.
(2) V. Aubry et Rau, t. V, p. 394; Colmet de Santerre, t. V, n° 24 *bis*-III.

à elle-même. Elle s'affaiblit à mesure qu'il y a besoin de plus d'éléments pour que le droit soit complet; mais dès qu'il y a certains de ces éléments réunis, il y a éventualité.

Est-ce à dire que la renonciation à invoquer tel droit dans toutes les affaires qu'on traitera avec telle personne sera valable? Nous ne croyons pas qu'on puisse le soutenir et son objet nous parait insuffisamment déterminé. Seulement la question est trop peu pratique pour qu'il soit important de le discuter. Il suffit de renvoyer à ce que nous avons dit sur la détermination de l'objet.

Cependant notons qu'il résulte de toute cette discussion une chose, c'est qu'on ne peut pas trouver en notre matière un critérium reposant sur la distinction du droit éventuel et de l'expectative ou simple espérance.

Le droit éventuel est-il actuellement susceptible de paiement? En principe, pas plus que pour une dette conditionnelle, il n'y a actuellement paiement valable. Tout paiement suppose une dette, et comme actuellement il n'est encore rien dû, il y aurait lieu à répétition, absolument comme si on avait payé par avance une dette conditionnelle. Il suffira comme dans ce cas qu'il y ait un paiement fait par erreur.

Mais le débiteur éventuel peut avoir payé en connaissance de cause, pour que la dette fût déjà acquittée le jour même où l'obligation deviendra pure et simple. En ce cas, comme il n'y a aucune erreur de commise, il ne peut y avoir lieu à répétition, sinon le jour où il sera devenu certain que l'éventualité ne se réalisera pas. Par conséquent la situation sera la suivante : le paiement sera considéré dès à présent comme valable, car il n'est pas entaché d'erreur; et d'autre part il a actuellement une cause, une explication juridique suffisante. Les sommes données ne pourraient donc être réclamées par les autres créanciers si le débiteur était en mauvaises affaires et qu'ils veuillent reprendre l'argent payé en vertu de l'action oblique. Le créancier éventuel aura donc une situation de faveur par rapport aux autres. Il ne sera pas considéré comme simple dépositaire ou comme gagiste, ce qui dans le premier cas ne lui eût donné

qu'une situation précaire, ce qui dans le second aurait exigé les formalités constitutives du gage. On peut donc dire en ce sens qu'il peut y avoir de véritables paiements éventuels (1). Sans doute le paiement est actuel, considéré comme fait matériel et pour le moment on ne peut revenir sur lui; seulement son effet extinctif ne pourra se produire qu'éventuellement, le jour où la créance sera née. Si la créance ne se réalise pas, s'il devient certain que l'objet futur ne pourra exister, alors le paiement devient sans cause, il n'a plus d'explication juridique, il doit être répété.

D'ailleurs les solutions que nous proposons ici pourraient, *mutatis mutandis*, s'appliquer au paiement anticipé d'une dette conditionnelle.

La compensation légale ne peut fonctionner pour les dettes éventuelles, même entre deux dettes éventuelles : car elles ne sont pas exigibles. Mais la compensation facultative pourrait avoir effet ici. Celui qui a une créance actuelle et une dette éventuelle pourra convenir avec son débiteur que les deux dettes se compenseront. Pour le moment les deux dettes ne seront pas encore considérées comme éteintes; les sûretés qui les accompagnent subsisteront. Il y aura simplement un terme incertain opposé à l'exigibilité. Ensuite, ou l'éventualité attendue ne se réalisera pas, alors le créancier pourra exercer son droit; ou l'éventualité se réalisera, alors les deux dettes se trouveront éteintes. On arrivera de cette façon à donner satisfaction à l'intention probable des parties, qui ne paraissent pas avoir voulu que la créance actuelle soit éteinte quoi qu'il arrive. Le créancier actuel se trouverait garanti contre l'insolvabilité du débiteur si celui-ci tombait en déconfiture et si l'éventualité ne se réalisait pas : il aurait toujours le bénéfice des sûretés et il pourrait pour le moment produire, sinon aux contributions, du moins aux ordres ouverts sur le débiteur, car il est devenu créancier sous une éventualité inverse de celle sous laquelle l'autre partie lui devait.

(1) Et la loi de 1898 en offre un exemple quand elle admet que les indemnités pour accident du travail peuvent être remplacées dans certains cas par le paiement d'un capital.

Un acte éventuel peut être exposé à une action en nullité ou en rescision. En pareil cas, une question se pose lorsque cette action est fondée sur la lésion; à quel moment va-t-elle commencer à se prescrire? Un propriétaire d'immeubles a signé une promesse de vente. On fait usage de cette promesse. A partir de quelle époque courra le délai de deux ans pour faire établir qu'il y a lésion? L'article 1676 dit que c'est du jour de la vente. Il faudra donc en conclure que le délai ne courra pas avant l'acceptation de la promesse, et même qu'avant cette époque on ne pourra pas agir en nullité, car, la lésion des sept douzièmes se calculant au moment de la vente, on ne sait pas encore s'il y a lésion. Ce qui aboutit à faire profiter des chances de plus-value le signataire de la promesse de vente (1).

Et ces solutions devraient être transportées au cas où il y aurait promesse de partage : un héritier ayant promis à un autre son adhésion à un projet de partage si les autres y adhèrent également. Il y a une promesse de partage qui n'est qu'un contrat éventuel, et qui ne pourra être attaquée en cas de lésion qu'après qu'elle se sera transformée en partage. Et c'est de ce moment seulement que la prescription commencera à courir.

Une loi nouvelle porterait-elle atteinte au droit d'un créancier éventuel? On présente d'ordinaire comme un trait caractéristique du droit conditionnel qu'il subsisterait même si une loi nouvelle était promulguée qui aurait empêché la convention soumise à une condition d'être passée. Nous ne croyons pas qu'à ce point de vue le droit conditionnel diffère complètement du droit éventuel. Le droit éventuel né d'un contrat nous paraît déjà suffisamment fort pour pouvoir résister à l'effet d'une loi nouvelle. Le bénéficiaire d'une promesse de contrat devrait malgré tout obtenir tous les avantages que le contrat confère d'après la loi ancienne et il ne pourrait les voir ni restreints, ni éten-

(1) V. Paris, 26 août 1847, S. 48. 2. 161. — Cf. Chausse, *Rev. crit.*, 1900, p. 531.

dus par cette loi, car les parties ont entendu donner à leur convention la portée qu'elle avait d'après la loi ancienne. Mais on pourrait empêcher le contrat de produire des effets que la loi nouvelle déclare contraires à l'ordre public.

Pour un droit éventuel purement légal, il en serait autrement, il serait nécessairement effacé par une loi nouvelle : comme le droit à la réserve, si une loi abolissait la réserve.

Que faudrait-il décider pour un droit éventuel né d'un acte unilatéral : par exemple, d'une renonciation à un droit futur? Nous croyons que la renonciation, n'ayant pas encore une existence actuelle, sera effacée par une loi qui empêchera ces renonciations, mais que si la loi nouvelle se borne à interpréter la portée de la renonciation elle sera sans effet sur l'acte passé.

Quel est le rôle de la prescription sur les droits éventuels? Le droit conditionnel, d'après l'article 2257, ne se prescrit pas tant que la condition n'est pas arrivée. Par conséquent si la condition ne se réalise qu'après trente ans, peu importe, elle peut encore se réaliser utilement pour le créancier. Lorsque la convention ne porte pas expressément ou tacitement que la condition ne pourra se réaliser utilement que dans un certain délai, le droit conditionnel existe toujours, il peut toujours se convertir en un droit pur et simple.

En serait-il de même du droit éventuel? On pourrait dire tout d'abord qu'aucune règle ne nous autorise à dire que le droit soumis à une éventualité échappe pour le moment à la prescription. Le droit éventuel commence donc à se prescrire, et si, dans les trente ans qui suivent son apparition, il n'est pas devenu pur et simple, il est éteint. Mais si dans ce délai il arrive à se transformer en droit actuel, alors c'est une nouvelle prescription qui commencera, car nous sommes en face d'un droit nouveau. On aura donc vu courir successivement une prescription contre le droit éventuel et une autre contre le droit actuel.

Cette solution a été acceptée unanimement par la doctrine et la jurisprudence, quand elles ont reconnu que l'on ne pouvait par convention créer des facultés imprescripti-

bles (1). En effet, nous sommes ici en dehors des facultés que l'article 2232 déclare imprescriptibles, parce que la loi les fait renaître à chaque moment. Il s'agit ici d'une faculté spéciale à un seul, c'est-à-dire en réalité d'un droit que le créancier a la possibilité de ne pas exercer. Le droit ordinaire est de sa nature bilatéral en ce sens que pour le débiteur même il y a un droit : celui d'exécuter l'obligation, d'en imposer l'exécution par des offres réelles si cela lui plaît. La faculté conventionnelle, qu'il s'agisse d'un droit éventuel ou d'une autre faculté conventionnelle : comme celle que se ferait concéder par son voisin, un fermier, de planter une haie à moins de cinquante centimètres de la limite, n'est qu'un droit facultatif, un droit à une seule face. Le créancier peut en user, le débiteur ne peut forcer à en accepter l'exécution. Si j'ai signé une promesse de vente, je ne puis forcer le stipulant à user de la promesse à lui faite. C'est là toute la différence entre la faculté conventionnelle et le droit ordinaire. Elle est insuffisante pour empêcher la prescription.

La jurisprudence a fait application de ces idées à propos de droits éventuels. C'est ainsi qu'elle a reconnu la prescriptibilité du droit de racheter un bail à cens, droit qui avait été inséré dans le bail (Cass., 24 avr. 1860, D. 61. 1. 179 (2)). Elle a reconnu le même principe vis-à-vis d'un propriétaire de terrain non bâti qui s'était fait concéder une servitude éventuelle d'établir des vues plus près que la distance légale, servitude qui ne pouvait devenir actuelle que du jour où le bâtiment aurait été fait. Ce droit éventuel, ne s'étant pas transformé en droit pur et simple dans un délai de trente ans, a été déclaré prescrit (3). Dans le même esprit, je citerai la solution cependant ambiguë de l'article 789, qui déclare prescrit par trente ans le droit de l'héritier à la succession. Son droit éventuel d'accepter ou de renoncer se prescrit donc.

(1) V. Laurent, t. XXXII, p. 242; Aubry et Rau, t. VIII, p. 428; Guillouard, *Prescription*, t. II, p. 63; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 104.

(2) Cass., 14 déc. 1863, D. 64. 1. 126.

(3) Cette décision nous paraît critiquable, pour une raison spéciale : car la clause se rattachait à une obligation actuelle non prescrite. — V. plus loin.

Nous avons donc une même solution partout où l'éventualité qui empêche le droit de se former est la volonté du bénéficiaire du droit.

Doit-on étendre cette solution ou au contraire doit-on la limiter au seul cas qu'elle vise : au droit éventuel qu'il dépendait d'une des parties de transformer en droit actuel, comme cela a lieu dans une promesse de vente? Il y a d'abord une raison pour prendre le second parti : le créancier en cas de promesse de contrat peut se reprocher sa négligence à user du droit éventuel. Or ceci n'existe pas dans les autres cas qu'on peut envisager : ainsi une promesse de chose future, si la chose n'est pas née dans les trente ans qui suivent la promesse, une stipulation au profit d'un tiers indéterminé si celui-ci ne naît que plus de trente ans après, un contrat accessoire comme celui passé par la caution réelle.

De plus la loi elle-même dans un cas très important de droit éventuel établit l'imprescriptibilité de ce droit. D'après l'article 2257, la prescription ne court pas à l'égard d'une action en garantie jusqu'à ce que l'éviction ait eu lieu. Or ici nous sommes bien en face d'un droit éventuel, car le droit à garantie manque de l'un de ses éléments éventuels tant que l'éviction ne s'est pas produite.

Ce n'est pas encore un droit conditionnel, car on ne comprend pas de garantie exercée sans éviction. Si l'on interprète ainsi ce texte, et si l'on tient compte de la maxime toujours acceptée par la jurisprudence : *contra non valentem agere non currit præscriptio*, on doit élargir la disposition de l'article 2257 et rejeter la prescription pour tout droit éventuel. Et il faudra dire que la signification faite pour la cession d'une créance future produira ses effets à perpétuité.

La solution admise pour les facultés conventionnelles nous apparaît donc comme une exception ayant sa justification spéciale et nous voyons ainsi l'unité dans la réglementation des droits éventuels s'évanouir une fois de plus.

Nous ne sommes donc pas ici en présence d'une distinction entre le droit conditionnel et le droit éventuel : d'ail-

leurs il n'aurait été possible de donner de cette distinction qu'une justification partielle. Si on comprend que l'on ne favorise pas outre mesure les contrats donnant des facultés conventionnelles, alors qu'une des parties pouvait facilement rendre ce droit actuel, faire cesser une incertitude gênante, ce raisonnement ne peut s'appliquer à l'éventualité tenant à l'objet : ici la base rationnelle d'une distinction fait défaut.

Reste à préciser un cas où une faculté conventionnelle se trouve cependant imprescriptible. On admet, et la jurisprudence a établi qu'un locataire s'étant fait promettre dans son bail qu'il pourrait acheter la maison louée, cette faculté n'est pas éteinte au bout de trente ans (1). Comment expliquer ce droit? Au point de vue pratique, il est aisé de dire que cela correspond à l'intention des parties. On a voulu, tant que le bail durerait, que l'on pût transformer son droit de jouissance en propriété. Mais comment justifier cette solution en théorie? Il ne faut pas oublier que les parties ne peuvent à leur gré prolonger les délais de prescription, ce serait contraire à l'ordre public.

Les auteurs disent que la faculté accordée ne peut, n'étant qu'une modalité à l'obligation du débiteur, s'éteindre tant que l'obligation subsiste. Nous croyons qu'il faut donner une formule un peu plus générale. Quand un simple droit éventuel a été donné par contrat en même temps qu'un droit pur et simple, il nous semble impossible au débiteur d'invoquer la prescription pour un seul de ses droits, car alors les obligations de l'autre partie manqueraient partiellement de cause : le contrat deviendrait boiteux.

Donc toute clause liée aux obligations de l'autre partie qui contient création d'une faculté ne se prescrira que si les autres droits de la même partie sont déjà atteints, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire de constater qu'elle est l'accessoire d'autres promesses ou qu'elle se rattache à la nature, à l'essence du contrat. Et, en effet, dans les exemples que fournit la pratique, dans le bail avec promesse de vente,

(1) Cass., 9 juill. 1883, S. 83. 1. 413. — V. les auteurs ci-dessus cités.

est-ce que cette promesse est de la nature du contrat de bail?

Il faut reconnaître toutefois que notre explication aboutit à faire regarder comme une exception l'article 2277 qui permet aux loyers, aux intérêts des sommes prêtées de se prescrire par cinq ans. Mais on peut dire encore qu'il s'agit là de prestations successives; pour des raisons pratiques on a pu admettre la prescription séparée.

Si nous résumons notre opinion, nous arrivons donc à cette conclusion finale que les droits éventuels sont imprescriptibles comme tels, sauf ceux auxquels un consentement fait défaut pour être purs et simples. La solution est nette, mais l'exception apportée au principe nous paraît bien fragile : pourquoi atteindre la promesse de contrat remontant à plus de trente ans? Il n'y a pas pour cela de raison décisive. Celle tirée de la négligence paraît faible.

D'ailleurs nous venons de constater que les facultés accessoires à un contrat ne se prescrivaient pas avant lui ; ce qui est une brèche importante à l'exception étudiée. Ainsi limitée, attaquée, elle n'apparaît plus que comme vide de sens. Un jour on la fera disparaître et on amènera ainsi plus de clarté sur une question bien obscure. Malgré l'unanimité actuelle, il y a ici une règle virtuellement condamnée d'autant plus que nous avons déjà mis en lumière le peu de distance qui sépare une promesse de contrat d'un droit conditionnel.

Le dernier mode d'extinction des obligations éventuelles auquel on puisse songer est la novation. Peut-on nover une créance éventuelle? L'affirmative nous paraît certaine. On peut nover une obligation éventuelle en la remplaçant par une autre qui se trouvera soumise à la même éventualité, comme on peut nover une obligation conditionnelle, comme on peut nover une obligation naturelle. Et de même qu'on peut remplacer une obligation conditionnelle par une obligation pure et simple, on peut remplacer une obligation éventuelle par une obligation pure et simple. Cet acte est licite, bien qu'on puisse dire ici comme pour le cas de dette conditionnelle remplacée par une obligation sans condition,

qu'il y a moins une novation qu une convention aléatoire d'une espèce particulière (1). D'ailleurs la Cour de cassation a reconnu la validité de ce contrat à propos d'une cession d'actions antérieurement à l'émission, acte qui avait bien, ainsi que l'arrêt le dit, le caractère d'un contrat éventuel (22 déc. 1885, S. 87. 1. 163).

Nous croyons que ces novations de droits éventuels permettent d'expliquer la théorie si importante de l'effet novatoire du compte courant. Les auteurs ont toujours été frappés du caractère spécial que revêt ici la novation. Ils ont remarqué que cette novation n'engendre pas une seconde créance instantanément, au moment où elle détruit l'ancienne. Elle relâche provisoirement les parties du lien d'obligation. Momentanément il n'y a point de dette. C'est seulement un article du crédit qui vient remplacer la créance du remettant correspondant à la remise faite au récepteur (2).

Il nous semble que cet effet novatoire du compte courant peut cependant se ramener à la novation ordinaire, du moins à l'une des espèces spéciales de novations que nous venons d'étudier. Il n'y a pas novation d'une créance actuelle par la création d'une autre créance actuelle. Il y a novation d'une créance éventuelle par création d'une autre créance éventuelle.

En effet, on peut analyser le compte courant de la façon suivante par rapport à chacune des parties qui en accepte l'ouverture. L'une des parties a le droit de verser en compte des créances ou de l'argent. Le résultat ordinaire de cette convention devrait être de rendre le remettant éventuellement créancier de leur restitution. Il ne peut être en effet question pour le moment, à l'ouverture du compte que d'une créance éventuelle pour la date de clôture, puisque cette créance manque d'un élément essentiel : son objet, et qu'elle peut être de zéro.

Mais toutes ces créances éventuelles en restitution sont dès à présent novées. Le récepteur promet non pas le mon-

(1) V. Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, p. 350; cf. Demolombe, t. XXVIII, p. 281, n° 260.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 823; Thaller, n° 1664.

tant de ces diverses créances, non pas ce qu'il a reçu ou recevra, mais une somme égale au montant des sommes versées ou à verser. Or cette nouvelle promesse dans sa portée dépend toujours de la volonté du remettant, qui est libre de verser beaucoup ou peu en compte courant. D'autre part elle ne peut d'éventuelle devenir pure et simple qu'au jour où le compte sera clos. Jusqu'à la clôture, en effet, le remettant peut faire de nouvelles remises destinées à être atteintes par la novation.

Le jour de la clôture, les deux parties qui sont mutuellement créancières l'une de l'autre vont voir leurs deux créances, d'éventuelles qu'elles étaient, se transformer en pures et simples.

Ces deux créances vont naturellement se compenser à concurrence de la plus faible. La compensation, d'éventuelle qu'elle était jusque-là, va devenir pure et simple, immédiate. Il ne restera à payer qu'un solde, lequel aura pu être garanti d'avance par une hypothèque ou toute autre sûreté.

Ces idées nous expliquent les principales règles suivies en matière de compte courant. D'abord comment les différentes garanties des créances entrées en compte courant s'éteignent dès le moment de l'entrée en compte. Les créances en effet se trouvent immédiatement éteintes par novation.

Elle explique également comment les prescriptions diverses qui pouvaient courir contre les créances mises en compte sont remplacées par une prescription trentenaire qui commencera au jour de l'arrêt du compte.

Il est également facile de voir comment la mise en compte courant d'une créance va avoir pour effet de faire juger les difficultés qu'elle soulèvera par la juridiction compétente pour juger le compte courant.

Nous voyons également pourquoi le compte courant est considéré comme indivisible, pourquoi on ne peut faire sortir du compte une créance quelconque, soit pour en demander le paiement immédiat, soit pour permettre aux créanciers de l'une des parties de faire une saisie-arrêt. Tout au plus pourrait-on se poser la question de savoir si les créanciers ne pourraient pas paravance se voir arrêter la créance

éventuelle du solde (1). Nous arrivons aussi par le principe indiqué à résoudre le point de savoir si un compte courant non arrêté peut servir de provision à une lettre de change. Il n'y a pour le moment qu'une créance éventuelle de solde. Cette créance ne peut répondre à la définition que l'article 116 donne de la provision. Ce n'est pas une créance appartenant au tireur contre le tiré ou même devant lui appartenir lors de l'échéance de la traite. C'est une créance qui peut exister en faveur du tireur. Mais son existence est encore trop incertaine pour qu'elle puisse servir de base à l'émission d'une lettre de change.

Les principales conséquences que l'on tire de l'effet novatoire du compte courant et de l'indivisibilité du compte peuvent donc apparaître comme des conséquences logiques de la novation telle que nous l'avons comprise. Le compte courant nous apparaît donc comme emportant une novation véritable, une novation éventuelle, mais une véritable novation. Ce n'est pas un acte hybride qu'on ne peut considérer comme valable qu'en rappelant le droit des parties de passer de telles conventions qu'elles veulent, pourvu qu'elles ne violent pas l'ordre public.

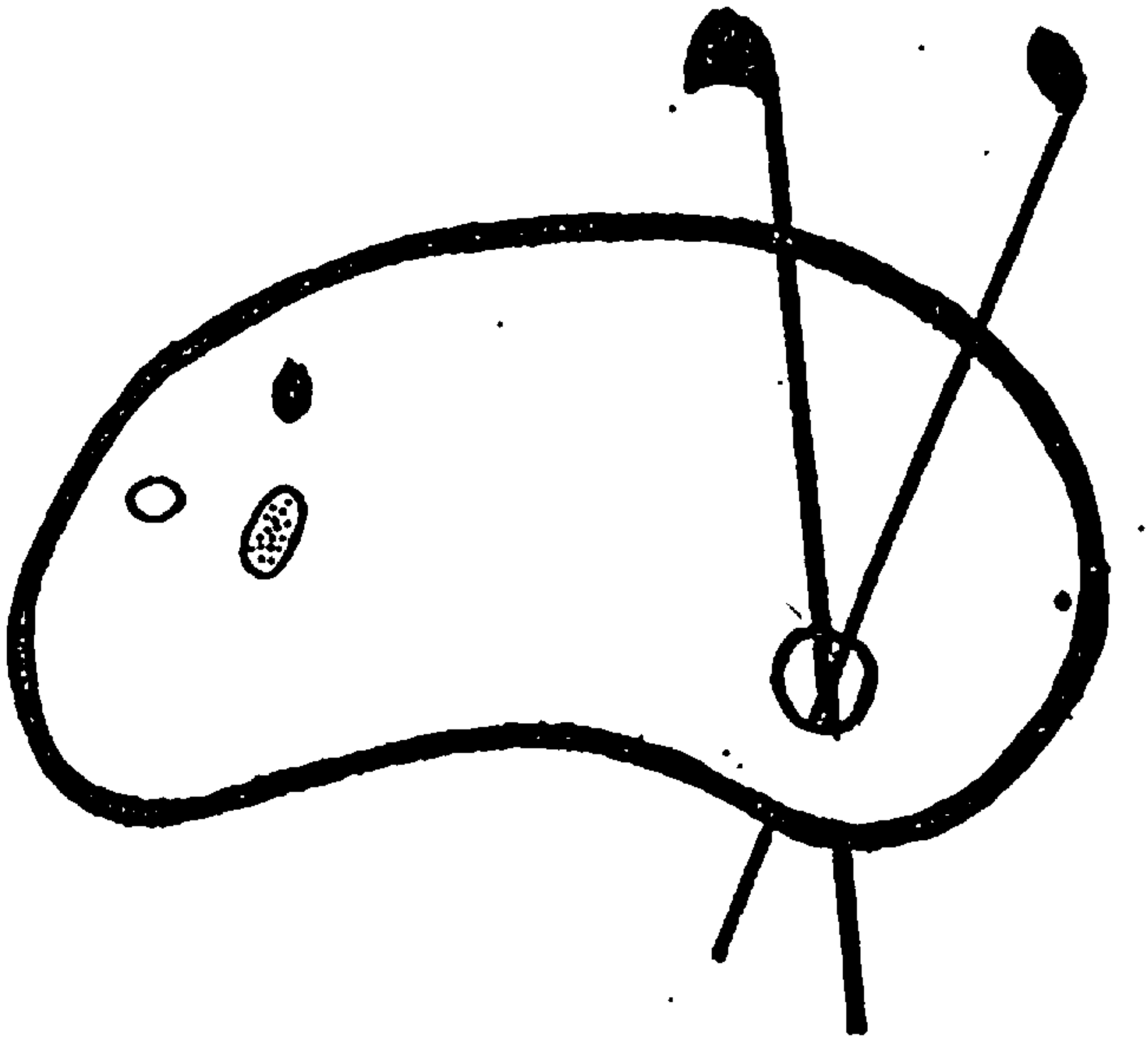
CONCLUSION

Nous avons eu l'occasion dans cette étude de grouper des règles de droit très diverses en nous inspirant de cette grande idée qu'il importe d'assouplir la technique juridique pour ne pas entraver l'adaptation du droit aux nécessités pratiques. Et ainsi notre travail de légiste se trouve avoir une portée sociale et ses conséquences descendent des subtilités de la théorie dans le vif des faits. Car souvent, quand on n'est pas en face d'un droit conditionnel, on dit qu'il n'y a rien; que c'est le néant juridique. Nous avons essayé de montrer qu'il n'en était pas toujours ainsi, qu'il pouvait déjà y avoir un droit offrant de multiples avantages, pourvu

(1) Vi en ce sens Lyon-Caen et Renault, t. IV, nº 828.

qu'il y ait une volonté. Nous arrivons ainsi à augmenter la puissance créatrice de la volonté, la force juridique du seul vouloir. Nous ne nous refusons pas pour cela à tenir compte de l'importance de la volonté déclarée, nous savons que la volonté n'est pas tout, qu'elle ne doit pas être la base unique du droit, que l'individualisme a ses défauts. Mais ce qu'il faut, c'est que dans la mesure où elle est bonne et légitime, la volonté ne voie pas son action se heurter à des règles admises sans motif précis. Toute règle qui n'est pas la cristallisation d'un besoin social est virtuellement condamnée. Elle disparaîtra un jour ou l'autre. Hâter sa disparition est rendre service. Sans doute il y aura toujours une technique, des principes d'aménagement des règles juridiques. Le droit ne peut pas ne reposer que sur l'équité naturelle. C'est une bascule trop grossière dans des cas où il nous faut des balances de précision. Mais il faut que la technique s'assouplisse pour admettre des conceptions différentes des droits connus jusqu'ici, sauf à limiter, s'il y a lieu, l'application de ces conceptions. Il ne faut pas, comme on l'a fait trop souvent à propos de fondations, de stipulations pour autrui et de bien d'autres questions, les plus vivantes d'ordinaire, que les esprits se perdent dans une sorte d'algèbre aboutissant à des solutions que l'on déclare mauvaises, mais que l'on accepte quand même. Il faut pour cela réviser certaines notions techniques, même en apparence les plus sûres. Ce que l'on connaît le moins, ce sont toujours les principes généraux. C'est en les examinant pour les affiner sans cesse qu'on peut se garder à la fois d'une équité sans consistance et d'un droit sans justice.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.



ORIGINAL EN COULEUR
NF Z 43-120-8