

Traité des obligations en général, par René Demogue...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Demogue, René (1872-1938). Traité des obligations en général, par René Demogue.... 1923.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

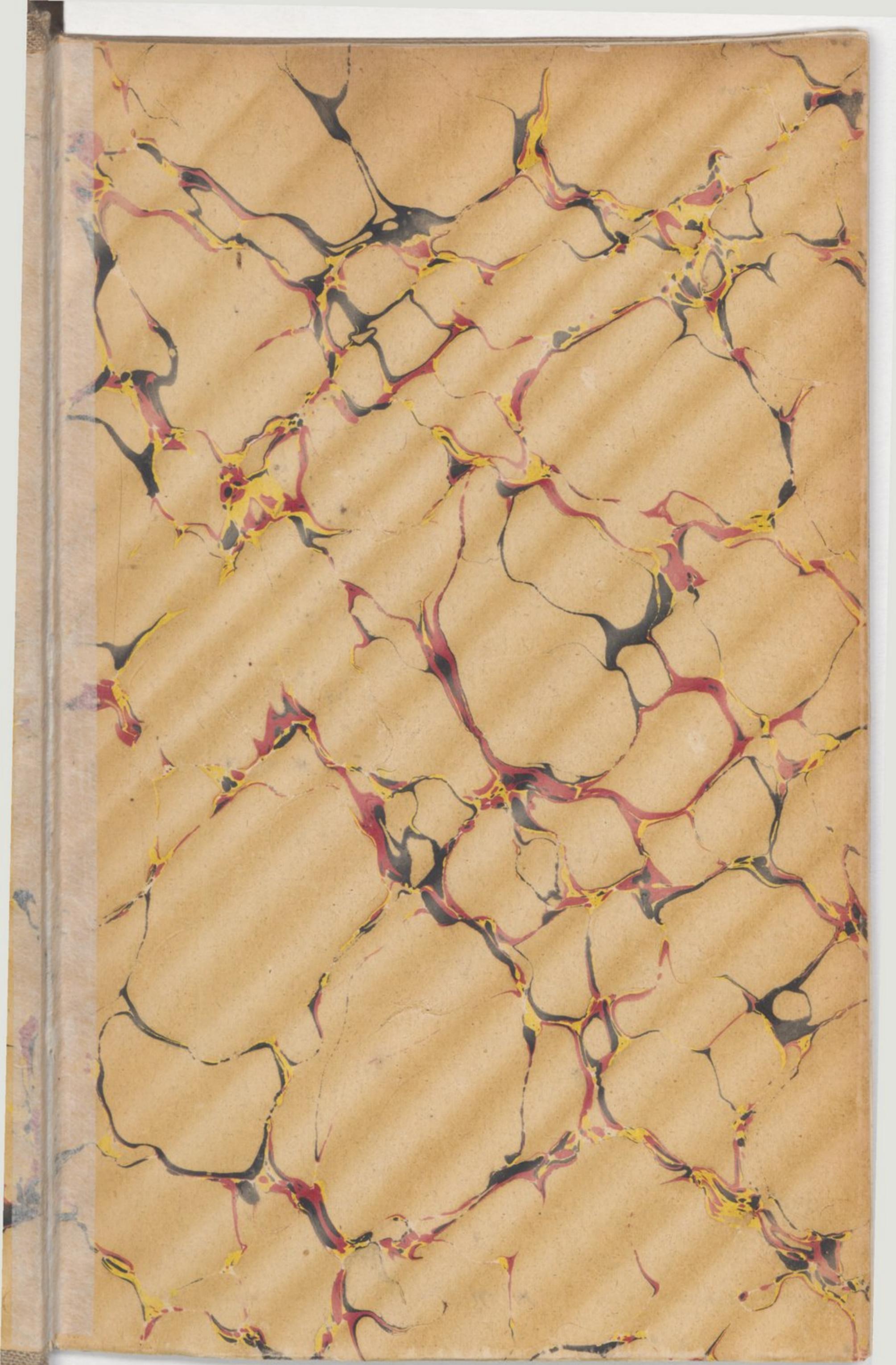
5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

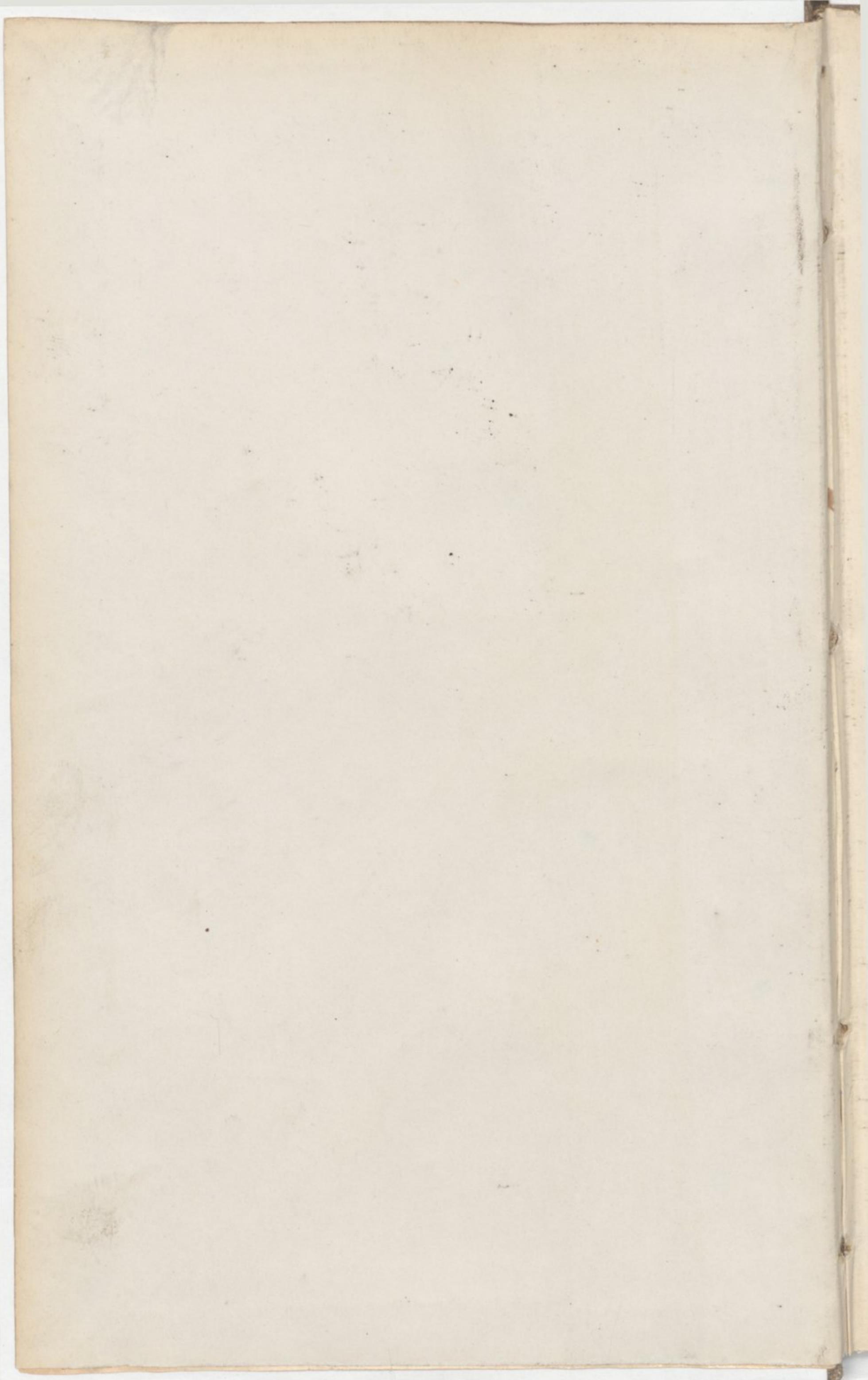
6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

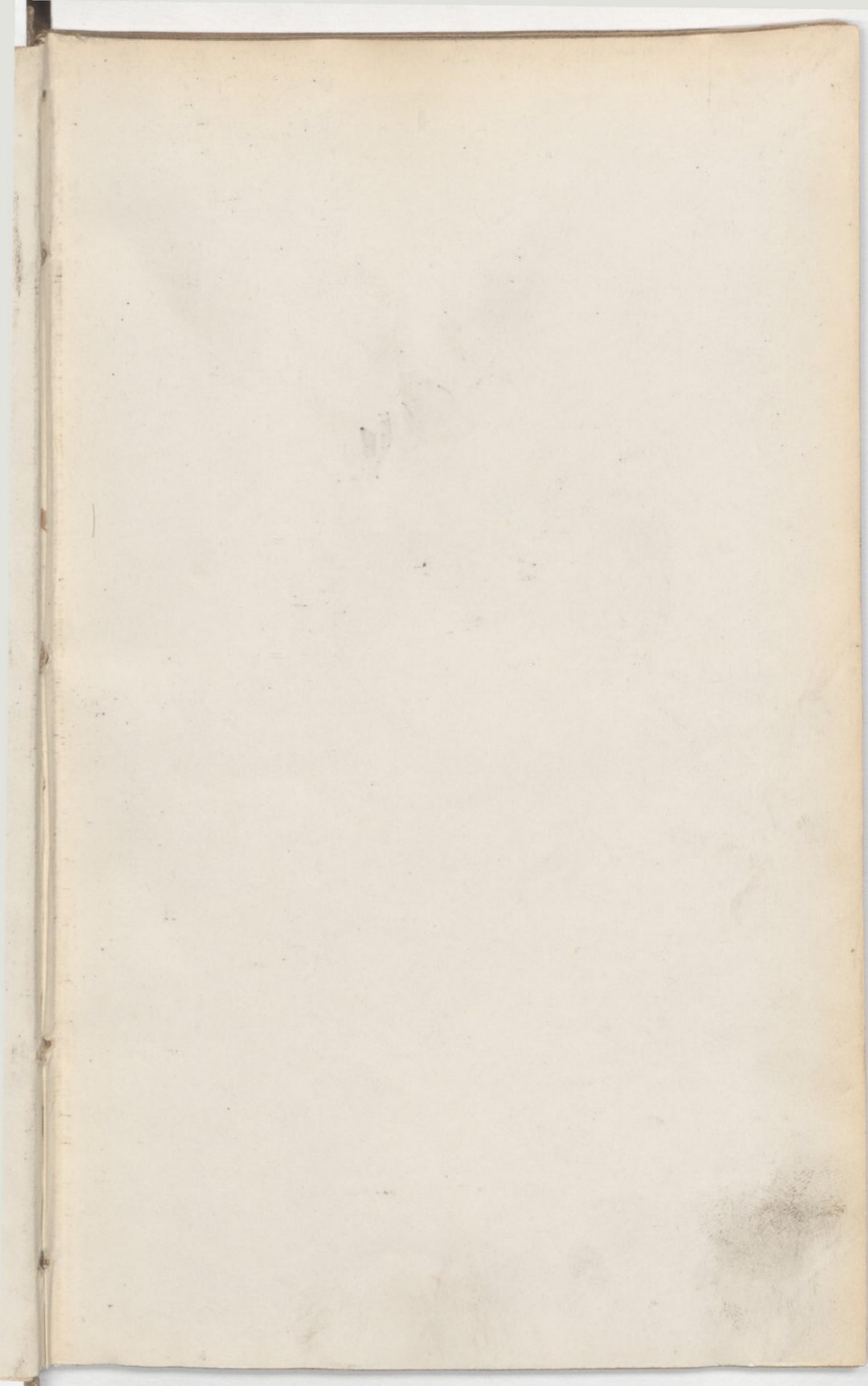
7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

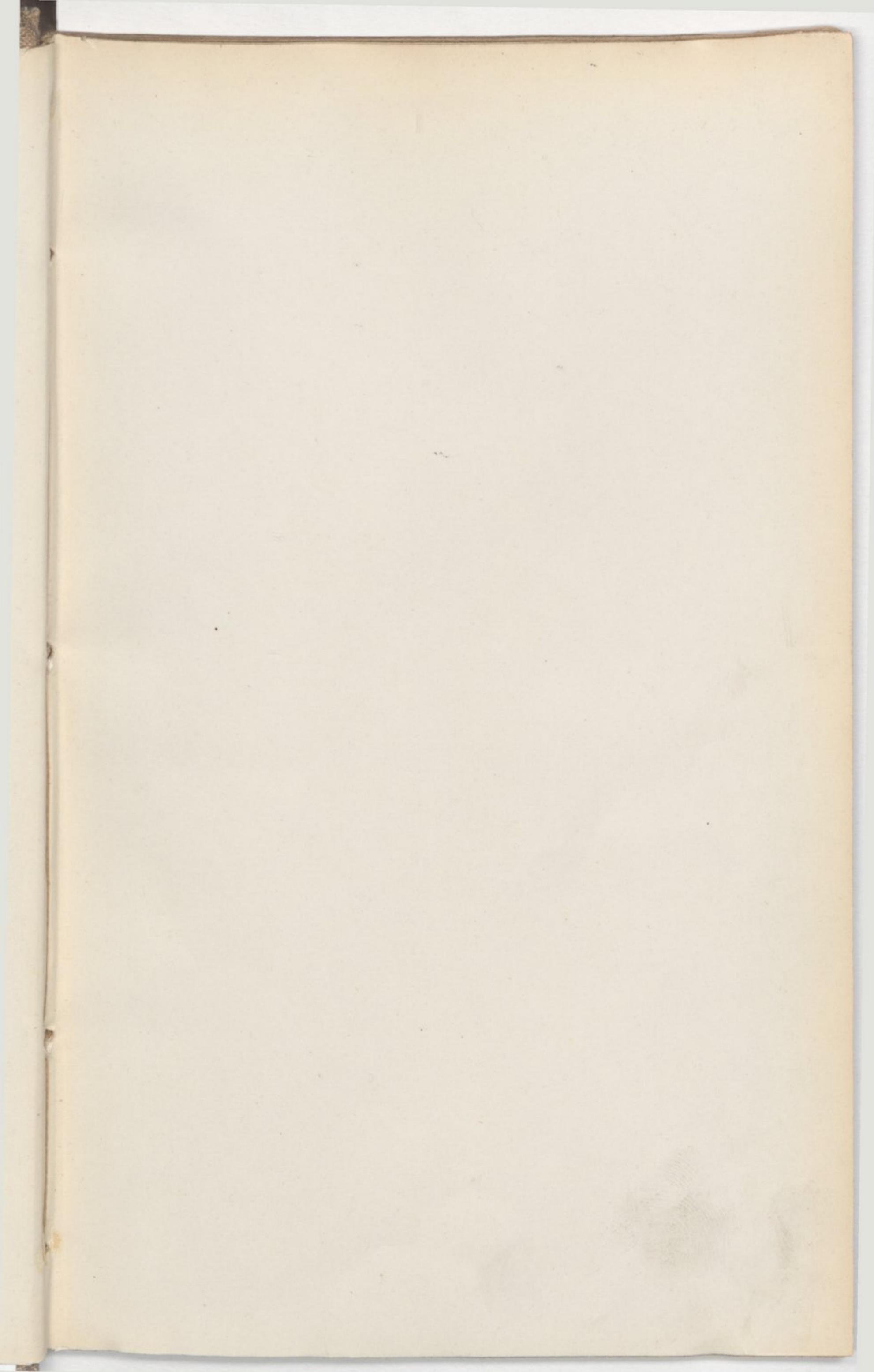


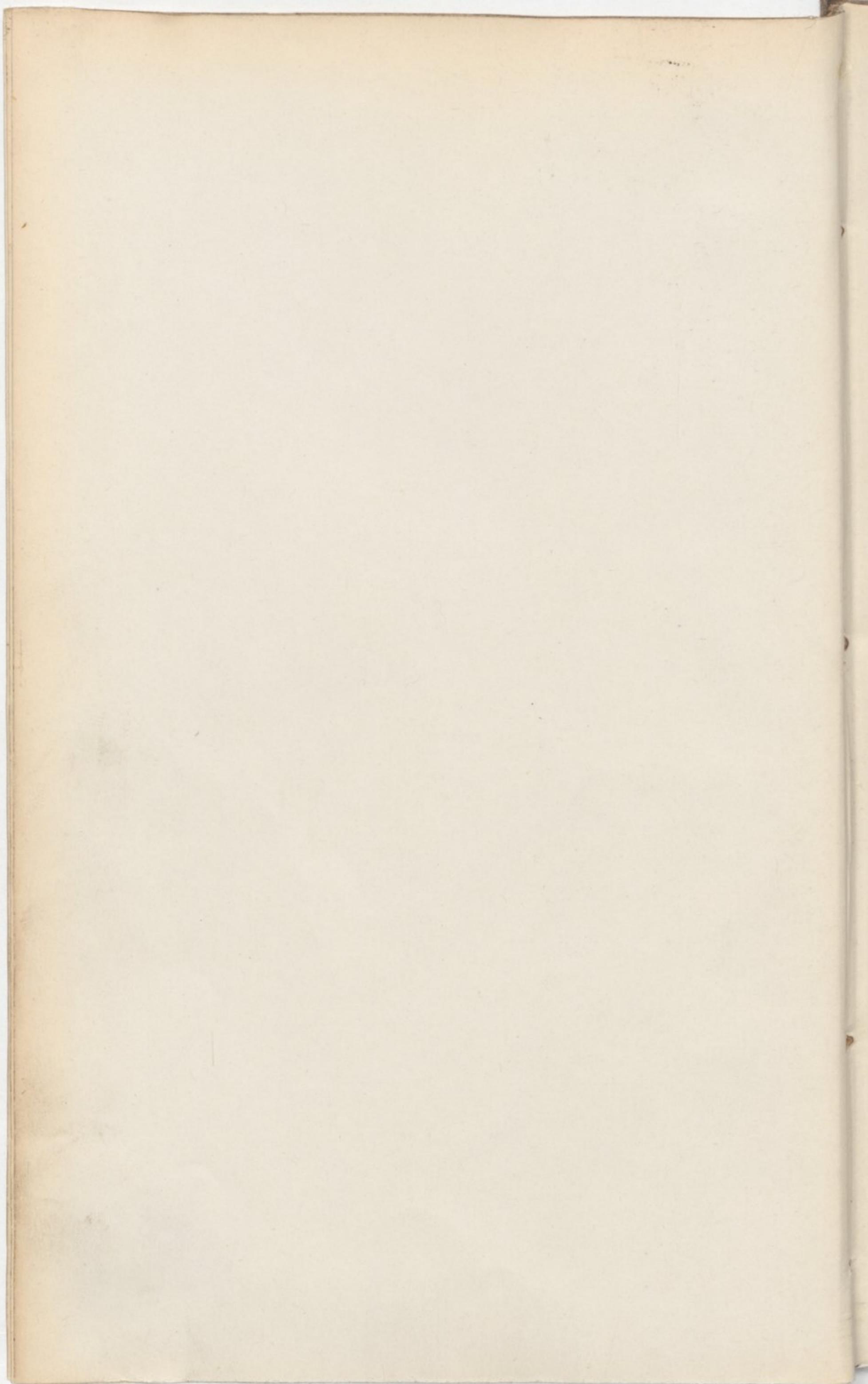


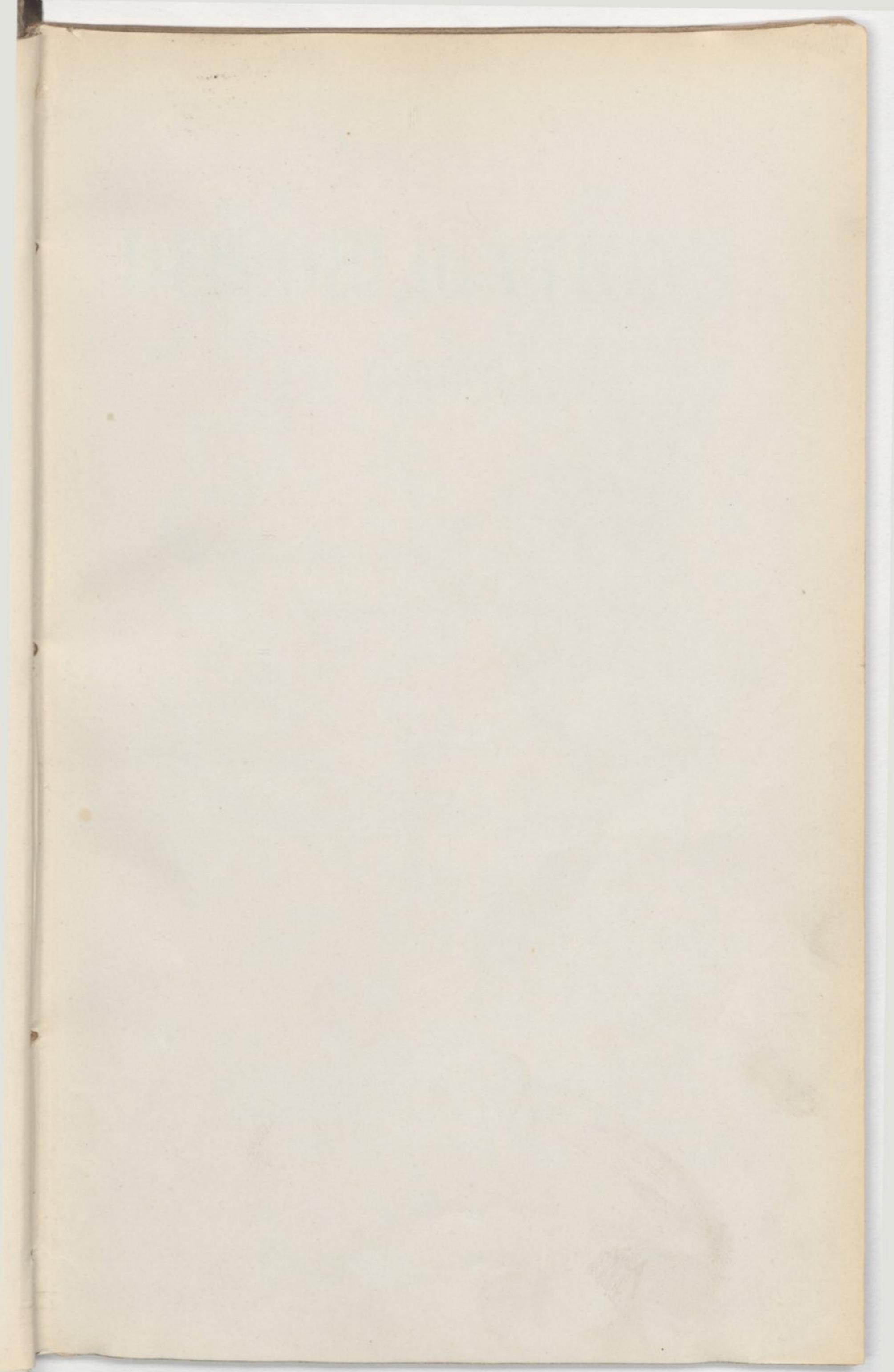


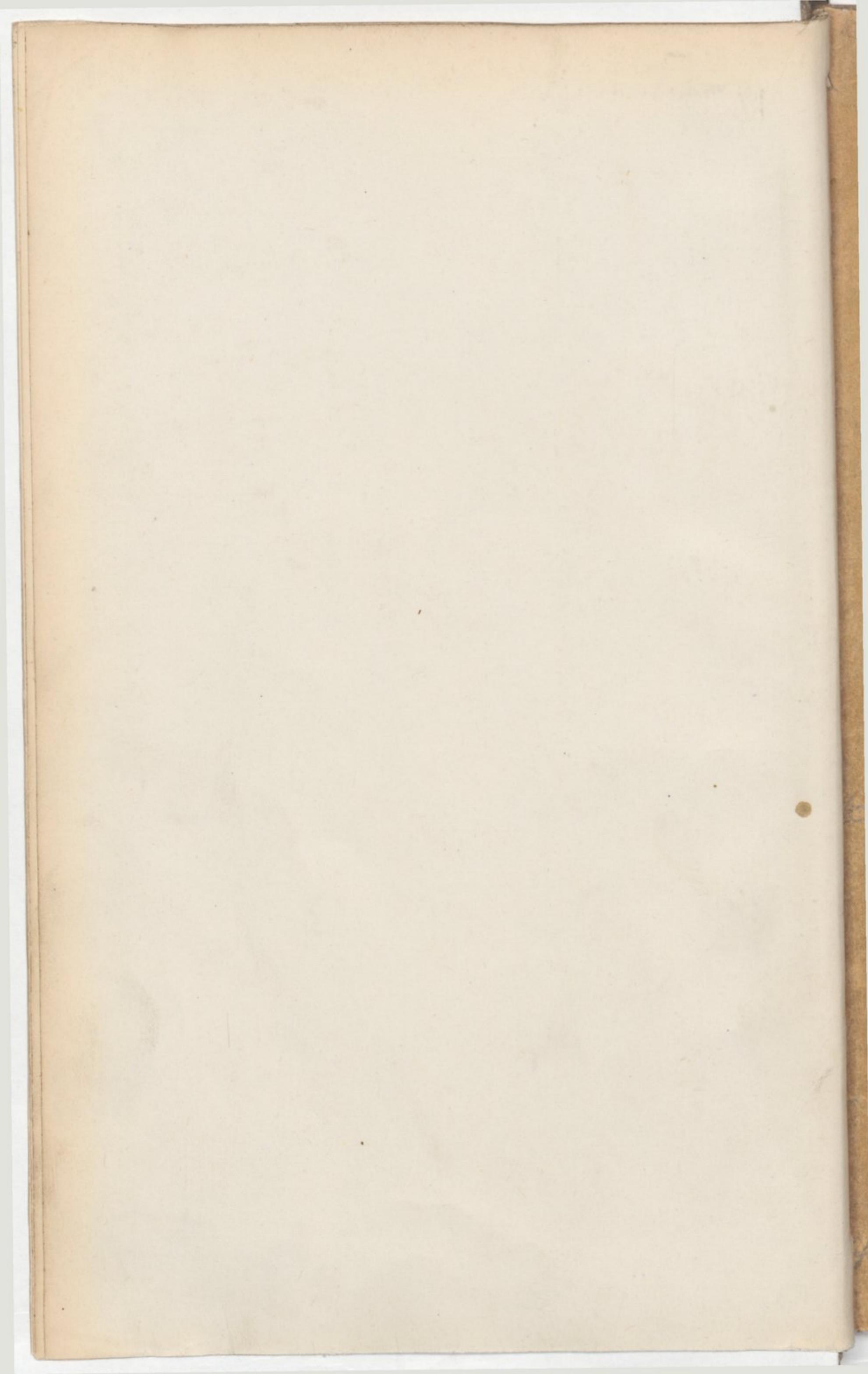












12003

TRAITÉ
DES OBLIGATIONS
EN GÉNÉRAL

PAR

René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

I

Sources des Obligations

TOME I

— PARIS —

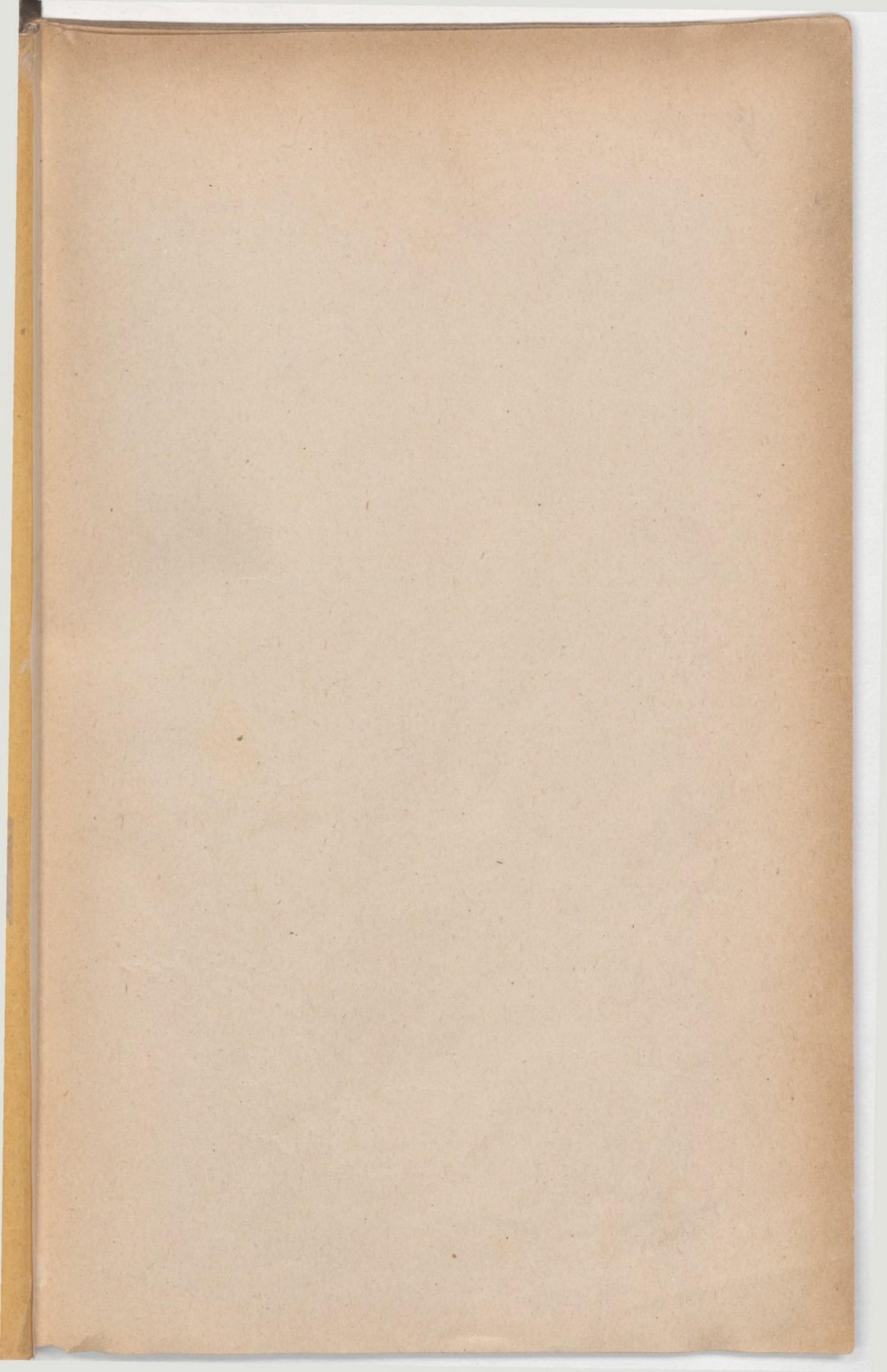
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

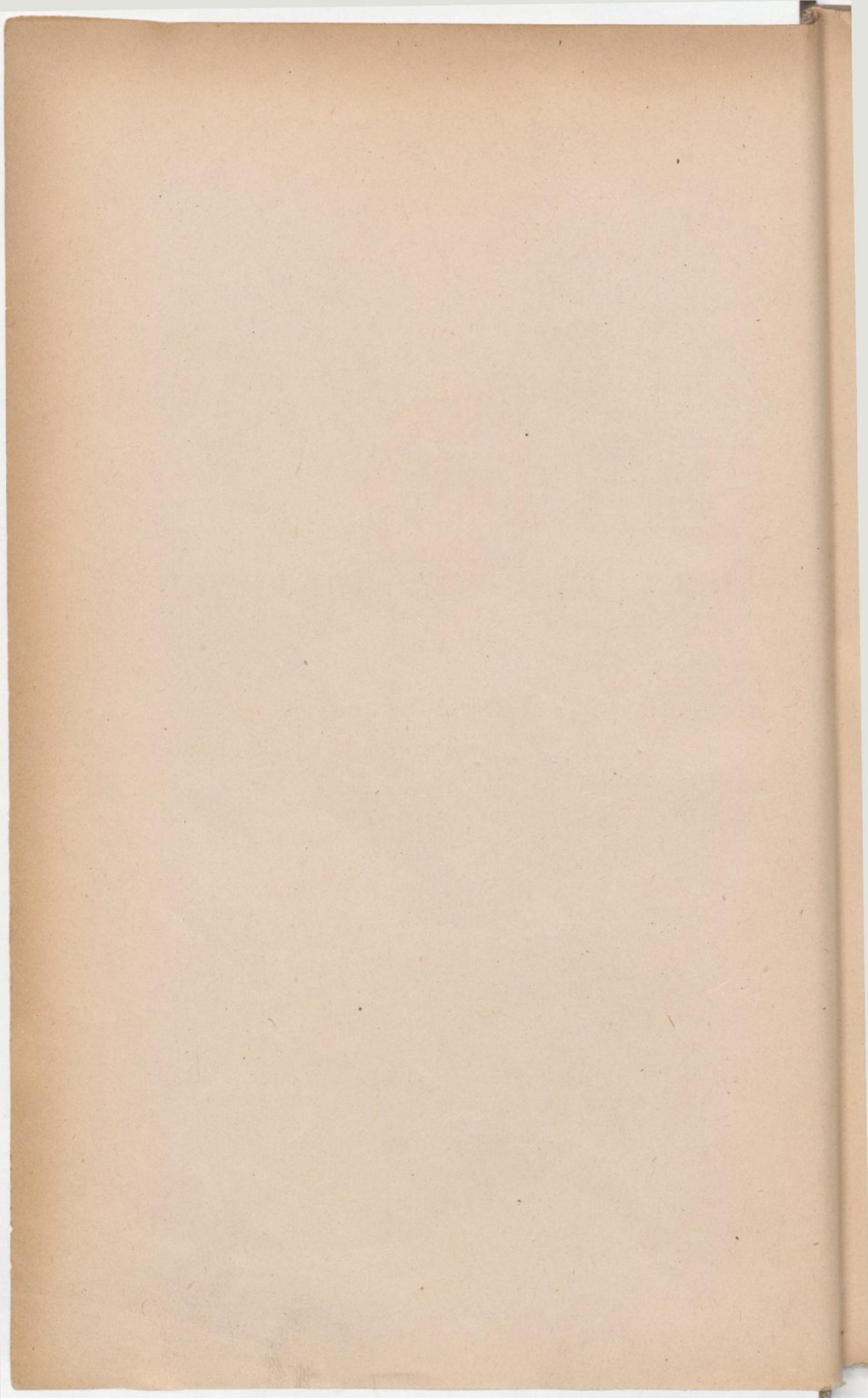
ROUSSEAU & Cie, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

— 1923 —

*Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation
réservés pour tous pays*







Des Obligations en Général

Les Sources

I

no F
30516 (I-1)

A mon Ami **ALBERT WAHL**



TRAITÉ

DES OBLIGATIONS

EN GÉNÉRAL

PAR

René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

I

Sources des Obligations

TOME I

— PARIS —

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & Cie

14, RUE SOUFFLOT. 14

— 1923 —

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays





PARTIE PRÉLIMINAIRE

CHAPITRE PREMIER

Notion générale de l'obligation.

1. — « La théorie des obligations, a dit Tarde, est en jurisprudence ce que la théorie de la valeur est en économie politique : le problème central où l'on est ramené par toutes les pentes des discussions ¹. »

Mais à cette remarque dont personne ne contestera le bien fondé et qui justifie cette étude, après bien d'autres sur le même sujet, il ajoutait finement : cela ne veut pas dire qu'elle soit le point de convergence nécessaire et inévitable de toutes les évolutions. Les dispositions légales relatives aux obligations prétendent abusivement au nom de théorie. Bien qu'elles soient douées grâce à leur généralité d'une longévité spéciale qui leur permet de survivre à d'autres parties de leurs codes, elles ne sont susceptibles que d'applications temporaires. Les survivances sont d'ailleurs plus apparentes que réelles et la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant ².

Ainsi le droit des obligations évolue, d'autant plus qu'il

¹ *Les transformations du droit*, p. 125.

² Cf. Saleilles. *Théorie de l'obligation*. Préface de la 1^{re} édition et n. 1. Charmont. *Le droit et l'esprit démocratique*, II. *La socialisation du droit*, p. 72.

se lie au droit commercial, droit moins stable¹. Mais il évolue lentement; d'autre part, il apparaît avec une tendance à l'uniformité dans les divers pays civilisés².

Cette généralité, il la tient moins, comme le croyait M. Saleilles, au respect de l'autonomie de la volonté aujourd'hui très en recul, qu'à ce fait qu'elle saisit des situations extrêmement diverses, de sorte qu'elle s'élève naturellement des cas concrets vers les notions systématiques, les concepts³; dans ces sphères élevées, moins accessibles à certaines particularités de temps ou de lieux, elle ne peut se transformer qu'à la longue, sous les efforts répétés des grands courants sociaux et entre certaines limites imposées par la raison: je veux dire certaines adaptations nécessaires aux buts poursuivis par les hommes vivant en société, en dehors d'un collectivisme resté jusqu'ici tout utopique.

2. — La définition classique des obligations est empruntée aux Institutes de Justinien⁴. *Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostra civitatis jura*. Celui qui est tenu de l'obligation se nomme débiteur. Celui qui en peut exiger l'exécution s'appelle créancier. Les Romains ont précisé la portée de cette définition. L'utilité du lien juridique est exposée par Modestin⁵: *Debitor intelligatur is a quo invito exigere pecunia potest*. Les variétés de son objet sont indiquées par Paul:

¹ Cf. Polacco. *Obbligazioni*, n° 3, p. 18. C'est ce que traduit le code fédéral suisse des Obligations qui est à la fois civil et commercial.

² V. sur cette marche du travail juridique. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, p. 11 et suiv. Meynial, *La logique dans la formation du droit. Revue de métaphysique et de morale*, 1908, p. 190 et suiv. — Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, p. 85 et suiv. Polacco, *Obbligazioni*, n° 3.

³ V. Saleilles, *Op. cit.*, p. 1 et *Bull. Société de législation comparée* 1888, p. 165.

⁴ Livre III, titre XIII pr.

⁵ Dig. liv. 50, titre XVI. De verb. signif. loi 108.

*nobis astringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*¹.

La définition des Institutes a fait fortune. Pothier la reproduit². Le code civil s'en est inspiré dans l'art. 1101 en définissant les contrats.

Tous les auteurs modernes la reproduisent³ ou se contentent de la traduire.

Cette définition de l'obligation admise soit dans le dernier état du droit romain, soit dans le droit privé moderne n'est que le point d'aboutissement d'une très longue évolution. Les obligations dans la Rome primitive étaient plutôt un droit du créancier « portant sur la personne du débiteur de la même façon que le droit de propriété porte sur la chose », il y avait plutôt des états d'obligés que des obligations⁴. Il en était de même dans le très ancien droit français.

La définition moderne traduit donc le concept de l'obligation tel qu'il se forme dans les civilisations avancées dans leur évolution. On pourrait l'améliorer en disant qu'il y a obligation quand une personne est tenue envers une autre à donner, faire ou ne pas faire. L'essentiel, c'est qu'il y ait un

¹ Dig. liv. 44, titre VII. De oblig. et act. loi 3 pr.

² Traité des obligations, n° 1, cf. Rep. de Guyot, v° Obligation.

³ V. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 3. — Bendant, Obligations, n° 2. — Surville, 2^e éd., II, n° 2. — Larombière, art. 1101, n° 5. — Demolombe, XXIV, n° 4. — Baudry, Lacantinerie et Barde, I, n° 1. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 446. — Laurent XV, n° 424. — Colmet de Santerne. V. n° 1 et 1 bis, I. — Huc, VII, n° 1. — Planiol, 6^e éd., II, p. 55. — Cf. Capitant. *Introd. au dr. civil*, 3^e éd., p. 91. — Rosset, *Manuel de droit civil suisse*, III, p. 22. — Giorgi, *Obbligazioni*, I, n° 11. — Crome, *Burgerliches Recht*, II, p. 1. — Endemann, I, p. 574. — Dernburg, I, p. 1. — Crome, *Französische Obligationen recht*, p. 1. — Rapp. *Code civ. espagnol*, art. 1088. — Boistel, *Philosophie du droit*, I, p. 387. — Lomonaco, *Obbligazioni* I, p. 21.

⁴ Girard, *Man. élém. de dr. romain*, p. 386, note 1, 4^e éd. — Cf. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., I, p. 103 et 202. — Huvelin dans Darenberg et Saglio, v° *Obligatio*, (Rome). Perozzi (Inst. di. dir. romano, II, p. 1-10) a même prétendu que la notion de l'obligation a disparu du jour où il n'y a plus eu à Rome de véritables

débiteur. Il faut de plus ou moins éventuellement un créancier.

3. — Cette définition met bien en valeur un des côtés de l'obligation : la protection juridique accordée au créancier qui d'ailleurs peut être plus ou moins étendue selon qu'il s'agit d'obligation civile ou d'obligation naturelle. L'étendue de cette protection, déterminée par la loi et l'usage différencie l'obligation juridique du simple devoir moral, comme le devoir de charité, ou de l'usage, de l'obligation mondaine, des simples devoirs d'honneur de délicatesse¹ qui ne comportent pas la sanction juridique.

Cependant il faut reconnaître qu'il peut y avoir des situations intermédiaires. Il y a des transitions depuis l'obligation de charité pure et simple ou l'obligation de respecter un usage mondain et l'obligation civile. Le fonctionnaire incorrect, l'officier ministériel peu scrupuleux sont tenus par les sanctions disciplinaires, le refus d'avancement. Il y a donc des cas où il y a une sanction non proprement juridique ou une sanction qu'on considère à tort comme légère : la me-

rappports de puissance à puissance entre des groupes indépendants en droit de se venger en cas d'inexécution, qu'il n'y aurait plus que des obligations et non des états d'obligés. Opinion un peu paradoxale, car comme le remarque M. Polacco. (*Obbligazioni*, p. 11, 2^e éd.) n'avons nous pas les faibles qui sont dans un état particulier, le débiteur n'est-il pas atteint dans la liberté s'il est grevé de dettes. — Pour M. Cornil, (*Debitum et obligatio*). Mélanges Girard, I, p. 199, celle du même d'obligation viendrait de la fusion de deux notions plus anciennes : le *debitum* et l'*obligatio* analogues à la *Schuld* et à la *Haftung* du droit germanique. La première serait la dette originnaire, l'autre l'engagement des tiers qui lui donneraient force. Cf. Polacco, *Obbligazioni*, 2^e éd., p. 89 et les renvois aux auteurs allemands. Cet auteur montre d'ailleurs très bien que cette thèse n'a plus qu'un intérêt historique et que cette distinction est stérile en droit moderne. V. aussi Ferrara. *Dir. civ. italiano*, I, p. 309.

¹ Cf. Huc, VII, n^o 2. -- Colmet de Santerre, v n^o 1 bis, II. — Demolombe XXIV, n^o 7. -- Aubry et Rau, 5^e éd. IV. p. 3. — Lomonaco op. cit. p. 19. — Giorgi, op. cit. I, n^o 34. — Carboni, *Della obbligazione nel diretto odierno*, n^o 23-29.

sure disciplinaire¹.

Toutes les fois que l'on rencontre une autorité publique ou privée, on voit celle-ci ayant le pouvoir de tenir compte ou non de certains faits, dans certaines limites, bien entendu et des embryons d'obligations existent. Déjà par ailleurs le droit nous offre un premier pas vers la dégradation de l'obligation dans les simples facultés légales ou conventionnelles, dont le débiteur ne peut imposer l'exécution et pour lesquelles il ne peut fixer le moment où on devra dire si on en réclamera l'exécution. Déjà du côté actif il y a ici un affaiblissement de l'obligation.

D'autre part, si l'on envisage le côté passif, il faut tenir compte de ce qu'il existe des obligations naturelles qui occupent une zone un peu indéfinie sur les limites du devoir moral et de l'obligation. Nous déterminerons plus loin s'il s'agit ou non d'une véritable zone intermédiaire².

4. — La définition classique de l'obligation suffit en outre à distinguer le droit personnel résultant de l'obligation du droit réel, si on admet la définition classique de ce droit : un droit portant directement sur la chose³. En effet, la défini-

¹ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 9.

² V. not. à ce sujet *Planiol Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral. Revue critique* 1913, p. 152.

³ V. sur cette définition et les auteurs qui l'adoptent : Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 413 et suiv. — Adde, Colin et Capitant, II, p. 1. — Rigaud, *Le droit réel*, thèse de Toulouse 1912, p. 113 et suiv. — Giorgi, *Obbligazioni*, I, p. 2. — Boistel, *op. cit.*, p. 389. — Oser, *Obligationenrecht*, p. 2. — Adde en faveur de la théorie classique. — Colin et Capitant, *Droit civil*, I. — V. en faveur des théories nouvelles. — Boistel, *op. cit.*, p. 389. — Quenu, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse de Caen, 1905. — Prodan, *Théorie générale des droits réels*, thèse de Paris, 1909, p. 67. — Rigaud, *Le droit réel*, thèse de Toulouse, p. 113 et suiv. (avec des idées spéciales inspirées de la théorie de l'institution de M. Hauriou). — Bemei, *Nature juridique des droits réels et des droits de créances*, thèse de Paris, 1912 (exposé critique des diverses théories. V. aussi les développements très judicieux de Polacco, *Obbligazioni*, I, p. 22 et suiv., 2^e éd.

tion de l'obligation nous montre bien que le droit pèse ici sur une personne et non sur une chose.

Mais à l'heure actuelle, on analyse souvent le droit réel comme se ramenant à l'obligation. Le droit réel ne s'exerce pas seulement sur une chose, il constitue une obligation passive universelle en vertu de laquelle chacun est tenu de respecter la liberté du titulaire du droit réel. Toutes les personnes sont tenues de laisser le propriétaire de l'immeuble jouir de sa chose. On peut même préciser davantage : que le droit soit réel ou personnel, les tiers sont tenus d'en tenir compte¹ de ne pas commettre de faute pouvant avoir pour conséquence d'y porter atteinte².

D'autre part, l'efficacité des divers droits en face d'autres n'est pas commandée par cette idée que le droit réel comporte droit de préférence et droit de suite et que le droit personnel ne le comporte pas. Les conflits entre droits sont réglés par des moyens plus complexes et divers suivant les cas³. Le droit réel et le droit personnel obéissent donc à des règles de constructions techniques semblables.

Est-ce à dire cependant qu'il y a identité complète entre le droit réel et le droit personnel⁴? Non, on trouve entre eux deux différences techniques.

1° Le droit n'oblige pas seulement toute personne à le respecter, il rend dans une certaine mesure responsable celui qui l'a lésé sans faute : celui qui possède la chose sans sa faute a le devoir de la restituer au propriétaire et il a envers lui une certaine responsabilité, certaines obligations.

¹ V. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé. Introduction à l'étude des obligations*, p. 420.

² V. *op. cit.*, p. 422 et les renvois not. : Pierre Hugueney, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*.

³ V. *op. cit.* p. 533 et suiv.

⁴ Cf. Bimeï, p. 361 et suiv., qui n'arrive à trouver que des différences très minimes : non acquisition de l'obligation par prescription, etc.

Mais on tend à adoucir cette différence en améliorant la situation du possesseur de bonne foi. (Art. 549 civ.)

2° Le droit personnel confère entre certains droits contre tous des droits particuliers contre ceux qui dans l'usage sont seuls appelés débiteurs. Le ou les débiteurs, qui sont d'ordinaire en petit nombre sont tenus d'assurer au créancier le contenu du droit personnel. Ils doivent personnellement payer, agir, s'abstenir, et ce n'est qu'en cas de force majeure qu'ils ne seront pas responsables s'ils ne le font pas.

Au contraire, dans les droits réels, il n'en est pas ainsi et ces obligés plus directement tenus ne se rencontrent pas¹. Cette dernière différence se rattache à une autre plus profonde, car elle vise le contenu du droit, mais qui cependant n'est vraie que de façon générale. C'est que le droit réel et le droit personnel visent d'ordinaire des buts sociaux différents. Le droit personnel type : obligation de payer ou de faire, vise à une action du débiteur. Le droit réel type : la propriété, vise à protéger une certaine liberté du créancier propriétaire, le droit du propriétaire de faire chez lui ce qu'il veut² mais cela n'est pas exact de tous les droits réels : des servitudes, des hypothèques par exemple. Historiquement ce contenu que nous ne rencontrons plus, que dans la propriété, et encore atténué par les obligations de voisinage, l'abus du droit, a été primitivement celui de tous les droits : les servitudes ont été d'abord des sortes de propriétés d'objets : source, passage, égout, comme les créances ont été des droits sur le débiteur³. Mais ces maîtrises privées se sont peu à peu résorbées. On peut donc dire seulement ceci : le droit réel et le droit personnel bien que visant d'ordinaire

¹ Car l'obligation du possesseur de restituer n'est que la sanction du fait de s'être indûment mis en possession.

² V. sur ce point, *Note de M. Hauriou, sous Cons. d'Etat*, 16 fév. 1912, S. 1912, 3, 57. — Rigaud, *op. cit.*, p. 320 et suiv.

³ V. Girard, 4^e éd., p. 369. — Cuq, 2^e éd., p. 92.

des buts sociaux différents ont presque la même organisation technique¹.

4 bis. — On sépare ordinairement le droit personnel du droit de famille². Il nous semble que le droit personnel présente simplement ici une variété spéciale : le droit personnel de nature morale, ce droit qui peut dériver de contrats ou de la loi peut comporter des sanctions appropriées, mais il tend à être soumis aux règles ordinaires des obligations.

5. — L'obligation a-t-elle nécessairement un contenu de valeur économique ? On l'a prétendu. On a dit que la prestation devait toujours avoir une valeur pécuniaire³. Les uns ont donné cette formule en termes absolus³, les autres sous une forme atténuée soit en disant que l'obligation à but non économique doit être l'accomplissement d'une obligation naturelle⁴, soit en admettant que le résultat non économique est cependant de nature à être obtenu avec de l'argent : comme la promesse d'une place au théâtre, d'une leçon d'un art d'agrément⁵.

Les uns, comme Giorgi ou Crome, rattachent leur opinion à ce que l'obligation est patrimoniale. Mais cela s'impose-t-il comme une nécessité ? Pourquoi ne pas admettre

¹ Cf. sur les rapports de connexité que peuvent présenter entre eux des droits personnels et des droits réels. Polacco, *Obbligazioni*, n° 9 et suiv.

² V. Ruggiero *Instituzioni*, II, p. 70.

V. Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 23. — Dernburg, *Pandekten*, II, p. 2. — De Vincentiis, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazione contrattuali*, Mélanges Fadda, IV, p. 311.

³ V. not. Brinz, *Pandekten*, II, p. 510. — D'après Kohler l'obligation doit être rémunérable, professionnelle ou susceptible d'être telle et précise.

⁴ Aubry et Rau, IV, 5° éd, p. 344, note 1 bis.

⁵ Oser *Schw. Obligationenrecht*, p. 7. — Dernburg, *Pandekten*, II, p. 17, n° 2 — Kohler, *Das Obligationeninteresse*. *Archiv. für bürgerliche Recht*, 1897. — Endemann, *Einführung in das Studium des B. R.*, II p. 141. — Savigny, *Droit Romain*, I, p. 329. — Baudry et Barde, *Obligations*, I, n° 293. — Giorgi, III, n° 435. — Crome, *Franzos, Obblig. R.*, p. 12.

des obligations non patrimoniales, si cela paraît utile dans certains cas. Les autres, comme Kohler, se refusent à tenir compte de l'intérêt moral à raison de la difficulté de sanction : les dommages-intérêts n'étant pas une sanction convenable. Mais malgré l'insuffisance des dommages-intérêts à satisfaire pleinement le créancier, ne vaut-il pas mieux les admettre ou accepter toute autre sanction plutôt que de laisser sans protection des intérêts sérieux lorsque cela est utile ?

Cette utilité n'est pas difficile à prouver. Ihering, avec sa verve habituelle l'a démontré par cent exemples¹. C'est tout ce qui fait l'agrément de la vie qui se trouve soustrait au domaine du droit. L'imperfection d'ailleurs relative des sanctions ne peut être une objection à la protection de ces intérêts.

Comme le dit très bien M. Carboni², le droit reconnaît la faculté d'agir là où cela est possible et comme cela est possible. Le caractère inestimable du dommage moral ne peut supprimer la protection de la victime la prestation sera non un équivalent, mais comme une chose subrogée³.

Les auteurs qui à la suite des Allemands, d'un esprit si matériel, ont exigé le caractère patrimonial de l'obligation ont été très préoccupés de séparer l'obligation juridique de l'obligation mondaine, comme si l'usage ne devait pas avec ses nuances suffire mieux que des formules pédantes à cette

¹ *Œuvres choisies*, II, p. 145, trad. Meulenaere. V. de même Dorville, *Intérêt moral dans les Obligations*, thèse de Paris, 1901, p. 168-537. — Carboni, *Obbligazione nell diritto odierno*, n. 30-33. — Chironi, *Colpa extracontrattuale*, II, n. 411. — Chausse, *L'intérêt d'affection*, *Revue critique*, 1895. — Windscheid, II, § 251, note 3. — Unger, *Vertrage zu gunsten der Dritten*. *Iherisgs Sahrbücher*, X, p. 58. — Cf. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 7. — Pacchioni, *Rivista di diritto commerciale*, 1911, II, p. 240. — Crome, II, p. 18. — Minozzi, *Danno non patrimoniale*, p. 128. — Colmo, *Obbligazione*, p. 5 et 24.

² *Obbligazione nel diritto odierno*.

³ V. sur ce point, Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904 spécialement, p. 270 et suiv.

fin¹. Tout au moins les plus récents reconnaissent-ils qu'il suffit que l'obligation ait objectivement une valeur patrimoniale, quand même subjectivement elle n'aurait qu'une valeur morale comme la promesse d'une leçon de chant, d'un spectacle².

Un système spécial est soutenu par M. Polacco qui nie que l'obligation puisse avoir un objet de caractère non patrimonial, se rapportant par exemple au droit de la personne ou de la famille. Il refuse le caractère d'obligation à la dette alimentaire, au devoir de fidélité entre époux ou aux obligations touchant au droit public³. Elles auraient seulement une sanction patrimoniale. Distinction bien subtile.

Nous croyons que la limite des obligations doit s'établir non par leur objet, mais en appréciant dans chaque cas les sanctions que comporte un devoir juridique. L'obligation alimentaire est une obligation, car elle en comporte les sanctions ordinaires. Le devoir de fidélité ne serait pas une obligation s'il n'avait comme sanction que la possibilité d'obtenir le divorce. Mais étant admis en pratique qu'il comporte une sanction pécuniaire il est certainement une obligation. Le droit des obligations pénètre fort bien des matières que par commodité de classement on range sous d'autres rubriques dès qu'on trouve des sanctions en vue de l'exécution même de l'obligation et non pas de ces mesures très spéciales comme le divorce, la déchéance de la puissance paternelle.

5 bis. — L'obligation suppose comme premier élément un lien de droit, le mot étant pris bien entendu dans un sens figuré.

¹ Claps, *Dal concetto a del contenuto economico delle obbligazioni*. Mélanges Chironi, I, p. 58. — Cf. Coviello, *Interesse nei obbligazioni giur. ital.*, 1898.

² Claps, p. 61. — Polacco, *Obbligazioni*, n° 38. — Barassi, *Contratto di lavoro*, 2^e éd., I, n° 29.

³ *Obbligazioni*, 2^e éd., p. 71-72 et p. 197-202.

La Glose disait que les hommes sont liés par les paroles, conception un peu étroite qui ne vise que les obligations contractuelles¹. En tous cas, le lien ne paraît plus aujourd'hui réunir les mêmes choses qu'autrefois. En effet, l'exécution qui portait autrefois sur la personne portée sur les biens, surtout depuis la disparition de la contrainte par corps. Toutefois il ne faut rien exagérer. Si le lien n'est plus exclusivement entre les personnes, il n'est pas non plus exclusivement entre les biens. Envisagée dans la phase amiable, l'obligation si elle ne lie pas la volonté en elle-même qui est directement incoercible, tient compte des éléments de la personnalité : honnêteté, intelligence, force de travail intellectuel, même physique, en même temps que de la personne centre du patrimoine. Dans la phase judiciaire c'est la personne que l'on condamne à l'obligation même. C'est seulement dans la phase exécutive, heureusement exceptionnelle que le droit du créancier se porte sur le patrimoine, sur les biens envisagés et eux-mêmes².

C'est ce double caractère intimement fondu qui fait que l'on ne peut accepter la théorie de Brunetti³, qui fait de l'obligation ce qu'il nomme un devoir libre. Il n'y a pour lui devoir juridique que s'il y a obligation sanctionnée par une peine. Sinon, il y a un devoir libre le débiteur ayant le choix de s'exécuter ou de souffrir l'exécution sur ses biens. Il y a là une vue un peu trop rigide. Non seulement le débiteur sans volonté (mineur, fou) ne peut exercer ce choix et reste cependant débiteur⁴, mais surtout la peine, comme l'exécution sur les biens, n'est qu'une sanction que l'on est toujours libre d'accepter si on préfère ne pas s'exécuter. Tout droit comporte une limite dans la volonté de l'obligé.

¹ V. Polacco, *Obbligazioni*, n° 14.

² V. sur ces points les excellents développements de M. Polacco, *Obbligazioni*, I, n° 16 bis.

³ Norme et regale finali nel diritto.

⁴ V. Polacco *op. cit.*, p. 82, note 1, 2° éd.

Le droit n'est pas une force indéfinie. Il y a des questions de degré. Pour apprécier la nature du droit, il faut voir le cas normal en non celui exceptionnel où une sanction intervient.

J'ajouterai que la théorie du devoir libre de M. Brunetti me paraît un dernier essai pour concilier l'obligation et la liberté. Essai peu utile aujourd'hui, car dans nos idées sociales actuelles, nous savons qu'il suffit de certaines libertés. On n'a pas besoin de la Liberté. L'ordre social importe beaucoup plus.

J'en dirai autant de la théorie de Sohm qui oppose le droit réel donnant une faculté d'agir à l'obligation où le créancier a le droit que le débiteur agisse, de sorte que le créancier est impuissant et que le débiteur reste libre¹. A cela il ajoute fidèle à l'idéal germanique de l'Etat, que l'action, qui a une nature tenant au droit public viendra fortifier le droit du créancier dans la phase judiciaire.

En dehors de cette portée sociale qui a disparu, de justifier l'obligation en face de l'idée de liberté, ces thèses même rectifiées n'ont que l'importance de descriptions et on en voit peu la fécondité².

6. — Les obligations mettent nécessairement en rapport deux sujets : l'un actif, l'autre passif. On a cependant prétendu que l'assujettissement pouvait se concevoir sans un pouvoir correspondant, soit en supprimant la notion de sujet, soit en se dispensant du sujet passif : la première opinion, soutenue par M. Duguit, a été discutée par nous³. La seconde, soutenue en Allemagne, paraît bien confondre la question de l'existence du sujet avec celle de sa détermination.

¹ Begriff des Forderungrecht, Zeitschrift de Grunhut, 1877, p. 457.

² Cf. Polacco, *op. cit.*, p. 91-93.

³ V. Nos notions fondamentales de droit privé, p. 321 et suiv.

⁴ V. en ce sens, Carboni, *Obbligazione nel diritto odierno*, n° 47. — Cf. dans le même sens Giorgi, *Obbligazioni*, I, n° 68. — Cromie II, p. 9 — Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, III, p. 13. — Les concep-

Les obligations existent-elles nécessairement entre personnes déterminées ? Il ne s'agit évidemment pas ici des obligations pesant sur tout le monde, comme dans les droits réels, ou l'obligation de s'abstenir de faute. Il ne s'agit pas non plus de charges réelles comme celle pesant sur le propriétaire d'un fonds servant d'entretenir l'aqueduc, où le chemin objet de la servitude.

Il s'agit de savoir si une obligation portant sur quelques personnes ou existant à leur profit peut avoir des titulaires actifs ou passifs indéterminés. La négative a été présentée comme pouvant seule se concevoir¹. Mais techniquement rien n'empêche qu'un débiteur ou un créancier soit indéterminé². Il suffit qu'il y ait au moment de l'exécution une personne pour exiger ou effectuer le paiement³ et par suite que le créancier soit déterminable à l'échéance. C'est d'ailleurs ce que précise très bien l'art. 830 civ. italien en annulant seulement les dispositions au profit de personnes incertaines qui ne peuvent être indéterminées. D'ailleurs, de plus en plus l'obligation se détache de la personne du créancier ou du débiteur. Le développement de la cession de créance, puis de la cession de dette en est la preuve⁴.

Mais l'obligation au profit ou contre des personnes indé-

tions allemandes, qui sont ici, terre à terre, comme elles le sont parfois, voient tantôt (Savigny et Puchta) dans l'obligation un pouvoir sur l'acte du débiteur, tantôt (Bekker et Köpper) un pouvoir sur le patrimoine du débiteur. Ces idées sont à la fois subtiles et sans résultat pratique. On y trouve ce mélange de vues matérielles et de nuances caractéristique de l'esprit germanique.

¹ Baudry et Barde, I, n° 3. — Rappr. Savigny, *Obligations*, t. II, § 62, p. 22).

² V. Carboni, *Obbligazione nel diritto odierno*, p. 109, contra Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, t. III, p. 11.

³ Rappr. Duguit, *Transformation du droit privé*, p. 104-114 et *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, t. I, p. 183, qui admet ces solutions et va même plus loin en n'exigeant plus de sujet de droit (v. contra sur ce dernier point nos *Notions fondamentales*, p. 322 et 361).

⁴ Sur l'origine de la cessibilité des créances, v. Meyn, *Logique dans la formation du droit*, *Revue de métaphysique*, 1907, 173.

terminées présente des défauts qui en restreignent l'emploi. D'abord tant qu'une personne est indéterminée, il est impossible si elle n'a pas un représentant (représentant des obligataires, tuteur à la substitution, etc.) de s'entendre avec elle pour modifier ou éteindre l'obligation.

Ensuite pour que cette obligation soit reconnue, dès avant la détermination du bénéficiaire, il faut que des raisons de sécurité obligent à considérer comme ayant déjà une valeur juridique la prétention ou la promesse. Cependant ceci peut se présenter : d'abord si on stipule au profit d'un tiers indéterminé (assurance au profit d'un tiers indéterminé, titre au porteur, souscription au profit de tiers indéterminé)¹. Le stipulant a compté sur le respect de la stipulation qu'il a obtenu². Ensuite lors de la constitution de société, on doit admettre que le souscripteur d'actions s'engage déjà envers les autres souscripteurs, en même temps qu'il adhère aux statuts présentés par le fondateur³. De même, l'offre au public doit être maintenue⁴. De même si une volonté unique

¹ V. Bolchini, *Pubbliche Sottescrizioni en diritto privato*, p. 147-148. — Gros, *Nature des souscriptions publiques*, thèse de Dijon, 1909, p. 207. — Carboni, *op. cit.*, p. 111 et suiv.

² V. Edouard Lambert, *Stipulation pour autrui*. Paris 1893, p. 138 et suiv, p. 357.

Polacco, *Obbligazioni*, n° 31 quarter, contrà. Florence, 9 juillet 1910.

³ V. sur cette difficulté, Lescot, *Essai sur la période constitutive des morales de droit privé*. Thèse de Dijon, 1913 spéc. p. 163-218.

⁴ V. Bolchini, *Promessa al pubblico*. *Riv. di dir. commerciale*, 1903, p. 38 - Toescadi-Castellazzo. *Offerta al pubblico*. — Polacco, *Obbligazioni*, n° 31 bis.

Sous ces réserves, il est important de constater que la pratique s'efforce de faciliter les actes au profit de tiers indéterminés dès qu'ils semblent utiles. V. pour l'inscription d'un hypothèque au profit de porteurs d'obligations d'une société Lyon Caen et Renault. *Dr. comm.* t. II, n° 592. — Houpin, *Forme de l'hypothèque dans un emprunt par une société*, *Journ. des Sociétés*, 1888, p. 661. — Jarry, *Obligations hypothécaire émises par les sociétés*, thèse de Paris, 1904, p. 48.

On pourra expliquer de cette façon l'admission des titres au porteur.

Polacco, *Obbligazioni*, n° 31 ter.

s'est déjà enfermée dans un de ces moules juridiques qu'admet le droit moderne, comme le testament, les actes unilatéraux, le décret qui établit une fondation, la gestion d'affaires, elle pourra profiter à des personnes indéterminées, sauf à discuter dans chaque cas sur les raisons d'admettre l'acte ou de le rejeter. Ainsi on a pu parler des legs avec faculté d'élire, des legs à personnes indéterminées¹, de legs avec faculté d'appréciation par un tiers².

On peut encore se représenter le titre au porteur ou même à ordre comme un engagement envers le X... qui se présentera à l'échéance, ce qui explique très bien l'inopposabilité des exceptions venant des porteurs précédents. On va même parfois plus loin dans cette voie en admettant l'incorporation de la créance dans le titre au porteur.

La détermination des personnes obligées au titulaire de droit n'a besoin de se faire qu'au moment de l'exécution³.

6 bis. — Toute obligation a pour objet une prestation, c'est-à-dire une action du débiteur envers le créancier.

Cette prestation a elle-même un contenu qui est l'objet médiat de l'obligation⁴. Ce contenu peut être très varié⁵. A Rome l'obligation avait pour objet : *dare, facere* ou *præstare*. Ce dernier terme étant d'un sens difficile à établir, on ne parle plus aujourd'hui que de *dare, facere*, en comprenant

¹ V. sur ces points Tuillerie, *De la faculté d'élire en matière de legs*, thèse de Paris, 1907. — Dubarle, *La faculté d'élire*, thèse de Paris, 1908. — Wahl, note sous Caen, 9 juillet 1894, S. 1896, 2. 281. — Rép. gén. du dr. français, v. *Donations entre vifs*, n° 1066. — Pand. fr. Rép. v. *Donations et testaments*, n° 1318 et suiv. — Baudry et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 359 et suiv. — Planiol, t. III, n° 2924, 6^e éd.

² Legs à une personne à condition qu'à l'appréciation de telle autre elle ait une vie honnête et décente. Req. 25 juin 1902, S. 1902, 484.

³ Cf. pour le droit anglais, *Jenks Digest.*, t. II, p. 103.

⁴ V. Polacco, *Obbligazioni*, n° 34.

⁵ D'autres théories ont été soutenues sur l'objet de l'obligation. On a parlé de la personne du débiteur, etc. Tout cela inutile. V pour plus de détails, Meltzl, *Der Gegenstand der Obligation*.

par ce dernier mot le *non facere*. Qu'il s'agisse de dare ou de facere, l'objet peut être fongible ou non. Il le sera s'il s'agit d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa qualité, ou d'un travail qui peut être fait indifféremment par d'autres personnes¹.

L'obligation peut comprendre à la fois un dare et un facere, ainsi le vendeur doit dare et en outre garantir l'acheteur (facere).

La prestation peut être transitoire ou durable, comme celles de faire jouir un locataire. Elle peut même être perpétuelle comme l'obligation de garantie².

L'objet doit être possible, déterminé ou du moins déterminable³. Il peut être divisible ou indivisible.

La prestation est d'ordinaire au profit du créancier. Mais elle peut être au profit d'un tiers⁴. On peut promettre à un créancier de faire telle chose au profit du public. On peut même promettre une prestation à son propre profit⁵. Une personne recoit une somme d'argent à condition de l'employer à un voyage d'études. A l'égard de l'Etat les obligations de ce genre sont assez fréquentes (obligations de vaccination, obligation scolaire). Mais il se mélange au profit du débiteur un profit moral du créancier, ou des personnes dont il concentre les intérêts dans sa personnalité.

7. — Pour tenir compte de ces observations, il y a lieu de donner la définition suivante : l'obligation est *la situation juridique ayant pour but une action ou abstention de valeur économique ou morale dont certaines personnes doivent assurer la réalisation*.

Cette définition se rapproche de la formule du Code civil

¹ V. Polacco, *op. cit.*, n° 35.

² V. sur les obligations perpétuelles Demogue note dans Sir. 1903 t. 81.

³ Pour plus de détails, v. infra, n° 767-768.

⁴ Barassi, *Contratto di lavoro*, 2^e éd., t. I, n° 29.

⁵ V. Barassi, *Contratto di lavoro*, t. I, n° 19, 2^e éd.

allemand, art. 241. « En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut consister également dans une abstention. »

Cette notion correspond avec certaines solutions spéciales dont Saleilles avait déjà fait la synthèse¹. C'est ce qu'on peut appeler l'objectivité du lien obligatoire. Celle-ci se ramène à cette idée que l'essentiel dans ce lien c'est moins un lien entre personnes déjà bien déterminées que le côté exécution. C'est son but, auquel tout se rattache. De ce qu'il faut considérer plus la chaîne que ses extrémités, il résulte que non seulement l'obligation du côté actif peut être cédée, mais qu'à côté de la cession de créance, il faut admettre la cession de dette, sauf à en limiter l'emploi pour ne pas diminuer arbitrairement les garanties d'exécution².

Cette conception de l'obligation s'harmonise bien avec l'idée que nous allons exposer à savoir que la volonté du débiteur peut à elle seule créer une obligation (V. infra, n. 17 et suiv.), et avec cette autre que la volonté du créancier peut parfois à elle seule créer une obligation (V. infra, n. 23, et plus loin Théorie des quasi-contrats), la personne du créancier ou du débiteur se trouvant provisoirement dans l'indétermination ou le futur. Elle permet facilement d'admettre la stipulation pour autrui en faveur de personnes futures et indéterminées. Elle permet également de concevoir le titre au porteur comme existant au profit d'une personne qui ne se précisera que plus tard, le porteur au jour de l'échéance. Tout cela, la définition ne l'impose pas. Un procédé technique n'impose pas de solutions. Mais il les résume en un tout harmonieux.

¹ V. ces idées exposées par Lerebours Pigeonnière dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles* par Beudant, Capitant, etc., p. 401 et suiv. — Saleilles, *Cession de dettes*, *Ann. dr. comm.* 1890, p. 1, n° 26. — *Théorie de l'oblig.* n° 82.

² Cf. Gaudemet, *Cession de dettes*. — Polacco, *op. cit.* n° 32 bis. — N. Coviello, *La successione nei debiti a titolo particolare*. *Archiv giur.*

Nous aurons d'ailleurs à préciser si l'idée que nous retrouvons dans tous ces cas, à savoir qu'il y a sujet de l'obligation indéterminé doit se préciser en une existence actuelle de l'obligation, ou s'il ne doit pas être nécessaire de voir dans toutes ces hypothèses un avant-acte: (V. infra, chap. IX.)

Notons seulement que toutes ces idées portant sur des points non réglés par le code, il est possible dès maintenant de les admettre, sans même faire intervenir la volonté des parties¹.

8. — Quelle est la raison d'être des obligations?² Cette question posée de façon générale pour toutes les obligations contractuelles ou délictuelles ne comporte qu'une réponse très générale. C'est la loi de finalité qui est l'explication de toutes les obligations³. Les obligations existent pour donner satisfaction aux créanciers dans une mesure qui ne soit pas trop inconciliable avec l'intérêt des débiteurs. Aussi comportent-elles une fois nées les mêmes effets, les mêmes modes d'extinction. Mais pourquoi procurer une satisfaction aux créanciers. Le but varie ici suivant les cas. L'intérêt social à les protéger n'est pas toujours le même. La raison pour laquelle l'organisation sociale veille à l'exécution de certaines obligations morales varie. Elle diffère suivant qu'il s'agit de délits, de contrats, etc. Aussi tandis que la théorie de l'obligation en elle-même, de ses effets et modalités, que celle de son extinction n'ont qu'une valeur technique, au con-

vid., t. 56 et 57. — Pacchioni, *La successione nei debiti*. *Rev. dir. comm.* 1911.

¹ V. cep. Lerebours, *Pigeonnière*, p. 509. — Cf. Gaudemet, *Transports de dette à titre particulier*, thèse Dijon, 1896.

² Ici nous parlons surtout des obligations civiles. Il sera parlé des obligations naturelles ou de conscience à propos de l'effet des obligations, V. sur ce sujet. Planiol, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*. *Revue critique*, 1913, p. 152 et suiv. — Perreau, *Les obligations de conscience devant les tribunaux*. *Revue de droit civil*, 1913, p. 503.

³ V. en ce sens, Tarde, *Les transformations du droit*, p. 132.

traire, la théorie de la formation de l'obligation et celle de la preuve (qui présente avec elle un lien de fait très étroit) ont un côté social beaucoup plus apparent¹. Ainsi les unes restent dans le domaine relativement calme de la technique, les autres sont dans le domaine plus vivant des luttes sociales. C'est à ce domaine que nous toucherons par certains côtés spécialement en nous occupant des sources des obligations.

9. — Il y a lieu d'étudier dans les obligations :

1° leurs sources ;

2° leurs effets ;

3° leur preuve ;

4° leur extinction.

Nous consacrerons à ces aspects divers du droit des obligations des séries de volumes séparés.

10. — L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel ? Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme². Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure³. L'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale⁴.

Domat avait déjà indiqué implicitement ce caractère nécessaire des obligations, en disant : « L'usage des conven-

¹ Pour employer les expressions de M. Gény, le donné y est plus considérable que le construit (*Procédés d'élaboration du droit civil*, p. 9, dans *Les méthodes juridiques*).

² V. Laurent, t. XIX, n° 191. — Colmet de Santerre, v. n° 276 bis, t. 376.

³ C'est là le seul côté exact de la théorie de Rousseau. Cf. Del Vecchio. *Caractères fondamentaux de la philosophie politique de Rousseau*, *Revue critique*, 1914, p. 130.

⁴ V. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 352 et suiv.

tions est la suite naturelle de l'ordre de la société civile et des *liaisons* que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les diverses commerces des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent », et plus loin : « la matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications et les mises en commun de leur travail, de leur industrie et des choses selon leurs besoins »¹.

De là il faut déduire les conséquences suivantes.

Les conventions et les actes juridiques étant forcées, on les admettra facilement de façon tacite.

On n'exigera pas que le demandeur les prouve absolument, il suffira qu'il les rende très vraisemblables².

Le juge a autorité pour aider à la naissance d'une obligation et sortir des difficultés que crée entre les hommes la nécessité de s'entendre³.

Au point de vue théorique, considérant l'état d'obligé comme naturel en société, nous n'aurons pas à nous poser la question : comment cet état peut-il se concilier avec la liberté ? Nous n'aurons qu'à examiner un problème pratique : comment limiter le domaine des obligations pour que la liberté ne soit pas trop faible. Nous le ferons notamment en étudiant l'utilité objective des contrats (théorie de la cause).

D'autre part l'obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle répond à cette coopération.

¹ *Lois civiles*, livre I, titre I, sect. 2, n° 3. — Rapp., théorie des Lois, p. 4 et p. 5, chap. IV. — Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, t. III, p. 8. — Venezian, *Op. giuridiche*, t. I, p. 376.

² V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 551.

³ V. *Code fédéral suisse des obligations*, art. 2. V. plus loin le chapitre sur le rôle du juge dans la formation des contrats. Cf. infra sur les contrats nécessaires.

CHAPITRE II

Des Sources des Obligations.

11. — Les obligations ont toutes pour sources des *faits juridiques*. C'est là une solution qui est vraie non seulement pour les obligations, mais pour tous les rapports de droit. Aussi définit-on traditionnellement les faits juridiques ceux qui font naître, modifient ou éteignent les rapports de droit ¹

En un sens plus large on peut appeler *faits juridiques* tous les faits naturels ou humains qui ont eu rapport avec l'homme vivant en société. Tous, en effet, rentrent dans le domaine du droit contribuant avec d'autres à produire des conséquences de droit. Le laboureur qui cultive son champ, le créancier qui rappelle la dette au débiteur, de façon plus générale toute personne qui utilise son droit ou l'affirme, accomplit un fait juridique (acte de possession, mise en demeure, etc.), car par la force des choses, le droit a plus de respect pour celui dont le droit a été mis en œuvre, utilisé, que pour celui qui le laisse sommeiller.

Le fait contraire au droit, le vol, l'usurpation, produit aussi

¹ V. Capitant, *Introduction au droit civil*, 3^e éd., p. 245. — Colin et Capitant, t. I, p. 61. — Savigny, *Dr. romain*, trad. Guenoux, t. III, p. 3. — Giovene, *Negoziio giuridico*, p. 1. — Crome, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 315. — Endemann, id., p. 258. — Cosack, id. t. I, p. 150. — Dernburg, B. G. B. I., p. 349. — Stobbe, *Deutsche Privatrecht*, t. I, p. 635. — Chironi e Abello, *Dir civile*, t. I, p. 351 et suiv. — Jèze, *Princ. gen. de dr. admin.*, 2^e éd., p. 47. — Fadda, *Parte generale*, p. 126. — Barassi, *Istituzioni*, p. 124. — Salvat, *Derecho civil argentino*, t. I, p. 524 et l'art. 896, Civ. argentin.

des conséquences juridiques non seulement contre le coupable, mais en sa faveur, car il crée un état de fait qui consacré par le temps pourra devenir état de droit (par prescription), jouir d'une certaine protection (actions possessoires). Le fait tend vers le droit qui n'est que l'armure, donnée à un état de fait durable et accepté au moins tacitement¹. Les phénomènes naturels eux-mêmes sont de faits juridiques², car ils créent le milieu de fait dans lequel se meut le droit. Le droit ne peut poser de règle allant contre l'ordre naturel des phénomènes, de plus les phénomènes ont des conséquences de droit. La maturité des fruits a des conséquences de droit pour l'usufruitier, la destruction d'un objet par la foudre en a pour le propriétaire³.

Chacun de ces faits ne produit pas nécessairement des conséquences de droit à lui seul, il peut ne les produire que combiné à d'autres, mais il n'en a pas moins été cause juridique, car est cause tout événement sans lequel un autre ne se serait pas produit.

Aussi le fait négatif peut lui aussi avoir des conséquences juridiques⁴.

Donc *lato sensu* est fait juridique tout fait ayant des rapports avec la vie humaine. Seuls n'en sont pas les faits sans rapports avec nous : la marche de certains astres (encore faut-il accepter le soleil)⁵ les phénomènes naturels des pays inhabités.

Stricto sensu, on appelle fait juridique (et c'est là, nous le savons, la notion traditionnelle) « l'événement en vertu

¹ V. Demogue. *Notions fondamentales*, p. 4 et suiv.

² V. en ce sens, Coviello, *loc. cit.* — Valverde y Valverde, *Der civ, espanol*, t. I, p. 423.

³ Cf. Savigny, *Droit romain*, t. IV, p. 301, sur le rôle du temps en matières juridique. — Crome, t. I, p. 316, à propos des mélanges et spécifications.

⁴ V. Crome, t. I, p. 317.

⁵ Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 126.

duquel un rapport de droit commence ou finit »¹.

Les auteurs français présentent généralement la théorie des faits juridiques à une place défectueuse² à propos de la preuve et de l'art. 1341. civ. A ce sujet, ils distinguent les actes juridiques que certains nomment faits juridiques et les faits naturels³ ou purs et simples ou matériels, dans lesquels ils font rentrer les faits de la nature ou de l'homme. Ils donnent souvent de ces derniers une notion vague en disant « qu'ils ne produisent que des résultats matériels sans aucune mélange de rapports juridiques et qu'ils n'ont pas trait directement et nécessairement à un droit ou à une obligation »⁴. C'est bien peu précis, car si le fait n'a que des conséquences matérielles, en quoi y a-t-il à le prouver? Aussi certains auteurs disent-ils qu'ils n'ont des effets juridiques qu'accidentellement⁵. C'est plus exact.

La notion classique du fait juridique a l'inconvénient de présenter trop le rapport de droit comme né d'un fait, alors qu'en réalité il naît du *concours de plusieurs circonstances*. C'est ce qu'indique exactement Endemann en disant que sous le terme de fait juridique, il faut comprendre l'ensemble des conditions matérielles et juridiques nécessaires pour un effet juridique⁶. Dire le contraire, c'est oublier que « rarement ou jamais une succession invariable n'a lieu entre un conséquent et un antécédent », qu'en réalité un événement

¹ Savigny, *loc. cit.* Comme l'observe très exactement M. Barassi, *Istituzioni*, p. 125, le fait juridique peut non seulement être instantané, mais comprendre une série d'actes successifs comme la prescription.

² V. cep Planiol, t. I, n° 264-265. — A. Colin et Capitant, t. I, p. 60.

³ Baudry et Barde, t. IV, n° 2521. — Planiol, t. II, n° 1109. — Demolombe, t. XXX, n° 13-16. — Laurent, XIX, n° 305-407. — Colmet de Santerre, t. V, n° 315 bis. — Cf. Huc, t. VIII, n° 280. — Cass. civ. 1^{er} juill. 1874, S. 1874, I. 365.

⁴ Demolombe, *loc. cit.*, n° 15.

⁵ Aubry et Rau, t. VIII, p. 301, note 4. — Hémar, note dans S. 1909, I, 554, col. 3.

⁶ *Op. cit.*, t. I, p. 258. — Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 125.

vient toujours de la réunion de plusieurs conditions, et l'une d'elle faisant défaut, l'effet ne se produirait pas¹.

Il serait donc plus exacte d'abandonner les idées un peu trop simplifiées (comme le sont celles du début du XIX^e siècle), que présentait Savigny, pour dire que parmi les faits touchant l'homme qui tous sont des faits juridiques lato sensu, il y a des faits juridiques stricto sensu, ce sont ceux qui réunis en petits groupes suffisent à créer, modifier ou éteindre un rapport de droit. Il y a là une idée commode, mais qui évidemment n'a qu'une précision relative².

Une définition plus étroite encore du fait juridique a été donnée par M. Saleilles³. C'est « tout fait volontaire auquel la loi attache un effet de droit » ce qui élimine les faits non volontaires.

Cette définition est très discutable. Elle présente à un plus haut degré les défauts de la définition traditionnelle, en ne montrant pas que le rapport de droit ne doit son existence qu'à une réunion d'événements divers. Elle tend donc à exagérer dans l'esprit le rôle de la volonté.

12. — Parmi les faits juridiques, ou plus exactement chaque ensemble de circonstances ayant comme conséquence la naissance ou la modification d'un rapport de droit, certains ne comprenant pas la volonté de l'homme : telle l'obligation alimentaire, d'autres la comportent : tel le contrat, ou l'acte illicite⁴. Ce sont les *faits juridiques volontaires*.

¹ V. Stuard Mill, *Logique*, trad. Peisse, t. I, p. 270 et suiv. — Von Liszt, *Droit pénal allemand*, trad. fr., t. I, p. 103. — Guex, *La relation de cause à effet*, p. 27 et suiv. (thèse de Lausanne, 1905). — Lapie, *Le rapport de causalité*, *Revue de metaphys*, 1908, p. 801.

² Un accident, la fabrication d'un objet, un contrat peuvent en être cités comme exemples. — V. cette idée en germe dans Combothreca, *Eléments du droit*. *Rev. générale de droit*, 1895, p. 101. — Nous verrons plus loin, à propos de la relation de cause à effet dans les délits, qu'il n'y a pas d'inconvénient pratique à adopter ce système de l'équivalence des causes que nous exposons au texte.

³ *Code civil allemand*, Trad. officielle, t. I, p. 99.

⁴ Quelquefois on appelle ces faits juridiques volontaires : actes juri-

Ces faits juridiques volontaires, si l'on met à part les faits d'usage d'un droit, les dénonciations, informations, etc.⁴, sont de deux sortes. Les uns produisent des effets juridiques sans que le droit s'occupe de l'intention de celui qui a voulu : tel le délit qui oblige à réparation bien que son auteur ne le désire pas⁴. Les autres ont été accomplis par leur auteur en acceptant de produire un effet de droit : telles les conventions, testaments, renonciations volontaires, etc.³. On les nomme *actes juridiques*².

Les actes juridiques sont donc tous les faits juridiques volontaires conforme à la volonté de leur auteur qui produisent un effet de droit² : non seulement ceux qui créent ou modifient un droit à proprement parler, mais même ceux qui complètent l'effet d'un droit, comme des significations ou des mises en demeure. Il faut même y faire rentrer les actes qui comme

diques, v. Capitant, *op. cit.*, 3^e éd., p. 246. Cf. Oser, *Obligationenrecht*, p. 11, Krainz, *System* t. I, p. 273.

⁴ V. Crome, *op. cit.* t. I, p. 319.

⁴ V. Giovene, *Negozio giuridico*, n^o 8.

³ V. Savigny, *Droit romain*, t. III, p. 5.

² V. cette défin. en France chez Planiol, t. I, 6^e éd. n^o 265. — Baudr-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n^o 202. 2. — Surville, t. I, 2^e éd. n^o 87. I. — Saleilles, *Déclar. de volonté* — Duguit, *Traité de dr. constitutionnel*, t. I, p. 219. — Cf. une définition peu nette dans Hauriou, *Droit public*, p. 147 et suiv. et Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1906, p. 141. — Jèze, *Princ. généraux du dr. admin.*, 2^e éd. p. 18. — Saleilles, *Code civ. allem. trad. offic.*, t. I, p. 99 n. 2. — Capitant, *op. cit.*, 3^e éd., p. 248. — Cf. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, p. 487. — Savigny, *Droit romain*, III, p. 5. — Cosack, *B. G. B. I.*, p. 151 — *B. G. B. I.*, p. 369. — Crome, *op. cit.*, t. I, p. 320. — Endemann *op. cit.*, t. I, p. 270 — Plank, *id.* t. I, p. 179 — *Code civil allem. Motive*, t. I, p. 126. — Bierling, *Juristische Principienlehre*, t. II, p. 117. — Chironi e. Abello, *op. cit.*, t. I, p. 369. — Colin et Capitant, t. I, p. 60. — Segré, *Sul concetto del negozio giuridico*. *Rivista per le scienze giuridiche*, 1899, t. II, p. 161 et 1900, t. I, p. 1. — Duguit, *Droit objectif*, t. I, p. 196 et suiv. — Pacifici-Mazzoni, t. II, n^o 133.

² Cf. Jèze, *Principes généraux de dr. admin.*, 2^e éd., p. 29, qui oppose à ce sujet la manifestation de volonté et la manifestation d'intelligence.

ies dénonciations, informations¹, contribuent seulement à créer une situation de fait ayant des conséquences juridiques, car il ne faut pas perdre de vue que toute condition est une cause et qu'un acte qui collabore à un effet de droit doit être rangé dans les actes juridiques, car il présente avec eux des traits communs importants : la capacité et la volonté y sont nécessaires.

Coviello exclut des actes juridiques les faits juridiques volontaires comme l'occupation, la prise de possession, la construction, la plantation sur le terrain d'autrui en ce qu'ils ne comportent pas toujours des conséquences conformes à la volonté de leur auteur². La remarque est fine et exacte. Elle montre que dans le droit il n'y a pas de transition brusque entre les cas où la volonté est prépondérante, comme dans le contrat, et ceux où elle est très effacée, comme dans le fait illicite où la loi attache à la volonté des conséquences contraires à celle désirée par celui qui a voulu.

13. — Mais l'acte juridique doit-il être défini, comme le font les auteurs français et les motifs du Code civil allemand³ celui qui a pour but d'engendrer un effet de droit ou même, comme dit M. Planiol, celui qui est accompli uniquement pour engendrer un effet de droit?⁴

La même formule se retrouve, à peu de chose près, chez la majorité des auteurs allemands et, d'après Crome, l'acte ju-

¹ cep. contra Crome, *op. cit.*, t. I, p. 319, qui distingue dans les actes volontaires, les usages de droit, les actes juridiques et les dénonciations, informations, présentations de listes de biens, en un mot les déclarations pour faire prendre connaissance d'une chose.

² *Dir. civ. italiano*, t. I, p. 303.

³ D'après ces motifs, c'est une déclaration de volonté privée dirigée sur une suite juridique que le droit protège parce qu'elle a été voulue. Cf. Oser, *op. cit.*, p. 12. — Fadda, *Parte generale*, p. 175. — Crome, *Allgemeine Theil. trad. ital.*, p. 216. — Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, t. I, p. 427, art. 944 *Civ. argentin* et Salvat, *Derecho civil argentino*, t. I, p. 533.

⁴ Rappr. Chironi et Abella qui parlent de la volonté en relation avec la fin qui l'a juridiquement déterminé. — Barassi, *Istituzioni*, p. 127. — Chironi, *Istituzioni*, t. I, p. 94.

ridique est une expression de volonté par laquelle la personne détermine elle-même sa situation juridique. Mais certains auteurs sont moins nets quant au but de la volonté et d'après Endemann, il s'agit ici d'une déclaration de volonté protégée par le droit¹.

Ces définitions mettent toujours en première ligne le rôle de la volonté. Le but social du droit n'y apparaîtrait pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes. D'autre part le but juridique, dont parlent les auteurs français, n'apparaît guère comme existant dans l'esprit des contractants qui ne sont pas juristes. Le but qui domine l'acte juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison, le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée². Si on était interrogé, on ajouterait je veux avoir ces choses en pleine sécurité, c'est-à-dire avoir un droit, mais de soi-même on n'y pense pas³. Il faut donc définir l'acte juridique : *celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle*⁴.

La loi poursuit en réglementant les actes juridiques certains buts sociaux, mais au lieu de les poursuivre sans s'oc-

¹ Rappr. Cosack, *Burg. Recht.*, t. I, p. 150, qui parle d'action dont on peut déduire la présence d'une volonté déterminée. — Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 124, « une volonté humaine qui détermine substantiellement un effet juridique ». — V. Ruggiero, *Istituzioni*, t. I, p. 224, « une déclaration de volonté privée tournée à une fin protégée par l'ordre juridique. »

² V. Ruggiero, *Istituzioni*, t. I, p. 225.

³ V. Giovene. *Il negozio giuridico*, n° 5.

⁴ Rappr. de cette définition toute la critique faite par M. Duguît (*Les transformations générales du droit privé*, p. 84 et suiv.), de la conception classique de l'acte juridique où la loi protège la volonté de l'individu par cela seul qu'elle est la volonté individuelle. — M. Duguît, (*Droit constitutionnel*, p. 183, définit l'acte juridique « toute manifestation de volonté conforme au droit objectif et donnant naissance à une situation de droit subjectif ». Sauf qu'il met en avant la volonté, sa formule nous semble en droit privé, revenir à la nôtre.

cuper des volontés privées, comme lorsqu'elle crée une obligation légale, ou malgré les volontés privées, comme dans les actes illicites, elle les poursuit d'accord avec les volontés individuelles exprimées ou tacites. Il faut donc tenir compte à la fois du but social et de la volonté individuelle. Et c'est de là que naissent toutes les grosses difficultés de la théorie des actes juridiques : à propos de la déclaration de volonté des vices de la volonté, de l'interprétation des actes, etc.¹, le problème est toujours de savoir quelle place il faut faire à l'intérêt social, quel domaine il faut laisser à la volonté individuelle.

14. — Quelle est la raison d'être de la force obligatoire des actes juridiques ?

D'ordinaire on se demande, au moins chez quelques auteurs², quelle est la raison d'être de la force obligatoire des contrats. Mais il est préférable de se poser la question de façon plus générale pour tous les actes juridiques, ce qui peut servir à éclairer certains points très controversés de la théorie des contrats et des divers actes juridiques.

Nous ne voulons pas examiner ici les causes historiques du développement des actes juridiques, causes parmi lesquelles Tarde³ place l'élargissement du cercle social : celui-ci passant de la famille et de la tribu à la nation et au monde entier, et où il faut ranger au premier rang la nécessité de

¹ Rapp. les développements très intéressants de M. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de Dijon, 1912, p. 121-131 et p. 164-170 et Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse de Paris, 1905, p. 431-452.

² V. not. Ruggiero, *Istituzioni*, t II, p. 269. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 284. — Sanchez Roman, *Derecho civil*, t. IV, p. 155, qui énumère les systèmes proposés pour répondre à la question : système fondé sur le contrat social, sur l'intérêt sur une tradition de droit faite au créancier, sur la règle *volenti non fit injuria*, sur la nécessité et l'utilité sociale, sur la règle, *neminem lædere*, sur le devoir de tenir sa parole. — Cimbali, *La funzione sociale dei contratti*, *Archiv. giurid.* t XXXIII, p. 198. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 342.

³ *Transformations du droit*, p. 105.

l'échange provenant de la division du travail social et les conséquences qui en résultent. Laissons ce problème historico-économique¹. Nous voulons nous demander pourquoi, l'acte juridique une fois passé, la volonté ne peut se reprendre.

Il peut être utile pour la généralisation du raisonnement à propos soit de l'obligation subjective du débiteur, soit du droit objectif des obligations, de parler avec Tarde² du syllogisme moral qui provient de la combinaison d'un désir avec une croyance, et qui aboutit à la croyance pour l'obligé qu'il doit faire telle chose, pour le législateur qu'il doit imposer telle obligation. Mais ce n'est que le cadre logique dans lequel il faut enfermer les besoins sociaux qui doivent recevoir satisfaction.

La question a été longtemps obscurcie par le principe romain que les pactes n'obligeaient pas. Plus tard³, raisonnant par analogie du transfert de propriété, on a considéré que l'obligé avait transféré un droit contre lui qu'il possédait virtuellement et que cette situation devait se respecter comme le transfert de propriété⁴. Bentham, avec son esprit pratique d'Anglais n'a pas omis d'ajouter que celui qui s'oblige, comme celui qui transfère, y trouve un avantage, explication insuffisante, car si le lendemain il se trouve lésé, pourra-t-il se dédire?⁵

¹ V. Durhkeim, *Division du travail social*, p. 218 et suiv.

² *Op. cit.*, p. 132 et suiv.

³ V. Grotius, *Trad. Pradier Fodéré*, t. II, p. 125 et la réfutation d'Hallam.

⁴ V. Grotius, *op. cit.*, p. 127. — Cf. Kant, *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 103. — Bentham, *Principes du droit civil*, trad. Dumont, t. I, p. 97 et 87. — Rappr. Boistel, t. I, p. 388-389. — Ruggiero, *Istituzioni*, t. II, p. 270. — V. encore del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*. (Extrait de l'Archiv. giuridico, t. 85) p. 43 et suiv. d'après lequel, « La capacité de s'obliger dérive de ce repliement de la volonté sur elle-même, qui se réalise par la raison et qui lui permet de s'affermir comme expression de caractère absolu de la personne ». (p. 45).

⁵ C'est là réponse que l'on peut faire aussi à la dernière forme de

Plus tard la philosophie individualiste du XIX^e siècle s'attacha à faire reposer la force obligatoire de l'acte sur « une idée de la raison pure, la convenance absolue de faire ce qu'on promet sous peine de manquer à un droit acquis par l'acceptation de celui auquel nous avons promis »¹. Comme le dit plus nettement Giorgi : on doit maintenir la promesse par la loi de nature qui oblige à dire la vérité². La société qui ne réprime pas tout mensonge doit le réprimer dans la promesse³.

15. — Ces théories sont insuffisantes. Si elles éclairent le côté moral de l'obligation, elles n'en éclairent pas le côté social⁴.

Nous sommes en face d'un de ces cas où l'obligation morale repose sur l'obligation sociale, où le devoir moral se fonde sur l'utilité sociale⁵.

La question se présente sous l'aspect suivant. Ceux qui consciemment ou inconsciemment font le droit (législateurs ou anonymes auteurs de la coutume) au lieu de décider catégoriquement ce qui doit être dans un cas donné, peuvent dire que l'on s'en remettra à la volonté des particuliers. Ainsi ceux-là sont devenus patrons, propriétaires qui ont voulu le devenir, se sentant pour cela les capacités ou les moyens né-

ce système qui fait tout reposer sur le principe : *volenti non fit injuria* (Krug).

¹ Tissot, *Introd. philosoph. à l'étude du droit*, t. II, p. 408.

² *Obbligazioni*, t. III, n° 16. On y trouvera le résumé des divers systèmes soutenus. — Cf. Lomonaco, *Obbligazioni*, t. I, p. 191.

³ Rappr. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, p. 12 qui présente la doctrine individualiste comme faisant reposer le contrat sur une volonté qu s'est enchaînée elle-même. Rappr. plus loin, p. 130, eod. op. sur l'admission de cette idée les remarques de M Morin qui lui fait des concessions dangereuses, semblant même l'accepter. — V. aussi, Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 128.

⁴ C'est pour cela que Kant parle de l'impossibilité de donner la preuve de cette impératif catégorique : tenir sa promesse (*op. cit.*, p. 106).

⁵ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 15 et suiv. — Cf. Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat*. *Revue critique*, 1899, p. 383.

cessaires. Et l'on estime que, par une certaine concordance qui existe entre les intérêts privés se satisfaisant dans certaines limites et l'intérêt général, le particulier qui songe à faire ses affaires, et d'ordinaire ne songe qu'à lui, collaborera en même temps à des intérêts collectifs.

Ainsi l'auteur de l'acte juridique, par une présomption assez juste, est considéré comme ayant proclamé la solution la plus conforme à l'intérêt d'un grand nombre et il n'y a rien d'étonnant à ce que l'acte juridique puisse constituer parfois une loi privée, engendrer des actes d'autorité privée, de justice privée¹.

Tel l'auteur de la loi, ou du règlement, celui-là peut se dire le champion de l'intérêt collectif, qui a formulé les desiderata obscurs de l'heure, bien qu'il soit hypnotisé, plus encore que le législateur, par les intérêts, les passions, les préjugés qui obscurcissent la vue de celui-ci. Celui qui a créé un grand magasin, implanté une industrie dans une nouvelle localité, organisé sagement un cartell dans sa profession peut avoir fait ce qu'exigeait l'intérêt économique.

Ainsi les actes juridiques, actes de libre volonté ont ce résultat de faire régner dans la société, un ordre approximatif, mais appréciable. Ils sont une forme non sans valeur, de la démocratie directe, dont les effets ne sont peut-être pas assez étendus. Celui qui veut l'acte juridique veut son intérêt, mais en fait il peut réaliser le bien de tous. Cela a plus de chances de se produire quand les volontés sont à plusieurs et en opposition naturelle, comme dans les contrats, ou lorsqu'elles apparaissent assez nombreuses et compétentes, comme cela se voit dans les diverses institutions (associations, corps d'administrateurs, corps sociaux divers).

Mais pourquoi ayant formulé sa volonté, ou comme je dirais volontiers, ayant dans son cas prononcé le verdict de

¹ V. Demogue, *op. cit.*, p. 63 et Ihering, *op. cit.*, p. 178.

l'intérêt social, l'auteur de l'acte ne peut-il revenir sur celui-ci et manifester aujourd'hui une volonté autre qu'hier ?

C'est qu'il faut tenir compte ici du grand besoin de la vie sociale : la sécurité¹. Etant donné ce grand phénomène de l'interdépendance des individus, chacun ayant besoin du travail, des produits des autres, et de plus, étant obligé de conformer sa conduite sur ce qu'il croit que sera celle des autres, celle-ci une fois déterminée ne doit pas être arbitrairement modifiée. *Ayant voulu d'une certaine façon aujourd'hui, je ne puis vouloir le contraire demain, sans léser les tiers qui ont tenu compte de ma conduite pour régler la leur.*

Cette base nous expliquera par la suite divers points ; notamment dans quelle mesure l'acte juridique pourra engendrer une obligation potestative : pourquoi il pourra comporter des changements motivés (casuels, simplement potestatifs ou mixtes), mais non des changements arbitraires (purement potestatifs).

L'acte juridique est donc obligatoire à raison des répercussions qu'il a eues ou qu'il est présumé avoir sur la conduite des tiers².

Ce **fondement social** repose sur un sable mouvant. Dans les civilisations primitives, si souvent troublées, on a remarqué les facultés étonnantes de se dédire³.

On pourrait en trouver des traces dans notre ancien droit⁴. Dans le milieu moderne plus stable, malgré certaines convulsions, on compte plus sur les volontés manifestées. Plus

¹ V. sur ce point, *Nos notions fondamentales de droit privé*, p. 567 et suiv. — *Ihering Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 46-48 et p. 81. — Cf. Pirou, *Théories successives du contrat collectif*, thèse de Rennes, 1909, p. 414. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 350 et suiv. — Rappr. Cimbali, *Funzione sociale dei contratti Archiv. giurid.*, t. XXXIII, p. 206.

² Cf. Boistel, *op. cit.*, t. I, p. 389 : « Faites pour autrui les actes sur lesquels il a pu légitimement compter ».

³ Tarde, *Transformations du droit*, p. 115.

⁴ Dans les arrhes (v. Brissaud, *Hist. du dr. français*, p. 1397), dans la fréquence des retraits

un milieu social s'organise, plus l'effet de l'acte juridique est respecté. Il en sera ainsi dans le milieu du prolétariat le jour où celui-ci aura son organisation solidement établie.

A côté de cette variante sociale, il y a une variante psychologique. Nous ne tenons pas compte des indications banales du marchand qui annonce son produit comme le meilleur, le plus économique, cela fut-il inséré par lui dans les contrats imprimés qu'il rédige ou en tête de ses factures. Question d'usage et de milieu¹. Tant pis pour le naïf qui y est pris. Le droit des obligations doit procéder par voie de présomptions générales.

Ainsi l'acte juridique a pour sa force obligatoire une base individuelle, la volonté; et une base sociale: la sécurité de ceux qui ont déclaré utiliser l'acte², comme le co-contractant, le co-signataire de la convention³.

Ainsi nous retrouvons à la base de l'acte juridique ce qui est d'après les philosophes récents à la base de l'obligation morale⁴.

Nous pouvons donc dire des actes juridiques. *Ils obligent comme répondant à une volonté individuelle qu'on présume d'accord avec l'intérêt social, accord qui résultera tantôt de la présomption de la loi (acte juridique unilatéral) tantôt de l'approbation donnée par les intéressés les plus directs (co-contractants). Et ils sont irrévocables parce qu'autrement la sécurité serait atteinte⁵.*

¹ Sur les causes de ces variations, v. Richard, *Sur les lois de la solidarité morale. Revue philosophique*, 1905, t. II, p. 441.

² D'ordinaire elle concordent. Parfois elles sont en opposition comme dans la question de savoir si l'on doit tenir compte de la déclaration de volonté ou de la volonté interne.

³ Rapp. Ahrens, *Cours de dr. naturel*, part. spec. sect. I, chap. 2, par. 3. — Rosmini, *Phil. du dr.*, t. I, n° 1049.

⁴ V. Pulliquet, *L'obligation morale*, p. 242 et 281, où il dit que la volonté seule n'explique pas l'obligation, qu'il y faut le concours du moi et du non moi. — Rauh, *L'obligation morale. Rev. de métaphys. et de morale*, 1902, p. 653. — Cf. Belot, *La veracité. Rev. de métaph.* 1902, p. 430.

⁵ Par exception, certains actes juridiques sont révocables par un

Ajoutons cette autre considération sociale déjà indiquée (n. 10). L'acte juridique permet de dominer l'avenir et constitue par suite un procédé plus perfectionné que le troc primitif pour tenir compte de la division sociale du travail.

La base de la force juridique de la volonté n'est donc pas uniquement psychologique¹. Elle est aussi sociale. Aussi ce qui importe c'est la volonté de l'engagement et cette volonté manifestée extérieurement sur laquelle les tiers ont pu compter².

La base de l'énergie créatrice de la volonté ne peut donc être ni dans ce fait de la réunion de plusieurs volontés, ni dans ce fait que le but a été rationnellement voulu³, ni davantage dans la correction interne de l'engagement venant d'une liberté exempte de dol ou d'erreur et d'une personne capable⁴. Il faut encore sonder davantage et la base se trouve dans le côté à la fois social et individuel de la volonté : dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise⁵, dans la nécessité que cette volonté manifestée donne la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux⁶.

16. — Parmi les actes juridiques, il est de tradition de faire une distinction d'après le nombre de volontés qu'ils mettent ordinairement en jeu. Ceux qui n'en comportent qu'une seule

seul : les donations entre époux, certaines autorisations administratives; les lois et règlements peuvent être librement abrogés pour l'avenir.

¹ V. Louis Lucas, *Volonté et cause*, th. Dijon, 1918, p. 96.

² V. Louis Lucas, *op. cit.*, p. 101 et suiv.

³ Louis Lucas, *op. cit.*, p. 105 et suiv.

⁴ V. cep. Louis Lucas, *op. cit.*, p. 111-113.

⁵ Satisfaction justifiée, non par l'importance du caprice, mais par la valeur sociale du bien individuel, et la valeur même de la volonté. Cf. Louis Lucas, *op. cit.*, p. 118.

⁶ Est donc insuffisante l'idée de Simoncell, *Istit.*, p. 284, que l'obligation est un moyen de réparer les dommages présents ou futurs au patrimoine d'autrui, ce qui n'explique que les contrats à titre onéreux.

ou plusieurs ayant le même intérêt sont les actes unilatéraux comme le testament, la renonciation¹, la signification, la mise en demeure. Ceux qui en comportent ordinairement deux ou davantage représentant des intérêts opposés sont les conventions : comme le contrat, la novation, la dation en paiement. Pothier et Domat comprenaient déjà ainsi la convention² et il en est de même des auteurs modernes³.

Il y a même certains intérêts à distinguer les actes juridiques qui exigent plus de deux volontés, comme dans les sociétés, les associations, le cas de co-mandants, co-bailleurs, co-vendeurs, etc.

L'acte bilatéral est ordinairement relatif au fond du droit. Il peut aussi être relatif à la preuve (approbation du bilan des administrateurs par l'assemblée des actionnaires, reddition de comptes par le tuteur suivie de l'approbation par l'ex-mineur). En principe l'acte juridique bilatéral mettant en face deux intérêts opposés⁴, le fait que ces intérêts ont pu s'accorder présente une grande importance⁵, aussi on admet que

¹ V. sur son caractère unilatéral (en général) Lessona, *Théorie générale de la renonciation*. *Revue de droit civil*, 1912, p. 366. — Cf. Perreau, *Technique de la jurisprudence*. *Revue de droit civil*, 1912, p. 647.

² Pothier, *Oblig.*, n° 3. Une convention ou un pacte est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre-elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent ou pour le modifier.

³ V. Larombière, art. 1101, n° 2. — Baudry Lacantinerie et Barde, t. 1, n° 7. — Aubry et Rau, 5^e éd., t. IV, p. 466. — Laurent, t. XV n° 427. — Huc, t. VII, n° 3. — Bufnoir, p. 456. — Colmet de Santerre, t. V, 3 bis, 1. — Demolombe, t. XXIV, n° 15. — Planiol, t. I, n. 267 et suiv. — Surville, t. II, n° 6. — Jèze, *Principes généraux*, 2^e éd., p. 24.

⁴ Certains actes bilatéraux d'apparence, ne mettent pas en jeu des intérêts opposés. Il y a collaboration. C'est ce que les Allemands, spécialement Jellinek nomment *Vereinbarung* (v. à ce sujet Duguit. *L'Etat et le droit objectif*, t. I, p. 394 et suiv). Nous parlerons plus loin de ces actes sous le nom d'actes unilatéraux collectifs.

⁵ Cf. sur cette idée que le contrat se caractérise par l'accord d'intérêts opposés Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 25, qui parle « d'individus poursuivant des effets juridiques différents ». —

la plupart des actes juridiques peuvent se réaliser sous cette forme¹. Par contre, la volonté unilatérale ne présentant pas socialement les mêmes garanties, on admet seulement dans des cas limités qu'elle puisse suffire à réaliser un acte. Il faut qu'il s'agisse de simples formalités pour tirer des conséquences juridiques plus amples d'un droit préexistant (mise en demeure, signification, commandement, réquisition d'inscription, etc.) Ou bien il faut qu'il s'agisse d'actes recommandés par des nécessités sociales puissantes comme la gestion d'affaires. Ou enfin il faut que l'acte soit tout avantage pour les tiers et ne puisse nuire qu'à celui qui le fait : comme la renonciation².

Mais cet acte est plus simple. Il profite sans difficulté à des personnes indéterminées, il peut avoir lieu même à l'égard de décédés³.

En droit public les auteurs les plus récents considèrent que l'acte est unilatéral lorsque c'est un acte d'autorité et bilatéral lorsque c'est un acte de gestion⁴.

Entre ces deux catégories d'actes, les auteurs allemands ont proposé d'introduire une classe intermédiaire : les actes complexes, ou *Vereinbarung*⁵. Ce sont les actes où inter-

Rappr. Cimbali, *Funzione sociale dei contratti e forze obbligatoria*. *Archivio giuridico*, 1884, t. II, p. 187.

¹ V. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, t. III, p. 227. Il faut admettre pour cette raison que les conventions visent non seulement le droit du patrimoine, mais encore le droit des personnes, sauf qu'ici les règles d'ordre public sont plus nombreuses. — V. Colin et Capitant, II, p. 275. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, t. I, p. 304.

² Quelquefois cependant la distinction est fragile. Ainsi Giorgi, *Obbligazioni*, t. III, n° 12 constate avec raison que la donation se réalise tantôt par contrat, tantôt par une renonciation, ce qui est un acte unilatéral, ou par d'autres procédés.

³ Ainsi la jurisprudence admet la reconnaissance d'un enfant naturel décédé. V. note Rouen, 20 déc. 1899 S. 1900 2. 275. — Trib. Bruxelles, 12 déc. 1905. Pas. 1906 2. 91.

⁴ Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 232 et *Revue de droit public*, 1906, p. 444 avec le renvoi aux autres théories.

⁵ V. sur cette théorie. Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, t. I, p.

viennent plusieurs personnes qui n'ont pas des intérêts opposés¹ : c'est le cas du vote d'une assemblée, de la constitution d'une association, etc. Des trésors d'ingéniosité ont été ici dépensés. Il semble que l'on peut plus simplement ramener ces actes tantôt à ceux que je nomme actes unilatéraux collectifs², tantôt actes multilatéraux. Nous nous en occuperons chemin faisant. (V. infra, chap. X.)

16 bis. — Ce qui caractérise l'acte bilatéral : convention ou contrat, c'est d'être une transaction entre deux intérêts opposés. On ne peut donc considérer comme contrat l'opération par laquelle un incapable est autorisé ; l'entente entre lui et celui qui l'autorise n'est pas un contrat, car les deux volontés agissent dans le même sens : l'intérêt de l'incapable. Ce sera le cas si un conseil judiciaire autorise un prodigue à une renonciation, si un curateur autorise un mineur, si un préfet autorise une commune, si une assemblée d'actionnaires vote après rapport du commissaire des comptes (loi du 24 juill. 1867, art. 32). L'acte d'autorisation a été parfois qualifié heureusement d'acte condition³.

Mais certains contrats ou actes qui n'émanent pas d'incapables, doivent être approuvés par l'autorité, agissant non

384. — De Bezins, *L'acte complexe* (hostile à cette thèse), *Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289. — Cf. Donato, Donati. *Atto complessivo*, *Archivio giuridico*, 1903, t. I, p. 1. — Barassi, *Istituzioni*, p. 131. — Jeze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 25, qui nomme ces actes : accords de volonté non créateurs de situations juridiques individuelles. — Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., p. 147, n. 1. — Duguit, *Collective acts as distinguished from contracts*, *Yale Law Journal*, 1918, p. 753. — De Bezin, *Autorisation et approbation en matière de tutelle administrative*, th. Toulouse 1906, spéc. p. 102 sur la distinction de la *Vereinbarung* (union de volontés) et du *Gemeintakt* (action en commun).

¹ Ces actes exigent un accord de volontés sur les mêmes points comme les contrats. V à ce sujet : *Une loi inexistante* par M. Jèze. *Revue de droit public*, 1915, p. 576 (loi où le texte voté par les deux chambres n'est pas identique).

² V. Coviello, *Der civ, italiano*, t. I, p. 304-305. — Alves Moreira, *Dir. civ. portugues*, t. II, p. 587.

³ Jeze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 28.

pas dans l'intérêt de l'autorisé ou même du tiers avec qui il est traité, mais dans un intérêt public. Il en est ainsi des tarifs de chemin de fer qu'homologue le Ministère des travaux publics, des conditions générales des courses qui vise le ministre de l'agriculture¹.

En ce cas, il y a une volonté séparée présentant un but distinct, mais il n'y a pas contrat s'il s'agit d'approuver un acte unilatéral, ni acte multilatéral s'il s'agit d'approuver un acte où interviennent deux volontés. Il y a alors une opération juridique spéciale contenant à la base un acte privé, contrat ou acte unilatéral et à côté un acte administratif. Chacun de ces actes a sa nature spéciale². Il en est de même si un don ou legs à une personne morale doit être autorisé (art. 910 Civ.)³. Parfois ce n'est pas la volonté de telle partie qui est homologuée, c'est le contrat tout entier. Ainsi les sociétés d'assurance sur la vie (loi du 17 mars 1905, art. 2.) ont besoin d'une autorisation administrative. L'adoption doit être homologuée. En ce cas encore l'approbation donnée dans l'intérêt général a sa nature spéciale et se superpose à l'acte privé.

La valeur que présente l'acte bilatéral d'être une combinaison d'intérêts opposés fait en même temps sa faiblesse tout accord est difficile. Aussi l'avenir verra sans doute le développement d'une institution intermédiaire : l'acte fait

¹ Cf. trib. Quimper, 9 mars 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2^e sem. 2. 113.

² V. Dereux, *Nature des tarifs de chemin de fer*, th. Paris, 1906, p. 68 et suiv. — Cf. Thaller et Josserand, *Transport*, p. 204.

En Italie on admet que l'acte tout entier revêt la nature de l'approbation donnée, v. *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 633.

³ V. de même en Belgique, pour une concession de chemin de fer approuvée par le Parlement. Cass. belge, 20 juin 1883. S. 1884. 4. 33
« La loi autorise simplement le gouvernement à accorder la concession qu'elle vise... et n'enlève pas par conséquent à ces actes le caractère contractuel qu'ils tiennent de l'accord réciproque des parties qui les ont formulées. Il n'y a pas davantage contrat si une personne autorise un acte non dans l'intérêt de l'habilité, mais dans son intérêt propre : si par exemple un bailleur permet, en dépit du bail, à un locataire de sous louer

par un seul intéressé et valable, sauf opposition de la personne ayant un intérêt opposé. Tel est la nature de la délégation d'office de la soldè militaire ¹, telle est la nature d'autres institutions vers lesquelles on tendra peut-être plus à l'avenir.

16 ter. — Les actes unilatéraux sont de diverses sortes. Il y a intérêt à les classer.

1° Il y a le testament, acte d'attente de nature spéciale, qui ne produira effet qu'en cas d'acceptation par les bénéficiaires.

2° Il y a en outre l'exercice de certaines options : acceptation ou répudiation de successions, de legs, de communauté, de substitutions, de donations de biens à venir à des enfants à naître (art. 1081 Civ.), les options en cas de donations de biens présents et à venir (art. 1084), en cas de libéralité en usufruit (art. 917), les options en cas d'obligations alternative ou *in facultate solutionis* ².

3° Il y a les renonciations à prescription, à servitude, à hypothèque et plus généralement à toute sûreté réelle ou personnelle, les renonciations à mitoyenneté, à un terrain où s'exerce une servitude (art. 699)³.

4° Il y a des actes unilatéraux relatifs à la preuve : aveu, serment, refus de serment, fait de référer le serment, témoignage judiciaire ou extra-judiciaire.

5° Il y a les actes unilatéraux conservatoires de droits : déclaration de réserves de droits, mise en demeure, sommation de payer ou de délaisser, commandement, etc.

6° Il y a les actes unilatéraux mettant à même un tiers

¹ V. à ce sujet, Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme*, th. Paris, 1919, p. 53 et suiv.

² V. Saleilles, *Obligations*, n. 9. — Larombière, art. 1190, n. 3. — Demolombe, t. XXVI, n. 51.

³ V. Req., 11 mai 1908 S. 1914 I. 355. — V. sur la nature unilatérale des renonciations, Ducour, *Théorie générale de la renonciation*, th. Lyon, 1913, p. 110. — Lessona, *Théorie générale de la renonciation*. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 361. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, t. I., p. 309.

d'exercer un droit : option faite par le débiteur, sommation à un subrogé tuteur d'assister à une vente de meubles ou d'immeubles, à une levée de scellés pour les contrôler ; signification d'acte.

7° Il y a les actes unilatéraux qui complètent un acte bilatéral, de sorte que celui-ci aura en réalité contenu trois consentements. C'est la confirmation de l'acte nul, la ratification de l'acte du mandataire ou gérant d'affaires, l'acceptation de remploi par la femme (art. 1435), le retrait d'indivision par la femme (art. 1408), l'acceptation de la stipulation pour autrui, de la promesse pour autrui. Ici l'acte est unilatéral, mais il a ceci de spécial qu'il va consolider une situation juridique contractuelle.

M. Barassi¹ distingue des autres l'occupation et l'abandon qui ne produisent pas d'effet à l'égard des tiers. Cela est exact en ce qu'il n'y a pas d'effet direct, mais seulement indirect, les tiers ne pouvant en pareil cas prendre la chose occupée, ou pouvant saisir celle abandonnée.

Envisagés dans leur nature, les actes unilatéraux sont simples s'ils émanent d'une seule personne, ou collectifs s'ils émanent de plusieurs personnes ayant les mêmes intérêts. C'est le cas des votes de dividendes dans les assemblées d'actionnaires, de créanciers, d'administrateurs, de sociétaires, etc. de l'acte du créancier demandant la séparation de biens du consentement de la femme (art. 1446). Il faut donc, pour savoir si un acte est unilatéral, considérer le nombre de parties, non de volontés².

Les actes unilatéraux conservent leur nature même s'ils doivent, émanant d'un incapable, être autorisés : comme l'acte émanant d'un prodigue, d'un mineur émancipé, etc., d'un commerçant en liquidation judiciaire.

¹ *Istituzioni*, p. 130.

² Coviello, *Dir. civ. italiano*, t. I, p. 304.

Etant donné la variété des cas dans lesquels il y a acte unilatéral, il n'est pas possible dans notre droit actuel de poser un principe fixant que pour tel résultat il suffira d'un acte unilatéral, que pour tel autre une convention sera nécessaire. On peut cependant donner cette idée générale que là où il y a un résultat uniquement favorable à celui envers qui on agit, un acte unilatéral suffit. Mais cela n'est vrai qu'approximativement. Le cautionnement exige le consentement du créancier garanti, la remise de dette est une convention¹.

16 quat. — Les actes unilatéraux peuvent se suivre dans un ordre déterminé par la loi, qui comporte d'ailleurs des bifurcations, de la part de personnes ayant des intérêts opposés, ou de tiers et former des procédures tantôt judiciaires (procès), tantôt administratives (demande de changement de nom, saisie exécution), tantôt mixtes (expropriation pour cause d'utilité publique, procédure de saisie immobilière, de saisie arrêt²).

Les actes unilatéraux doivent alors se suivre dans un certain ordre et suivant une certaine cadence de délais, tantôt maxima, tantôt minima.

Ils peuvent s'entremêler de conventions (contrat judiciaire, entente amiable dans l'expropriation, désistement d'instance).

Cette opération à procédure qui comporte parfois des lenteurs, apparaît comme le moule le plus parfait où peuvent se combiner les divers intérêts : des parties, des gens experts, des représentants de l'État agissant au nom de l'intérêt général. Si elle peut être souple et rapide, elle peut représenter le chef-d'œuvre technique.

¹ V. *Trib. Seine*, 17 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2^e sem., 2, 192. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 188. — Baudry et Barde, t. III, n. 1767. — Demolombe, t. XXVIII, n. 375. — Planiol, t. II, n. 632.

² V. sur la nomination à un office ministériel l'analyse de M. Jèze, *Revue de dr. public*, 1910, p. 261, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 25 fév. 1910. *Rec.* p. 163.

16 quint. — Les conventions peuvent avoir comme éléments des actes non pas simples, mais de nature collective comme le sont les actes unilatéraux collectifs, ou même des procédures.

Ainsi une commune, une société par actions font une convention avec le tiers. La volonté de la personne morale s'analyse le plus souvent en une œuvre collective : le maire agissant en vertu d'un vote du conseil municipal où la majorité s'est imposée à la minorité, l'administrateur de la société s'appuyant sur un vote de l'assemblée des actionnaires. Ces actes supposent déjà une procédure régulière de convocation. Le même caractère s'accroît si un tuteur agit en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. Le tuteur agit, mais il a été autorisé par des actes collectifs : car dans le conseil, dans le tribunal la majorité fait loi. Il a fallu une procédure pour obtenir les décisions de ce conseil et de ce tribunal. Mais extérieurement l'ensemble de ces actes ne forme qu'une partie au contrat, comme lorsqu'un prodigue achète avec l'assistance de ce conseil.

16 sext. — Les actes multilatéraux peuvent se présenter de deux façons différentes. Dans certains cas : société, association, chaque contractant a un intérêt propre, mais ayant le même aspect par rapport à tous les autres. Vis-à-vis de chacun il a le même désir de part importante de bénéfiques.

Dans certains cas, l'acte est plus complexe. Ainsi en est-il dans le séquestre volontaire (art. 1956), dans le retirement du cautionnement d'un employé (art. 2, al. 2, loi du 2 avril 1914). Ici chaque contractant a un intérêt différent envers chacun des autres. Dans le séquestre volontaire, un des plaideurs n'a pas le même intérêt contre son adversaire et contre le dépositaire. Il y a comme deux contrats superposés.

17. — Comment peut-on classer les sources des obligations ? ¹ La classification la meilleure ici comme partout est

¹ Pour plus de détails v. Demogue, *Classification des sources des*

celle qui met en valeur les caractères principaux et qui est la plus féconde en résultats¹. Les Institutes de Justinien indiquent quatre sources : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*² et cette division a passé dans l'Ancien droit³.

L'art. 1370 l'adopte en disant : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers qui il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé... Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits⁴. »

Ce texte prête évidemment à des critiques. Il aurait dû être mis en tête du titre III pour classer toutes les sources d'obligations. Il est en lui-même mal rédigé en semblant dire dans son paragraphe premier, qu'une volonté peut créer une convention. Ensuite on lui reproche d'employer, à l'exemple d'ailleurs de notre ancienne jurisprudence, le terme de *quasi-contrat*, terme défectueux, car si l'on peut dire qu'une obligation se comporte comme si elle venait d'un contrat, il est inexact de parler de quasi-contrat, de presque contrat⁵.

obligations, dans les *Mélanges Chironi, Droit privé*, t. I, p. 105. Rappr: les observations de Valverde y Valverde, *Der civ. espanol.* t. III, p. 212 et suiv.

¹ V. Stuart Mill, *Système de logique*, trad. franc., t. II, p. 267.

² Livre III, titre XII, p. 2. — Cf. Gaius, *Dig.* livre 45, t. 7, loi 1 et 5. Elle est adoptée par Domat (*Lois civiles*), Pothier (*Obligations*), Guyot (*Répertoire*, v^o *Obligation*, sect. 1). Poullain du Parc (IV, p. 295), Bourjon (*Droit commun de la France*, II, p. 494)

³ V. aussi en faveur de cette division, Brinz, *Pandekten*, t. II, § 247. — V. pour plus de détails sur l'historique Vizioz, *Notion de quasi-contrat*, th. Bordeaux, 1912, p. 1-218.

⁴ V. plus nettement une division en quatre, *Code Tunisien des obligations*, art 1^{er}, lequel ne parle pas de la loi.

⁵ V. Larombière, art. 1371, n. 2. — Demolombe, t. XXXI, n. 4 et 35. — Baudry et Barde, t. IV, n. 2787 et 2788. — Planiol, t. II, n. 808. — Bufnoir, p. 453. — Planiol, *Revue critique*, 1904, p. 227.

Au fonds la division des sources en cinq est-elle satisfaisante ?

La plupart des auteurs ramènent les sources à deux : le contrat et la loi¹. M. Planiol a particulièrement précisé ce système. Il a montré très exactement que dans le quasi-contrat, l'obligé n'a aucune volonté ; en outre il a donné ici comme base de l'action accordée un fait illicite : l'enrichissement du géré, de celui qui a reçu l'indû, etc. Quant aux obligations légales, elles ont pour but de prévenir une lésion injuste pour autrui. Le délit ou le quasi-délit ne sert qu'à réparer les obligations violées. Donc toute obligation non contractuelle n'est, selon lui, que la transformation en argent d'une obligation légale pré-existante².

Cette division très simple n'est évidemment pas fausse, car il y a une différence entre le contrat où il y a deux volontés concordantes et les autres sources où cela ne se rencontre pas. Mais elle n'éclaire presque en rien le système des sources.

Pour diviser les obligations, il faut d'abord observer que toute obligation résulte de la combinaison de plusieurs conditions. Un délit suppose un droit préexistant, une lésion,

¹ V. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 145. — Beudant, n. 11 et suiv. n. 1113-1117. — Larombière, art. 1370, n. 2. — Baudry et Barde, t. IV, n. 2787. — Planiol, t. II, n. 807 et suiv., 6^e éd. et surtout, *Classification des sources des obligations. Revue critique*, 1904, p. 224. — Pacchioni, *Dell' gestione degli affari altrui*, p. 41. — Perozzi, *Le obbligazioni romane*, p. 144. — Hofmann, *Entstehungs grunde der Obligationen* § 7. — Colmo, *Obligaciones*, p. 32. — Cf. Demolombe, t. XXXI, n. 21. Semblent accepter la division des sources en contrats, quasi contrats et actes illicites. — Bufnoir, p. 451. — Laurent, t. XIX, n. 307. — Hue VIII, n. 373. — Demante et Colmet de Santerre, V, n. 347.

² Cette théorie a été adoptée par Frouin *Notion juridique de la gestion d'affaires*, Bordeaux, 1910, p. 139. — Brugges, *Revue de droit civil*, 1909, p. 313. (Le droit et l'obligation), qui distingue toutefois les contrats, la faute et l'état de fait. — Cf. Vizioz, *La notion de quasi contrat*, thèse de Bordeaux, 1912. — Scialoja, *Fonte dei obbligazioni. Rivista de dir comm.*, 1904, p. 520 et *Studii di diritto privato*, I, 39, qui l'accepte sous quelques réserves.

la volonté du responsable, une loi qui accorde réparation, etc. Quelle condition choisir parmi celles-ci, toutes indispensables, puisqu'en l'absence de l'une d'elles l'obligation n'existerait pas. Il faut choisir la plus féconde en conséquences comme on le ferait dans une classification des sciences naturelles. En un sens toutes les obligations sont légales, car si la loi ne les consacrait pas, elles ne pourraient être invoquées en justice. Ce caractère légal est donc trop général pour être utile¹.

Au contraire, il y a un critérium meilleur si on tient compte de l'intervention des volontés privées. Il en résulte des conséquences pour la capacité, notamment.

A ce point de vue, on peut distinguer : 1° le contrat qui met en jeu la volonté du débiteur et du créancier. Ici la loi, dans une large mesure, ne fera que consacrer cet accord de leurs volontés, qui étant par hypothèse opposées doit constituer une transaction raisonnable si les contractants sont capables et consentent librement.

2° La volonté unilatérale du débiteur, bien que cette source d'obligation soit contestée. Elle suppose la capacité du débiteur.

3° Le délit et le quasi-délit que l'on peut réunir sous la qualification d'actes illicites et qui supposent une certaine volonté et une certaine capacité de la part de celui qui est obligé. Il doit être sain d'esprit. Peut-être ce caractère disparaîtra-t-il, les codes récents étant assez portés à rendre l'aliéné responsable de ses actes dommageables. Mais actuellement il existe, il faut en faire état. A la différence du code civil il faut réunir les délits et quasi-délits², n'établissant au-

¹ V. Scialoja, *Studii*, p. 45.

² M. Planiol admet d'ailleurs ce groupement (p. 232, *op. cit.*). Mais M. Scialoja lui reproche avec raison de faire reposer l'obligation pour fait illicite sur le principe : *neminem laedere*, qui est trop général, et il faut dériver l'obligation ici comme dans les autres obligations extra-contractuelles de l'état de fait (*op. cit.*, p. 59 et suiv.). Les codes étran-

cune différence de responsabilité entre le cas de dommage volontaire (délict) ou de dommage par imprudence¹ (quasi-délict).

4° Le quasi-contrat². Tout en critiquant l'expression en elle-même, il faut l'employer. Et elle répond à une réalité que le développement des idées individualistes a longtemps obscurci. Ici le débiteur n'a pas voulu l'obligation. Le géré, l'accipiens dans le paiement de l'indû n'ont pas consenti. On n'a trouvé à expliquer cette obligation que par la loi, ou par l'équité traduite par la loi, ce qui revient au même³. En réalité l'obligation naît ici par la volonté du créancier⁴. C'est le gérant d'affaires qui a voulu s'immiscer dans l'affaire d'autrui. Le créancier reconnaît cette obligation, le débiteur n'a pas à l'être. La loi reconnaît cette obligation à raison de la solidarité sociale. Elle approuve celui qui se mêle des affaires d'autrui dans certains cas. Etant donné le caractère spécial de cette obligation on comprend la difficulté qu'elle soulève. Il est délicat de dire dans quelle mesure on deviendra

gers récents réunissent tous les délits et quasi délits (v. infra) en un seul groupe.

¹ Si on admet l'obligation par volonté unilatérale, il faudra en faire une classe à part, voisine de celle-ci, il faudra exiger du débiteur la capacité, mais la capacité contractuelle.

² V. en sens divers contre la notion de quasi contrat Planiol, *op. cit.*, Goublet, *Notion de quasi contrat*, thèse Paris, 1904, p. 25 qui ramène les quasi contracts à la loi ou au délit selon que l'obligé est de mauvaise foi ou non. Ceci ne nous avance à rien. — Vizioz, *Notion de quasi contrat*, thèse de Bordeaux, 1912, p. 314 et suiv. — Colin et Capitant, t. II, p. 271.

³ V. Giorgi, t. V, p. 4. — Lomonaco, t. I, p. 263. — Cf. Colin et Capitant, t. II, p. 270. — Chironi, *Istituzioni*, t. I, p. 120, qui parle de l'utilité.

⁴ M. Planiol a exagéré à ce sujet, en considérant que le quasi contrat est involontaire et illicite. Il ne peut le dire qu'en envisageant le fait de l'enrichissement et non la façon dont il se produit. Cette manière de voir qui est inféconde a le tort de donner une solution trop générale. On pourrait dire aussi que l'obligation contractuelle vise d'ordinaire à empêcher un enrichissement injuste. Aussi Scialoja rejette ces idées d'acte illicite et involontaire (p. 56).

créancier par sa volonté, malgré le débiteur ou du moins à son insu.

5° Le simple fait engendrant une obligation. Ici la loi ne se préoccupe plus de la volonté. Il n'y a plus de problème de capacité à examiner. Certains faits engendrent une obligation. C'est le cas pour la pension alimentaire entre parents. Si telle situation de fait se produit, la pension est due. C'est le cas aussi pour certaines situations qu'on qualifie quasi-contrats : le paiement de l'indû, l'*in rem versum*, qui dérivent d'un fait, mais où on ne se préoccupe pas de voir s'il est volontaire ou non. Dès que ces faits se produisent, il y a obligation. L'intérêt social l'exige. Mais on doit être prudent pour admettre ces obligations qui se forment sans la volonté du débiteur.

Ces obligations dites légales sont appelées plus exactement *ex re* par Pacchioni et par Molitor¹.

On peut si on veut grouper ensemble les cas où la volonté intervient². C'est ce qu'ont fait les jurisconsultes allemands en parlant d'obligations médiatees (dérivant d'un acte humain) et d'obligations immédiates (venant de la loi seule)³ mais il faut préciser qu'on parle d'un acte humain volontaire, sinon la distinction est sans intérêt.

On peut également si on se place au point de vue du contenu séparer le contrat et les autres sources. Le contrat a des effets déterminés par la volonté des parties (sous réserve des conséquences de la théorie de la déclaration de volonté). Dans les autres cas, la loi, faute d'accord, détermine l'étendue de l'obligation. Ici nous admettons dans une faible mesure l'uti-

¹ Pacchioni, *op. cit.*. — Molitor, *Obligations*, t. I, n. 10.

² Rappr. Chironi e Abello, t. I, p. 351 et suiv. — Rappr. également Vizioz, *op. cit.*, qui classe les obligations en huit groupes d'après l'importance respective de la loi et de la volonté dans leur formation (p. 338-349).

³ Muehlenbruch, *Pandekten*, t. II, § 322. — Cf. Molitor, *loc. cit.*

lité du système de M. Planiol et de M. Scialoja qui ne distinguent que ces deux sources.

Utile, la division des sources que nous présentons ne prétend pas nier l'existence d'autres sources appelées à se développer dans l'avenir : combinaisons de la volonté et de la loi : comme les obligations nées de telle situation de fait à moins qu'une volonté contraire ne soit exprimée, lesquelles n'ont pas encore de nom spécial et qu'on pourrait nommer *obligations légales dispositives*. (V. supra n. 16 bis *in fine*.)

A l'étranger, les législateurs ont admis des divisions très variées. L'art. 1097 du code italien dit : « les obligations dérivent de la loi, d'un contrat, ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ». Le code espagnol étudie successivement les contrats (art. 1254 et suiv.) les quasi-contrats (art. 1887 et suiv.) les obligations nées de fautes ou de négligences (art. 1902).

Les autres codes ont des divisions plus éloignées du code français et qui se caractérisent par l'absence de systématisation.

En Suisse, le code fédéral distingue les contrats (art. 1^{er} et suiv.), les actes illicites (art. 41 et suiv.), l'enrichissement indû (art. 62 et suiv.) et les obligations dérivant d'autres causes¹.

Lors de la préparation du code allemand, on a beaucoup hésité. Le projet primitif après avoir étudié le contenu de l'obligation fixait à celle-ci trois sources : les actes juridiques entre vifs (contrats et promesses unilatérales) les délits et les causes diverses correspondant à nos quasi-contrats. Dans le texte définitif, le plan suivi est plus vague. Les art. 305 et suiv. parlent des rapports d'obligation ayant leurs sources dans un contrat. Il est parlé de la gestion d'affaires à la suite du mandat (art. 677 et suiv.), puis plus loin encore de l'enri-

¹ V. Rossel, *Traité des obligations*, p. 24

chissement, sans cause et des faits illicites (art. 812-853)¹.

Les auteurs allemands inclinent parfois encore à la division romaine simplifiée. Stammler distingue les contrats, les délits, les *varioe causarum figuræ*². Mais Cosack³ distingue les obligations nées du contrat et celle nées de la loi. C'est à peu près le système de Crome qui distingue les obligations nées de la libre volonté et les autres⁴.

Le code portugais examine d'abord les droits qu'on acquiert par son fait et sa volonté propre avec la coopération d'autrui (contrats) (art. 641 et suiv.), puis les droits qui s'acquiescent par le seul fait d'autrui ou l'effet des dispositions des lois (gestion d'affaires et successions) (art. 1723 et suiv.). Enfin, il parle beaucoup plus loin de la violation des droits (responsabilité civile) (art. 2361 et suiv.).

Le Code autrichien de 1811 énonçait trois sources d'obligations : la loi, le contrat, le dommage souffert (art. 859). Le code révisé de 1916 énonce : la loi, l'acte juridique, le dommage souffert.

17 bis. — S'il est utile de distinguer les sources des obligations, nous ne croyons pas devoir admettre entre elles une cloison étanche. Il y a au contraire, à notre avis, pénétration. La faute peut pénétrer dans les pourparlers d'un contrat, la gestion d'affaires et le contrat peuvent fonctionner simultanément dans les rapports entre divers personnes. L'utilité qu'il y a à voir les rapports sociaux dans leurs divers aspects et à traduire ces divers aspects nous fait admettre cette solution, malgré les complications possibles. (V. not. infra, n. 33.) Cette compénétration peut se présenter : soit que les rapports juridiques entre deux personnes se doublent par des

¹ V. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, d'après le 2^e projet. *Bull. Société de législation comparée*, t. XXIV, p. 721.

² *Schuldverhältnisse*, p. 11.

³ t. I, § 81.

⁴ t. II, p. 24.

liens juridiques divers, soit que les mêmes faits créent des rapports juridiques d'une première nature avec un tiers et des rapports d'une autre nature avec un autre tiers.

PREMIÈRE PARTIE

De la volonté unilatérale comme source d'obligation

18. — Un point des plus délicats est de savoir dans quelle mesure une volonté unique est suffisante pour un acte juridique et surtout pour un acte juridique créateur d'obligations.

La loi admet des actes juridiques unilatéraux ayant pour résultat d'acquérir la propriété : l'accession artificielle à des meubles ou à des immeubles. On peut y ajouter l'occupation que tous les auteurs reconnaissent.

La loi admet en outre facilement que la volonté unilatérale suffise pour rompre un lien juridique. Le code civil le décide expressément pour la révocation du mandataire ou pour la renonciation de celui-ci au mandat (art. 2003), pour certains contrats à durée indéterminée (contrat de travail, art. 1780) ou perpétuels (société, art. 1869, contrat de rente perpétuelle, art. 530 et 1911) ¹. Il admet les offres réelles.

Elle admet volontiers aussi que la volonté unilatérale peut suffire pour une renonciation à un droit. Ainsi pour la renonciation à succession ².

¹ Cf. sur la révocabilité des contrats à durée indéterminée ou perpétuels notre note dans *Sir*, 1908 I. 81.

² V. sur le caractère unilatéral des renonciations. *Lessona, Théorie*

Le code admet plus rarement les actes juridiques unilatéraux, créateurs d'obligations personnelles. On peut cependant citer le testament, l'acceptation de succession, la gestion d'affaires.

Mais comme on peut se demander si le testament suivi d'acceptation du légataire ne se ramène pas à un contrat où les consentements sont successifs¹, il ne resterait donc que l'acceptation en matière de successions *ab intestat*, et la gestion d'affaires.

Ces points certains étant rappelés, nous pouvons examiner si la volonté unilatérale ne peut pas déjà constituer un acte juridique producteur d'une obligation².

Cette question si importante pour le juriste n'a cependant qu'un côté social peu accentué. Il s'agit de savoir si les actes se feront plus ou moins rapidement : si on attendra un second consentement. Il s'agit seulement de concilier le désir de rapidité avec le désir du promettant de savoir si sa déclaration de volonté est déjà définitive ou si elle est encore fragile.

générale des renonciations. Revue de droit civil, 1912, p. 361 et suiv.

V. encore, Levi, *Hypotheca constituta con un atto unilaterale*. Archivio giuridico, 1881, t. I, p. 3.

¹ V. Cimbali, *Il testamento é contratto?* Filangreri, t. IX, n. 265. — Giorgi, *Obbligazioni*, t. III, p. 16. — Fildermann, *Nature juridique de la transmission par décès*, th. de Paris, 1909, p. 88 et suiv.

² V. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891. — Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale*, Rennes 1901. — Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale (défavorable)*, Paris, 1909. — Wahl, *Titres au porteur*, t. I, n. 248. — Planiol, 6^e éd., t. I, n. 831 et suiv. — Baudry et Barde, t. I, n. 28. — Huc, t. VII, n. 12 à 14. — Saleilles, *Obligation*, n. 142 et *Déclaration de volonté, passim*. — Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse de Toulouse, 1912. — Goldberg, *Théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale, d'après le Code civil allemand*, thèse de Nancy, 1913. — Giorgi, t. III, n. 138 (défavorable). — Colmo, *Obligaciones*, p. 39, (id). — V. aussi *Bibliographie* détaillée dans Elias et chez Scialoja. *Dichirazione unilatérale di volonta*. Riv. di diritto commerciale, 1904, t. II, p. 370.

Pendant très longtemps les auteurs français ne parurent pas supposer que la nécessité de deux consentements pour les actes juridiques fut mise en doute. Mais ils se gardèrent de présenter la moindre justification de cette idée¹.

Mais depuis un demi siècle, en Allemagne, ces idées ont été contestées et le caractère obligatoire de la volonté unilatérale a été défendu². On a invoqué les raisons suivantes.

Le caractère obligatoire de la promesse permet seul d'expliquer le caractère obligatoire du contrat. « L'effet obligatoire de celui-ci n'est autre chose que l'effet obligatoire des deux promesses sur lesquelles le contrat repose. Cela résulte de la nature des choses. Si le promettant ne peut se lier valablement dans l'intérieur de son cercle de puissance, il ne peut être lié par une déclaration s'adressant à la partie adverse, laquelle n'est pas fondée à prendre une décision dans un cercle de puissance étranger. Le caractère obligatoire du contrat a ainsi pour antécédent nécessaire celui de la promesse³. »

Mais pourquoi la promesse est-elle obligatoire ?

Il faut, dit Siégel, distinguer la promesse de se tenir à sa proposition et celle de l'exécuter. Ordinairement les deux choses sont confondues, mais le juriste doit les distinguer

¹ V. Grotius, t. II, p. 127 et 145. — Pothier, *Obligations*, n. 4. — Laurent, t. XV, n. 465. — Demolombe, t. XXIV, n. 45. — Beudant, *Obligations*, n. 58. — Aubry et Rau, t. IV, § 342. — Tissot, *Philosophie du droit*, p. 408. — Kant, *op. cit.*, p. 105. — Boistel, *op. cit.*, p. 394. — Cf. Savigny, *Droit romain*, t. III, p. 312.

Cependant quelques auteurs voient la fragilité de la théorie : Kant remarque que la simultanéité qu'il exige est impossible dans les actes empiriques (p. 108). — Tissot (p. 408) observe que le concours de volonté n'est qu'une pure coïncidence dans le temps et une coïncidence d'intention vers un même but.

² V. Kuntze, *Die Lehre von der Inhaberpapieren*, 1857. — Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 1874. — Jacobi, *Das Rechtsbegriff der Bereicherung*, Iherings Jahrbücher 1861, p. 283. — Jacobi, *Versprechen und Vertrag*, eod. loc., 1896, p. 31. — Köppen, *Das obligatorische Vertrag unter Abwesenden* eod. loc., t. XI, p. 350. — Mannesmann, *Die einseitige Versprechen* (thèse d'Erlangen, 1898. — Hollendorff, *Encyclopédie*, t. I, p. 524.

³ Jacobi, p. 31.

bien que cela paraisse subtilité à l'homme du monde. L'obligation de se tenir à sa parole, c'est-à-dire l'impossibilité de la retirer est la suite nécessaire de la promesse, parce que celle-ci est une décision. Comme le dit plus nettement Köppen : « Celui qui promet doit se tenir à sa promesse, s'il ne le veut pas, il ne promet rien. » Ce raisonnement prouve bien que la promesse est moralement obligatoire. Mais cela ne dit pas pourquoi elle l'est juridiquement.

Tarde le dit en quelques mots, du moins dans le cas où le bénéficiaire est indéterminé. Si on ne devait « sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les a acceptés et a fait connaître son acceptation, et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires serait impossible »¹.

Enfin, comme le dit Jacobi, la coopération positive, c'est-à-dire le consentement du créancier n'est pas indispensable et le passage de Gaius (loi 37, Dig. 1. 3, 5) : *Naturalis simul et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriolem non posse*, est une vérité très générale.

Si l'on excepte cet argument syllogistique du débiteur se liant dans son cercle de puissance, qui peut être regardé comme sans valeur², les raisons invoquées sont très sérieuses³,

¹ *Transformations du droit*, p. 120.

² V. Elias, thèse précitée, p. 61, qui remarque avec raison qu'il faudrait aussi dire que la volonté peut se délier, si elle peut se lier elle-même. Cependant cet argument est reproduit par Talandier, *op. cit.*, p. 36. Aussi cet auteur, admettant que l'obligation par volonté unilatérale découle de la liberté, est obligé ensuite de se battre péniblement avec l'art. 1174 civ. pour expliquer la solution qu'il contient.

En réalité on est étonné que cette formule : la volonté peut se lier elle-même, qui n'est que de la logomachie allemande ait pu être reproduite sans rire par d'éminents auteurs comme M. Saleilles, *Obligation*, n. 140.

³ On a en outre invoqué les précédents du droit romain pour le vœu. la promesse à une cité (V. Worms, p. 41. — Elias, p. 34. — Cf. sur

mais exigent plus de précision. Il faut se pénétrer davantage du caractère social du droit.

Une promesse est émise. Par hypothèse ce n'est pas une de ces vagues intentions dont les adroits sont prodigues¹. elle a cette forme assez nette pour pouvoir entrer dans l'armure du droit. Par ce seul fait qu'elle a été voulue, il n'y a pas de raison pour la rendre socialement obligatoire.

Mais elle a été lancée dans le milieu social, des destinataires déterminés ou indéterminés en ayant pris connaissance agissent en conséquence, se fient à la promesse faite. Il y a un intérêt grave à dire qu'elle doit être désormais maintenue. Autrement on causerait un dommage². Si on me propose un marché avantageux, je vais aussitôt rejeter les autres propositions moins favorables que l'on m'adressera.

Si la promesse a été adressée à personne dénommée, la théorie de la volonté unilatérale obligatoire bien qu'admissible n'est pas indispensable. On peut dire avec Siegel, que le promettant a émis une double promesse : celle de maintenir sa proposition, puis celle de se lier par contrat. Le destinataire peut être présumé avoir accepté tacitement la première, de sorte que dès la réception il y a un avant-contrat tacite ayant pour objet le maintien provisoire de l'offre. On reste donc dans la théorie classique du concours de volontés³. Mais s'il n'y a plus contact direct du promettant avec le futur créancier : si l'offre est à personne indéterminée (offre au public, promesse de récompense, déclaration de fondation

la sollicitation dans l'ancien droit : E. Lambert, *Le contrat en faveur des tiers*, n. 47.

¹ Cf. Brinz, *Pandekten*, par 248, texte et note 40.

² Rapp. Duguît, *Transformations du droit privé*, p. 115 et suiv. — GénY, *Science et technique*, t. II, p. 231.

³ V. Demolombe, t. KXIV, n. 65. — Cf. Aubry et Rau, t. IV, 5^o éd., p. 482. — Larombière, art. 1101, n. 14. — Baudry et Barde, t. I., n. 33. — Toullier, t. VI, n. 30.

de prix), ou si un tiers déterminé ou non doit bénéficier de la promesse émise en s'adressant à une personne dénommée, (stipulation pour autrui, titre de crédit), les choses changent d'aspect.

Il devient par hypothèse impossible de constater une réception de la déclaration et de parler d'avant-contrat tacite. On est en face de ceci : il est probable que dans le public il y a certaines personnes qui ont connu la promesse, mais on ne sait ni si on l'a connu, ni qui l'a connu. Il faut cependant la maintenir, bien que l'acceptation soit incertaine.

Donc il est utile d'admettre la promesse unilatérale obligatoire là où l'acceptation de l'avant-contrat qu'elle contient en germe est probable, mais non établie. La sécurité l'exige.

Lorsque la promesse unilatérale a été formulée au cours de pourparlers, entre deux personnes et en faveur d'un tiers une raison de plus intervient pour donner cette solution. Ici les opérations juridiques ne mettent pas en jeu deux personnages, mais trois ou même la foule. S'il y a stipulation pour autrui, émission de titre de crédit, le stipulant, l'émetteur ont au moins un intérêt moral à ce que la promesse soit maintenue, ils agissent comme si elle devait l'être. Il y a même un groupe plus ou moins important qui, en dehors des trois personnages de premier plan, s'intéressera à la promesse. aura agi en en tenant compte.

Par exemple, si une stipulation a été faite au profit de tiers indéterminés, je me dispenserai, si j'en ai l'occasion, d'imposer la même clause au promettant, le jugeant inutile. Si une promesse de fondation a été faite pour une certaine œuvre, d'autres bienfaiteurs jugeront inutile de la doter richement et se tourneront d'un autre côté.

Ainsi des nécessités sociales, sort la règle morale : tiens ta parole. Mais le droit n'a pas à la consacrer toute entière. C'est affaire de temps et de milieu. Tel auteur promet des années durant le chef d'œuvre qui sortira de sa plume, il

empêche peut-être d'autres de s'occuper du même sujet. Peu importe, le public est habitué à ne pas s'en plaindre.

Ajoutons donc que *la promesse unilatérale doit être obligatoire seulement dans la mesure où la psychologie publique l'exige*¹. Ainsi s'explique comment beaucoup d'auteurs admettent la volonté unilatérale obligatoire dans certains cas seulement².

Ainsi s'explique la solution du code civil allemand d'après lequel « Pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique, comme pour toute modification du contenu d'un rapport d'obligation est exigé un contrat passé entre les intéressés en tant que la loi n'en dispose pas autrement. » (art. 305.)³.

Ainsi s'explique aussi que dans certains cas la loi admet la volonté unilatérale comme source d'obligations (acceptation de succession ou de communauté) : c'est qu'ici on présume que des tiers ont agi en conséquence. De même la volonté

¹ Nous évitons donc l'objection de M. Planiol (t. I, n. 832), d'après qui, si cette théorie était exacte, elle devrait supplanter toute autre source d'obligations. — V. en notre sens, Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 537. — Talandier, *op. cit.*, p. 59. — Baudry et Barde, t. I, n. 28. — Colin et Capitant, t. II, p. 271 et 287. — Vizioz, *Notion de quasi contrat*, p. 341, note. 2.

² V. Baudry et Barde, t. I, n. 28, 3^e éd. — Lacour, n. 1028. — Cf. Worms, p. 197. — Windscheid, *Pandekten*, par 304. — Huc, t. VII, n. 12. — Vivante, *Dr. commercial*, trad. Escarra, t. III, p. 967. — Saleilles (*Théorie de l'obligation*, n. 142), à la suite de Brinz donne une autre explication, le danger qu'il y aurait à admettre toujours la force de la volonté unilatérale en raison des difficultés à distinguer l'engagement ferme de l'offre ou de la promesse en l'air. Nous croyons qu'il y a, outre cette raison de fait, une autre tenant à l'état de l'opinion vis à vis des diverses déclarations.

³ Ces exceptions sont : *la promesse de récompense* (art. 657), *la fondation approuvée* (art. 82), *le titre au porteur* (art. 793). — V. sur ce point, *Traduction officielle*, t. I et II. — Saleilles, *Th. de l'Oblig.*, n. 142 et suiv. : (pour la fondation, n. 144, pour le titre au porteur, n. 167 et suiv., pour la promesse de récompense, n. 143). — Goldberg, *Engagement juridique par volonté unilatérale d'après le code civil allemand*, th. de Nancy, 1913. — Crome, *B. G. B.*, t. II, p. 28. — Dernburg, *B. G. B.*, t. II, p. 188.

unilatérale peut parfois modifier¹ ou résoudre l'obligation. C'est lorsque cete mesure ne choque pas l'attente du co-contractant ou du public.

Par la même idée s'éclaire le rôle du fameux concours de volontés exigé pour la formation des contrats. Rationnellement et sous réserves de considérations tenant à l'état psychologique du milieu, *un contrat unilatéral exige seulement pour sa formation que le créancier ait agi ou décidé d'agir en tenant compte de la promesse reçue par lui*². Dès cet instant l'intérêt de sécurité intervient pour maintenir la promesse émise. Pour les contrats synallagmatiques, *chaque créan-*

¹ V. notre étude, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 245.

² Ceci permet d'apprécier la valeur de l'objection de M. Planiol, t. I, n. 832, contre l'obligation unilatérale, à savoir que les partisans de la volonté unilatérale exigent que la première volonté en ait rencontré une deuxième. Cela a été dit par M. Worms. Mais si cela est nécessaire pour les contrats unilatéraux, pour les volontés unilatérales il suffit que dans le public une seconde volonté ait pu tenir compte de la première, ce qui est bien différent.

On peut de même répondre aux objections de M. Thaller, *Théorie du titre de crédit*, *Ann. dr. comm.* 1906, p. 41, n. 45-49. On ne conçoit pas, dit-il, de débiteur sans créancier. Cela est vrai. Mais ne peut-on pas concevoir un débiteur avec un créancier probable, indéterminé. Admettra-t-on, ajoute-t-il, qu'une personne ayant créé un billet à ordre, elle ne pourra plus le déchirer? Non, dirons-nous, tant qu'il n'a pas été émis, car personne avant l'émission n'a compté sur lui. Nous n'admettrions pas d'ailleurs facilement qu'une promesse unilatérale au profit, non de personnes présentes et futures, mais de personnes futures seules, de non conçus seuls put être valable, car on ne rencontre guère de personnes ayant pu compter sur elles.

On échappe de même à l'objection de Kritz. *Rechtsfülle*, t. II, p. 143, qui dit que la volonté unilatérale a été acceptée ou refusée, ou que si on garde le silence ceci ne peut s'interpréter que comme acceptation ou comme refus. En réalité le promettant est lié dès que la promesse a pu être utilisée. Si plus tard, le créancier refuse, tout tombe, mais la promesse valant déjà elle-même, la mort, l'incapacité du promettant, son regret d'avoir émis la promesse seront sans effet. Celui qui a promis un prix pour un concours ne devra rien si personne ne concourt, cela va de soi. Mais il ne pourra pendant que le concours se prépare, dire qu'il retire sa promesse de prix. Cf. Guihare, *op. cit.*, p. 37 et suiv.

cier doit avoir pris conscience de la promesse de l'autre et décidé d'agir en conséquence pour qu'il y ait contrat. C'est le concours de volontés¹.

19. — En droit français actuel la déclaration unilatérale est-elle obligatoire? L'art. 1108 ne parle que du consentement de la partie qui s'oblige comme nécessaire à la formation d'une convention. Il en est de même des travaux préparatoires². On serait donc tenté de conclure que le Code admet l'effet de la volonté unilatérale. Mais il est probable que le législateur de 1804 se ralliait plutôt à l'opinion de Pothier³.

Si on interprète le droit sur les points non prévus non d'après des idées anciennes, mais d'après les nécessités actuelles, il faut admettre la volonté unilatérale comme source d'obligation là où cela est utile. Le code paraît l'avoir fait spécialement pour le maintien des offres⁴. Ensuite on peut soutenir que l'énumération des sources d'obligations n'est qu'énonciative⁵, du moment que l'on admet plus le caractère limitatif des actions, comme à Rome.

On objecte également de façon vaine la théorie de la cause en disant que la volonté unilatérale ne crée qu'une promesse sans cause. Mais cette cause peut d'abord être une libéralité, comme dans la promesse de prix (prix pour le premier aviateur qui accomplira tel exploit). Ensuite si l'on admet que la cause, c'est le but qui explique l'obligation, (v. plus loin), dira-t-on que la promesse de récompense, que le titre au por-

¹ Pour être très exact il faudrait dire : a agi en conséquence. Mais ce serait une recherche trop difficile en fait. Le droit doit assimiler ici la décision d'agir à l'action.

² V. Bigot Preameneu. (*Loché*, t. XII, p. 319).

³ Or pour celui-ci, la pollicitation n'oblige pas (*Obbligations*, n° 4.)

⁴ Cf. sur son admission en droit italien, Scialoja, *La dichiarazione unilaterale di volonta*. Riv. di ditto comm. 1904, t. II, p. 370, article d'ailleurs hostile à la théorie.

⁵ V. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 534, 1^{re} éd. et 2^e éd. t. II, p. 160.

teur, la stipulation pour autrui sont des actes sans buts raisonnables? ¹.

Nous verrons à l'occasion dans quels cas on peut reconnaître une obligation par volonté unilatérale. Citons déjà la notification afin de purge. Mais excluons aussi ce qu'on a appelé le *negotium claudicans*, c'est-à-dire le contrat entre un incapable et une personne capable, où il y a seulement contrat annulable.

La question peut encore s'agiter dans divers cas : l'offre (v. infra, chap. X), la fondation, l'engagement des souscripteurs lors de la fondation de sociétés, la promesse de récompense². Il y a encore obligation unilatérale si une assemblée d'actionnaires décidant d'émettre des actions ou des obligatins déclare les réserver par préférence aux anciens actionnaires. Tous les actionnaires est acquis une promesse d'action nouvelle même sans qu'ont ait à établir qu'ils ont connu l'assemblée, ou qu'on puisse l'établir qu'ils l'ont ignorée.

19 bis. — Le droit comparé de l'Europe occidentale paraît assez hésitant vis-à-vis de la force obligatoire de la volonté unilatérale. Sans revenir sur l'Allemagne qui l'admet par exception, nous voyons de vives controverses en Italie et un système mixte consacré en Suisse, en Tunisie et au Maroc, proposé en Portugal.

L'admission de la volonté unilatérale en droit français, emporte, à notre avis, solution de la question dans le même sens en droit italien où les textes sont très vagues et où la question est très controversée³. L'admissibilité rationnelle

¹ V. Talandier, p. 51.

² V. sur la promesse de récompense, Toesca di Castellazzo, *Offerta al pubblico*, n. 61. Rappr. sur l'obligation unilatérale en droit administratif. — Hauriou, *La déclaration de volonté en droit administratif*. *Revue de droit civil*, 1903, p. 543.

³ V. contre la force obligatoire. Giorgi, t. III, n. 138. — Scialoja, *La dichiarazione unilaterale*, *Riv. di dir commerciale*, 1904, p. 370

de la volonté unilatérale paraît bien acceptée¹. Au point de vue du droit positif, on a argumenté de la vente à l'encan en la représentant comme contenant une offre unilatérale obligatoire, ce qu'on a essayé de refuter en disant qu'il n'en est pas ainsi, le prix n'étant pas fixé. On a donné deux raisons meilleures. On a argumenté de l'offre de l'acquéreur en cas de purge. (Art. 2040 et suiv. civ.) Mais on a essayé de refuter ce cas en disant qu'il s'agit ici de l'exercice d'une faculté légale et que le tiers détenteur peut toujours retirer son offre. Mais ceci nous semble inexact.

On a aussi invoqué l'art. 36 comm. qui dit que dans les contrats unilatéraux la promesse est obligatoire dès la notification à la partie à qui elle est faite. Mais on a remarqué que l'article parle de contrat, qu'il est donc hors du débat. On a répondu avec raison que cet article n'établit pas moins une offre obligatoire².

En Suisse, le code révisé des obligations ne parle pas de volonté unilatérale obligatoire. Mais des textes spéciaux se rapprochent de cette solution : D'après l'art 3 « Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter est liée par son offre jusqu'à l'expiration du délai. » D'après l'art. 5, une solution analogue est donnée hors du cas de fixation de délai. On reste lié jusqu'au moment où on peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse. D'après l'art. 8. « celui qui promet publiquement un prix est tenu de le payer conformément à sa promesse ».

Le code Tunisien des obligations (art. 18) et le code Ma-

(étude de droit positif italien). — Ruggiero, *Istituzioni*, t. II, p. 286 et 127. — Pacifici-Mazoni, *Ist.*, 5^e éd., t. IV, p. 252, contra Vivante, *Diritto commerciale*, t. III, p. 967, trad. Escarra). — Cf. Lévi, *Hipoteca constituta con un atto unilaterale*, *Archivio giuridico*, 1881, t. I, p. 3.

¹ V. Carboni, *Della obbligazione in diritto odierno*, p. 40-45.

² Carboni, *op. cit.*, p. 53.

rocin des obligations (art. 14), déclarent que la simple promesse ne crée pas d'obligation.

Mais ces codes consacrent (art. 19 et 15) la promesse de récompense comme obligatoire, même si on a accompli l'acte ignorant la promesse, ce qui est consacrer un cas de volonté unilatérale. Enfin ils ajoutent (art. 22 et 18) « dans les obligations unilatérales les engagements sont obligatoires dès qu'ils sont parvenus à la connaissance de la partie envers laquelle ils sont pris », formule peu nette dont les rapports avec les textes sur la promesse sont difficiles à établir.

En Portugal, dans le silence des textes, M. Alves Moreira¹ pense qu'on ne peut admettre comme cas d'obligations unilatérales ni la promesse de récompense, ni l'offre à personne indéterminée si elles ne se présentent pas dans les conditions suffisantes pour former un contrat. Mais il accepte toutefois d'expliquer la fondation et l'offre à personne indéterminée sous forme de titre au porteur par la théorie nouvelle.

En Espagne, la volonté unilatérale semble laissée de côté².

20. — L'admission de la volonté unilatérale obligatoire explique seule facilement certaines solutions de la jurisprudence.

Ainsi une personne promet de payer tous les achats d'une autre faits dans une localité. Cette promesse profite même à ceux qui n'étaient pas présents lors de cette promesse³.

De même elle explique seule commodément la théorie de la promesse de récompense. Ici on admet que cette promesse doit être maintenue et qu'elle est obligatoire même envers ceux qui ont mérité la récompense avant d'avoir connu la promesse faite. Cette dernière solution ne peut s'expliquer par un contrat tacite.

¹ *Direito civil portugues*, t. II, p. 704 et suiv.

² Sanchez Roman. *Derecho civil*, t. IV, p. 147, n. 5.

³ Req. 29 nov. 1869, D. 1870 I. 204.

Toutefois la jurisprudence répugne à l'appliquer dans certains cas, sans doute par un traditionnalisme excessif.

Elle s'est refusée à se rapprocher de cette solution dans un arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1891¹.

On a admis que si une personne de son vivant avait fait inscrire un titre au nom d'un tiers qui n'avait connu ce fait qu'après sa mort il n'y avait pas donation.

De même on a annulé le billet signé d'un défunt disant qu'à sa mort son héritier paierait une somme à un tiers, alors que ce billet non écrit en entier par le futur de cujus ne pouvait constituer un testament².

21. — Quel est l'effet du droit conféré au créancier par la volonté unilatérale? Ce droit a été conféré au créancier sans son assentiment, ce qui est admissible, comme le disait déjà Gaius. (V. supra, n. 18.) Mais le créancier peut toujours y renoncer. Son plein effet se produira donc seulement par l'assentiment au moins tacite du bénéficiaire. En attendant il constitue un de ces demi droits qu'on appelle droits éventuels³, mais droit qui survit à la volonté du promettant : à ses regrets, à son incapacité, à son décès.

¹ S. 1892 2. 219 avec note de M. Tissier. — V. à ce sujet Charmont. *Ex. doctr. Revue crit.*, 1893, p. 65.

² Req. 25 nov. 1890. D. 1891. 2. 421. — V. Planiol *Ex. doctr. Revue critique*, 1892, p. 526.

³ Cf. notre étude, *Des droits éventuels*. *Revue de droit civil*, 1905, p. 723 et 1906, p. 231.

SECONDE PARTIE

Des contrats.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

22 — Parmi les actes juridiques, ceux qui mettent en présence plusieurs personnes ayant des intérêts opposés¹, portent le nom de *conventions*. Celles-ci présentent une importance pratique spéciale parce que les hommes étant forcés de vivre en commun et ne pouvant se passer de leur aide mutuelle, il faut bien qu'il s'accordent. Ensuite la transaction faite entre des personnes ayant des intérêts opposés : vendeur et acheteur, bailleur et locataire, etc., a certaines chances d'être conforme à l'intérêt général, d'établir une sage moyenne.

Ces conventions peuvent servir soit à créer, soit à modifier, soit à éteindre des obligations.

¹ J'emploie cette formule pour distinguer les conventions des actes unilatéraux collectifs, (que l'on qualifie d'ordinaire actes complexes), comme le vote d'une assemblée, où les divers individus n'ont pas d'intérêts opposés. Je restreins par conséquent la définition romaine : *conventio est duorum, pluriumve in idem placitum consensus* (Dig. l. 2, t. 14, loi 1) définition reproduite par les auteurs modernes. (v. Aubry et Ran, t. IV, 5^e éd., p: 467 note 1), en tenant compte de la suite du texte qui parle de *ex diversis animi motibus in unum consentire*, et en la précisant.

Les conventions qui ont pour but de créer une obligation portent plus spécialement le nom de *contrats*.

Le contrat est donc une catégorie spéciale de convention. C'est ce qu'indique l'art. 1101 en disant : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ¹. »

M. Duguit² propose une autre terminologie et voudrait réserver le terme contrat pour les actes créant une situation juridique subjective comme une vente, le mot de convention englobant en outre les actes réglementaires comme les lois conventions (contrat collectif de travail). Mais ce trouble dans la terminologie usuelle semble inutile, le terme de loi convention répondant au besoin qu'il indique de séparer ces ententes des autres.

23. — Les publicistes les plus récents ont cherché à préciser cette notion du contrat et de la convention en disant : le contrat est l'acte juridique qui suppose : 1° un accord de volontés, 2° la création d'une situation juridique indivi-

¹ Rappr. Aubry et Ran, t. IV, 5^e éd., p. 467. — Larombière, t. I, n. 1101, n. 3. — Demolombe, t. XXIV, n. 12. — Capitant, *Introd. au dr. civil*, 3^e éd., p. 250. — Planiol, t. II, n^o 943. — Baudry et Barde, t. I, 7. — Huc, t. VII, n. 3. — Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 456. — Lomonaco, *Obbligazioni*, t. I, p. 60. — Giorgi, *Obbligazioni*, t. III, n. 5. — Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, t. IV, p. 150. — Pothier, *Traité des obligations*, n^o 3. — Cf. Beudant, n. 16. — *Code civil italien*, art. 1098. — *Code civil portugais*, art. 641. — Endemann, *Burg.*, G. B. I. § 68. — Crome, t. II, § 413. — Rossel, *Traité des obligations*, p. 25. — Oser, *Obligationenrecht*, p. 14. — Sanchez Roman, *Derecho civil*, t. IV, p. 148. — V. au point de vue historique, Ruggiero, *Istituzioni*, t. II, p. 263.

² *Transformations du droit public*, p. 130. — *Collective acts as distinguished from contracts*. *Yale Law Journal*, 1918, p. 753, où il propose de nommer unions les actes comme l'association, le contrat collectif de travail.

V. encore une autre terminologie dans Lomonaco, *Obbligazioni*, t. I, p. 5. Le contrat serait ce que nous nommons convention, et la convention, l'accord de caractère non juridique.

duelle¹. Ainsi lorsqu'un conseil municipal élit un maire et que celui-ci accepte la fonction, il n'y pas à parler de contrat. Il faut dire que l'on est en présence d'un *acte condition* qui a pu se former². La solution serait la même pour la nomination d'un fonctionnaire, qui suppose le consentement du fonctionnaire et celui de l'administrateur³, pour l'engagement militaire⁴.

Nous n'acceptons pas cette théorie restrictive du contrat, mais à notre avis, il y a dans cette conception une idée ingénieuse qu'il faut préciser. La nomination de fonctionnaire qui suppose deux volontés, et deux volontés en sens opposés est, un contrat, mais plus qu'un contrat. En ce sens que cet acte dans ses conséquences est *fortement* dominé par des nécessités de service, disons, pour parler le langage du droit privé, d'ordre public⁵.

Il faut mettre à part tout contrat de ce genre, soit en droit public où l'on en voit beaucoup⁶, soit en droit privé où on

¹ V. Jèze, *Revue de droit public*, 1910, p. 68 et *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 24 et suiv. et p. 409. — Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 426. — Hauriou, *Droit administratif*, p. 614, 7^e éd. — *Principes de droit public*, p. 145, 2^e éd. — Contra, les intéressants développements de M. Barassi, *Contratto di lavoro*, t. I, n. 131-132 et 135-136, 2^e éd.

² V. sur l'acte condition, Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 28 et suiv.).

³ Aussi les auteurs de droit public voient dans la nomination un acte unilatéral, V. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 426. — Hauriou, *Précis de dr. admin.*, p. 614, 7^e éd. — Cf. Jèze, *Principes généraux de dr. administratif*, p. 41, 1^{re} éd. — Laband, *Droit public de l'empire allemand*, trad., t. II, p. 104 et suiv. — Duguit, *l'Etat*, t. II, p. 397 et suiv. — Contra, Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, n. 192.

⁴ Jèze, *Revue de droit public*, 1917, p. 110.

⁵ V. sur la jurisprudence, P. Daresté, *Des voies de recours contre les actes de la puissance publique*, p. 2 et p. 345. — Limoges, 22 fév. 1917, *Gaz. Trib.*, 1917, 2. 445.

⁶ Meucci, *Istituzioni*, p. 190. — Cammeo, *Commentario delle leggi di giustitia admin.*

en trouve quelques-uns : le mariage¹, l'adoption, et jusqu'à un certain point, la société, l'association. Si on prend des actes unilatéraux, on citera dans le même genre l'acceptation de succession.

Ces actes se caractérisent-ils par l'absence de droit subjectif? C'est douteux en droit public². La négative paraît s'imposer en droit privé. L'époux, l'adopté, l'héritier ont un droit subjectif sujet à revendication. Il y a même pour ce dernier cas une action spéciale, la pétition d'hérédité. Il en est de même du membre d'une société ou d'une association³.

Ces actes se caractérisent-ils par la création d'un *status* : l'héritier, l'adopté, le fonctionnaire pouvant faire un nombre d'actes illimités et vis-à-vis de toute personne?⁴ C'est plus exact. Mais ce n'est que la conséquence d'un principe essentiel. Les situations de durée très prolongée ont besoin d'un respect spécial. Elles deviennent d'ordre public.

La question de l'étendue du contrat a été abordée autrement par M. Giorgi, qui se demande si le mariage, l'adoption et les contrats relatifs aux personnes sont de véritables contrats. Il admet que n'ayant que des conséquences patrimoniales indirectes, ce ne sont pas des contrats au sens rigoureux du mot⁵. Mais c'est considérer que le contrat a toujours une valeur patrimoniale, ce que nous avons réfuté⁶. D'autres auteurs : Meucci, Cammeo, vont même jusqu'à considérer que les contrats ne peuvent être que des variétés d'échange. On s'en demande la raison.

¹ Cf. Vinelli, *Puede considerarse el matrimonio como un contrato*. *Revista de derecho y legislación* (Vénézuéla) 1913.

² V. Duguit, *Manuel de dr. constitutionnel*, p. 430.

³ V. cep. Duguit, *Transformations du droit public*, p. 125.

⁴ Duguit, *Traité de droit constitut.*, t. I, p. 227. — V. cep. Jèze, *Principes généraux de dr. administratif*, p. 43, 1^{re} éd.

⁵ *Obbligazioni*, t. III, n. 7. — Contrá Barassi, *op. cit.*, n. 132.

⁶ V. *supra*, n. 5.

En résumé dans les actes dits actes conditions qui se caractérisent par la création d'une situation juridique à longue durée au profit d'une personne, il y a à la base un contrat, mais celui-ci est dominé par des nécessités spéciales¹. Qu'on accepte ou non le terme contrat, cela est secondaire².

C'est à peu près l'idée que M. Hauriou a développé en opposant le contrat pur, opération éphémère et l'institution qui peut durer indéfiniment³.

Nous rencontrons des contrats de ce genre dans les contrats de réglementation, dans les contrats qui rejaillissent à l'égard des tiers par la création d'une personne morale (société, association).

23 bis. — Le contrat et de façon plus générale la convention apparaissent aux individualistes comme des manifestations de libre volonté⁴. Cette idée générale doit être rectifiée doublement. D'abord, il faut tenir compte de ce que les contrats sont toujours conclus sous l'empire des nécessités sociales ; spécialement par suite de la division de plus en plus grande du travail, chacun est obligé de se procurer par contrat presque tout ce qui lui est nécessaire. Ensuite

¹ Nous ferons observer que la question des actes conditions ou des statuts se rattachant à un contrat, comme dit M. Hauriou, (De l'institution, Recueil de l'Académie de Toulouse, 1906), se présente principalement dans la société, l'association, en droit privé, contrats où les intérêts des contractants sont jusqu'à un certain point, communs. Ainsi on a l'impression qu'on est ici en face d'actes où par nature les intérêts des contractants ne sont pas opposés de façon si aigüe que dans la vente, le louage, etc. C'est ce qui explique ici un affaiblissement de la notion contractuelle. En droit public, pour les nominations de fonctionnaires, cet affaiblissement vient de la prépondérance de l'intérêt public.

² Cependant, M. Duguit et M. Jèze, indiquent que le consentement du fonctionnaire peut intervenir après nomination, et que la fonction détermine cependant de la nomination. — Jèze, *op. cit.*, p. 42. C'est un point accessoire.

³ *Principes de droit public*, 2^e éd., p. 200 et suiv.

⁴ V. dans un sens mixte, Sanchez Roman, *Derecho civil*, t. IV, p. 151-153.

de façon plus précise, il y a des contrats ou des conventions nécessaires. Et ici nous ne voulons pas faire allusion seulement au cas expressément prévu par l'art. 1949 civ. du dépôt nécessaire dont nous parlerons à propos de la violence (v. infra, n. 320). Dans certains cas, les parties sont bien libres de passer une convention aux conditions qui leur conviennent; mais elles sont forcées de le passer soit à la demande de l'une quelconque d'entre elles, soit à la demande d'une d'elles déterminée. Il en est ainsi du partage amiable en cas d'indivision (art. 815 civ.), de la cession amiable de mitoyenneté (art. 661 et 668 civ.), de la cession amiable avant expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841, art. 24), de l'acquisition de la servitude de drainage (loi du 10 juin 1854, art. 1^{er}), de celle de passage pour enclave (art. 682 civ.), des associations syndicales des lois du 21 juin 1865 et du 15 décembre 1888. — On peut citer de même le cas des passagers requisitionnaires à bord des navires ¹.

Dans ces divers cas, le montant des prestations, leur forme même, sont déterminés à l'amiable par un contrat. Sinon, le juge précise les conditions dans lesquelles doit se faire l'opération.

Une situation analogue se présente lorsque l'usufruitier ne peut donner caution : les immeubles sont par lui donnés à bail. Il y est obligé. S'il ne le fait pas, le juge l'ordonne et fixe les conditions du bail (art. 602) ².

On peut voir un contrat nécessaire d'une nature particulière dans la délation de serment. C'est un contrat devenant

¹ V. Thaller et Ripert, *Droit maritime*, t. II, n. 1781. — Nous ne dirons pas la même chose pour les réquisitions militaires, où il n'y a pas de cession amiable. La cour de cassation (Civ., 6 mars 1917. *Rev. du dr. public*, 1917, p. 185), refuse d'ailleurs de voir un contrat dans cette opération, qui est un acte unilatéral de l'Administration. L'entente peut seulement intervenir ensuite pour fixer la valeur de l'objet livré.

² V. sur ces locations forcées, Fubini, *Locazione di cose*, t. I, n. 168

définitif par l'acceptation de celui à qui on le défère. L'art. 1364 civ. le précise. La partie qui a déféré le serment ne peut plus rétracter lorsque l'autre partie a répondu être prête à le faire. Mais ici c'est la loi qui détermine les conditions du contrat.

On peut diviser autrement les contrats nécessaires. Presque tous supposent la volonté libre d'un contractant : l'expropriant, celui qui défère le serment, etc., seule l'indivision créant une situation qui doit forcément prendre fin, donne lieu à un contrat qui se produira forcément, de sorte que la demande en partage n'est pas pleinement libre.

Cette nécessité pesant sur les accords de volonté se rencontre dans des situations où il ne s'agit pas à vrai dire de passer des contrats, mais plutôt d'établir certains accords entre des personnes ayant des intérêts du même ordre. Lorsqu'il s'agit après la mort du déposant de remettre la chose déposée à ses héritiers, « si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir » (Art. 1939, al. 3.) Ce texte doit être généralisé : s'il s'agit pour les héritiers de recevoir une chose indivisible, à la suite d'un contrat quelconque, ils doivent s'accorder pour le recevoir. Et la nécessité de l'accord existe à tel point que si les héritiers ne s'entendent pas, le juge pourra déclarer valables les offres réelles du débiteur et amener ainsi une acceptation forcée.

A côté de ces contrats où les contractants pris sous le joug par la terrible *Anagké*, ont du moins le choix de déterminer à quelles conditions ils contracteront, sauf peut-être à n'avoir comme celui à qui l'on défère le serment qu'une option entre deux partis, voici un cortège beaucoup plus nombreux de contrats où la nécessité se fait encore plus dure, où l'une des parties n'a qu'à vouloir, et le contrat se forme. M. Duguic en a fait un large tableau¹. Ce sont tous ceux où une des

¹ *Situation des particuliers par rapport aux services publics.* • *Revue*

parties exécute ses obligations en vertu d'une obligation générale et permanente. D'une façon plus précise, ce sont tous les cas où un particulier use d'un service public, soit d'Etat, (comme lorsqu'il fait instruire son fils dans un lycée, confie une lettre à la poste, fait à la suite d'offres réelles un dépôt à la Caisse des dépôts et consignations), soit d'une unité administrative secondaire : département, ville, (par exemple lorsqu'il utilise les services d'eau, de gaz, d'électricité, de transport que la ville a organisés), d'un service public géré directement ou concédé (service de chemins de fer concédés, services de tramways, etc.). On peut y ajouter les cas où une personne passe un contrat à raison d'une situation professionnelle pour laquelle elle a un monopole : comme certains officiers ministériels vis-à-vis de leurs clients.

Mais dans tous ces cas de contrats nécessaires, prévus dans le code civil, ou par l'organisation des services publics, ou par les contrats collectifs, y a-t-il vraiment contrat ?

M. Duguit a soutenu la négative. Pour lui, il n'y a pas de contrat, car ce qui caractérise l'opération ici examinée, c'est l'absence de liberté. L'administration a promis une fois pour toutes. Si le service est concédé et qu'on analyse la concession en un contrat (v. en sens contraire infra, le chap. Contrats de réglementation), celui-ci ne peut profiter aux tiers, même par le procédé de la stipulation pour autrui, toujours parce que la stipulation est faite de façon permanente. D'ailleurs on ne peut dire que le particulier et l'Administration font leur règlement qui régit le service, car cette adhésion n'est pas libre. Ils ne peuvent contracter autrement ¹.

Alors la nature de l'opération entre le particulier et l'Administration est toute autre. Tout service public est régi par une certaine réglementation qui a le caractère d'une loi. Le particulier qui use du service utilise une faculté légale et ne

de droit public, 1907, p. 411-439.

¹ Duguit, *loc. cit.*, p. 428-431.

contracte pas plus que celui qui se présente à l'officier de l'état civil pour lui faire constater une naissance ou un décès. Le service public implique une mission juridiquement obligatoire pour les gouvernements et il est la mise en œuvre de cette mission. Les actes positifs qui créent ou organisent le service public sont des lois au sens matériel.

Tout particulier qui veut user du service public crée à son profit une certaine situation juridique, et si le service ne lui rend pas les services qu'il en attend, il peut agir en justice ¹.

Cette théorie considère qu'il ne peut y avoir contrat que s'il y a volonté libre et en outre, volonté spéciale, limitée. Elle rétrécit la notion de contrat. Elle aboutit comme conséquences aux deux idées suivantes :

1° Le contentieux de pareilles opérations portant sur l'application d'une loi est un contentieux objectif, d'où des conséquences importantes au point de vue du rôle du Conseil d'Etat ².

2° Le seul acte à interpréter étant la loi qui organise le service, les difficultés qui concerneront les rapports créés se résoudreont en interprétant la loi organique du service et non en recherchant comme pour un contrat la volonté commune des parties ³.

Nous regrettons de ne pouvoir accepter pleinement cette opinion. Elle est inexacte car elle rétrécit la notion du contrat à celle d'un petit acte temporaire et limité. L'admission des contrats de réglementation, la reconnaissance des con-

¹ *Loc. cit.*, p. 421. — Cf. dans le même sens divers auteurs allemands : Arndt, *Statsrecht*, II, p. 284-286. — Zorn, t. II, par. 30. — Mauer, *Französischen Verwaltungsrecht*, p. 49, cités par M. Gény, *Lettres missives*, I, p. 48, contra Laband. *Dr. administratif de l'empire allemand*, III, par. 73.

² V. *loc. cit.*, p. 432, la critique contre l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 déc. 1906. Rapp. sur cet arrêt, Jèze, *Revue de dr. public*, 1907, p. 680.

³ V. sur cette conséquence, Gény, *Lettres missives*, t. I, p. 41-55.

trats perpétuels¹ montrent que nous nous faisons du contrat une idée plus haute.

Nous l'avons dit plus haut (*supra*, n. 16) ce qui caractérise le contrat, c'est qu'étant un accord entre deux personnes ayant des intérêts opposés, (vendeur et acheteur, bailleur et locataire), il porte avec lui une présomption de haute valeur sociale, comme une œuvre qui a composé son comité de direction des personnalités des opinions les plus opposées.

Que trouvons-nous dans toutes ces opérations que j'ai qualifiées de contrats nécessaires ? Une volonté privée ordinaire qui représente son intérêt, mais en face un acte de volonté plus complexe : celui du propriétaire songeant à l'article du Code qui dit : on doit céder la mitoyenneté au voisin qui la demande, celui de la personne morale qui songe au texte fixant le tarif auquel elle, ville ou compagnie, va fournir l'éclairage, les transports.

De qui qu'il émane, ce texte est complexe. Il prétend établir des solutions raisonnables, c'est-à-dire conformes à l'intérêt général : en assurant l'égalité de tous devant le tarif, en supprimant ou en laissant vivre la concurrence, en permettant les améliorations du service dans l'avenir. Ainsi il se préoccupe de ces intérêts très divers, y compris celui de chaque particulier utilisant le service, qui forment l'intérêt général². Mais en même temps, et pour y parvenir, car toute fin suppose la valeur des moyens, il s'occupe des intérêts raisonnables de l'autre patrimoine intéressé au contrat : la société concessionnaire, l'administration exploitante, le propriétaire dont le mur devient mitoyen, gens qu'il ne faut pas ruiner³.

¹ V. notre note au *Sir*, 1908 I. 81.

² V. à ce sujet nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 170 et suiv.

³ Cf. Gény, *Lettres missives*, t. I, p. 49 qui observe que pour les transports portaux, l'acte de puissance publique n'a pas absorbé l'acte de gestion.

L'acte juridique a donc mis en œuvre deux volontés, non plus sur des plans égaux comme dans les contrats ordinaires, mais à des plans différents. L'une, celle de l'Administration appelée à appliquer le règlement et se prétendant champion de l'intérêt général sans négliger l'intérêt d'un patrimoine privé ou public, mais ce champion n'ose dire : cela sera, il ajoute modestement : si quelqu'un le veut, l'autre partie apporte sa volonté qui n'est pas à négliger, car elle représente un intérêt privé qui donne une note spéciale, ayant sa valeur dans l'harmonie à réaliser.

Ayant analysé l'opération, j'en conclurai pratiquement que la volonté du particulier n'est pas à négliger au point de vue de l'interprétation¹, sans que peut-être cela exclue devant le conseil d'Etat certains recours². Je verrai donc ici, ayant à classer l'opération pour les besoins de clarté de l'esprit, un contrat, mais un contrat d'une nature particulière. Le contrat se dégrade. *Natura non procedit per saltus*. Ce contrat de nature spéciale, où les volontés ne sont plus harmoniques comme dans un accord, mais se complètent comme la base et le chant, nous prépare à passer aux actes unilatéraux où une seule volonté suffit³.

Ce que nous venons de dire nous fait à plus forte raison admettre un contrat dans les cas où celui-ci a quelque chose de forcé en ce sens que des lois d'ordre public en fixent une partie du contenu, comme le contrat de travail où s'appliquent forcément certaines clauses pour l'hygiène, la sécurité, les accidents, le paiement du salaire⁴.

¹ V. infra. sur l'interprétation des contrats d'adhésion. — V. en notre sens. Gény, *op. cit.* — Rappr. Barassi, *Contratto di lavoro*, t. I, n. 140.

² V. en ce sens pour les tarifs de chemin de fer, Jossierand, *Transports*, n. 153.

³ Rappr. sur la nature des contrats avec la Poste, les services monopolisés. Barassi, *Contratto di lavoro*, t. I, n. 126-127 qui voit même ici des contrats de droit privé.

⁴ Rappr. Barassi, *Contratto di lavoro*, 2^e éd., t. I, n. 132.

Il y a également contrat dans l'hypothèse où la convention passée était obligatoirement passée à raison d'une stipulation pour autrui antérieure. Si un ouvrier mobilisable en sursis d'appel est placé dans une usine travaillant pour la guerre, le patron étant obligé de l'embaucher à des conditions fixés dans un marché de fournitures, la stipulation pour autrui faite dans ce marché par l'Etat n'empêche pas qu'il y ait contrat de travail¹.

23 ter. — Le contrat, d'après les exemples que nous avons donnés, (Cf. supra, n. 23) a pour objet principal, mais non exclusif les rapports patrimoniaux. Il vise aussi l'état des personnes (mariage, adoption). Il peut y avoir des contrats de nature morale (association). Certains de ces contrats peuvent avoir des effets spéciaux. Mais il y a avantage à les qualifier contrats pour expliquer certaines règles².

Le contrat une fois passé, il engendre souvent ici quelque chose de spécial : une institution. Rien de plus inexact que de ramener tous les contrats à un contrat ordinaire³.

23 quater. — Les contrats envisagés dans leurs contenus créent des obligations. Mais ce n'est pas là leur seul rôle pratique. Ils peuvent contenir aussi des constatations qui combinées avec d'autres faits pourront avoir des conséquences juridiques. Ainsi il est dressé amiablement un état des lieux lors de l'entrée d'un locataire dans un immeuble. On constate l'état d'une chose remise pour un transport. Un notaire constate qu'il a fait telle déclaration à son client. Un architecte fait remarquer que le terrain où il va construire est de telle nature, et le client dans ces divers cas accepte ces faits comme exacts.

¹ Cass. civ. 15 juillet 1918, D. 1918. 1. 54. D'où compétence des prudhommes pour juger les procès sur ce contrat.

² V. cep. Sanchez Roman, *Derecho civil*, t. IV, p. 145. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 286.

³ V. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 256 (à propos du mariage), p. 262 (à propos des groupements).

Ces constatations présentent importance à deux points de vue. Celui qui les a signées peut-il les contester en disant qu'il n'y a pas prêté attention ou qu'il y a eu erreur de sa part. L'affirmative est admissible sauf s'il y a faute, ce qui sera le cas pour l'inattention et souvent pour l'erreur.

Il s'agit de savoir si elles sont toujours suffisantes à entraîner la non-responsabilité. N'y a-t-il pas des cas où le professionnel, notaire, architecte, a le devoir de refuser de dresser l'acte, de refuser de construire. L'affirmative nous semble s'imposer s'il y a faute lourde à le faire.

24. — L'étude des contrats constitue une contribution à l'étude de l'acte juridique en général. Nous nous efforcerons de dégager ce qui concerne l'acte juridique en général et ce qui est spécial aux contrats en étudiant dans les chapitres suivants la formation des contrats.

Nous suivrons ainsi l'exemple même du code civil qui dans les art. 1101 et suiv. a établi une théorie des contrats qui est un aspect très important de la théorie générale des actes juridiques.

25. — Nous étudierons d'abord la théorie de l'autonomie de la volonté et de la déclaration de volonté, car il s'agit là d'idées qui dominent toute la formation des actes juridiques. Puis nous préciserons en quel sens le contrat, suppose plusieurs volontés (théorie de l'acte juridique avec soi-même). Nous verrons ensuite quelles volontés doivent se manifester dans le contrat : est-ce seulement celle de l'intéressé ou faut-il y avoir à sa place la volonté d'un autre (théorie de la représentation).

Ensuite nous verrons les conditions exigées pour la formation des contrats, les unes subjectives, les autres objectives¹. L'art. 1108 civ. indique que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de

¹ Cf. sur cette distinction, Valverde y Valverde, *Der civ. español*, III p. 224.

la partie qui s'oblige, la capacité de s'obliger, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ».

Nous réunirons les deux dernières conditions. Mais nous devons ajouter une dernière condition dont le code ne parle pas : la forme solennelle exigée pour certains actes.

Il convient encore pour donner une liste complète des conditions nécessaire à la formation des contrats de parler à côté de la solennité, de la remise de certaines choses exigées pour la formation de certains contrats : les contrats réels. Mais nous verrons à propos des avant actes (*infra*, chap. IX), si cette nature de contrat se rencontre encore véritablement dans le droit français.

Enfin certains contrats sont des contrats accessoires : ce sont notamment les contrats de garantie, c'est encore le contrat pécuniaire de mariage. Nous examinerons dans un chapitre spécial cette condition qu'ils exigent de l'existence à côté d'eux d'un contrat principal.

Au total il y a donc six questions à examiner et non pas quatre.

26. — La notion que nous donnons ainsi de l'acte juridique privé est très voisine de celle donnée par les publicistes pour l'acte juridique de droit public. M. Duguit exige en effet quatre éléments¹ : 1° la manifestation de volonté ; 2° la compétence ; 3° le but légal ; 4° la situation juridique subjective. Il faut voir sous le premier élément le consentement, sous le second la capacité, et dans le troisième, le but licite.

En parlant de « situation juridique subjective », M. Duguit veut qu'il résulte de l'acte une situation concrète, individuelle et temporaire². Nous dirons avec la terminologie

¹ *L'acte administratif et l'acte juridictionnel. Revue de droit public*, 1906, p. 413. — *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 219 et suiv. — *Rapport. Transformations du droit public*, p. 156.

² Nous faisons nos réserves sur le caractère temporaire V. à ce su-

classique qu'il doit résulter de l'acte un droit subjectif, ce qui le différenciera en droit public, de l'ordre de service, simple instruction, en droit privé de l'ordre de service donné par un patron à son subordonné, à un mandataire par son mandant, etc., actes qui ne sont que l'usage d'un droit de commandement préexistant¹.

Si l'acte juridique peut exister en droit public, les règles ordinaires ne s'y appliquent toutefois qu'aux actes de caractère privé, et non pas à certaines déclarations émanant du juge (sentence) de l'Administration (règlement des assemblée législative, lois substantielles ou formelles) que pour des raisons spéciales il faut classer un peu à part².

26 bis. — D'après l'art 1101, « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ».

Ces éléments nécessaires pour tout acte juridique sont irréductibles. On peut cependant rapprocher la volonté et la capacité qui se réfèrent plutôt à des éléments psychologiques et l'objet et la cause qui sont des éléments extérieurs ou sociaux. Mais il ne faut voir là qu'une idée générale, car il y a ici beaucoup de nuances³.

On peut, d'autre part, remarquer que parmi ces éléments,

jet notre note sur *les obligations perpétuelles*, sous Cass, 25 juin 1907. S. 1908 I. 81. — Cf. contra Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, p. 15, 2^e éd.

¹ V. sur les ordres et instructions Duguit, *Traité de dr. constit.*, t. I, p. 229 et Manuel, t. I, p. 221. — Jèze, *Nature et régime juridique des ordres de service*. *Revue de droit public*, 1906, p. 246 et *Nature juridique des circulaires ministérielles*, id. 1911, p. 684.

² Ruggiero, *Istituzioni*, t. I, p. 225.

³ Cf. sur le rôle respectif des éléments générateurs de l'obligation. *Volonté et cause* par Louis Lucas, th. Dijon, 1918. — Cimbali, *Funzione sociale dei contratti*. *Arch. giuridico*, t. XXXIII, p. 190 qui montre le rôle des forces sociales et individuelles, le côté nécessité et le côté liberté.

trois : le consentement, l'objet et la cause sont nécessaire à la formation du contrat. La capacité, l'absence de vice de la volonté ne sont nécessaires qu'à sa validité.

Le consentement a à sa base une volonté qu'il faut étudier, il faut voir si on peut lui substituer une déclaration, si elle peut s'exprimer par représentation, par acte non solennel, par le silence.

On peut aussi distinguer les éléments essentiels à tous les contrats : consentement, cause et objet, ceux essentiels à certains groupes de contrats : forme dans les contrats solennels, remise de chose dans les contrats réels, enfin ceux spéciaux à certains actes : le prix dans la vente, un acte juridique à accomplir dans le mandat, etc. A côté des éléments essentiels, les contrats ont des éléments naturels que la volonté des parties peut exclure : gratuité dans le mandat, le mutuum, garantie dans la vente, etc.

CHAPITRE PREMIER

Autonomie de la volonté et déclaration de volonté.

27. — Il est tenu compte des volontés par le moyen des actes juridiques, parce que la volonté s'exerçant dans des conditions normales peut donner une appréciation satisfaisante des intérêts en présence (v. supra, n. 15), prendre une décision conforme aux intérêts de la collectivité. Si une personne demande à louer une maison, propose d'embaucher un ouvrier, renonce à une servitude, c'est que cette maison lui convient comme habitation, que cet ouvrier a les qualités pour lui être utile, que cette servitude est inutile. Or il est d'intérêt social que les personnes aient le logement qui leur convient, que l'ouvrier soit engagé où il peut être le plus utile, que les servitudes disparaissent lorsqu'on n'en a plus besoin.

Ainsi la raison profonde de la valeur juridique de la volonté est l'appréciation heureuse des intérêts qu'elle doit contenir lorsqu'elle s'exerce dans des conditions normales. Il faut donc priver (plus ou moins énergiquement) de valeur juridique la volonté fonctionnant dans des conditions anormales. La théorie de la capacité y pourvoit déjà en s'occupant de l'anormalité durable de l'esprit. La volonté du fou, du mineur, du prodigue n'ont qu'une valeur juridique affaiblie ou même nulle.

Mais quand il y a anormalité par rapport à un acte déterminé, la loi y pourvoit par la théorie des vices de la volonté. Si la décision prise l'a été sous l'empire du dol, de l'erreur ou de la violence, elle n'a qu'une valeur très affaiblie. Toutefois on ne tient pas compte de cette pression permanente que le milieu social exerce sur les auteurs de certains actes : le prêteur imposant d'ordinaire sa volonté à l'emprunteur, l'assureur à l'assuré, le bailleur au locataire, etc. Mais par contre, là où la volonté s'est formée normalement, elle a toute sa valeur juridique¹.

C'est ce qu'on nomme le *principe de l'autonomie de la volonté*. Ce principe qui a acquis une très grande importance par suite des tendances individualistes du XIX^e siècle² consiste à prendre pour mesure presque unique en matière d'obligations la volonté. D'où des conséquences importantes sur les terrains les plus divers³. 1° les particuliers peuvent passer librement entre eux tous les actes juridiques.

¹ V. sur ce point, Duguit, *Transformations générales du droit privé*, p. 51 et surtout 83 et suiv. et la pénétrante critique qu'il fait de ces idées. — Cf. Planiol, t. I, n. 288 et suiv. — Colin et Capitant, t. II, p. 3.

² V. sur son développement au point de vue pratique, Thaller, *Le droit juridique du français*, t. I, p. 20 et suiv. — Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse Montpellier, 1913, p. 10 et suiv. ; et sur son développement doctrinal : Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, p. 30 et suiv. — Cf. Hauriou, *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre. Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1909, p. 76. — Schall, *Il volere degli parti nel negozio giuridico*, Filangieri, 1890, p. 430 et 579.

³ V. à ce sujet l'excellente thèse de M. Gounot. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912. — Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, p. 43-46. — Duguit, *L'Etat et le dr. objectif*, p. 140. — Hauriou, *Introd. au dr. administratif*, par. 2 et 3. — Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse de Montpellier, 1913, p. 134 et suiv. — Dereux, *Conceptions nouvelles du contrat. Revue critique*, 1901, p. 516. — Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th. de Paris, 1905, p. 294 et suiv. — Saleilles, *La déclaration de volonté*. — Meynial, *La déclaration de volonté. Revue de dr. civil*, 1902, spéc. p. 552 et suiv. — V. aussi, Masseran, *La liberté de l'acte juridique et*

Ils peuvent les rédiger à leur volonté, en inventer de nouveaux par des combinaisons inédites. Les conventions sont libres et n'ont d'autres limites que l'ordre public.

2° les effets des obligations sont ceux qui ont été voulus par les parties, sauf les réserves tenant à l'ordre public.

3° Ce qui est essentiel, c'est la volonté interne et la manifestation n'en est que le vêtement¹.

4° La mission du juge consiste uniquement à rechercher l'intention présumée de l'auteur de l'acte juridique. De façon générale d'ailleurs le juge ne veut rien, ne *décide* rien personnellement. Il *recherche* les volontés des particuliers, ils les reconstitue, les développe dans leurs conséquences logiques en face des événements qui se sont produits, et l'Etat donne force exécutoire à son appréciation².

5° Les obligations ne se modifient que par la volonté des parties, expresse ou tacite, formulée dès la naissance de l'obligation, ou se formulant ensuite par une nouvelle entente des intéressés.

6° Les obligations ne s'éteignent que par la volonté des parties, dans la mesure où elles l'ont voulu.

D'où au total une symétrie complète ou à peu près entre les modes de formation, de modification, d'extinction des obligations. Les mêmes volontés devront se rencontrer à chaque acte.

Enfin cette théorie donne un prodigieux développement aux volontés tacites ou implicites. Elle pousse la recherche de ces volontés jusqu'à un point où elle devient véritablement divinatoire. Notamment elle arrive à expliquer une

ses limites, thèse de Montpellier, 1904, p. 15 et suiv. — Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*. *Revue de droit civil*, 1912, p. 636. — Colin et Capitant, t. I, p. 5.

¹ V. Gounot, *op. cit.*, p. 132.

² Cf. sur le rôle du juge, nos *Notions fondamentales*, p. 519 et suiv. — V. sur l'arbitraire du juge dans la théorie de l'autonomie, Masseran, *Liberté des actes juridiques*, thèse de Montpellier, 1904, p. 43 et suiv.

série d'institutions comme la succession *ab intestat*, le régime des époux mariés sans contrat de mariage, etc., par une volonté tacite.

De façon générale elle n'admet pas que par un mode quelconque une personne soit obligée sans l'avoir au moins voulu tacitement. De même elle présume que les lois sont interprétatives plutôt qu'impératives¹.

Cette théorie n'est qu'un aspect spécial de la théorie individualiste, théorie qui considère que tout est dans la société pour l'homme actuel et par l'homme actuel².

28. — La théorie de l'autonomie de la volonté, sans être complètement fautive³ apparaît comme pleine d'exagérations, surtout à mesure que ses conséquences sont mieux aperçues⁴.

Si elle permet tous les actes juridiques, les valide dans toute la mesure voulue, sous la seule limite de l'ordre public, elle présente par cela même le défaut de toutes les doctrines libérales appliquées sans mesure. Celui-ci est partout identique, qu'il s'agisse de la liberté des actes juridiques qu'exprime l'autonomie de la volonté ou de toute autre. C'est une exagération de considérer qu'un particulier ou même deux contractants seront toujours les justes appréciateurs des intérêts collectifs⁵. Comme le dit Coviello, au-dessus de la volonté, il y a l'ordre moral juridique. D'où une réaction qui se produira sous des formes diverses⁶. D'abord par des tex-

¹ V. Gounot, *op. cit.*, p. 98. — Cf. Gény, *Méthode*, p. 550. Mais M. Gounot exagère quand il rattache au même principe le moment de formation des contrats, la difficulté vient d'absence ordinaire d'explication de la force obligatoire des contrats.

² V. Gounot, *op. cit.*, p. 319 et suiv. et les renvois.

³ V. Gounot, *op. cit.*, p. 332 et suiv.

⁴ V. Gounot, *op. cit.*, p. 138 et suiv.

⁵ V. Gounot, *op. cit.*, p. 73-80.

⁶ V. Thaller, *Vie juridique du Français*, t. II, p. 20-22. — Rapp. Valverde y Valverde, *Der civ. español*, t. III, p. 215-220. — N. Coviello. *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1897, t. I, p. 197.

tes nombreux qui considéreront comme contraire à l'ordre public toutes une série de clauses, la législation du contrat de travail en fournit de nombreux exemples. Ainsi se trouve compensée l'inégalité que le milieu social établit souvent entre contractants.

Ensuite une réaction se produit à des degrés moindres par des dispositions que la loi établit et qui s'appliqueront seulement sauf volonté contraire, ou seulement en cas de doute. Ces solutions dites les premières dispositives, les secondes supplétives sont nombreuses notamment dans le Code civil allemand¹.

Enfin une réaction se produit encore (sur un terrain doctrinal qui a son action sur le droit positif), par ce que M. Hauriou appelle l'institution² c'est-à-dire « l'organisation juridique à l'intérieur de laquelle peut se développer une personnalité subjective, mais n'est pas confondue avec celle-ci ». L'institution se traduit par des statuts, qui reposent non pas sur un échange de consentements, mais sur l'adhésion de plusieurs à un même fait : ces statuts étant en eux-mêmes de la catégorie du droit réel.

Ces statuts peuvent être fondés sur un contrat. Les sociétés par actions, les syndicats nous en offrent des exemples. Mais il y a alors plus qu'un contrat. Les volontés qui se sont réunies sont comme encâstrées dans une construction préalable qu'elles ne dominent pas complètement³.

29. — Est-ce à dire que ces réactions nécessaires soient excellentes. Il ne faut rien exagérer. Pas plus les collectivités

¹ V. Saleilles, *Introduct. à l'étude du droit civil allemand*, p. 46 et suiv. — Planck, *Burg. Gesetzbuch*, t. I, p. 21. — Hölder, *Kommentar an allg. Theil*, p. 30. — Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 196.

² V. Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, p. 187 et suiv. — *Précis de dr. administratif*, 6^e éd., p. 1 et suiv. — *L'institution et le droit statutaire*. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1906, p. 134-181.

³ Hauriou, art. p. 173, (la combinaison du statut et du contrat). — Rapp. supra, n. 22, *l'acte condition*.

que les particuliers ne sont toujours les justes appréciateurs de l'intérêt général. Heureux les hommes lorsque, par un moyen quelconque, ils obtiennent une solution satisfaisante ou même lorsque, par le mal, ils évitent le pire.

J'en dirai autant des réactions qui par le jeu plus puissant de la liberté et de l'autonomie restreignent elles aussi l'autonomie, de ces mesures qui sous le nom de lois privées et même d'actes d'autorité privée, de justice privée¹, sont une atteinte à l'autonomie courante : comme au cas où des ententes entre producteurs, des tarifs de vente imposés par les fabricants arrivent à régler les cours des produits.

Si le point de vue individualiste est dangereux, le point de vue social peut l'être autant.

Enfin il ne faut pas oublier que si la collectivité peut refréner l'autonomie, comme elle n'est pas un but en elle-même, mais qu'elle doit avoir pour souci les avantages de ses membres présents et futurs, (avantages où figure la liberté dont l'autonomie n'est qu'un aspect), elle va jusqu'à un certain point contre sa fin même, contre le bien de ses membres².

30. — La théorie de l'autonomie fondée sur le respect de la volonté réelle correspond très bien au sentiment que j'ai appelé celui de la sécurité statique³. Grâce à elle, on n'est obligé que si on le veut et dans la mesure où on le veut, elle donne à la liberté des garanties incontestables qu'on ne peut trop mettre en lumière⁴. Mais par contre elle offre des dangers au point de vue de la sécurité dynamique. Elle offre par suite des inconvénients. Car la volonté, phénomène psychique, n'est connue dans le milieu social que par des apparences. C'est à ces apparences que les tiers doivent se fier⁵. Et

¹ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 567 et suiv.

² V. Meynial, *op. cit.*, p. 568-573.

³ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 70 et suiv.

⁴ Cf. Gounot, *op. cit.*, p. 61.

⁵ Cf. Galliot, *La déclaration de volonté*, thèse Caen, 1904, p. 32.

si on leur permet de le faire, ce qui est le point de vue de la sécurité dynamique, (ce qui est en même temps le point de vue exact, car les phénomènes du droit se produisent dans un milieu social dont il faut tenir compte), ceci va conduire à se poser deux graves questions.

1° Pour ne tenir compte que des volontés apparentes, ne doit-on pas se préoccuper de leur mode de manifestation au point de rejeter tout ce qui est volonté douteuse, incertaine hors du domaine du droit. La volonté tacite, le silence ne devront-~~elles~~ pas alors être jugés insuffisants pour produire un effet juridique¹ ?

2° Pour déterminer la valeur et la portée de la volonté, ne faut-il pas, au lieu de se fier à la volonté interne et inconnaisable, se fier au fait connu, la *déclaration de volonté*. C'est, sur ce nouveau terrain, la lutte du point de vue individuel et du point de vue social qui réapparaît.

Dans l'imprécision et le silence de nos textes français sur la question, les interprètes doivent, nous le verrons, se diriger dans la voie des compromis. Chaque point de vue isolé est exagéré. Il faut chercher les conciliations, sans espérer toujours les atteindre. Pour le surplus, il n'y a d'autres guides que les tendances sociales, conscientes ou non, de l'interprète : auteur ou juge.

31. — Enfin la théorie de l'autonomie exagère la portée de la volonté qu'elle représente comme implicitement *omnisciente*. Elle ne tient pas compte de la limite moyenne de l'intelligence humaine d'ordinaire hypnotisée sur un point spécial d'une affaire, ne prévoyant pas toutes les séries de phénomènes qui peuvent en résulter. Aussi il n'est pas bon de trop rechercher des volontés implicites, présumées, lesquelles en réalité n'existent pas. Ce travail dangereux, parce qu'il prête à l'arbitraire, a provoqué lui aussi une réaction

¹ Cette question sera étudiée plus loin dans la théorie de la volonté

semblable à celle que nous avons décrite en premier lieu : on voit se dessiner une tendance de la collectivité à régler par des textes ou par la volonté du juge tous les points non réellement prévus par les auteurs d'actes juridiques, en s'inspirant de l'utilité sociale. Cette réaction qui tend à se manifester dans l'interprétation des actes¹, produit aussi des conséquences en ce qui concerne leur naissance et leur extinction. On voit se développer les lois dispositives ou même impératives pour régler suivant les nécessités sociales les conditions de formation des contrats, leur portée : la législation du contrat de travail, celle sur la vente à tempérament de valeurs à lot en sont des exemples.

32. — Le conflit le plus retentissant en droit civil entre la théorie de l'autonomie, aspect spécial des théories libérales et individualistes² et les théories nouvelles inspirées de la socialisation du droit³ est celui qui est apparu sous la forme de la lutte entre la théorie de la volonté et la théorie de la déclaration de volonté⁴ *Willemserklärungstheorie*, qui n'est

¹ V. l'excellente thèse de M. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*. — Saleilles, *Introd. au dr. civ. allem.*, p. 51. — Trad. offic. du code civil allemand, t. I, p. 317-319.

² V. sur le lien entre l'autonomie de la volonté et l'individualisme, Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 319 et suiv. — Hölder, *Willemstheorie und. Erklärungsstheorie. Iherings Jahrbücher*, tome 58, p. 101 et *Das Wesen des Willemserklärungs*, id., t. 55, p. 413. — Hellmann, *Zum Lehre des Willemserklärungs*, id. tome 42, p. 444. — Coviello, *Diritto civile italiano*, t. I, p. 349.

³ V. sur ce terme qui a fait fortune, Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 38 et suiv. et surtout, p. 75 (*la socialisation du contrat*).

⁴ V. surtout, Saleilles, *La déclaration de volonté*. — Meynial, *La déclaration de volonté*. *Rev. de droit civil*, 1902, p. 545 suiv. — Dereux, *Les conceptions actuelles du contrat*. *Revue critique*, 1902, p. 513 et suiv. — Hauriou, *La déclaration de volonté en droit administratif*. *Revue de droit civil*, 1903, p. 543. — Charmont, *La déclaration de volonté*. *Rev. critique*, 1902, p. 456. — Duguit, *Transformation du droit privé*, p. 82. — Galliot, *La déclaration de volonté*, thèse de Caen, 1903. — Tissier, *Revue bourguignonne*, 1903, p. 187. — O Bulow, *Die Gestandnisserecht*, p. 106 et suiv. — Isay, *Die Willemserklärung et*

qu'un aspect de la théorie sociale des contrats et des actes juridiques.

D'après la théorie de la volonté que Savigny notamment a défendu¹, la volonté en soi est seule importante et efficace, la déclaration faite sans volonté, sans intention ne remplit pas les conditions nécessaires pour réaliser l'acte juridique. La volonté étant l'essentiel, la déclaration n'en étant que le signe, par suite il suffit que la volonté se soit trouvée dans des conditions anormales pour être sans valeur ou d'une valeur atténuée. Donc si la volonté s'est formée par suite d'une erreur ou d'un dol, elle n'aura qu'un effet réduit. Si la volonté est sans cause, elle ne sera pas productive de conséquences juridiques. Dans son interprétation, il faudra, comme dit Savigny, « reconstituer la pensée vivante cachée sous la pensée morte »².

Le danger de cette théorie, c'est qu'on tient compte de la volonté interne, fait caché, sur lequel on ne peut faire que des suppositions. Ce système qui donne la sécurité statique, c'est-à-dire qui favorise celui qui émet la volonté en ne l'obligeant que s'il a voulu réellement, normalement et dans la mesure où il a voulu, n'est pas favorable à celui qui a connaissance de la déclaration et qui ne peut se fier qu'à ce qu'il connaît : les apparences, la déclaration.

Zur Lehre des Willemserklärungs, nach dem B. G. B. Iherings Jahrbücher, t. 44, p. 43. — Traduction officielle du code civil allemand, I, p. 117 et suiv. — Dernburg, *B. G. B.*, t. I, p. 367. — Crome *B. G. B.*, t. I, p. 411. — Plank, t. I, p. 209. — Cf. Cosaik, *B. G. B.*, t. I, par. 63-65. — Zitelmann, *Die juristische Willemserklärung. Iherings Jahrbücher*, t. XVI, p. 357. — Hölder *Willemstheorie und Erklärungstheorie Iherings, Jahrbücher*, tome 58, p. 101 et *Das Wesen des Willemserklärungs* id tome 55, p. 413. — Hellman *Zur Lehre des Willemserklärungs*, t. 42, p. 44. — Coviello, *Diritto civile italiano*, I, p. 349.

¹ *Traité de droit romain*, t. III, p. 249 et suiv., trad. Guenoux. — Cf. Windscheid, *Pandekten*, t. I, par. 69. 1. — Zitelmann, *Die Willemserklärung Iherings Jahrbücher*, t. XVI, p. 357. — Capitant, *Introd au dr. civil*, p. 252. — Chironi, *Istituzioni*, t. I, p. 95.

² *Op. cit.*, t. III, p. 249.

De là un système tout opposé : celui de la déclaration ¹. Les partisans de ce système, dit Planck, s'appuient principalement sur ceci que « la sécurité des relations exige la reconnaissance de la puissance de toute déclaration, qui d'après l'usage dominant est admise comme une déclaration de volonté ». Ils se fondent donc sur les nécessités du crédit. Il faut pouvoir se fier aux apparences sérieuses que l'on a devant soi ².

On défend moins bien cette théorie en la présentant comme l'application de cette idée plus générale que les risques de toute activité doivent retomber sur celui qui a agi³, en disant que le « risque contactuel » selon l'expression de M. Saleilles, doit être à la charge du contractant. Sans doute on se rattache ainsi à la grande théorie qui prétend dominer toutes les sources des obligations et faire peser les risques sur celui qui agit. Mais c'est une théorie extrêmement discutable sous sa forme générale et il est dangereux de s'y référer purement et simplement. Nous l'examinerons d'ailleurs à propos des délits⁴.

¹ V. not. Planck, t. I, p. 209, II, 2. — Meynial, *op. cit.*, p. 550. — Trad. offic., p. 121. — Crome, *B. G. B. t. I*, p. 411 et suiv.

Voici en quels termes précis certains auteurs allemands déterminent la théorie de la déclaration. Dans tous les cas où la déclaration a été voulue comme fait extérieur, la volonté de déclaration existe même si les conséquences de la déclaration ne correspondent pas à la volonté. On doit se tenir à la déclaration, serait-elle le résultat d'un écart entre la volonté et la déclaration, celle-ci est valable. (V. Crome, *B. G. B.*, t. I, p. 411. — Cf. Dereux, p. 528. — Saleilles, p. 2. — Galliot, p. 60). Il faut ainsi distinguer la volonté de déclaration, souvent seule jugée indispensable (*Erklärungswillen*), de la volonté des effets juridiques qui semble indifférente à ces mêmes auteurs. Le seul intérêt de cette subtile distinction, c'est de faire dire que pour les contrats compliqués, on est tenu des clauses dont on ne s'est pas fait préciser la portée.

² Sur l'importance de l'apparence, V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 68, Micescou, *Essai sur la technique juridique*, th. Paris, 1912, p. 263 et suiv.

³ V. Galliot, *op. cit.*, p. 35 et 44.

⁴ Cf. nos *Notions fondamentales*, p. 78.

De la théorie de la déclaration se déduisent des conséquences opposées aux précédentes lorsque la volonté et son expression ne concordent pas.

Logiquement la théorie de l'erreur devrait disparaître. On doit pouvoir se fier à la déclaration faite. C'était à celui qui l'a faite à se mieux renseigner. Plus généralement il doit supporter le risque de sa déclaration, de son activité.

Tandis que logiquement la théorie ancienne devrait faire toujours atteindre le but qu'a poursuivi l'agent, et tenir compte des motifs même éloignés qui l'ont fait agir, celle de la déclaration devrait borner son examen à la volonté déclarée sans aller au-delà. Elle élimine par suite la théorie de la cause dans les rapports avec les tiers tout au moins et aboutit à la théorie de l'acte abstrait.

Enfin au lieu d'interpréter la volonté du déclarant, on interprêtera sa déclaration pour en tirer les conséquences qui d'après les usages, celui qui l'a reçue en a vraisemblablement tirées.

Notons que la déclaration de volonté ne doit pas être confondue avec le fait de porter une chose à la connaissance d'une personne *dichiarazione di scienza*, comme les notifications, avis, etc., où on ne fait que manifester sa volonté de déclarer. (V. Barassi, *Istituzioni*, p. 130.)

Il y a dans la théorie nouvelle beaucoup de subtilité inutile. Quand une personne signe un contrat compliqué, sans doute d'ordinaire elle n'en voit pas les finesses, mais on peut dire qu'elle peut être considérée comme s'en rapportant à l'autre partie ou à son notaire pour les conditions du contrat¹. Par suite elle veut le contenu du contrat, comme le veut un mandant qui a donné à son mandataire des pouvoirs très larges.

Les deux théories qui se concilient lorsque la déclaration faite coïncide exactement avec la volonté du déclarant, s'op-

¹ V. Cass. civ., 20 mai 1912. Gaz Trib., 1912, 2^e sem. I. 164.

posent dès qu'il n'en est plus ainsi. La première se présente alors avec ce qu'ont de satisfaisant les théories libérales, individualistes, la sécurité statique, la seconde avec l'avantage du point de vue social, du point de vue de la sécurité dynamique. A mesure que l'on voit mieux que le droit est chose sociale, que les actes juridiques sont une nécessité de la vie sociale et non une combinaison de libres volontés qui pouvaient rester sans passer d'acte juridique, la première perd du terrain. De même, à mesure que l'activité commerciale se développe, qu'il devient plus nécessaire de se fier aux apparences, que le contrat n'est plus cette chose exceptionnelle qu'elle peut être chez un peuple de petits cultivateurs vivant sur leurs biens¹, la théorie de la déclaration gagne du terrain. Elle concorde donc mieux avec nos tendances sociales et notre situation économique².

Mais cette lutte entre deux conceptions de la sécurité ne peut se résoudre par le triomphe exclusif de l'une ou de l'autre. Si on s'occupe moins de la volonté, on troublerait trop la sécurité en ne considérant que la déclaration³. Le conflit ne pouvant ici se résoudre par l'institution d'un troisième point de vue qui concilie tout, il ne reste que le moyen de la transaction à proposer :

Aussi inconsciemment les partisans de la volonté, comme le sont implicitement les classiques français, concèdent beaucoup à la déclaration. Les Allemands, dans leur code civil, après avoir consacré l'idée de la déclaration de volonté (art. 116 et suiv.) ont dû concéder beaucoup au système de

¹ Cf. Meynial, *op. cit.*, p. 1563.

² Cette tendance à s'occuper plus de considérations économiques est ce que M. Peritch nomme tendance à la matérialisation des droits privés. V. *Revue de droit civil*, 1913, p. 107. *La matérialisation des droits privés*.

³ V. Messineo, *Teoria dell' errore ostativo*, p. 37, qui montre bien que la théorie de la déclaration arriverait à substituer à la liberté une discipline de fer. — Gounot, *op. cit.*, p. 169.

la volonté et aboutir à un système mixte¹. On a remarqué qu'il fallait au moins la volonté de la déclaration, que si celle-ci était émise malgré le déclarant, elle ne comptait pas². Comment peut se faire la transaction? Elle tend à se faire, notamment dans le code allemand, en annulant la déclaration qui s'éloigne trop de la volonté, et en suivant la déclaration qui ne s'en écarte guère, ou bien en tenant compte de la déclaration erronée seulement si le destinataire a été de bonne foi³.

33. — La conciliation entre la théorie de la déclaration et la théorie de la volonté se fait chez les partisans de la première par de simples atténuations⁴, mais chez les partisans de la seconde, elle est possible non seulement en tenant compte de la déclaration sauf mauvaise foi du tiers qui la reçoit (théorie de l'affidamento), non seulement en tenant compte de volontés implicites⁵, mais encore par un procédé dont nous verrons par la suite de multiples applications : la pénétration de la théorie délictuelle et de façon plus générale des théories extra-contractuelles dans les rapports contractuels⁶. Pour

¹ V. Charmont, *Rev. critique*, 1902 p. 460, qui constate ici la convergence des théories opposées. — Trad. officielle du code allemand, t. I, p. 121. — Meynial, *op. cit.*, p. 563 et suiv. — Saleilles, p. 5. — Chironi e Abello, *Dir. civile italiano*, t. I, p. 388-391. — Cf. sur l'utilité d'un système mixte : Gounot, *op. cit.*, p. 146.

² Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 137.

³ V. Barassi, *Notificazione*, p. 58.

⁴ Ainsi on exige tout au moins la volonté de la déclaration. V. Dereux, *Conceptions actuelles du contrat. Revue critique*, 1901, p. 528. — Galliot, *op. cit.*, p. 60.

⁵ Cf. sur ce point, Dereux, *Conceptions actuelles du contrat. Revue critique*, 1901, p. 517.

⁶ V. en ce sens, Coviello, *Dir. civ. italiano*, t. I, p. 352. — Chironi, *Istituzioni*, t. I, p. 96. — Chironi, *Colpa extra contrattuale*, t. II, n. 426. — V. un exemple, Req., 26 fév. 1918. S. 1918-19, I. 156.

Ce n'est d'ailleurs pas la seule façon d'envisager la pénétration de la responsabilité délictuelle dans le droit des contrats. Au point de vue de l'exécution de ceux-ci on peut aussi se demander si le débiteur responsable contractuellement ne pourrait pas aussi être considéré comme responsable délictuellement si on trouve avantage à le faire. V. Bon-

ceux qui conçoivent qu'en principe l'homme est libre, qu'il ne se trouve lié que par la loi ou par sa volonté juridiquement efficace, les théories de l'obligation contractuelle doivent rester sans compénétration. Je suis libre, je dois m'abstenir de toute faute, c'est-à-dire dans chaque circonstance suivre les règles de prudence habituelle, ne pas aller trop vite et sans faire attention dans les passages fréquentés, ne pas faire réparer mon toit sans prévenir les passants, etc. Mais il est difficilement admissible que dans la période des pourparlers en vue d'un contrat je sois continuellement enchaîné par l'impossibilité d'agir de telle façon sans être considéré comme en faute et tenu à réparation. C'est créer autour du cercle de l'obligation contractuelle une zone d'obligation délictuelle qui va atteindre ma liberté.

Mais à mesure que le droit apparaît mieux dans son caractère social, c'est-à-dire dans son aspect de réglementation des frottements sociaux et non plus de limite de la liberté, le point de vue change. Il n'y a pas eu de contrat, il y a eu des apparences de contrat, des pertes en sont résultées, qui doit les supporter ? Voilà la façon nouvelle de prendre le problème.

On se demande qui, de la personne qui a créé l'apparence ou des autres, doit supporter les conséquences ¹ ?

Cette formule est presque celle qu'on adopte quand on parle aujourd'hui de responsabilité délictuelle. On se demande qui, de la victime ou de l'auteur de l'acte, doit supporter la perte, les risques. On arrive donc à dire que toute action au cours de pourparlers, en outre de sa valeur pour la conclusion du contrat, a une valeur au point de vue de l'ap-

net. *Responsabilité délictuelle et contractuelle*. *Revue critique*, 1912, p. 418. — Cf. Ripert, *Ex. doct.* *Revue critique*, 1914, p. 200. — Rapport sur ces questions, Cimballi, *Funzione sociale dei contratti Arch. guir.* t. XXXIII, p. 213 et infra tome II.

¹ V. Ihering. *Culpa in contrahendo*. Œuvres choisies, trad. Meulenaère, t. II, p. 32.

plication de l'art. 1382 civ. On diminue donc la liberté. C'est la conséquence forcée de notre droit social moderne¹.

Comment s'applique ici l'art. 1382? Où est la faute? Quelle en est la conséquence? Il faut examiner les deux systèmes proposés pour résoudre la question: celui de la *culpa in contrahendo*, et un système plus radical moins nettement défini.

34. — Le système de la *culpa in contrahendo*, tiré par Ihering du droit romain, consiste à donner dans une certaine mesure l'action du contrat contre celui qui a contribué par son fait à ne faire qu'un contrat apparent².

La faute peut être évidemment très légère. Elle peut consister simplement à avoir de bonne foi « contracté sans pouvoir prêter les conditions de la validité du contrat dans sa personne et induit l'autre partie en erreur par la fausse apparence de ce contrat³ ». C'est quelquefois une faute si faible qu'on parlerait ici volontiers de risque d'activité. Mais ce risque, si risque il y a, a, chose curieuse, ce résultat de favoriser la sécurité dynamique. On peut se fier désormais aux apparences de contrat.

Comme l'a finement noté Ihering, ce système n'est pas un système de protection de la bonne foi, à proprement parler, car celui qui a créé l'apparence peut être de bonne foi, lui aussi⁴. On protège de préférence celui qui a l'apparence parce que notre époque moderne favorise les contrats, opérations

¹ V. une application de ces idées, l'art. 1382 étant invoqué pour fixer l'étendue d'un cautionnement, Paris, 13 juin 1913, Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2. 387. — V. de même, Rouen, 25 juin 1913, id., 2. 400. — Lyon — Caen et Renault, t. IV, n. 589.

² V. surtout à ce sujet Ihering, *Culpa in contrahendo*, loc. cit. — Baudry et Barde, t. I, n. 362. — Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2^e éd., p. 170-177. — Bufnoir, p. 596. — Legros, *Théorie générale de la responsabilité en cas de nullité du contrat*, th. Dijon, 1900. — Thaller, *Vie juridique du Français*, t. II, p. 39.

³ Ihering, *op. cit.*, p. 38.

⁴ p. 31.

nécessaires à la vie sociale, dont la seule apparence détermine des actions qu'il faut protéger. C'est en vertu de cette même idée que l'on réagit aujourd'hui contre les effets absolus des nullités¹. Celles-ci ne produisent plus que les conséquences indispensables, elles sont aussi peu que possible le néant juridique.

35. — Ihering donne pour base à la responsabilité la faute contractuelle et non la faute délictuelle². Il se fonde pour cela non seulement sur les textes romains, mais sur ce que l'on admet la responsabilité pour des faits qui ne seraient pas délictuellement des fautes, comme une erreur d'écriture.

Mais selon nous, il n'est pas nécessaire pour cela de parler de faute contractuelle, ce qui supposerait au moins la capacité contractuelle du promettant³. On pourrait dire que les pourparlers créent des obligations spéciales de prudence, comme le fait qu'une rue est à un moment très encombrée impose des obligations aux conducteurs de véhicules.

L'obligation de s'abstenir de certains actes, d'éviter certaines erreurs n'est pas une. Elle varie suivant les circonstances. C'est ce qu'on ne saurait trop observer. L'état de pourparlers crée des obligations particulières qui ne viennent pas de contrats tacites purement imaginaires qui, examinés de près se ramèneraient à une obligation unilatérale⁴,

¹ Ihering, p. 27. — V. Piédelièvre, *Les effets produits par les actes nuls*, thèse Paris, 1911. — X. Perrin, *La Conversion des actes juridiques*, thèse Dijon, 1911. — Salla, *La conversione dei negozi giuridici*. — Vosz, *Die Konversion*, Rostock, 1905.

² *Op. cit.*, t. I, n. 11, p. 25. — Chironi, *Colpa contrattuale*, n. 46 bis. — Cf. L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*. Filangieri, 1900, p. 721.

³ Ce système est adopté par Windscheid, § 307 note 5, par Chironi e Abello. *Diritto civile*, t. I, p. 392, qui parlent de garantie, de relation spéciale qui a pour but la promesse de ne pas s'induire en erreur. — V. de même Baudry et Barde, t. I, n. 362. — Demante et Colmet de Santerre, V. n. 16 bis. — Giorgi, t. IV, n. 69. — Chironi, *Colpa extra contrattuale*, t. II, n. 426. — Cf. Saleilles, *Obligation*, n. 153-161.

⁴ V. Saleilles, *op. cit.*, n. 157.

mais de ce principe : il ne faut pas nuire par imprudence¹.

En résumé, il y a pour nous une obligation, non pas légale, la loi gardant le silence, mais imposée par la raison, de réparer le préjudice causé par les pourparlers qui n'ont pas abouti par le fait d'une des parties². Nous sommes en face d'une obligation qui n'est pas contractuelle, ni même véritablement délictuelle, si on entend par là que le déclarant de bonne foi sera irresponsable³. Cette obligation pourra peser même sur des incapables⁴. Etant indépendante de la convention, elle aura la même mesure dans tous les contrats⁵.

Le code civil a fait de cette obligation une application dans l'art. 1599. Le vendeur de la chose d'autrui est responsable dans tous les cas, même s'il est de bonne foi⁶. Il faut en dire autant s'il y a nullité du contrat pour erreur.

36. — Quelle sera l'étendue de la réparation due ?

Ihering a formulé ici sa théorie fameuse du *Negative Vertragsinteresse*⁷. Il distingue entre l'intérêt du tiers au maintien et à l'exécution du contrat et son intérêt à la non conclusion du contrat. Le tiers aura droit au remboursement des frais que le contrat apparent lui a causé : frais de transport des marchandises, d'emballage, de timbre, de douanes, de pourboires usuels, etc., mais il se verra refuser le gain qu'il comptait réaliser. Les impenses faites à la chose qu'il a livrées par l'acheteur, le locataire, la garantie du chef d'éviction dont il est tenu en cas de revente entreront en ligne

¹ L'idée d'une responsabilité délictuelle est classique en France, v Pothier. *Obligations*, n. 19. — Larombière, art. 1110, n. 12. — Demolombe, t. XXIV, n. 103. — Polacco, *Obbligazioni*, n. 118 bis.

² V. Saleilles, *Obligations*, n. 157 *in fine*.

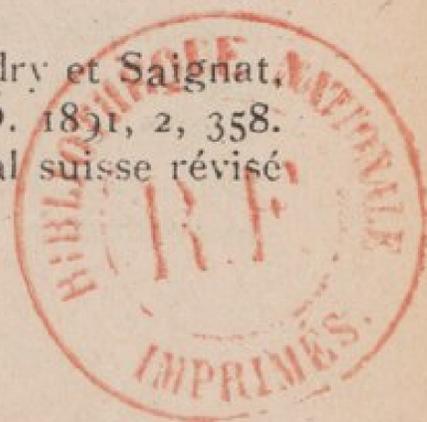
³ Cf. Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat*. Revue critique, 1899, p. 361.

⁴ V. en ce sens. Polacco, *Obbligazioni*, 2^e éd., p. 515.

⁵ Saleilles, *op. cit.*, n. 160-161.

⁶ Aubry et Rau, t. V, 5^e éd. par. 351, note 45. — Baudry et Saignat, n. 119. — Saleilles, n. 161. — Bruxelles, 3 janv. 1891, D. 1891, 2, 358.

⁷ p. 16 et suiv. — Cf. en ce sens, art. 26. Code fédéral suisse révisé des obligations. V. à ce sujet, Rossel, p. 56.



de compte, on peut même se préoccuper de ce que la conclusion du contrat apparent a empêché le tiers de faire un gain : soit qu'il ait repoussé une autre occasion de conclure le contrat, soit qu'il ait seulement négligé d'en chercher une en temps utile. Ainsi en serait-il d'un hôtelier chez qui on a arrêté des chambres et qui refuse d'autres personnes.

Si quelquefois l'intéressé négatif s'élève aussi haut que l'intéressé positif, ce n'est que l'exception. D'ordinaire l'intéressé positif n'est pas enlevé, mais retardé. Le tiers dont la vente est annulée reprend ses marchandises et en sera quitte pour trouver un autre acheteur. Il n'en sera autrement que pour des articles qui se démodent ou se gâtent rapidement. En tous cas Ihering s'élève contre la prétention de procurer au tiers la chose promise elle-même ou son équivalent, de sorte qu'il n'y ait plus de différence entre le contrat valable ou nul¹.

Mais d'autres auteurs vont plus loin qu'Ihering. Chironi fait, comme lui, de la *culpa in contrahendo* une faute contractuelle². Mais il en tire plus nettement les conséquences. Entre le déclarant et le destinataire de la déclaration, il y a une relation spéciale qui a pour matière et pour fin d'éviter toute erreur. Cette obligation peut être appelée obligation de *diligentia*. Il y a responsabilité si l'on manque à la diligence dont on est tenu dans l'exécution du contrat, à la naissance duquel la responsabilité se réfère. Ainsi elle n'exis-

¹ v. de même Bufnoir, p. 604 qui, pour éviter ce résultat se refuse à voir dans cette responsabilité une responsabilité contractuelle.

² *Colp. contrattuale*, p. 12 à 19, p. 100, note 1. V. au surplus sur sa théorie, Chironi e Abello, *Diritto civile ital.*, t. I, p. 392-394. — Cf. Scialoja, *Volonta e responsabilita*, *Arch. giurid.*, t. XXV, p. 457. — Chironi, *Colpa extra contrattuale*, t. II, n. 426, où il paraît admettre la faute délictuelle. — Chironi, *Questioni*, 2^e édi., t. I, p. 285 (La responsabilita e la garantia nella formazione dei contratti) applique ces idées en disant que l'on doit être responsable de la non existence de l'objet qu'il y a là *culpa re ipsa*. De même si par le fait du destinataire, une lettre d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé, le contrat se forme cependant.

tera pas si le tiers à qui on fait la déclaration est de son côté en faute quand il n'a pas vu ce qu'il pouvait voir. En tous cas il faut conclure à l'existence de l'acte juridique dans les cas où la volonté ne donne pas ce résultat, si toutefois la loi le dit. Chironi rapproche donc davantage la situation, au point de vue de ses conséquences, d'un contrat sous entendu. Mais on ne s'explique pas la restriction qu'il indique, et qui consiste à ne maintenir le contrat qu'exceptionnellement. Pour nous il faut le maintenir de façon plus générale.

C'est à ce système qu'arrive inconsciemment la jurisprudence française, quand une personne a créé une situation telle qu'il en résulte pour une autre l'apparence d'un contrat.

On semble être d'accord pour protéger celui qui a été victime d'une apparence d'acte juridique. Mais dans quelle mesure fait-il le protéger ? C'est le point qu'il faut d'abord examiner, pour dégager ensuite la nature juridique qu'il convient de donner à cette institution.

Ihering tient compte uniquement de l'intérêt à ne pas contracter. Ce n'est qu'un système insuffisant, s'expliquant parce qu'il s'agissait d'une première tentative contre les idées traditionnelles. Dans tous les cas où on apprécie l'indemnité due, on tient compte du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*, qu'il s'agisse de dommage en matière contractuelle ou en matière délictuelle. Pourquoi en serait-il autrement ici ?

La forme que tend dès lors le plus naturellement à prendre la réparation, c'est celle du maintien de la déclaration qui a été faite. C'est ainsi que la jurisprudence arrive finalement à ne pas tenir compte de l'erreur unilatérale, ou du dol que la prudence et la science professionnelle de la victime lui mettaient de reconnaître. (V. infra.) La déclaration est maintenue. Ce système beaucoup plus simple que l'intérêt négatif de Ihering devait l'emporter sur un système subtil.

Il est acceptable en soi, mais sa simplicité fait qu'il est parfois un peu brutal. Nous l'admettrons donc sous cette réserve qu'il n'y a pas faute du côté du destinataire de la déclaration, car sans cela il serait juste de tenir compte des principes de la faute commune, d'atteindre chacun dans la mesure de sa faute, ce qui amène forcément la chute de la déclaration et une allocation modérée de dommages intérêts¹. Nous ferons chemin faisant diverses applications de ces idées. Sinon nous admettrons que la conséquence de la faute est de faire tenir pour valable le contrat qui ne l'est pas².

37 bis. — Au point de vue du droit positif soit français, soit italien, le système qui paraît le plus exact est celui que nous venons de développer : c'est-à-dire celui de la volonté, avec d'importantes atténuations résultant de la responsabilité. Les articles du code en admettant la théorie de l'erreur du dol, de la violence, ceux qui règlent l'interprétation des contrats concordent bien avec le système de la volonté et difficilement avec le système de la déclaration, ou même celui atténué de l'*affidamento*.

Venzi³ propose un autre système. Il y a nullité s'il n'y a pas volonté de déclaration (simple mouvement labial) ou s'il y a volonté de déclaration, mais si la déclaration ne correspond pas à la volonté dans un cas où l'acte vaut par celle-ci seule, sans relation avec une autre volonté (occupation, *derelictio*, etc.). Dans les autres cas, il se refuse à tenir compte de la *culpa in contrahendo*, comme établissant une responsabilité sans faute. Il n'admet la responsabilité que s'il y a

¹ Bufnoir, p. 604, observe avec raison que si on commande par erreur une toile à l'homonyme d'un peintre célèbre, on ne devra payer que la valeur vénale de ce tableau et non le prix dû au peintre célèbre. Mais évidemment ce cas est un peu exceptionnel.

² Cf Ceresolle, *Le dommage et sa réparation*, thèse Lausanne, 1910, p. 84. Ce point sera repris par nous à propos des délits.

³ Note sur Pacifici Mazzoni, 5^e éd., t. II, p. 413 et suiv.

faute du déclarant. Ces distinctions nous semblent ne pas découler nettement des principes généraux, car un acte unilatéral peut créer une apparence que l'on eût obligé de maintenir.

37 ter. — En même temps que ce principe, il faut poser cet autre que celui qui par sa faute a pu faire croire à un tiers qu'une opération juridique était faite par lui ou en son nom doit être tenu à réparation en ce qu'il sera tenu de regarder cette opération comme ayant été régulièrement passée. En effet, l'art. 1382 civ., n'ayant pas précisé la forme de la réparation, celle-ci doit avoir lieu sous la forme la mieux adaptée. Ainsi en est-il si un banquier laisse traîner un chèque de sorte qu'un de ses employés a pu le toucher¹, ou si un banquier a par sa faute permis à un de ses employés de toucher un mandat-poste², ou s'il a laissé à la disposition d'autres personnes sa griffe³, ou si un notaire a laissé utiliser son sceau⁴.

Il en serait de même si une société ayant des titres prêts à émettre a par sa faute permis à des employés de les céder au public.

On peut donc poser ce principe : *la faute peut engendrer des situations juridiques semblables à celles qui dérivent d'un contrat.*

Ce principe basé sur l'art. 1382 nous permet de tenir compte non seulement de la faute lourde, mais encore de la faute légère. Et cela rend inutile d'adopter le système d'une

¹ Rouen, 25 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2^e sem., 2. 400. — Rappr. *Trib. Seine*, 7 juin 1864. D. 1864 3. 93. — Paris, 1^{er} juillet 1870. S. 1870. S. 1870. 2. 188. — *Trib. Seine*, 3 janv. 1896. D. 1896. 2. 80. — Lyon-Caen et Renault, t. IV, p. 589. — Rappr. en cas d'aval sur un billet qui est ensuite majoré, Paris, 13 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2^e sem., 2. 387.

² Req., 27 avril 1911, D. 1914, 1. 48. — Req. 29 avril 1911, D. 1914. 1. 48.

³ Req. 15 nov. 1845, D. 1846. 1. 32.

⁴ *Trib. Seine*, 17 nov. 1907, D. 1908, 5. 55.

responsabilité légale de toute personne qui a proposé le contrat et induit l'autre en erreur ¹.

Il semble difficile de donner ici une action fondée sur le contrat. C'était bon à Rome où l'absence de l'art. 1382 obligeait à des subtilités, à des fictions pour arriver au but souhaité. Mais chez nous, pourquoi copier servilement les développements d'Ihering sur le droit romain ? Pourquoi chercher un appui dans l'art. 1599 civ. qui pour une vente nulle admet cependant une action en dommages intérêts et y voir une survivance de l'action du contrat ? Cela nous semble inutile ².

38. — Le système de la déclaration de volonté paraît l'emporter aujourd'hui pour expliquer les actes de droit administratif et leurs effets. Les nécessités d'ordre public si puissantes ici font admettre qu'on tiendra compte surtout de la volonté déclarée³ : le droit administratif envisage les actes administratifs et non en principe les personnes qui les ont faits. L'utilité à écarter la théorie de l'erreur, à donner ici une interprétation plus stricte de l'acte, à ne donner effet qu'à la volonté émise ou extériorisée de façon matérielle, conduisant à cette conclusion. Mais là encore on reste à mi chemin. On ne peut écarter ni la théorie du but licite, ni celle de certains vices du consentement⁴. Ainsi le droit public comme le droit privé fait une place à la théorie de la déclaration, mais ne peut l'adopter toute entière.

39. — La théorie de la déclaration de volonté qui s'est développé en Allemagne et a été consacrée avec des atténuations

¹ V. sur ces divers systèmes, Saleilles, *Obligation*, n. 169.

² V. Planiol, t. II, n. 1426. — V. cep. Saleilles, *Obligation*, n. 161 — Aubry et Rau, t. IV, § 351, note 5, 4^e éd.

³ V. Duguit, *Traité de dr. constitutionnel*, t. I, p. 221. — Jèze, *Principes généraux de dr. administratif*, p. 61, note 3. — Hauriou, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, *Revue de droit civil*, 1903, p. 543, surtout p. 564 et suiv.

⁴ Haurion, *loc. cit.*, p. 572 et suiv.

tions par le Code civil allemand qui a un titre spécial intitulé « La déclaration de volonté »¹ a pénétré également dans les autres pays, mais elle y pénètre difficilement ou semble même négligée.

En Autriche, Krainz paraît partisan de solutions mixtes, mais il ne pose pas le problème dans son ampleur².

En Italie, où les auteurs l'ont assez longtemps négligée, nous voyons les écrivains contemporains lui faire place dans leurs traités³. Ils établissent que « dans l'acte juridique, la volonté qui le constitue et la seule dont on a à rechercher l'existence et l'étendue est la volonté déclarée, et aucune autre, parce que dans la déclaration on comprend le premier moment où la volonté est efficace..... le déclarant a voulu ce qu'il a déclaré vouloir ». (Chironi et Abello).

En Suisse, le code révisé des obligations ne parle pas de la déclaration de volonté, mais il en consacre quelques conséquences : comme le caractère obligatoire de l'offre. Ailleurs il applique la théorie de la volonté, comme pour l'interprétation ou par la théorie de la *culpa in contrahendo* (art. 26). Cependant les auteurs de la Suisse allemande emploient volontiers le terme de *Willemsklärung*⁴, mais sans y attacher une importance spéciale.

En Espagne, M. Valverde y Valverde⁵ après avoir examiné les deux théories reste fidèle au système de la volonté. En Portugal, la théorie semble à peu près laissée de côté.

En droit anglais, on consacre au moins cette application

¹ Art. 116 à 144. — V. l'ouvrage de Saleilles, *La déclaration de volonté*.

² Krainz, *System*, t. I, p. 275 et suiv.

³ Chironi e Abello, *Diritto civile italiano*, t. I, p. 388. — Cf. Scialoja, *Dichiarazione unilaterale di volonta*, *Riv. di dir. commerciale*, 1904, p. 370. — Messinò, *Terria del errore ostativo*, p. 15 et suiv. — Contrá Coviello, *Dir. civ. italiano*, t. I, p. 352.

⁴ V. Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, p. 26, note 3 et 31, note 6.

⁵ *Derecho civil espanol*, t. I, p. 441.

de l'idée de déclaration que si une déclaration indique raisonnablement une certaine intention, on ne peut dénier l'existence de celle-ci contre la partie qui de bonne foi a fait un acte en conséquence¹. L'idée en apparaît aussi dans la théorie de la persistance de l'offre tant que rien de contraire n'apparaît².

¹ Jenks, *Digest.*, I, p. 32. — V. Cohen, *Contrats par correspondance en droit français, anglais, et anglo-américain*, th. Paris 1921, p. 16 et suiv.

² Continuing offer., V. Cohen, *op cit.*, p. 22. — Rappr. sur l'erreur dans l'offre par télégramme, Cohen, p. 74.

CHAPITRE II

De l'acte juridique avec soi-même.

40. — Par *acte juridique avec soi-même* on entend parfois l'absence de véritable acte juridique. Ainsi on dit qu'une personne est son propre assureur pour dire qu'elle n'est pas assurée¹.

Au sens précis du mot l'acte juridique avec soi-même ou plus spécialement le contrat avec soi-même vise principalement le cas où une personne prétend contracter ou faire une convention à elle seule parce qu'elle y figure en son propre nom et au nom d'un tiers qu'elle représente, ou comme représentant de deux personnes : un tuteur voulant se louer à lui-même un bien du pupille, etc.², ou encore parce que la

¹ Cf. Gierke, *Z. für Handelsrecht*, 1907, t. II, p. 41. Ainsi un copropriétaire prend à bail un immeuble à ses co-proprétaires. Pour sa part, il n'y a pas bail et les autres peuvent s'entendre pour lui donner congé, Trib. de Baugé, 30 juin 1910, D. 1912, 2. 211. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 1002. — Rouen, 15 avril 1897, S. 98, 2. 241 et note de M. Dalmbert. — V. Baudry et Wahl, *Lonage*, t. I, n. 1242. — Cf. Brugi, *Locazione conduzione fra comproprietari della cosa. Melanges Scialoja*, t. II, p. 137.

² Rümelin, *Das Selbscontrahiren des Stellvertreters*. — Römer, *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst. Z. für Handelsrecht*, 1874. — Gouget, *Contrat avec soi-même*, thèse de Caen, 1903. — Arno, *Il contratto con se medesimo. Archivio giuridico*, 1896, p. 19. — Trad. offic. du code civil allemand, art. 181. — Morel, *Commissionnaire contre partiste* (thèse de Lille, 1904), p. 277 et suiv. — Weid-

personne qui agit a une partie de son patrimoine soumise à un régime spécial (dot, succession bénéficiaire). On entend aussi accessoirement par là l'hypothèse où un débiteur entend se lier envers un créancier qui ne sera déterminé que plus tard, de sorte que provisoirement il n'y a pas de créancier et le débiteur semble en soutenir l'ombre. C'est le cas de la *dette foncière* (*Grundschild*) du droit allemand (art. 1196. code civ. allem.).

Le problème doit être examiné successivement au point de vue technique et au point de vue pratique.

On peut au préalable observer que ce problème est voisin de celui du droit vis-à-vis de soi-même. On admet, soit en matière réelle, soit en matière personnelle, que le cumul des qualités opposées chez la même personne produit une confusion. Mais, si celle-ci est plutôt une impossibilité d'agir qu'une véritable extinction, il semble déjà que le droit vis-à-vis de soi-même n'est pas inconcevable à titre de virtualité¹.

41. — Au point de vue technique, on s'est demandé souvent si le contrat ou l'acte juridique avec soi-même était compatible avec la théorie des obligations², si, de même qu'on ne peut avoir de droit réel démembré de la propriété sur sa propre chose, il n'y avait pas impossibilité pour la même raison de traiter une affaire avec soi-même.

Le problème est mal posé : il s'agit d'après nous, tenant compte des nouvelles méthodes d'interprétation, de nous demander si l'acte juridique avec soi-même est parfois utile. Si

mann, *Selbsteintritt des Kommissionars*, thèse de Zurich, 1908. — *Le commissionnaire contre partiste*, thèse de Paris, 1903. — Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, p. 521 et suiv. — Pilon, *Représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1898, p. 155-174. — Pranzataro, *Le esagerazioni della teorica del auto-contratto nella moderna dommatica*. Mélanges Fadda, t. III, p. 25.

¹ V. les cas envisagés dans les art. 694 civ. (destination du père de famille) et 1251, n. 2 civ. (subrogation légale).

² V. pour l'affirmative, Pilon, *Représentation dans les obligations*, p. 155 et suiv.

l'affirmative est admise, le code étant muet sur la question, la seule théorie acceptable des obligations est celle qui permet de le reconnaître licite. La construction technique doit se plier à l'utilité pratique; et ce n'est pas l'inverse qui est vrai.

Nous indiquerons plus loin les inconvénients de fait que présente l'acte juridique avec soi-même dans certains cas tout au moins. Mais nous devons constater qu'il présente des avantages précieux. C'est d'abord sa rapidité, un acte passé ainsi sera plus rapide que s'il faut faire désigner un représentant *ad hoc*. Et dans notre vie moderne, toute économie de temps est précieuse¹. Ensuite sans lui certaines opérations juridiques seraient parfois impossibles, alors qu'elles sont avantageuses et commandées par une sage gestion de patrimoines en présence. Ainsi un tuteur peut être la seule personne à qui l'on puisse louer l'immeuble de son pupille.

Aussi la loi elle-même implique-t-elle la possibilité de l'acte avec soi-même. On peut citer en ce sens l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 qui permet à un administrateur de société de traité avec celle-ci après l'autorisation de l'assemblée des actionnaires ; le décret du 7 octobre 1890 qui permet aux agents de change le marché par application avec quelques formalités (art. 43). Mais comment ce phénomène peut-il s'expliquer² ?

D'après Römer, le contrat avec soi-même s'explique parce que nous rencontrons bien les deux volontés habituelles dans le contrat. Aujourd'hui le droit admet la représentation parfaite, c'est-à-dire qu'un mandataire parlant au nom d'un tiers, tout se passe comme si celui-ci avait voulu. Cela entraîne l'admissibilité du *selbscontrahiren*, acte qui par hv-

¹ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 111 et suiv. — Cf. Serafini, *Archivio giuridico*, t. 43, p. 259.

² Nous rejetons d'abord l'idée de Pranzatoro qui y voit une offre à personne indéterminée, car ceci ne vise pas le contrat, mais un moment antérieur au contrat.

pothèse ne pouvait se présenter auparavant. « En effet, si la volonté du représentant vaut comme celle du représenté, il faut nécessairement reconnaître que dans les contrats avec soi-même deux volontés d'égale valeur sont en fonctions ¹. »

Cette opinion est insuffisante à expliquer le contrat avec soi-même en dehors de la représentation : par exemple, l'acte juridique que l'héritier bénéficiaire fera en son nom avec la succession qu'il administre : pour se payer une dette de la succession envers lui, transiger avec la succession, etc. Elle n'explique pas davantage les actes juridiques avec soi-même, comme le fait de se constituer un bien de famille insaisissable, où l'on modifie la qualité de son bien.

En outre elle ne cadre pas avec les théories actuelles sur la représentation où on admet que la volonté qui domine est celle du représentant et non celle du représenté ².

D'après Arno, le contrat avec soi-même s'explique par la transformation de l'obligation depuis le droit romain, Depuis que l'obligation ne s'exécute plus sur la personne, mais seulement sur les biens, elle a évolué. Dans les obligations il y a aujourd'hui plutôt qu'un rapport entre personnes un lien entre deux patrimoines. Dès lors le contrat se caractérise plutôt par la mise en rapport de deux patrimoines que par la présence de deux volontés. Entre le fait d'une personne pouvant disposer de deux patrimoines et le cas où chacun des deux patrimoines est à la disposition d'une volonté spéciale et distincte, il ne peut exister une assez grande différence pour empêcher qu'on ne puisse arriver à un résultat identique³.

On déduit de là cette conséquence que le *selbscontrahiren*

¹ Römer, *loc. cit.* p. 67 et suiv. — V. Dernburg, *Pandekten*, t. I. par. 119, note 15. — Mitteis, *Lehre von der Stellvertretung* p. 197.

² V. infra, chap. III.

³ V. Arno p. 24-25. — Gouget, p. 62-73.

constitue en cas de mandat une opération directe du représentant avec le représenté¹.

Cette théorie tire du caractère patrimonial des obligations des conséquences exagérées. Elle confond en effet acte juridique et contrat. Tout acte juridique créant, modifiant ou éteignant une obligation met en rapport divers patrimoines, ce n'est pas pour cela un contrat, il faut pour ce dernier quelque chose de plus : ce que la doctrine classique appelle le concours de volontés. Ce n'est pas par ses effets, identiques à ceux des autres actes juridiques, mais par sa formation que le contrat se caractérise.

42 Nous admettons cependant la validité du *selbstcontrahiren* parce que cela est utile. Quant à sa construction technique, nous y voyons avec Rümelin, avec Barassi², un acte unilatéral, car il ne présente pas le caractéristique du contrat : le choc de volontés opposées qui ont fini par s'accorder. Il n'a pas le caractère qui le rend respectable. Mais on peut admettre la validité d'actes unilatéraux là où la loi a gardé le silence³, sauf à les prohiber dans les cas spéciaux où ils présenteront de trop grave inconvénients pratiques. Ces actes unilatéraux n'auront force juridique que dans les cas où leur maintien présentera une utilité sociale.

Au point de vue technique, Rümelin⁴ a présenté une théorie assez proche de la vérité indiquant le *selbcontrahiren* comme un acte unilatéral produisant les effets d'un contrat. Il est inadmissible de décider qu'une personne seule peut conclure des contrats. Mais elle peut faire un acte unilatéral qui

¹ D'où devrait découler notamment le refus du droit de commission si le représentant est commissionnaire.

² *Istituzioni*, p. 132. — V. aussi, Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5^e éd., t. IV, p. 255.

³ V. supra. et not pour l'obligation unilatérale. — contra, Barassi, *Istituzioni*, p. 132.

⁴ *Op. cit.*, p. 15 et suiv. — V. de même, Serafini, CR. de Rümelin, *Archivio giuridico*, t. 43, p. 255. — Tartufari, *Della rappresentanza*, n 494. — Ruggiero, *Istituzioni*, t. II, p. 288.

aura tous les effets d'un contrat. C'est là la conséquence du principe moderne qui admet la représentation directe et permet ainsi à une personne d'avoir la disposition directe de plusieurs patrimoines.

Cette théorie n'est pas complètement inexacte, mais elle doit être creusée davantage. Le selbscontrahiren ne concorde pas avec la notion classique de contrat qui rattache tout à ce concours de volontés, ni avec la conception que nous en présentons : l'accord entre des volontés ayant des intérêts opposés. La doctrine classique ne peut retrouver ce concours dans le selbscontrahiren où il n'y a qu'un vouloir. Nous ne pouvons non plus y retrouver la solution d'un conflit de volontés.

La base du contrat, nous l'avons vu (v. n. 21), c'est qu'étant une transaction entre diverses personnes ayant des intérêts opposés, il présente des chances plus grandes de concorder avec l'intérêt social qu'un acte émanant d'une personne isolée, se décidant sans rencontrer de contre-poids à ses tendances¹. Les déclarations de volontés sont obligatoires parce qu'elles répondent à un intérêt général et que d'autres personnes en en prenant acte ou en agissant en conséquence, ont donné une raison pour leur accorder force juridique. Le selbscontrahiren présentera cette utilité sociale le jour où il se sera manifesté extérieurement, de sorte que des tiers auront agi en conséquence. Il y aura seulement cette différence qu'un tiers quelconque prendra acte du selbscontrahiren pour donner une raison à sa force obligatoire, au lieu que ce soit un tiers intéressé, un contractant. Pratiquement le selbscontrahiren est donc un acte qui n'existera que du jour où il sera porté à la connaissance d'un tiers. C'est d'ailleurs ce principe que nous appliquerons plus loin à la formation des actes juridiques unilatéraux.

¹ Cf. Bechmann, *System des Kaufs*, t. II, p. 287. — Lepa, *Der Selbsteintritt des commissionars*, p. 226 et suiv.

43. — Au total, ces remarques précisent la notion de contrat. *Le contrat résulte non pas de ce que des rapports s'établissent entre deux patrimoines, ce qui a lieu aussi dans les actes unilatéraux, mais de ce que des rapports s'établissent entre plusieurs patrimoines par l'intermédiaire de plusieurs volontés.* (Elles peuvent être en nombre moindre que les patrimoines, mais il en faut deux au moins). Il en est ainsi parce que l'utilité probable du contrat vient du conflit d'intérêts qui existe entre les futurs contractants. Le traité de paix réalisé, bien que les volontés soient en antagonisme, apparaît comme ayant des chances spéciales de concorder avec l'intérêt général¹.

Si nous envisageons les rapports du mandataire qui traite avec lui-même au nom de son mandant, on peut voir dans le mandat reçu un offre à personne indéterminée, le mandant offrant à personne indéterminée par la voie du mandataire². Cette explication est admissible dans certains cas : pour le mandataire conventionnel. Nous l'accepterions si elle n'avait l'inconvénient de supposer l'offre obligatoire par elle-même, ce qui est discuté. Ensuite elle ne peut cadrer avec le cas du mandat légal ou judiciaire.

44. — Historiquement l'acte juridique avec soi-même n'était pas inconnu du droit romain, dans le constitut possessoire³, dans le paiement à soi-même⁴, le prêt à soi-même⁵.

¹ Aussi dans un cas où le selbscontrahiren serait interdit, on peut hésiter à admettre qu'un contrat puisse être passé entre un mandataire commun de deux personnes et un mandataire qu'il se serait substitué pour un de ces mandats, entre une personne agissant pour elle-même et mandataire d'une autre, et un tiers qu'elle se serait substitué pour ce mandat, car ce mandataire substitué ne serait guère indépendant. Cependant les raisons de rapidité souhaitable nous feraient accepter les contrats ainsi passés, sauf le cas de fraude.

² Cf. *Le esagerazioni della teorica dell' autocontratto. Studi. Fadda*, III, p. 46-51.

³ Dig., livre 41, titre 2, loi 18, princ. (Celse).

⁴ Dig., liv. 26, titre 7, loi 9, par. 5 (Ulpien..)

⁵ Dig., 26, titre VII, loi 9, par. 7 (Ulpien).

Mais les Romains interdisaient au tuteur d'acheter la chose du pupille¹.

Dans notre ancien droit, au seul cas où la question semble s'être posée : l'achat des biens du pupille par le tuteur, Pothier admet la validité de l'acte s'il y a adjudication. S'il y a vente amiable, vu le danger de fraude, il l'annule².

Il en fut de même en Italie, au cas du contrat du commissionnaire avec soi-même, où la validité de l'opération fut admise dans certaines conditions³.

45. — Dans notre droit français, la possibilité de contracter avec soi-même ou son impossibilité n'a été proclamée de façon générale par aucun texte, la difficulté étant en effet inconnue jusqu'à ces dernières années.

La question se posant presque complètement en dehors des textes, la jurisprudence la résout en ne rejetant pas absolument l'acte juridique avec soi-même. Elle l'admet dans certains cas à raison de la commodité dont nous avons parlé. Mais en même temps dans ceux où il paraît particulièrement dangereux elle l'annule. Cela est très acceptable, car il faut reconnaître que dans certains cas le représentant pris entre son devoir et son intérêt pourrait pencher pour le dernier. Les rédacteurs du code le disaient déjà⁴.

Ce système éclectique de la jurisprudence tenant compte surtout de la collision des intérêts doit être approuvé, comme répondant aux nécessités pratiques⁵.

¹ V. sur ces points, Gouget, p. 93-118. — Arno, art. cité. — Rümelin, p. 39 et suiv.

² *Vente*, n. 13.

³ V. L'exposé historique de Straffa. *Il contratto del commissionario con se medesimo*. *Arch. giuridico*, 1898, t. II, p. 347 et le résumé dans Gouget, p. 119 et suiv. — Tartufari, p. 525 et suiv. — Pranzataro, *Studii Fadda*, t. III, p. 25 et suiv.

⁴ Le tribun Faure, à propos de la prohibition de l'art. 1596, disait qu'« il ne fallait pas mettre aux prises l'intérêt personnel avec le devoir ». (Fenet, t. XIV, p. 155).

⁵ V. en ce sens, Gouget, p. 125 et suiv. — Thaller note sous Cass.

Nous allons en voir l'application :

1° Lorsqu'une personne veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumises à des régimes distincts.

2° Lorsqu'une personne constitue des sûretés au profit de ses créanciers futurs.

3° Lorsqu'une personne veut agir avec elle-même comme représentant légal, ou conventionnel ou judiciaire d'une personne physique.

4° Lorsqu'elle cumule des mandats de plusieurs personnes physiques.

5° Lorsqu'une personne veut agir comme gerant d'une personne morale, ou même de plusieurs personnes morales.

46. — 1^{er} cas. La validité du contrat avec soi-même ne mettant en jeu qu'un seul patrimoine doit être admise en principe dans tous les cas où elle peut de présenter : notamment une femme mariée sous le régime dotal ayant hérité d'un immeuble qui est dotal pour moitié et paraphernal pour le surplus, peut avec l'autorisation du mari, non seulement partager la jouissance de l'immeuble avec lui, mais déterminer dans la propriété même, la partie dotale¹. L'inconvénient qui existe à rester dans l'indivision et qu'a visé l'art. 815 civ. impose cette solution.

Après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers pourraient faire seuls l'opération. Mais si des biens avaient été vendus pendant le mariage, il serait raisonnable de considérer qu'ils sont paraphernaux, à condition qu'il reste assez pour constituer le lot dotal². Outre qu'il ne faut pas nuire inutilement aux tiers, on peut voir dans la vente un allotissement au profit de la masse paraphernale.

²³ oct. 1896. D. 98, 1. 65. — *Traité élém.*, n. 935. — Cf. Wahl, note sous Paris, 17 mars 1896. S. 98. 2. 121.

¹ V. Planiol, *Règlement d'une succession en partie dotale et en partie paraphernale*. *Revue critique*, 1886, p. 307.

² V. Planiol, *loc. cit.*

S'il y a eu séparation de biens, la femme peut procéder seule au partage. M. Planiol propose de faire autoriser l'acte par la justice. Cela est acceptable si on admet que la justice a qualité non seulement pour dire le droit, mais pour parfaire les droits subjectifs, quand cela ne peut se faire autrement. (V. infra sur le rôle du juge.) Mais cette intervention semble inutile, sauf en ce qu'elle évitera le soupçon de fraude.

47. — Dans un cas très voisin lorsqu'une personne hérite d'un ensemble de biens qui, pour une part indivise, est grevée de substitution, la jurisprudence a admis qu'on pouvait procéder à un cantonnement. La solution s'impose dans ce cas encore par l'application de l'art. 815 civ. Mais s'il y a des mineurs intéressés, il faut alors un partage judiciaire, au quel on procédera en assignant le tuteur à la substitution. La jurisprudence tient ici compte de ce qu'il y a déjà des mineurs nés et s'il n'y en avait pas, si tous les appelés étaient à naître, elle dirait sans doute qu'il faut les traiter comme mineurs. En tous cas la dérogation à la liberté du contrat avec soi-même vient de la minorité des appelés¹.

Non seulement le partage est possible, mais on pourra fixer la situation respective des biens substitués et non substitués dans tous les cas nécessaires, par exemple si l'on veut renoncer à une servitude du bien libre sur le bien grevé, si on veut renoncer à une hypothèque sur le bien grevé ; on pourra même passer des actes bilatéraux : déplacer l'assiette d'une servitude. On traitera pour cela avec le tuteur à substitution.

La même solution doit être donnée dans des cas analogues par exemple si une personne reçoit par legs un patrimoine

¹ Req. 18 mars 1884. S. 1884. I. 345. — Cass. Req, 22 janvier 1906. S. 1912, I. 564. — Cf. Labbé, *Rev. critique*, 1885, p. 346. — Testoud, *Revue critique*, 1885, p. 153. — Cf. *Trib. Bruxelles*, 13 fév. 1907. — *Belgique judiciaire*, 1907, 764. — Aubry et Rau, t. XI, 5^e éd, p. 272.

qui doit être insaisissable pour une quote part seulement¹ ou inaliénable pour partie seulement.

48. — L'héritier bénéficiaire peut également passer des actes avec la succession bénéficiaire qu'il administre.

Lorsque les biens sont, comme la loi l'impose, vendus aux enchères, il peut se porter adjudicataire².

Il peut également prendre dans la succession ce qu'il a livré au défunt en vertu d'un contrat nul, ou exercer le réméré contre la succession³, ou accepter une assurance sur la vie passée à son profit par le défunt⁴.

Comme rien ne l'oblige à un procès, il n'aura pas à recourir à la nomination d'un curateur contre qui il plaiderait.

Aubry et Rau, sont cependant d'un avis contraire.

Les mêmes solutions doivent être données pour l'envoyé en possession provisoire ou définitif des biens d'un absent. Il peut contracter avec le patrimoine de celui-ci pour la partie des biens qu'il recueillera de lui.

48 bis. — Un mari ayant été institué légataire universel par sa femme peut-il ayant le droit de garder moitié des biens communs à ce titre renoncer à la communauté de sorte qu'il gardera la totalité des biens comme mari? Il y a intérêt pour éviter de payer des droits de mutation. La négative a été admise⁵. La chambre civile donne comme motif que le mari

¹ Cf. trib. Seine, 22 avril 1914; *Gaz Trib.* 1914, 2^e sem. 2. 46.

² V. Demolombe, t. XV, n. 183 et 191. — Huc, t. V, n. 241. — Aubry et Rau, t. VI, 4^e éd. § 618, note 7. — Planiol, *Rev. crit.* 1891, p. 489. — Baudry et Saignat, n. 244. — Guillouard, *Vente*, t. I, n. 125 et 129. — Pothier, t. VIII, p. 126, éd. Bugnet. — Planiol, t. II, n. 1431. — *Contrà*, Pau, 2 août 1844, S. 45, 2. 476.

³ V. Demolombe, XV, n. 185. Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.* — Guadeloupe, 6 janv. 1843, S. 1845, 1. 854. — Alger, 16 déc. 1889, S. 1892, 2. 13, D. 1890, 2. 106.

⁴ App. Luxembourg, 25 mars 1904, Par. 1908, 4. 6.

⁵ Aubry et Rau, VI, 4^e éd., par. 618.

⁶ Cass. civ., 9 mars 1842. S. 1842. 1. 193. D. 1842. 1. 148. — Req 20 nov. 1849. D. 1850. 2. 91. — Trib. Lyon, 21 mars 1865. S. 1865. 2. 274. D. 65. 3. 48. — Laurent, t. XXII, n. 365. — Guillouard, *Contr.*

ne peut faire inventaire vis-à-vis de lui-même. Mais il faut avouer que la raison fiscale a poussé à cette décision. Car rien n'empêche absolument de renoncer vis-à-vis de soi-même, pas plus que de faire inventaire.

49. — 2^e Cas. La théorie du contrat avec soi-même reçoit encore une application plus connue à l'étranger qu'en France en cas de constitution de sûreté pour une dette future.

Certains fonctionnaires sont astreints à déposer un cautionnement pour garantir leurs dettes envers les victimes possible de leurs fautes professionnelles. D'autre part, on admet qu'une hypothèque peut être constituée au profit de débiteurs futurs : comme les souscripteurs d'une série d'obligations à émettre par une société¹ de sorte qu'on se demande actuellement si on ne pourrait pas constituer une hypothèque sur soi-même, comme le permettait la loi de messidor an III². En tous cas l'institution est organisée par l'art. 1196 du code civil allemand, d'après lequel « une dette foncière peut être constituée au profit du propriétaire lui-même.

Dans tous ces cas, le débiteur contracte avec lui-même gérant d'affaires d'un tiers indéterminé, et l'Etat qui intervient pour recevoir le cautionnement, ou surtout pour inscrire l'hypothèque n'est que le tiers qui prend acte du contrat avec soi-même. Nous concluons donc que l'hypothèque au profit des obligataires sera valablement constituée par la seule déclaration du débiteur, pourvu que l'inscription d'hypothèque contienne le nom et l'adresse d'une personne à qui faire les

de mar, t. III, n. 1248. — Huc, t. IX, n. 289. — Aubry et Rau, t. VIII, 5^e éd., p. 247. — V. cep. Baudry, *Le courtois et Surville*, t. II, n. 1012.

¹ V. Aix, 8 avril 1878, S. 79. 2. 313 avec note Labbé. — Cass. civ. 20 oct. 1897. S. 97. 1. 489.

² V. Labbé, noté dans S. 79. 2. 313, notre *Etude des droits éventuels*, p. 13-15. La jurisprudence y arrive par un procédé indirect : en convenant avec le premier prêteur qu'il sera second en rang. — Pau, 7 janv. 1885. D. 86. 2. 272. — Cass. civ. 20 déc. 1911. D. 1912. 1. 486. *Revue de droit civil*, 1913, p. 193.

notifications afin de purge. Mais il serait sage qu'ici ce fut non le débiteur, mais un tiers, afin de mieux protéger les créanciers.

49 bis. — De ces questions, rapprochons celle de savoir si un contrat ayant eu lieu entre deux personnes, il s'éteint lorsque l'une devient le successeur de l'autre. Le code l'admet en principe. Il y a confusion (art. 1300). Mais elle est discutable s'il s'agit d'un contrat qui a créé une personne morale : association, société.

La cour de cassation de Turin a jugé qu'une société pouvait ainsi continuer avec un seul associé¹.

On peut de même se demander en France si une société, spécialement une société par actions, peut subsister avec un actionnaire (bien que la loi du 24 juillet 1867 exige sept actionnaires au début, art 23, et permette de demander la dissolution s'il en reste moins de sept, art. 38).

L'affirmative peut y être soutenue comme en Italie. La personne morale a assez d'indépendance pour survivre à la disparition de tous les associés sauf un et surtout cela peut être commode en pratique en attendant que l'on retrouve de nouveaux associés².

50. — 3^e cas. Quand une personne prétend faire avec elle-même un acte juridique au nom d'autrui, il faut distinguer suivant qu'il s'agit du représentant d'une personne physique ou d'une personne morale. Parmi les représentants d'une personne physique, il faut examiner les divers représentants légaux : tuteurs, administrateurs légaux, puis les représentants conventionnels ou judiciaires, les commissionnaires, il faut ensuite se préoccuper des cumuls de mandats. Pour les organes des personnes morales, il faut, prévoir les mêmes questions : l'organe peut-il traiter avec lui-même, le peut-il

¹ Cass. Turin, 30 déc. 1911. *Rivista di diritto civile*, 1912, p. 539.

² V. cep. contrà, Aix, 11 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 17 août 1911.

s'il est l'organe de plusieurs personnes morales.

Pour résoudre ces difficultés, nous nous inspirerons de cette idée générale que le contrat avec soi-même en dehors des cas prévus, ne doit pas être interdit s'il ne présente pas de trop graves dangers. Car il peut en pratique être très utile par sa simplicité même. C'est à peu près le système auquel aboutit M. Barassi en admettant en principe le contrat là où la rémunération est fixée objectivement comme par un cours commercial, et en atténuant cette règle suivant les cas¹:

51. — Les contrats entre pupilles et tuteurs étant dangereux pour la protection de l'incapable, l'art. 450, al. 3 interdit au tuteur « d'acheter les biens du mineur, de les prendre à ferme à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail ». L'art. 1596 répète la première prohibition en disant que « ne peuvent se rendre adjudicataires sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ». Enfin, l'art. 420, al. 2, donne pour fonction au subrogé-tuteur « d'agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur ».

De ces textes se dégagent deux principes :

1° D'abord la loi interdit en général l'acte juridique entre tuteur et pupille sous la forme du *selbscontrahiren* (art. 420). Elle la remplace par l'acte entre tuteur et subrogé-tuteur, c'est une complication minime puisque le subrogé-tuteur a été désigné dès le début de la tutelle. Il n'y a donc pas à proprement parler d'acte juridique avec soi-même en matière de tutelle.

Cela comporte cependant deux catégories de limitations. Dans les cas où la vente est permise par exception entre tuteur et pupille (v. plus loin), le tuteur peut être adjudicataire même s'il a poursuivi la vente. Pour les actes où l'interven-

¹ *Contratto di lavoro*, t. II, n. 63.

tion du subrogé-tuteur ne serait qu'une forme sans utilité, comme pour le paiement, le tuteur peut passer l'acte avec lui-même.

2° Les actes entre tuteurs et pupilles, même sans la forme de l'acte avec soi-même ne sont pas toujours permis.

D'abord le tuteur ne peut acheter les meubles ou immeubles du pupille (art. 450 et 1596).

La jurisprudence approuvée par la doctrine admet toutefois des exceptions lorsque le tuteur a des intérêts personnels sur l'immeuble vendu :

a) si le tuteur, étant créancier hypothécaire, a dirigé les poursuites contre un subrogé-tuteur, ou s'est fait remplacer par ce dernier dans les poursuites exercées par un tiers¹ ;

b) si le tuteur est co-propriétaire indivis avec le mineur² ;

c) si le tuteur est usufruitier et qu'on licite la pleine propriété³ ;

d) si le tuteur a un droit d'antichrèse ou de gage sur le bien du pupille ;

e) le tuteur peut surenchérir sur les biens du pupille, cet acte étant favorable à ce dernier⁴.

¹ Toulouse, 4 février 1825. S. 25.2.147. — Aix, 27 janvier 1870. S. 72. 2. 247. D. 72. 2. 53. — Aubry et Rau, t. V, par. 351, note 8. — Guillouard, t. I, n. 121. — Demolombe, t. VII, n. 753. — Baudry et Saignat, n. 233. — Laurent, t. XXIV, n. 45. — Beudant, *Vente*, n. 59. — Planiol, t. I, n. 1431.

² Pau, 14 août 1866, S. 67. 2. 312. D. 67. 2. 120. — Aubry et Rau, t. V, par. 351, note 9. — Montpellier, 10 juin 1862. S. 1862. 2. 401. — Demante, t. II, n. 206 bis II. — Demolombe, t. VII, n. 754. — Laurent, t. XXIV, n. 45. — Guillouard, t. I, n. 120. — Huc, t. X, n. 49. — Baudry et Saignat, n. 233. — Beudant, *Vente*, n. 59. — Colin et Capitant, I, p. 502. — Planiol, t. I, n. 1958. 6^e éd. et t. II, n. 1431.

³ Paris 12 avril 1856. S. 56. 2. 406. D. 56. 2. 228. — Montpellier, 10 juin 1862. S. 62. 2. 401. D. 63. 2. 30. Aubry et Rau, t. V, par. 351 n. 10. — Huc, t. X, n. 49. — Baudry et Saignat, n. 233. — Guillouard, t. I, n. 121. — Laurent, t. XXIV, n. 45. — Beudant, *Vente*, n. 59.

⁴ V. Paris, 15 juillet 1886, S. 88, 2. 133. D. 87, 2. 109. — Trib. Seine, 22 février 1891. Pand fr., 95, 2. 37. — Baudry et Saignat, n. 234. — V. en sens contraire, Aubry et Rau, V, par. 351, note 10 bis. — Guillouard, t. I, n. 122. — Huc, t. X, n. 49.

Ensuite le bail à ferme n'est permis qu'avec approbation du conseil de famille (art. 450)¹.

Par contre les autres actes entre tuteurs et pupilles représentés par leurs subrogés-tuteurs sont permis.

Le tuteur peut embaucher le mineur comme ouvrier, passer avec lui un contrat d'entreprise, lui vendre des titres ou des immeubles², pour placer ses capitaux disponibles, lui louer une chasse, etc.

Toutes ces solutions devraient être étendues au co-tuteur, au pro-tuteur³, au subrogé-tuteur faisant fonctions de tuteur en cas d'empêchement de celui-ci s'il voulait traiter en commun une affaire avec le tuteur et le mineur. Elle s'applique de même au tuteur officieux, au tuteur de l'interdit légal ou judiciaire, au tuteur de fait⁴.

Il nous semble même qu'il faut les étendre à l'administrateur des biens de l'aliéné, en ce sens qu'il sera frappé des mêmes interdictions d'acquérir que le tuteur : il ne pourra non plus prendre à bail sans autorisation du conseil de famille. Il faut bien parer ici à la lacune de la loi.

52. — Le père administrateur légal peut-il contracter avec lui-même, ou passer un acte juridique avec lui-même en cette qualité? Avant la loi du 6 avril 1910, la jurisprudence admettait qu'en cas d'opposition d'intérêts avec son enfant, il y avait lieu à la nomination d'un représentant ad hoc. Certains arrêts disaient : administrateur ad hoc, les plus récents, tuteur *ad hoc*⁵. Aujourd'hui l'art. 389 par 4 rédigé le 6

¹ D'après les auteurs, cela ne vise pas le bail à loyer. Colin et Capitant, t. I, p. 500, contra Planiol, I, n. 1958.

² V. Beudant, *Vente*, n. 50, qui y voit à tort une bizarrerie, omettant qu'il y a ici la représentation par le subrogé tuteur responsable ce qui est une garantie.

³ V. Beudant, *Vente et louage*, n. 58.

⁴ V. Limoges, 4 mars 1822. S. chr. Baudry et Saignat, n. 235. — Guillouard, t. I, n. 123. — Aubry et Rau, t. IV, par. 351, note 11. — Huc, t. X, n. 49.

⁵ Paris, 9 janv. 1874. S. 74. 2. 85. D. 76. 2. 23 (administrateur *ad*

avril 1910 dit : « s'il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur ad hoc par le tribunal statuant sur requête en chambre de conseil, le ministère public entendu ».

Les actes juridiques du père avec lui-même sont donc interdits, mais ceci doit comporter les mêmes limites que pour le tuteur.

Bien plus, l'acte étant passé avec l'administrateur ad hoc, il est toujours possible. Il n'y a pas ici à transposer les limitations mises au pouvoir du tuteur par l'art. 450, la gestion du père est plus libre.

L'intervention de l'administrateur ad hoc est, même pour le cas de vente, une garantie suffisante¹. Avant 1910, un arrêt et une partie des auteurs s'étaient prononcés en ce sens².

Mais si le père administrateur légal passe une assurance sur la vie au profit de son enfant mineur, peut-il l'accepter au nom de celui-ci. La jurisprudence l'a admis avant 1910³.

hoc.) — Paris, 5 avril 1876. D. 77. 2. 34. S. 76. 2. 331. — Bordeaux, 2 juin 1876, D. 78, 1. 227, 576, 2. 330 et sur pourvoi. Cass. Req. 14 janv. 1878. S. 78. 1. 218. D. 78. 1. 227. — Douai, 5 juillet 1878. S. 80. 2. 8. D. 79. 2. 116. — Trib. de Châteauroux, 6 mars 1894, D. 95. 2. 75. — Bordeaux, 17 févr. 1897. D. 98, 2. 197. — Huc, t. III, n. 236. — Baudry et Cheneaux, t. V, n. 183 (administrateur ad hoc). — Bordeaux, 19 mars 1875, S. 75, 2. 97. — Req. 10 juin 1885, S. 85, 1. 367. — Demolombe, t. VI, n. 422. — Aubry et Rau, t. I, par. 123, note 6 bis et 7 (tuteur ad hoc). — Cf. Thomas, *Administration légale du père. Revue générale du droit*, 1899, p. 62. — Bartin, Rapport à la Société d'Etudes législatives. Bull., 1906, p. 333. — Riom, 14 août 1829, S. chr.

¹ V. en ce sens. Capitant, *La loi du 8 avril 1910. Rev. de droit civil*, 1910, p. 301. — Rigaud, *Administration légale des biens des enfants mineurs légitimes. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1911, p. 90.

² V. Bordeaux, 9 janv. 1849. S. 52. 2. 304. D. 52, 2. 550. — Aubry et Rau, t. I, par. 123, note 42. — Garsonnet, *Procédure*, t. IV, par. 685. — Baudry et Saignat, n. 236. — contra. Demolombe, t. VI, n. 440-441.

³ Cass. civ., 25 avril 1903. S. 1903. 1. 329., avec note de M. Wahl, P. F. 1904, 1. 161, avec note Lefort, v. Perreau, *Ex Doctr.*, *Rev. crit.*, 1904, p. 85. — *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 560. — Aubry et Rau, 5^e éd. t. X, p. 540. — contra Lefort, *Assurance vie*, t. II, 106 et suiv. Wahl,

Il semble que cette solution excellente doit être encore admise aujourd'hui, car il n'y a pas opposition entre le droit du père et l'intérêt de l'enfant, celui-ci ne tirant de l'opération qu'un avantage.

On peut aussi admettre qu'un legs étant fait pour la propriété à l'enfant et pour l'usufruit au père, il n'y a pas opposition d'intérêts empêchant le père d'assister seul à l'inventaire¹.

53. — Le mandataire conventionnel peut-il passer un acte juridique avec lui-même? Il nous semble que rien ne l'interdit en général. Il pourra donc prendre l'opération pour lui, sauf à le déclarer au mandant lorsqu'il rendra compte de son mandat. Cette solution paraît avoir été admise implicitement par la jurisprudence dans quelques arrêts².

Mais c'est une question différente de savoir si certaines opérations ne sont pas interdites au mandataire, de sorte qu'il ne pourrait les faire ni sous forme de contrat avec soi-même, ni sous forme de contrat passé avec un mandataire substitué ou un co-mandataire³.

L'art. 1596, al. 2 dit que les mandataires ne peuvent être adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre⁴.

Cette solution doit être comprise non comme un texte exceptionnel, mais comme visant tous les actes du mandataire qui présenteraient trop de danger pour le mandant⁵.

S 1902, 2. 41. — Dupuich, *Assurance sur la vie*, n. 51. — Besançon, 11 nov. 1898. S. 1902, 2. 41 motifs.

¹ Gand, 25 juill. 1901. Pas. 1902, 2. 107.

² Cass. Req., 21 mai 1900. D. 1901, 1. 295 (sol. implic.) — Req. 24 juin 1878, S. 1879, 1. 151 (sol. implic.). — V. de même, Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 618 (à propos du commissionnaire principalement). — Guillouard, *Mandat*, n. 106 (sol. implic.). — Contra Huc, t. XII, n. 32.

³ V. Baudry et Saignat, n. 241.

⁴ On peut en rapprocher la loi du 18 juillet 1866, art. 6 qui répète la même prohibition pour les courtiers chargés de vendre et l'étend même à ceux qui ont fait l'estimation des marchandises.

⁵ contra Lacour art. cité n. 15.

Ainsi le mandataire ne pourra ni se porter adjudicataire dans une vente aux enchères, ce que vise le texte, même après folle enchère¹, ni être acquéreur dans une vente amiable qui offre plus de dangers pour le vendeur². Il faudrait cependant faire exception, semble-t-il, si la vente était sur licitation et que le mandataire fut co-proprétaire³. Il a ses propres intérêts à défendre. Il faut dire de même que le mandataire chargé d'acheter ne peut acheter sa propre chose pour le mandant.

S'il est seulement chargé de gérer, le mandataire peut acheter⁴. Ici la jurisprudence se fonde à tort sur le caractère exceptionnel de l'art. 1596, principe qu'il est dangereux de proclamer. On invoque avec plus de raison la différence de l'art. 1596 avec l'ancien droit et le droit romain où le mandataire chargé de gérer ne pouvait acheter⁵. Il faut parler surtout du danger moindre de l'opération, le mandataire ayant un moindre rôle et ne pouvant passer l'acte qu'avec un autre mandataire.

De même le mandataire peut passer un contrat d'entreprise, de bail, de commodat avec lui-même en agissant au nom du mandant, sauf à répondre des fautes qu'il pourrait commettre dans les termes du droit commun.

Enfin le mandataire peut passer un contrat de vente avec le mandant libre de ses droits. Ce contrat implique, en effet, révocation du mandat et la difficulté ne se présente plus⁵.

D'ailleurs le mandant est là pour défendre ses intérêts.

¹ Cass. Req., 17 juin 1907. S. 1911. S. 492.

² V. Baudry et Saignat, n. 241.

³ Dupont, *Interdiction d'acquérir les biens du mandant. Revue de droit belge*, t. I, p. 395.

⁴ V. Cass. Req., 8 déc. 1862. S. 63, t. 310. D. 63, t. 142. — Aubry et Rau, t. V, par. 351, note 14. — Laurent, t. XXIV, n. 47. — Guillaud, *Vente*, t. I, n. 125. — Baudry et Saignat, n. 242. — Huc, t. X, n. 50.

⁵ Bordeaux, 5 avril 1894. D. 1894, 2. 476. — Cf. Huc, X, n. 50.

L'art. 1596 vise les ventes de meubles et d'immeubles. Il y a le même danger dans les deux cas.

Il s'applique à une personne chargée de donner les renseignements (comme un notaire), pour une vente, car c'est en réalité un mandataire chargé de vendre¹.

Il s'applique aussi au mandataire conventionnel qu'est l'avoué du saisissant. La question, autrefois controversée est tranchée par l'art. 711 Proc. rédigé le 2 juin 1841 et les art. 964 et 988 Proc. étendant cette solution à la vente de biens de mineurs ou de successions bénéficiaires. Il faut en dire autant de tout avoué poursuivant une vente : après faillite après succession vacante.

Nous dirons par contre que l'avoué du saisi peut acheter à moins qu'il n'y ait conversion en vente volontaire, car alors le saisi devient co-vendeur².

54. — Ces solutions s'appliquent aux mandataires judiciaires comme le curateur à succession vacante³, l'administrateur judiciaire ou légal des biens d'un aliéné, le curateur des biens du présumé absent, le syndic de faillite⁴ qui étant chargé de poursuivre la vente, est bien un mandataire chargé de vendre.

55. — La question du contrat avec soi-même s'est posée d'une façon particulièrement aiguë depuis vingt ans en matière de commission et spécialement pour la contre partie en Bourse⁵. Les spéculateurs malheureux, ayant perdu depuis

¹ Angers, 14 mars 1866. S. 66. 2. 180. D. 66. 2. 51.

² Toulouse, 18 juin 1894. D. 94. 2. 479. — Baudry et Saignat, n. 246.

³ Huc, t. X. n. 50. — Baudry et Saignat, n. 243. — Guillouard, t. I, n. 125. — Aubry et Rau, t. V, par. 351, note 13 bis.

⁴ Baudry et Saignat, n. 245. — contra Angers, 14 mars 1832. S. 34. 2. 250. — Cass. 22 mars 1836. S. 36. 1. 399.

⁵ V. sur ce point spécial, Lacour, *Le commissionnaire contre-partie en Bourse*. *Ann. droit commercial*, 1908, p. 81 et 169. — Albert Dreyfus, *Du contre-commissionnaire en Bourse et en marchandises et de la contre-partie*, id., 1898, p. 201 et la jurisprudence. *Ann de dr. comm.* 1908. — Bernot, *La contre-partie dans les opérations de Bourse*. *Re*

1885 le bénéfice de l'exception de jeu, se sont mis à invoquer l'exception de contre partie contre l'intermédiaire qui leur réclamait une différence. Mais la question du commissionnaire contre-partiste n'est pas une pure et simple application de celle plus générale du contrat du mandataire avec lui-même. Il y a à la commission un élément spécial. A la différence du mandataire ordinaire, le commissionnaire ne révèle pas le nom de son acheteur ou de son vendeur. Les tribunaux ne lui imposeront qu'exceptionnellement de le faire. Par suite, tandis que le mandataire ordinaire devra révéler en fin d'opération qu'il a pris le marché pour lui et éveiller l'attention du mandant, le commissionnaire n'a pas à le faire¹. Le danger est donc plus grand : car le piège tendu au commettant est mieux caché.

Aussi on peut invoquer contre le commissionnaire contre-partiste non seulement l'art. 1596 civ., mais le danger spécial de l'opération. Ces deux arguments ont été invoqués par la chambre des requêtes pour la condamner².

Mais il faut constater que c'est le second, que ce sont surtout les raisons pratiques qui ont déterminé la jurisprudence³.

vue générale de droit, 1913, p. 211. — Cf. Moysen, *Le coulissier contre-partie*, th. Paris, 1904. — Brechon, *Coulisse et exception de contre-partie*, id. 1907.

¹ Cela n'a lieu que par exception. V. Req. 7 déc. 1858 et 30 mars 1859 D. 1859. I. 175.

² Req. 23 oct. 1903. S. 04. 1. 436.

³ V. dans le même sens, Arthuys, *Ex Doctrinal. Revue critique*, 1906, p. 206. — V. le résumé de la jurisprudence dans Morel, *Le commissionnaire contre-partiste*, (thèse de Lille, 1904), p. 242 et suiv.

Paris 22 et 28 mars 1901. S. 1903 2. 129 — Rennes 5 mai 1902 Pas. 1903, 4. 78. — Req. 22 mai 1900. S. 03, 1. 21. — Douai, 4 mai 1920. Gaz. Pal. 1920, 2. 335. — Douai, 30 juin 1901. S. 1903, 2. 279 et la note de M. Wahl. — Req. 17 oct. 1903. S. 1904. 1. 456. — Req. 18 octob. 1903. S. 1904, 1. 436. — Paris, 27 janv. 1907. S. 1907. 2. 111 (motifs). — Req. 27 nov. 1907. S. 1908. 1. 119. D. 1908, 1. 321. — Pand. fr. 1908, 1. 119. — Req. 26 janvier 1909. S. 1909, 1. 308. — Trib. comm. Seine, 24 déc. 1896. D. 1899. 2. 297 et la note de M. Lacour. — Req. 30 juin 1909. 2 arr. S. 1911. 1. 505. D. 1910. 1. 53 avec note de

Ces raisons pratiques sont d'abord que la fraude est difficile à découvrir, le commissionnaire ne révélant pas qui est son acheteur. C'est ensuite le terrain des affaires de bourse, où la question se pose aujourd'hui. A la bourse de commerce, ou au marché en banque, les opérations sont traitées par des intermédiaires qui spéculent pour leur propre compte, qui sont par suite souvent en opposition directe d'intérêts avec leurs clients. Quoiqu'on ait parlé du jeu mécanique des cours du marché¹ il faut reconnaître que les intermédiaires par des manœuvres habiles, des faux bruits peuvent peser sur les cours. Enfin au marché en banque, ceux-ci ne sont constatés que par les deux syndicats de banquiers qui organisent ce marché².

M. Wahl a répondu à cela : ce sont des raisons de fait, mais qui ne peuvent avoir de portée juridique³. Cela est exact, si on se place uniquement en droit au point de vue des textes, mais cela doit être rejeté si on admet que la jurisprudence en dehors des cas prévus par les textes peut dire le droit en tenant compte des nécessités pratiques.

La cour de cassation dit encore avec raison, dans certains cas au moins, que le contrepartiste a trompé par des manœuvres dolosives et que le contrat est entaché de dol et de fraude⁴.

On a fait appel, en faveur de la jurisprudence aujourd'hui indiscutable, à d'autres arguments, dont certains sont à mon avis très contestables.

M. Lacour. — Bruxelles, 1^{er} fév. 1906. Pas. 1906, 2. 149 (agent de change), id. 7 nov. 1907. Jur. comm. Bruxelles, 1908, 30. — Rouen, 22 avril 1872, D. 1873, 5. 99. — Bruxelles, 15 juin 1909, Pas. 1909, 2. 385. — Liège, 23 juin 1909. Pas. 1909, 2. 385.

¹ Dreyfus (Alb.), *Ann. dr. comm.* 1898, p. 210. *Le commissionnaire en bourse et en marchandises et la contre-partie.*

² Cf. Lacour, D. 1905, 1. 70 col. 1.

³ S. 1903, 1. 209. — Morel, thèse citée p. 289.

⁴ Req. 15 avril 1920. Gaz. Pal. 1920, 1. 641.

La jurisprudence invoque l'art. 1596, il n'est utilisable que si on se refuse avec nous à y voir un texte d'exception¹, pour y trouver dans un cas spécialement important la consécration de ce principe : le selbscontrahiren est prohibé quand il est très dangereux.

On a dit que le client a été trompé en cas de contre partie, parce qu'il comptait pour l'exécution de l'opération sur la garantie du commissionnaire et sur celle du tiers². Cela est vrai. Le client a une garantie de moins, dire le contraire est inexact³. Mais il faut avouer que le commettant n'a guère considéré cela et qu'en fait la garantie de l'intermédiaire lui suffit. Enfin l'argument principal donné au point de vue juridique est celui-ci : l'intermédiaire a reçu le mandat de trouver un acheteur ou un vendeur, il ne l'exécute pas en se portant lui-même contre partie.

On a répondu à cela⁴. Le rôle du commissionnaire n'est pas forcément de rapprocher deux personnes. Son but est d'être intermédiaire entre le public et le marché. La seule chose que poursuive le spéculateur, c'est l'acquisition d'une marchandise ou d'une position d'acheteur, de sorte que le commissionnaire est plus un intermédiaire au sens économique que juridique. « Le mandat, a dit M. Wahl, est en quelque sorte un contrat d'attente qui sera suivi d'une convention définitive entre le mandant et un sujet désigné par le mandataire, sujet qui peut fort bien être le mandataire lui-même. »

¹ M. Lacour. D. 1905. 1. 65, dit même que cet article ne vise que les corps certains. C'est exact si on le prend à la lettre, car il interdit de se porter adjudicataire, et l'adjudication de choses de genre ne se rencontre jamais pour les ventes aux enchères. On la voit seulement pour les achats des administrations.

² Rapp. du conseiller Roulier, Sir. 97. 1. 63.

³ V. cep. Alb. Dreyfus, *loc. cit.*, p. 213.

⁴ Wahl, S. 98. 2. 121 et S. 98. 1. 121. — Albert Dreyfus, *loc. cit.*, p. 211. — Cf. Pranzataro, *op. cit.*, qui analyse en une offre à personne indéterminée, l'ordre donné au mandataire.

M. Lacour a essayé de répondre qu'il était bizarre que le mandant traite sans savoir quel contrat sera passé¹. Cela ne nous semble nullement anormal. Celui qui a mandat de gérer un patrimoine a le pouvoir tantôt de louer, tantôt de vendre les choses qui en font partie. Pourquoi le commissionnaire n'aurait-il pas le même pouvoir ? C'est oublier que le mandataire n'est pas forcément un simple porte-parole, un nuntius, qu'il est une autorité privée² dès que le mandat a quelque largeur.

De plus, l'intention du mandant nous paraît bien être de se procurer des marchandises plutôt que de donner un mandat. C'est un abus des abstractions juridiques qui nous fait parler de ces intentions juridiques. Pratiquement, on ne veut que des choses, des faits déterminés, et on les veut seulement de façon implicite avec la sécurité que donne l'organisation sociale, mais on ne veut pas une certaine position juridique pour elle-même³.

Il ne faut même pas dire : savoir si le mandant a accepté que le commissionnaire fut contre partie est une question de fait. Cela lui importe peu. Il faut dire : le droit objectif, vu le danger de l'opération, la défend, à moins que le mandant ne dise le contraire.

On a invoqué contre la contre partie qu' « une convention de cette nature ne tend à rien moins qu'à dispenser par avance le mandataire de rendre compte de son mandat ». Mais M. Wahl a répondu à cela avec raison⁴ que l'absence d'obligation de rendre compte était licite, qu'elle modifiait simple-

¹ V. note dans D. 1905. 1. 65. Lui-même paraît cependant abandonner cette idée, en disant que la contre-partie n'est qu'un mode spécial d'exécution du mandat, art. cité, n. 37.

² V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 600.

³ Rapp. Pranzataro, *Studii Fadda*, t. III, p. 46-51, qui parle ici d'offre à personne indéterminée.

⁴ Note dans Sir. 1898. 1. 498. col. 1. — Cf. Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 673. — Guillouard, n. 133. — Laurent, t. XXII, n. 496. — Cf. Cass. civ., 24 août 1831. S. 31. 1. 316.

ment le contrat en en faisant un contrat direct si le mandataire doit nécessairement devenir contre partie. On peut dire d'ailleurs, que la contre partie n'est pas dispensée de rendre compte. On dispense simplement de dire le nom du co-tractant qui peut alors être le mandataire lui-même, mais on reste tenu de ne procurer les titres achetés qu'au cours du jour de l'opération.

On a objecté en faveur de la contre partie. Fréquemment elle profite au commettant, elle évite des frais de correspondance. S'il y a sur le marché surabondance d'offres, elle empêche l'effondrement des cours. C'est un utile régulateur du marché¹. Cela est vrai dans une certaine mesure. Mais s'il en est ainsi, nous croyons que l'autorisation stipulée nettement du commettant suffit à donner satisfaction au commissionnaire honnête.

On a invoqué finalement une impossibilité à empêcher la contre partie². Le commissionnaire qui reçoit des ordres semblables n'exécute pas l'ordre de chacun séparément. Il achète en bloc, ou par fractions et ce n'est qu'après qu'il fera le départ de chacun, ce qu'on nomme l'arbitrage. Si l'objection était décisive, les commissionnaires n'auraient pas manqué de la faire valoir. Mais elle ne l'est pas. S'il y a des mandats donnés pour les opérations semblables par divers clients, le commissionnaire a bien une autorité privée spéciale, ayant reçu le bloc des titres, il choisira ceux qu'il donnera à chacun. S'il n'a pu acheter qu'une partie, il verra à quel client il doit les remettre. Mais tout cela empêche-t-il la jurisprudence de s'appliquer? Non. Il suffit si un intermédiaire a des ordres pour 200 titres, que ce jour là il ait porté au marché des ordres pour 200.

¹ Wahl, note S. 1898. 2. 123. — Cf. Morel, thèse précitée, p. 45.

² Morel, *loc. cit.*, p. 52. — Cf. Lacour, D. 05. 1. 65. La faiblesse de l'objection est démontrée par les faits de l'arrêt. — Req. 21 déc. 1910, S. 1912, 1. 263.

Nous croyons donc qu'au total la jurisprudence a été bien inspirée. Sans doute de toute manière le commettant pourrait demander des dommages-intérêts s'il était lésé, mais il est difficile en fait de prouver le dommage ; si l'intermédiaire a pesé sur les cours, il sera presque impossible de le savoir. Il faudrait supposer un intermédiaire assez naïf ou assez audacieux pour prendre le marché à un cours différent de celui qui constate la cote ¹.

Récemment la loi du 27 février 1912 art. 8 et suiv. a abondé dans le sens de la jurisprudence en prenant certaines mesures à l'égard des intermédiaires à la bourse de commerce et en les déclarant « soumis aux obligations qui dérivent de leur qualité de mandataires ».

56. — Les dangers pratiques qui ont déterminé la jurisprudence fixent son étendue d'application.

I. — L'opération de contre partie est dangereuse, mais les controverses qu'elle a soulevées prouvent qu'elle ne l'est pas à tel point que, si le commettant le veut, il ne puisse y avoir contre partie. Par conséquent est valable l'opération où le mandataire déclare dès le début qu'il sera contre partie, (ce qui sera très rare), et celle beaucoup plus fréquente où le commettant autorise le commissionnaire à devenir contre partie². Nous avons alors un contrat innommé, un contrat

¹ V. dans le sens de la jurisprudence Delamare et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. II, n. 249. — Pardessus, t. II, n. 570. — Alaizet, t. III, n. 398. — Ruben de Couder, v^o. *Commissionnaire*, n. 207 — Thaller, n. 935. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n. 457. — Lacour, n. 903-1544 et suiv. et notes citées. — Büriat. *Le commissionnaire contre-partiste*, thèse de Paris, 1903, p. 57 et suiv. — Contra Wahl, notes citées. — Dreyfus, *op. cit.* — Morel, thèse citée. — Cf. Boistel, n. 522, qui n'annule qu'en cas de fraude. — Arthuys, *Revue critique*, 1906, p. 206. *Ex. doctrinal.*

² V. Req. 22 mai 1905. D. 1906, I. 33 et les arrêts cités aux paragraphes suivants. — Req., 26 janv. 1909, S. 1909, I. 308. — Cass. Req., 16 mars 1908. S. 1911, I. 547. — Req., 22 mai 1905, S. 1911, I. 18. — Req. 11 janv. 1909. D. 1909. I. 529 avec note de M. Lacour. — Bordeaux, 3 juill. 1905, Trib. Seine, 23 sept. 1905, Paris, 11 nov. 1905. Pand

d'attente, comme dit M. Wahl, ayant pour résultat d'obliger le commissionnaire à chercher un tiers et lui laissant la faculté de se charger lui-même de prendre l'opération. Mais celle-ci doit toujours être faite aux meilleures conditions possibles pour le donneur d'ordre¹.

La grosse difficulté pratique qui se présente actuellement, c'est de savoir quand il y a autorisation d'être contre partie².

1° L'exigence d'un courtage exclut-elle l'idée de contrat direct? La jurisprudence la plus récente paraît l'admettre³. Elle le dit parfois de façon implicite en admettant que jamais le contrat direct ne donne lieu à courtage⁴. Cette solution est discutable et on peut en proposer deux autres qui n'ont pas été toujours nettement distinguées. On peut dire, et c'est notre opinion, le courtage récompense l'intermédiaire pour les soins donnés à l'affaire, en cherchant un tiers s'il le croyait bon, ou autrement il s'indemnise de ses frais généraux⁵, de sorte que non seulement la stipulation de courtage n'exclut pas la contre partie, mais que le courtage est toujours dû en vertu de l'usage⁶.

On peut dire ensuite que le courtage n'exclut pas le contrat direct, mais se séparer de l'opinion précédente en disant que le courtage ne sera dû que s'il résulte des circonstances

fr. 1906. 2. 316. — Paris, 6 déc. 1904 et 22 mars 1905. Pand fr. 1905, 2. 224.

¹ V. Morel, *op. cit.*, p. 335.

² V. spéc. Lacour, *op. cit.*, n. 23-31.

³ Paris, 28 mars 1901. S. 1903. 2. 129. — Paris, 5 déc. 1904. Pand. fr. 1905. 2. 224. — Paris, 22 mars 1905, id. — Douai, 4 mai 1920. Gaz. Pal., 1920. 2. 335 (implic.). — Contrà Req., 22 mai 1905. S. 1911. 1. 18 — Trib. comm. Seine, 18 avril 1906. Pand. fr. 1907. 2. 25. — Cf. les décisions citées par M. Lacour, *op. cit.*, p. 24.

⁴ Trib. Seine, 17 juin 1899, sous Paris, 28 mars 1901. S. 1903. 2. 129. — Paris, 16 juin 1900. S. 1903. 1. 209. — Contrà Lacour, art. cité, n. 16 et 24.

⁵ V. Wahl, note S. 1898. 2. 121 et S. 1903. 1. 210.

⁶ Paris, 17 mars 1896. S. 98. 2. 121. — Req. 22 mai 1905. D. 1906. 1. 33. — Rouen, 26 janv. 1904. S. 1905. 2. 110. — Contrà Paris 1^{er} mars 1897. S. 1898. 2. 121.

que les parties ont entendu le promettre à tout événement¹, de sorte que le paiement du courtage fera plutôt présumer l'interdiction d'être contre partie.

2° On se demande si la formule fréquente pour les opérations à la Bourse de Commerce : l'opération est conclue aux conditions et usages du marché de Paris, emporte interdiction. En effet, les opérations du marché n'étant accessibles qu'à certaines personnes, la clause implique que l'affaire sera portée au marché².

3° On s'est demandé aussi si la clause de *ducroire* inscrite en connaissance de cause n'implique pas interdiction³, ce qui semble conforme à l'intention des parties.

57. — II. Dans le report, le banquier reporteur ayant comme son client intérêt à la hausse des titres, le conflit d'intérêts n'existe plus, le contrat direct ne doit pas être interdit. La jurisprudence sans l'admettre formellement y tend en admettant facilement une convention en ce sens⁴.

58. — III. Si l'intermédiaire a reçu l'ordre d'acheter à tel prix ou dans des conditions très précises, le danger de la contre partie disparaissant, elle est licite. On ne peut, en effet, que redouter qu'un cours inférieur ait pu être obtenu

¹ Paris, 6 déc. 1904. 22 mars 1905. 3 mai 1905. D. 1906, 2. 17 et la note de M. Lacour. — Paris, 24 mars 1914. Gaz. Trib. 1914. 1^{er} sem. 2. 337. — Cf. Rouen, 26 janv. 1904. S. 05. 2. 110. — Lacour, note D. 1905. 1. 65.

² V. Thaller, *Consultation*, aff. Rogier, c. Kaufmann. — Buriat, p. 99. — Paris, 22 mars 1905. D. 1906. 2. 17 et la note en ce sens de M. Lacour. — *Contra* Morel, p. 314.

³ Pour l'affirmative, Rouen, 26 janv. 1904. S. 1905. 2. 110. — Paris, 11 nov. 1905. Pand. fr. 1906. 2. 316. — Paris, 28 mars 1901. S. 03. 2. 129, avec note au sens contraire. — *Contra*, Trib. comm. Seine, 18 avril 1906. Pand. fr. 1907. 2. 25 et 6 janv. 1900, id. 195.

⁴ V. Req. 30 juin 1909, 3 arr. D. 1910. 1. 5. S. 1911, 1. 565. — Req. 29 avril 1902. S. 1903. 1. 211. — V. la note de M. Wahl, S. 1903. 1. 209. — Cf. Trib. Seine, 30 juin 1897. D. 99. 2. 297 plus sévère, avec note de M. Lacour. — Paris, 22 mars 1901. S. 1903. 2. 129 (validité générale du report). — L'arrêt de Poitiers, 15 fév. 1897. D. 99. 2. 311, traite une question voisine : le marché par application. — *Contra*, trib. Douai, 12 fév. 1912. Loi 23 janv. 1913.

d'un tiers. Mais ce danger n'a pas paru éloigner le commettant¹.

IV. L'interdiction d'être contre partie vise le mandataire substitué comme le mandataire primitif².

59. — L'opération de contre partie ne présentant pas un très grand danger, la jurisprudence y voit une nullité relative et elle admet assez facilement qu'elle puisse se couvrir³.

Elle disparaîtra par tout paiement qui aura eu lieu en connaissance de cause⁴. Mais M. Lacour, soucieux de défendre la logique, estime que l'acceptation du compte, même non suivie de règlement, emporte simplement une modification de la charge de la preuve : le client devant désormais prouver que l'opération a été irrégulière. Cette solution n'est pas destinée à triompher, semble-t-il. En l'absence de textes, tenant compte des besoins pratiques de ne pas permettre des réclamations trop tardives, la jurisprudence s'en tiendra à son système sans lequel des comptes fort anciens pourraient être discutés.

60. — Pour deux catégories d'intermédiaires, l'opération de contre partie est interdite sans exception : pour les agents de change (art. 85 comm.) à qui la loi défend de faire des

¹ V. Wahl. S. 1903. 1. 209, col. 3. — Cf. Morel, p. 288, qui considère même qu'il y a absence de danger si on doit acheter tel jour, au premier cours moyen. Il en est autrement si on fixe un prix minimum de vente. Paris, 6 déc. 1904. Pand. fr. 1905, 2. 224.

² Cass. civ., 10 déc. 1912. Gaz. Pal. 1912. 2. 681.

³ V. Lacour, *op. cit.*, n. 37-42. — V. de même en droit italien, Turtufari, *Della rappresentanza*, n. 500. — V. encore Paris, 11 nov. 1905. Pand. fr. 1906. 2. 316. — Trib. comm. Seine, 23 septembre 1905, id.

⁴ V. Req. 1^{er} mars 1909. S. 1911. 1. 497 et la note de M. Naquet. D. 1910. 1. 5. et la note de M. Lacour. — Req. 11 janv. 1909. S. 1909. S. 1909. 1. 16. — Req. 30 juin 1909, 1^{er} arr. D. 1910, 1. 5. — Req. 27 nov. 1907. D. 1908. 1. 321. — Cass. civ., 27 janv. 1903. D. 03. 1. 247. — Cf. sur cette nullité, Lacour, D. 1906. 2. 17 et 1910. 1. 5.

La jurisprudence belge admet même le simple avis d'opéré, reçu sans protestation, comme cause d'extinction. Bruxelles, 7 nov. 1906. Journ. Trib. 1906, 1146. — Bruxelles, 17 janv. 1890. Pas. 1890. 2. 208. — Bruxelles, 19 juill. 1886. Pas. 1886, 2. 407.

opérations de banque ou de commerce pour leur compte ; pour les mandataires aux halles (loi du 11 juin 1896, art. 3), auxquels il est interdit expressément d'acquérir pour leur compte les denrées qu'ils sont chargés de vendre.

La jurisprudence admet parfois qu'il résulte de ces textes une nullité¹. Il serait, en effet, bizarre que l'agent de change ne fut pas au moins traité comme le commissionnaire contre partie sans autorisation. Mais cela est discutable : nous sommes ici simplement en présence d'une interdiction générale de faire le commerce d'où ne résulte pas de nullité et l'art. 87 comm. en établissant comme sanction la destitution confirme cette idée².

Pour les mandataires aux halles, l'art. 7 établit un système de contrôle et il semble que cela implique aussi qu'il n'y a pas nullité.

61. — Pour certaines personnes, on a hésité à appliquer l'art. 1596 en se demandant si elles étaient mandataires. Ainsi la question s'est posée pour l'huissier qui fait commandement, procède à une saisie mobilière ou immobilière³, vend des meubles saisis.

Il faut poser comme principe, bien qu'il ne s'agisse pas ici de contrat avec soi-même proprement dit⁴, que *toute personne qui préside une vente ne peut y être adjudicataire*, par

¹ Lyon, 1^{er} août 1894. D. 1895. 2. 149 et 6 mars 1896. D. 99. 2. 9 avec note de M. Boistel. S. 1903. 2. 145 en sous note, Trib. comm. Seine, 26 fév. 1902. Gaz. Pal. 1902. 1. 580. — Id., 11 janv. 1903, S. 1903. 2. 145 avec note de M. Wahl.

² Cass. 15 mars 1810 et 18 déc. 1828. Dall. v^o. *Bourse de commerce*, n. 300. — Req. 14 janv. et 5 fév. 1868. D. 1868. 1. 171 et 387. — Req. 1^{er} fév. 1876. D. 1878. 1. 229. — Req. 9 mars 1885. S. 1885. 1. 241. — Trib. comm. Seine, 12 nov. 1902. S. 1903. 2. 145. — Wahl, note S. 1903. 2. 145. — Thaller, n. 145. — Lyon, Caen et Renault, t. IV, n. 930 bis. — Buchère, *Opérat. de bourse*, n. 82. — Morel, thèse citée, p. 399. — Cf. sur le mode de justification de l'agent de change, Morel, p. 410 et suiv.

³ V. pour la négative, Bordeaux, 8 janv. 1833. D., v^o. *Vente*, n. 454.

⁴ Ceci est conforme à notre principe qu'il faut se préoccuper moins du contrat avec soi-même que des conflits d'intérêts trop directs.

extension de ce que dit l'art. 1596 à l'égard des officiers publics, pour la vente de biens nationaux se faisant par leur ministère et les administrateurs, pour ceux des établissements confiés à leurs soins. Cet article vise les préfet, sous-préfet, secrétaires généraux vendant les biens de l'Etat¹. Cela vise aussi par extension les huissiers, commissaires priseurs, notaires, greffiers présidant une adjudication², et lorsque la vente se fait au tribunal : les juges, magistrats du Ministère public, et greffiers³. Ceux-ci sont en outre visés par l'art. 711 Proc., lorsqu'ils ne sont pas présents aux enchères. Mais on admet que cet article reçoit exception quand ils sont eux mêmes créanciers chirographaires du saisi ou hypothécaire sur le bien vendu. On ne peut leur défendre de protéger leurs intérêts⁴.

Par contre l'huissier qui ne préside pas la vente peut enchérir⁵, eut-il fait le commandement ou la saisie.

Par contre il faut généraliser notre formule et dire que celui qui préside une opération juridique ne peut y être mandataire⁶. Le juge commissaire ne peut être mandataire d'un créancier à l'assemblée de vérification des créances⁷.

Le commis greffier chargé de constater authentiquement

¹ Pour les secrétaires généraux, v. Cons. d'Etat, 11 avril 1810. — Duvergier, t. XVII, p. 64. — Baudry et Saignat, *Vente*, n. 249. — Cf. pour les huissiers. Décr. 14 juin 1813, art. 38.

² V. Baudry et Saignat, n. 246, t. I et 247. — Garsonnet, 2^e éd., t. IV, n. 1359.

³ V. Garsonnet, *op. cit.*, t. IV, n. 1592..

⁴ V. Montpellier, 17 août 1818. Grenoble, 19 avril 1823. Montpellier, 23 août 1835. Dall. v^o. *Vente publique d'immeubles*, n. 1629.

⁵ Trib. Lannion, 10 déc. 1912, Gaz. Pal. 1913. 1. 181. — Baudry et Saignat, n. 246, t. I. — Garsonnet, t. IV, n. 1359. — V. cep. Req., 21 fév. 1887. D. 1888. 1. 87 (Promesse de vente à un huissier d'un immeuble soumis à procès qui doit être licite).

⁶ Par exception, le préfet présidant les adjudications concernant les biens de l'Etat agit aussi comme représentant de l'Etat. v. Rep. Alph. du dr. français. V^o *Domaine public et de l'Etat*, n. 733.

⁷ Thaller et Percerou, t. II, n. 1150.

un concordat ne peut être en même temps syndic de la faillite¹.

62. — 4^e cas : Du contrat du mandataire avec lui-même il faut distinguer le cas de cumul de mandats opposés. Une personne peut-elle passer seule un acte juridique où elle est représentant de deux personnes ayant des intérêts juridiques opposés? Ainsi peut-elle passer un marché si elle est mandataire de l'acheteur et du vendeur.

L'art. 1592 prévoit une question voisine en disant que « le prix de vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers ». Mais cette situation où il y a un mandat donné par deux personnes à la fois, comme dans notre hypothèse, diffère un peu de la nôtre², car les parties ont déjà consenti à la vente et veulent celle-ci en acceptant nettement la décision du tiers quant au prix. Dans notre cas, les mandants veulent bien le contrat, mais la question est précisément de savoir s'ils acceptent implicitement que le mandataire commun en fixe lui-même les conditions.

Pour nous le mandataire peut ici, dans tous les cas, sans exception, passer l'opération avec lui-même. Il le peut moins parce que le selbscontrahiren est possible, que pour cette raison pratique qu'ici cela ne présente pas de danger sérieux. Sans doute si le mandataire est rémunéré d'après le prix, il a un certain avantage à le fixer assez élevé pour voir croître son courtage, mais ce danger limité et spécial à certains cas ne peut être un argument décisif³.

Nous concluons de là :

1^o Que les mandataires légaux peuvent contracter avec

¹ Besançon, 4 déc. 1872. D. 1873. 2. 96.

² L'art. 2002 ne s'applique pas à ce cas mais vise celui où l'unité de mandataire vient du hasard.

³ V. en ce sens, *Aubry et Rau*, 4^e éd., t. IV, par. 411, note 2. — Gouget, thèse précitée, p. 142. — Duranton, t. XVIII, n. 207. — Cf. *Huc*, t. XII, n. 33, qui admet l'acte du mandataire commun seulement pour passer l'acte, ce qui est illogique.

eux-mêmes malgré l'art. 420, al. 2, et l'art. 389, al. 4 civ. s'ils sont tuteurs de deux personnes, ou tuteurs de l'une et administrateurs de l'autre¹. Il en sera de même des mandataires judiciaires.

2° Que les interdictions d'acheter prévues par la loi ne s'appliquent pas s'il y a double mandat. L'art. 1596 indique bien qu'il ne vise pas ce cas en parlant d'être adjudicataire par soi-même ou par personne interposée. Le tuteur peut même sans autorisation du conseil de famille prendre à bail les immeubles du pupille pour un autre mineur qu'il représente.

La jurisprudence a d'ailleurs consacré la possibilité de contracter avec soi-même en cas de cumul de mandats, pour le mandataire de l'assureur et de l'assuré, du vendeur et de l'acheteur².

63. — Le droit pour une personne de représenter plusieurs mandants a d'ailleurs été admis également par la jurisprudence pour le commissionnaire³. Cela a été jugé spécialement en matière de reports, lorsque l'intermédiaire a employé de l'argent qui lui était fourni à cet effet par un tiers⁴.

Mais pour les agents de change, il y a une solution spéciale. Le décret du 7 oct. 1890 art. 43 indique que pour l'exécution⁴ par voie d'application des ordres en sens contraires, reçus par le même agent de change, les prix sont inscrits sur un registre et « l'agent de change, avant de réaliser l'application, fait constater par un des membres de la chambre syndicale l'ab-

¹ Contra Planiol, t. I, n. 1717, 6^e éd.

² Cass. civ., 11 avril 1860. S. 60. 1. 316. D. 60. 1. 240. L'usage du commerce l'autorise lorsque cela a lieu de bonne foi, dit l'arrêt. — Cf. Gouget, p. 248. — Pardessus, n. 580. — V. pour une vente, Gand, 7 juillet 1888, *Belgique judiciaire*, 1888. 1097. — Contra Boistel, p. 935.

³ Bordeaux, 18 janv. 1848. S. 48. 2. 326. — Pardessus, *dr. comm.* t. II, n. 570. — Cf. Lacour, note dans *Dall.*, 1905. 1. 65.

⁴ Poitiers, 15 février 1897. D. 99. 2. 311 et la note de M. Lacour. Boistel, *Dr. comm.*, 3^e éd., n. 522. — Alauzet, *Cod. comm.*, t. III, n. 1060. Et cela doit être admis même par ceux qui n'admettent pas l'intermédiaire comme contre-partie dans le report.

sence de demandes ou d'offres plus favorables ». Mais ce texte ne s'applique pas si l'agent de change a une charge constituée en société et qu'il prétende faire traiter la charge avec lui-même mandataire d'un client¹, car la personnalité morale n'étant qu'un instrument technique, il ne faut pas en exagérer la portée sans souci des nécessités pratiques.

64. — Il n'y a guère qu'un cas où le cumul de mandats ne serait pas admissible : c'est pour la transaction, qui conclue par une personne serait en fait un arbitrage conférant l'arbitre des pouvoirs très larges : non seulement celui de juger, mais celui de terminer l'affaire au mieux pour chacun. On comprend que cet acte très délicat ne puisse faire sans autorisation spéciale des deux intéressés². Mais la cour de cassation de Turin a validé une transaction entre le mandataire commun de deux plaideurs et un troisième³. De même le même avoué ne peut représenter deux parties ayant des intérêts opposés, l'intérêt des plaideurs l'exige⁴.

65. — Indiquons qu'à plus forte raison le cumul des mandats est permis pour les cas où les mandants ont des intérêts de même nature : comme des co-propriétaires vendeurs, des co-acheteurs, des co-locataires, etc. L'art. 2002 le présuppose en parlant de « mandataire constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune ». Il est possible également pour ce que j'appellerai les actes collectifs unilatéraux comme une assemblée d'actionnaires, où l'art. 27, al. 2 de la loi du 1^{er} août 1893 fait allusion à ce cumul de mandats, les assemblées de créanciers en cas de faillite⁵, les assemblées des

¹ Trib. comm. Seine, 11 janv. 1902 S. 1903. 2. 145 et la note en sens contraire de M. Wahl.

² V. Huc. t. X, n. 33.

³ Cass. Turin, 1^{er} juillet 1905. Pand. fr. 1907. 5. 14. Pas, 1906. 4. 68.

⁴ V. Rennes, 6 janv. 1815. S. chr.

⁵ V. Lyon Caen et Renault, t. VII, n. 476. — Thaller et Percerou, t. II, n. 1150. — Le syndic lui-même peut être mandataire. Bordeaux, 20 mars 1863. S. 1863. 2. 113.—

associations. Les mandats cumulés sont possibles même s'il y a une certaine opposition d'intérêts. Un héritier peut choisir pour représentant dans un partage le légataire universel, bien qu'il y ait entre eux opposition d'intérêts¹. Il n'y a d'exception que pour les conseils de famille (art. 412 civ.). On a prétendu aussi que dans les conseils d'administration, un administrateur ne pouvait donner mandat à un autre². Cela paraît inexact, car au fonds le conseil fait une opération bien voisine lorsqu'il choisit un administrateur délégué.

Il y a cependant une limite : si la loi prévoit un conseil, une assemblée, c'est qu'elle veut une discussion. On ne peut avoir un cumul de mandats qui aboutirait à supprimer tout échange de vues et remplacerait tout par une simple décision unilatérale³.

Nous estimons en conséquence qu'une société par actions constituée entre plusieurs personnes ne peut longtemps substituer si elle est réduite à un actionnaire⁴.

66. — 5^e Cas : Par rapport aux personnes morales, le problème ne présente rien de spécial s'il s'agit d'un simple représentant de la personne morale agissant avec celle-ci ou comme représentant de deux personnes morales. Mais il faut examiner séparément le cas où l'agent d'une personne morale, veut contracter avec celle-ci, ou avec celui de l'agent commun de deux personnes morales⁵. Ici il y a un danger spé-

¹ Cass., 11 nov. 1907. Gaz. Pal., 1911. 2. 581. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 118.

² Houpin, *Sociétés*, t. II, n. 813 et 5^e éd. n. 860. On peut par contre admettre avec cette auteur que des administrateurs ne peuvent déléguer un étranger. (V. de même Vavasseur, n. 814.)

³ V. cep. Bruxelles, 29 juillet 1889. *Belg. jud.*, 89. 1572 (assemblée d'actionnaires tenu par un seul, propriétaire de toutes les actions).

⁴ V. pour la société par intérêts, Cass. civ., 7 févr. 1881. S. 1881. 1. 276, pour la société par actions. Req. 10 avril 1867. S. 1867, 1. 277.

— Houpin, *Sociétés*, 4^e éd., t. II n. 949. Cf. supra, n. 49 bis.

⁵ Sur la distinction du représentant, agent indirect, et de l'agent, ou organe porte parole direct, comme le maire pour la commune, v. infra, chap. III.

cial à éviter. Tandis que le représentant rend des comptes rapides sur sa gestion dans quelque assemblée, ses actes sont surveillés en fait de moins près, il faut donc se monter plus circonspect.

Ainsi le gérant d'une société civile ou d'une commandite commerciale ne peut en principe vendre et acheter à la société. Il faut lui étendre les règles de l'art. 1596 civ. Mais il peut être stipulé dans les statuts que le gérant pourra acheter et vendre ou même qu'il le devra, ce qui est très utile dans les sociétés où des commerçants se groupent pour centraliser la vente ou l'achat¹. Ensuite les autres contrats préjugés moins dangereux sont licites².

La solution devrait être étendue au président d'une association, s'il avait à lui seul les pouvoirs d'administration.

L'agent d'une personne morale peut simplement se payer ce que la personne morale lui doit ou payer de son argent propre au nom de celle-ci, etc., ce sont, en effet, des actes peu dangereux. Cependant j'ai vu un agent comptable préférer qu'un mandat au profit d'un fonctionnaire personnellement fut signé par le suppléant de ce fonctionnaire et non mandaté par le bénéficiaire.

Mais les autres associés peuvent passer librement des contrats avec la société. Ici d'ailleurs plus de contrat avec soi-même. Il y aura contrat avec le gérant. Ceci a été établi pour les commanditaires par un avis du conseil d'Etat du 17 mai 1809 qui a déclaré non interdits « les transactions que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire et réciproquement³ ».

¹ Cf. Grenoble, 1^{er} mai 1894. S. 94. 2. 277. D. 1895. 2. 221. — V. Baudry et Wahl, *Société*, n. 196.

² V. comme autorisant tous les contrats, Lyon-Caen et Renault, II, n. 263. — Thaller, n. 662. — Boistel, note D. 1875. 1. 337 qui argumente à tort des art. 1849 et 1850, qui supposent des rapports forcés.

³ V. en ce sens, Cass. civ, 3 juillet 1899. S. 99. 1. 361. D. 99. 1.

67. — Les solutions que nous avons données pour le gérant sont également vraies pour le liquidateur de société. Il peut bien contracter avec la société, ce qui ne présente pas trop de dangers, mais il ne doit pas pouvoir acheter. On peut d'ailleurs dire que c'est un mandataire chargé de vendre : car le mandat de liquider implique presque toujours que l'on devra vendre. Sans doute on a fait valoir des cas où, la vente aux enchères n'ayant pas abouti, il y aurait avantage pour la société à ce que le liquidateur achetât à l'amiable¹. Mais en ce cas le liquidateur pourra se faire autoriser par les associés, ou par le tribunal qui l'a nommé, ou s'il y a plusieurs liquidateurs ayant chacun pleins pouvoirs, il se fera consentir la vente par l'un d'eux². De même il ne pourra pas, même assisté du liquidateur judiciaire de la société, transiger avec lui-même sur les dommages-intérêts qu'il doit à la société. C'est trop dangereux³.

68. — En droit administratif, divers textes interdisent le contrat en soi-même des organes des personnes morales. La loi du 5 avril 1884, art. 83, dit que « dans les cas où les intérêts du maire se trouvant en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune ». Le contrat est donc permis, mais non par la forme du *selbstcontrahiren*. Cette solution doit être étendue à tous les cas où un inconvénient aussi grave se présente. En outre, l'art. 1596 civ. interdit de se rendre adjudicataire aux administrateurs, pour les biens des commu-

502 *sol implic.* — Bordeaux, 16 avril 1832. S. 33. 2. 133. — Bordeaux, 29 avril 1838. S. 39. 2. 43. D. 1839. 2. 68. — Lyon, 5 juillet 1845, S. 46, 2. 317. D. 46. 2. 228. — Cf. Paris, 15 juillet 1862. S. 64. 1. 229. D. 1864. 1. 156. — Douai, 19 août 1881. Journ. trib. comm. 82. 323. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n. 493. — Houpin, t. I, n. 241. — Gouget, *op. cit.*, p. 168.

¹ V. Gouget, thèse citée, p. 179, et suiv.

² V. Parme, 16 août 1895 rapp. par Arno, *Archiv. giurid.*, t. 57, p. 417.

³ Cass. civ., 4 nov. 1903. S. 1904, 1. 209, avec note de M. Lyon-Caen, *Pand fr.* 1904 1. 212. *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 559.

nes ou des établissements publics confiés à leurs soins. Ici la défense est absolue et générale, on ne peut acheter même par l'intermédiaire d'un tiers. Cette solution doit être étendue dans tous les cas où la protection de la personne morale l'exige¹.

Pour les anciens établissements publics du culte, la question avait été réglée en cas de libéralité faite par leur chef, par l'ordonnance du 7 mai 1826 (art. 1^{er})². Ce texte est applicable aux supérieurs de congrégations³.

69. — Une personne peut être à la fois le gérant de deux sociétés. A-t-elle qualité pour passer à elle seule des contrats liant ces deux groupements? Ici de même que pour le cumul de mandats, nous déclarerons l'opération licite, car elle n'est pas dangereuse. Elle ne le serait qu'au cas où le gérant aurait des intérêts plus forts dans une société que dans l'autre. Mais ceci n'a qu'une importance relative et la responsabilité du gérant pour faute est une garantie suffisante. Ainsi un gérant commun peut prêter de l'argent d'une société à l'autre et arrêter les comptes⁴.

Dans la pratique, où fréquemment une société est une filiale d'une autre, il est très commode, s'il y a un gérant commun qu'il puisse passer seule l'opération, et la même solution a été édonnée pour des sociétés ayant les mêmes administrateurs (A).

¹ Sur ce texte, Baudry et Saignat, n. 245 et suiv. — Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, p. 36. — Huc, X, n. 51. — Laurent, XXIV n. 48. — Guillouard, *Vente*, I, n. 126.

² V. à ce sujet, Baudry et Colin, I, n. 1323.

³ V. Baudry et Colin, I, n. 1325.

⁴ Req., 4 déc. 1854, D. 55. I. 22. S. 56. I. 592. — Cf. Req., 14 déc. 1874, D. 75. I. 337 et la note de M. Boistel, S. 76. I. 209 et la note. — Trib. comm. Seine, 2 janv. 1886. Journ. trib. comm., 87, p. 138. — *id.* 23 avril 1887. *Rev. Sociétés*, 87, p. 450. — Trib. comm. Nantes, *Jurispr. de Nantes*, 81, p. 331.

(A) Formule d'actes entre deux sociétés ayant des gérants communs.

Par devant M^e.....

Ces solutions ne devraient être rejetées que si les deux sociétés n'en formaient en réalité qu'une seule, comprenant les mêmes associés, a dit M. Boistel. Mais cette solution dépend du point de savoir avec quelle liberté les particuliers peuvent multiplier entre eux les sociétés ayant les mêmes associés, mais ayant des objets distincts. Je ne vois aucune raison pour restreindre ce droit, afin de permettre de liquider facilement celles des sociétés qui ne réussiraient pas.

70. — *Questions voisines de l'acte avec soi-même.* Dans quelle mesure une personne peut-elle jouer le rôle de contractant dans un acte où elle n'est plus pleinement la contre partie, mais où elle intervient soit pour contribuer à voter l'acte, soit pour l'autoriser, soit pour le contrôler? Ici ce n'est plus le véritable contrat avec soi-même, il n'y a plus qu'identité partielle entre les contractants.

I. La question se pose d'abord toutes les fois qu'une société est administrée par un groupement: co-gérants d'une société civile ou d'une société commerciale par intérêts, ou en

Ont comparus :

M. N..., demeurant à.....

M. X... demeurant à.....

M. N... nous a déclaré en tant que gérant de la Société N. et C^{ie} société en nom collectif, constituée suivant acte reçu par M^e..... notaire à..... le..... enregistré, entendre vendre à la société en commandite par actions *L'Avenir*, société constituée suivant acte reçu etc... l'immeuble ci-après désigné : un terrain, etc... sis à.....

Déclarant qu'aucune offre de prix plus avantageux ne lui a jamais été faite dudit immeuble, malgré les propositions par lui faites à diverses personnes par l'intermédiaire de.....

En même temps, en tant que co-gérant de la Société en commandite par actions, M. N... nous a déclaré accepter ledit contrat. Il en a été de même de M. X..., son co-gérant, tous deux nommés à ces fonctions par.....

Les clauses et conditions de la vente ont été fixées de la manière suivante :

Ont en outre déclaré, MM. N... et X... avoir fait expertiser ledit terrain par MM..... géomètres à..... lesquels l'ont estimé à....., prix fixé au présent acte.

commandite par actions, administrateurs d'une société anonyme, membres du bureau ou du conseil d'administration d'une association, lorsque la gestion de ce groupement est collective.

Nous estimons de façon générale que les mêmes solutions doivent être données ici que pour le gérant d'une société isolée. Les actes sont en principe licites. Nous irons même plus loin. La vente sera permise. En effet, l'acte présente moins de danger étant donné qu'il y a le contrôle des autres administrateurs ou gérants qui engageront leurs responsabilités.

Nous dirons même que, dans ce cas, l'administrateur intéressé peut régulièrement prendre part au vote¹

Ces solutions s'imposent en face de la manière indulgente dont la loi a résolu le seul cas qu'elle prévoit et de la pratique qui est facile sur ce point. Il serait inadmissible d'exiger plus dans d'autres cas qui ne présentent pas plus de danger.

Alors que l'art. 23 de la loi du 23 mai 1863 prohibait toute opération entre l'administrateur et la société anonyme, à moins d'autorisations données par l'assemblée générale pour certaines opérations spécialement déterminées, l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 interdit simplement les « entreprises et les marchés faits avec la société ou pour son compte à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale² ».

Ainsi sont valables les actes de commerce isolés ; fourniture ou escompte d'une traite, etc.³, on y assimile les mar-

¹ V. cep., Cass. civ. 7 mai 1844. D. 1851. 5. 495.

² Il y a là une nécessité. Les sociétés anonymes qui groupent des personnes à qui elles repassent ensuite des marchés, sont bien obligées de traiter dans ces conditions. V. un exemple intéressant dans le C. R. de la Société centrale des banques de province, année 1913, p. 9.

³ V. Douai, 21 mars 1899. D. 1901. 2. 364. — Paris, 20 janv. 1888. D. 1889, 2. 265 et sur pourvoi, Civ., 16 juin 1891. D. 1892, 1. 321. S. 1895. 1. 506. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n. 820 bis. — Morel, thèse citée, p. 292. — Houpin, *Journ. Soc.*, 1916, p. 5. — Thaller et

chés par adjudication, où le danger est minime¹. L'autorisation peut être générale² et en pratique c'est une simple formalité que l'on remplit à tout hasard à chaque assemblée annuelle. On est seulement tenu de rendre compte à l'assemblée annuelle (art. 40, al. 2). L'autorisation doit être antérieure à l'acte. Après elle vaudrait ratification³.

L'acte défendu par l'art. 40 serait nul de nullité relative s'il y avait intérêt direct de l'administrateur. En cas d'intérêt indirect, l'acte serait valable, mais on pourrait agir en indemnité contre l'administrateur⁴.

70 bis. — L'art. 40 de la loi de 1867 est inapplicable à un directeur technique. Mais celui-ci pourrait être atteint par l'interdiction qui frappe le mandataire conventionnel. En fait les marchés passés par lui ont été jugés valables dans un cas où une société ayant confié sa gestion à une autre faisant certaines fournitures, on avait nécessairement envisagé que la société gérante ferait de ces fournitures à l'autre société⁵. Mais l'article 40 s'appliquerait à un directeur général ayant le rôle d'un administrateur⁶.

Dans une société, des actionnaires peuvent être en même temps obligataires de la société et voter dans les assemblées pour les questions intéressant les obligataires : remboursement anticipé, interprétation des règles de l'émission. Mais s'il y a des délégués des obligataires, ayant entrée au conseil

—
Pic, *Sociétés*, II, n. 1152. — Thaller, 3^e éd., n. 662. — Lacour, n. 554. — V. cep. pour un contrat important de travaux : Pau, 31 juillet 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2. 571. S. 1911, 2. 288. — Cf. Douai, 18 déc. 1899, S. 1904, 1. 37.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. II, n. 821. — Houpin, *Journ. Soc.*, 1916, p. 6. — Lacour, n. 554, cf. trav. préparat. Corps législatif, 5 juin 1867. — Cf. Rouen, 10 mars 1909, S. 1912, 2. 108.

² Contra Houpin, *op. cit.*, p. 10. — Rennes, 6 avril 1905, cité par lui.

³ Houpin, *op. cit.*, p. 9.

⁴ Houpin, *op. cit.*, p. 13-14.

⁵ Req., 22 déc. 1913, *Gaz. Pal.* 1914, 1. 289.

⁶ Houpin, *op. cit.*, p. 7.

d'administration, le délégué ne peut cumuler cette qualité avec celle d'administrateur, il serait absurde qu'il fut à la fois contrôleur et contrôlé. De même que l'administrateur ne peut être commissaire de surveillance.

71. — Les mêmes solutions s'appliquent pour les actes juridiques qui se passent dans l'intérieur d'une société ou d'une association. Les personnes dont les propositions sont discutées : comptes présentés, peuvent prendre part au vote¹. Ici il y a cependant en pratique un danger sérieux. Mais cette solution est admise parce que la loi, lorsqu'elle a voulu y déroger, l'a dit expressément. L'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 dit pour les approbations d'apports : « Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont point voix délibérative. » Etant donné le danger de ce vote, la jurisprudence va même jusqu'à l'interdire pour les actions de numéraire de l'apporteur², ou pour les actions que l'apporteur représente en vertu d'un mandat³.

On admet de même que le tuteur vote dans le conseil de famille sur les délibérations qui l'intéressent. Les art. 423 et 426 en l'empêchant de voter dans deux cas spéciaux semblent impliquer qu'ordinairement il peut le faire.

En droit administratif, l'art. 52 de la loi du 5 avril 1884 décide que lorsque le conseil municipal délibère sur les comptes du maire, celui-ci doit se retirer au moment du vote. Il semble résulter de là, bien qu'il ne s'agisse pas d'un véritable contrat, mais d'un acte de nature spéciale, que par *a con-*

¹ Cass. civ., 27 juillet 1881. D. 83. 1. 25. S. 83. 1. 337. et la note de M. Labbé (cas d'une commandite simple, interprétation des statuts dit l'arrêt). — Cass. civ. 26 oct. 1896. D. 98. 1. 65, note Thaller. — Thaller, n. 683.

² Req. 22 fév. 1888. S. 88. 1. 417. D. 188. 1. 297. — Req. 17 déc. 1894. D. 95. 1. 101. — Lacour, n. 447. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 712. — Thaller, n. 536.

³ Req. 31 déc. 1906, D. 1908, 1. 513, note Percerou, Thaller, loc. cit.

⁴ Rapp. une solution plus sévère, art. 495. civ.

trario le maire vote valablement dans une discussion où ses actes sont en jeu. De même il es admis au Parlement que les ministres contribuent comme députés à se donner un vote de confiance.

Faut-il en conclure que serait régulier le vote d'un conseil administratif : municipal ou général, pour décider un acte avec un des membres du conseil alors que ce membre aurait pris part au vote ? Les solutions données en droit civil nous font pencher ici pour l'affirmative, sauf quand on est dans le cas prévu par l'art. 64 de la loi du 5 avril 1884 (délibération d'un conseil municipal où un membre est intéressé ou mandataire de l'intéressé) où l'acte est annulable.

72. — Les mêmes règles s'appliquent lorsque les contrats ou actes juridiques sont passés entre deux groupements, sociétés ou associations ayant des administrateurs communs, fut ce même le plus grand nombre, comme au cas de société mère et de filiale. L'art. 40 de la loi de 1867 assimile les deux situations en parlant « de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect¹ ». On a remarqué que cette facilité de la loi avait souvent pour résultat en cas de crise d'entraîner à la fois la chute de la société mère et de ses filiales². Mais personne n'en conclut qu'il faille dans le silence des textes admettre une sévérité spéciale pour prévenir ce danger tout éventuel.

73. — Les mêmes questions peuvent se poser en droit administratif. Une personne qui réunit les deux qualités de conseiller municipal et de conseiller général peut-elle intervenir dans un contrat entre la commune et le département ? Des questions semblables se posent pour les administrateurs de bureaux de bienfaisance, les administrateurs d'une fonda-

¹ Les auteurs entendent très largement ces expressions, y comprennent un lien de parenté, une créance sur un contractant. (V. Lyon-Caen et Renault, Lacour, loc. cit.).

² V. Thaller, n. 663.

tion, etc. Ce que nous avons dit précédemment nous fait admettre ici encore l'affirmative.

Spécialement nous remarquerons que ces solutions sont presque nécessaires quand il s'agit de personnes morales qui sont l'émanation d'autres personnes morales : conseil d'Université, union d'associations, de syndicats ; les délégués d'une Faculté peuvent en conseil d'Université voter pour des contrats entre la Faculté qu'ils représentent et où ils votent comme membres du conseil de la Faculté, et l'Université. De même le président d'une association peut voter à la réunion d'une union d'associations à propos d'un acte entre l'union et l'association qu'il préside. Le rôle de ces délégués est en effet de défendre les intérêts d'une personne morale spéciale dans l'union de personnes morales qui a pour but de régler la situation respective des personnes unies.

73 bis. — Un communiste peut parfaitement prendre a bail la propriété commune. Mais à concurrence de sa part il n'y a pas bail, il ne sera pas dû de droit d'enregistrement. Le congé n'aura pas besoin de l'assentiment du propriétaire locataire¹. Le bail à un communiste est donc en réalité hors de notre sujet. Est-ce à dire que le droit français ne conçoit pas une personne créancière d'une masse indivise où elle a des droits ? Cela ne serait pas exact, car sous le régime de la communauté, l'époux créancier de la communauté pour récompenses est non un co-propriétaire, mais un véritable créancier ayant seulement un mode rapide pour se payer, le prélèvement². Ici la tradition nous impose donc une construction technique différente.

¹ Rouen, 15 avril 1897. S. 1898. 2. 241 avec note de M. Dalmbert. — Trib. de Baugé, 30 juin 1910. D. 1912, 2. 211. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 1002. — Baudry et Wahl, *Louage* I, n. 1242. — V. Fubini, *Locazione di cose*, I, n. 149.

² V. not. Aubry et Rau, 5^e éd. VIII, p. 165 et suiv. Cf. A. Colin et Capitant, III, p. 196. Civ. 21 oct. 1919. D. 1920. 1. 5 et *Rev. de dr. civil*, 1921, n. 1. *Obligations*, n. 34. Nous reprendrons cette question à propos des effets de l'obligation.

74. — La personne qui doit autoriser l'acte d'un incapable peut-elle en même temps être celle avec qui cet incapable fait l'acte juridique? Un conseil judiciaire, un mari peuvent-ils autoriser l'acte juridique du prodigue, de la femme avec eux-mêmes?

Pour le mari, notre ancien droit admettait déjà généralement qu'il pouvait ici autoriser sa femme, rejetant ici l'adage *nemo potest esse auctor in rem suam*¹. De plus les textes indiquent toujours quand l'autorisation de justice est nécessaire. (Art. 219, 221, 222 et 223 civ.) Lorsque la loi veut l'autorisation de justice seule pour les contrats de la femme elle le dit. (Art. 1558 et 2144 civ.) Mais surtout l'incapacité de la femme résulte non de l'incapacité aux affaires, mais de l'unité de direction nécessaire dans le ménage pour l'intérêt de la famille. Le mari peut donc autoriser, surtout qu'il a presque toujours intérêt à ne pas nuire à la fortune de la femme² (A).

¹ Pothier, *Puissance du mari*, n. 42. — Lebrun, *Communauté*, l. 2, chap. I, cit. 3, n. 39.

Ceci au contraire a été rejeté par le code italien (art. 136), qui en cas d'opposition d'intérêts exige l'autorisation de justice.

² Req., 13 nov. 1867. S. 68. 1. 202, sol. implic. — Nîmes, 9 février 1842. S. 46. 1. 604. D. 42. 2. 177. — Grenoble, 11 mars 1851. S. 51.

2. 627. D. 53. 2. 62. — Montpellier, 18 nov. 1853. S. 54. 2. 20. D. 55. 2. 90. — Bordeaux, 29 fév. 1888. S. 89. 2. 125. — Aubry et Rau,

4^e éd. V., par. 472, note 46. — Demolombe, IV, n. 235-236. — Baudry et Cheneaux, III, n. 2293. — Laurent, III, n. 134. — Huc, II, n. 273.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

— Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29. — Planiol, I, n. 959. — Beudant, I, n. 334. Crème, *Allg. Theil.*, par. 29.

A. Formule d'acte d'une femme passé avec son mari.

Par devant M^e.....

Ont comparu.....

Mme Marie N... épouse de M. X... avec lequel elle demeure à.....

de lui assistée et autorisée.

M. X... demeurant à..... époux de Mme N... sus nommée, lequel a déclaré intervenir : 1^o pour assister et autoriser sa fem-

Cette solution certaine en jurisprudence reçoit une application importante pour le mandat tacite de la femme mariée, ou les donations entre époux.

75. — Une autre solution est admise pour les incapacités fondées sur l'idée de protection. Celle-ci pourrait manquer si la personne qui autorise pouvait être *auctor in rem suam*¹.

Aussi admet-on que le conseil judiciaire ne peut autoriser un acte qui l'intéresse, il doit se faire remplacer par un conseil judiciaire *ad hoc*².

De même le mineur qui veut passer un contrat de société ne peut être autorisé par la personne avec qui il va s'associer³.

La même solution doit être étendue au curateur du mineur émancipé, au liquidateur judiciaire.

Mais les incapacités des art. 450, al. 2, et 1596 civ. ne les visent pas⁴.

Faut-il étendre la même solution en droit administratif et

me à l'acte ci-après. 2^o pour agir en son nom personnel comme contractant.

Exposé.

.....

En conséquence Mine X. a déclaré, conformément à l'art 1595 civ. vendre à son mari qui accepte et d'autre part l'autorise à cet effet les biens ci-après.

¹ Cf. Rignano, *Ammissibilità in materia cambiaria di Nemo potest esse auctor in rem suam*. Dir. comm. 1889, p. 810.

² V. Turin, 12 avril 1808. S. 09, 2, 243. — Req. 13 juin 1860. S. 61. 1. 237. D. 1860. 1. 503. — Trib. Seine, 30 avril 1870. D. 70. 3. 78. — Trib. Seine, 14 avril 1859 et trib. Dijon, 21 mars 1860. D. 1866. 5. 262. — Aubry et Rau, I, par. 139, note 11. — Demolombe, VIII, n. 714. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n. 972.

³ Douai, 16 août 1869. D. 1870. 2. 88. — Lyon-Caen et Renault, I, n. 230 bis. Paris 20 fév. 1858. D. 1858. 2. 36. Req. 3 août 1859. D. 1859. 1. 419.

⁴ Toulouse, 6 déc. 1883. S. 842. 66. — Cass. civ. 19 avril 1887. D. 87. 1. 490, (curateur au ventre). — Aubry et Rau, I, par. 117, note 24. — Baudry et Saignat, n. 238. — Contrà, trib. Foix, 18 janv. 1882. S. 1883 2. 46. — Toulouse, 17 mai 1850. S. 1850 2. 504.

dire que le préfet par exemple ne peut autoriser l'acte qu'un établissement public passerait avec lui-même? Nous penchons là aussi pour la négative.

Mais il ne faut rien exagérer, le prodigue par exemple peut donner mandat à son conseil judiciaire de le représenter, cet acte ne présentant que des avantages: notamment celui de simplifier les opérations juridiques.

76. — Mais une personne pourrait-elle autoriser les actes entre deux incapables qu'elle a qualité pour autoriser séparément. Un curateur de deux émancipés peut-il leur permettre de traiter ensemble? Je le crois: ici comme dans les combinaisons de commandes, il n'y a guère de danger. Il n'y en a même aucun, le conseil n'ayant pas le moindre avantage à autoriser un acte désavantageux pour un des incapables.

En droit administratif, la même question peut se poser. Le préfet aurait-il qualité pour autoriser le contrat à passer par deux communes de son département? Il faudrait pour les raisons ci-dessus admettre l'affirmative.

77. — III. Une personne peut-elle passer un acte dans son intérêt alors qu'elle avait mission de le contrôler? Le subrogé tuteur peut-il en son nom traiter une affaire avec le tuteur comme représentant du mineur?

L'affirmative doit être admise dans les cas où le subrogé tuteur ne doit pas nécessairement intervenir comme représentant du mineur¹. En effet aucun acte n'est interdit entre le subrogé et le mineur².

¹ Angers, 29 août 1884. D. 88. 1. 241 (transaction). — Aubry et Rau, I, n. § 117, notes 24 à 27. — Laurent XXIV, n. 46. — Huc, X, n. 49. — Baudry et Saignat, n. 237. — Contrà Riom, 25 févr. 1843 S. 43. 2. 217. — Toulouse, 17 mai 1850. S. 50. 2. 504. D. 52. 2. 62. — Demolombe, VII, n. 375 et 787. — Baudry et Chéneaux, *Personnes*, V, n. 385.

² Bordeaux, 30 mai 1840 S. 40. 2. 367. — Cass. civ. 21 déc. 1852 S. 53. 1. 13. D. 52. 1. 314. — Agen, 13 juin 1853. S. 53. 2. 390. D. 53. 2. 183. — Grenoble, 4 janv. 1854. S. 55. 2. 782. D. 56. 2. 238 (vente).

Les mêmes solutions doivent être étendues aux commissaires de surveillance des sociétés par actions, aux contrôleurs des faillites.

Faut-il en droit administratif l'étendre aux membres des conseils qui autorisent un acte? La solution doit être la même. Un conseiller général pourra voter pour approuver un contrat entre une commune et lui-même¹.

De même le président de la République approuve à ce titre les élections à l'Institut auxquelles il prend part.

78. — Même dans les cas où l'acte juridique avec soi-même est permis, cela comporte une limite. On doit admettre que cela concerne bien les actes juridiques ordinaires, mais non les procès dans les cas où le représentant serait obligé d'y recourir (partage judiciaire par exemple), ou croirait devoir y recourir pour mettre sa responsabilité à l'abri. Chaque plaideur ayant des intérêts distincts doit avoir un représentant séparé. Le juge ayant plutôt dans le débat contentieux un rôle passif, il faut qu'il y ait devant lui un véritable débat et non un simple exposé de l'affaire par le représentant commun des plaideurs, si l'on croit utile de recourir à la justice pour fixer des situations juridiques un peu compliquées. L'article 54, al. 3 de la loi du 10 août 1871 indique d'ailleurs en ce sens, qu'en cas de procès entre l'Etat et le département, un membre de la commission départementale représente le département, et le préfet, l'Etat. L'art. 308 civ. dit de même que le désaveu est intenté contre un tuteur ad hoc de l'enfant. Et ceci ne vise que le cas du mineur². Il s'agit donc bien d'éviter le procès du père avec lui et de demander que celui qui représente un plaideur ne puisse autoriser l'autre.

¹ Rappr. contrà Gauthier. *Ex. doct. Revue critique*, 1883, p. 11 (donation par une ville à Napoléon III, acte autorisé par l'Empereur donataire).

² Baudry et Cheneaux, IV, n. 549. — Demolombe V. n. 164. Aubry et Rau, VI, § 545 bis. — Colin et Capitant, I, p. 317.

un tuteur étant de conseil judiciaire de l'autre plaideur ¹.

78 bis. — Nous considérerons également comme possible qu'un créancier reçoive en gage des créances dont il est débiteur, par exemple qu'une banque prête sur ses actions ou ses obligations. Ce cumul spécial de qualités n'est nullement interdit. Mais les personnages se trouvant réduits à deux au lieu de trois, le créancier, le débiteur, le tiers débiteur, il en résulte cependant des conséquences indirectes. Si les statuts permettent à la société de prendre les actions que l'actionnaire veut vendre au prix offert par un tiers acheteur, ce droit ne pourra être exercé le jour où le débiteur actionnaire ne pourra payer, car l'estimation résultant du prix offert par un tiers vis à vis de qui le débiteur est libre, n'existe plus. Or, elle est un élément indispensable pour que le retrait ne soit pas léonin. La société ne peut objecter qu'elle agit comme retrayant en face d'un actionnaire forcé de vendre. Il faudra donc faire application de l'art. 2078 civ. et procéder à une estimation.

78 ter. — Un autre cumul de qualités ne présentant pas d'inconvénients pratiques est également admis. Ainsi un tuteur peut recevoir un paiement, partie pour lui, partie pour son pupille, car là ne se manifeste aucune opposition d'intérêts.

79. *Acte unilatéral à l'égard de soi-même.* — Nous tirons encore des idées précédentes sur les conflits d'intérêts cette conséquence, c'est qu'il faut dans la même mesure que pour les contrats, interdire les actes unilatéraux dont le mandataire serait le bénéficiaire unique ou à peu près. Un mandataire ne peut renoncer à une servitude sur son immeuble, ou sur un immeuble dont il est le co-proprétaire indivis.

L'acte unilatéral à l'égard de soi-même n'est possible que pour les actes d'exécution : comme la saisie arrêt sur soi-

¹ V. cep. trib. Dijon. 13 nov. 1866 S. 67. 2. 197, sol implic.

² Chambéry, 20 mars 1916. *Gaz. Trib.* 1916. 2. 521.

même¹. S'il y avait à faire une signification à soi-même, un gérant de société étant devenu en son nom cessionnaire d'une créance contre la société par exemple, l'acte serait possible et il serait même utile pour que la signification donnât effet à la cession vis-à-vis des tiers. Ou encore les constatations vis-à-vis de soi-même comme l'inventaire², les dénonciations vis-à-vis de soi-même³ sont licites.

80. — Une personne peut-elle prendre en une certaine qualité l'initiative d'un acte unilatéral que d'autres doivent approuver, mais qui a effet à son égard ?

La cour de Paris l'a admis pour un père tuteur légal de son fils qui a pris l'initiative de réunir le conseil de famille pour faire renoncer l'enfant à la communauté ayant existé entre le tuteur et la mère du mineur⁴. M. Massigli critique cette décision en argumentant de l'art. 420 civ. Mais il semble peu conforme à l'utilité pratique d'appliquer ce texte si strictement, puisque le conseil ici garde la liberté d'appréciation, comme le remarque l'arrêt. Nous croyons donc que la solution de la cour de Paris doit être approuvée et généralisée.

Mais nous n'accepterions pas que le conseil judiciaire, le

¹ V. sur le saisie arrêt sur soi-même, en faveur de son admission, Garonnet, *Procédure*, 2^e éd. IV, n. 1382, 3^e éd. IV, n. 173. — Jean Appleton, *la Saisie arrêt sur soi-même*, *Ann. de l'Université de Grenoble*, 1895, p. 497. — Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 327. — Bourée, *Saisie arrêt par le créancier débiteur en propres mains*, th. Dijon, 1916, — Cass. Req., 27 juillet 1891, S. 1892, 1. 225 avec note Labbé, D. 1892. 1. 430. — Paris, 18 juin 1908. S. 1910, 2. 248. — Pau, 4 juill. 1901, S. 1901, 2. 248. — Toulouse, 13 oct. 1890. Dall. suppl., v^o. *Saisie arrêt*, n. 19. — Paris, 12 fév. 1908, S. 1910, 2. 48. D. 1908, 2. 289, contra Rennes, 17 fév. 1889. Dall., id. n. 19. — Trib. Seine, 26 mai 1909, D. 1910. 5. 7. S. 1910. 2. 127, Gaz. Pal. 1909, 2. 613. (saisie arrêt par le dépositaire), réformé en appel le 18 juin 1910.

² V. cep. Cass. civ., 9 mars 1842, S. 1842, 1. 193. D. 1842. 1. 148.

³ V. Paris, 16 nov. 1885 D. 1886 2. 248.

⁴ 2 fév. 1880 sous Cass. S. 1883 1. 301. — Rapp. Rouen 10 mars 1909, S. 1912. 2. 108. Contra Massigli, *Ex. doct.*, *Rev. critique*, 1884, p. 260.

curateur, le liquidateur judiciaire autorisent l'incapable ou le liquidé à un acte de renonciation à succession ou autre dont ils doivent profiter. Il y a là une solution trop dangereuse.

81. — A quelles conditions l'acte juridique avec soi-même est-il valable? Ici il faut rappeler cette idée: ce qui fait la force obligatoire de la volonté, ce n'est pas seulement la volonté même, c'est ce fait qu'il en a été pris acte dans le milieu social. Si une personne passe un contrat avec elle-même par un simple sous-seing privé, il est trop évident que sa volonté restée secrète ne peut encore la lier définitivement à la date de l'acte. Il faut quelque chose de plus. Comment cette prise de contact avec le milieu social peut-elle avoir lieu?

Souvent elle se réalise par un certain état de fait. Une des prestations a eu lieu, il faut alors que l'autre se produise pour que l'acte avec soi-même ait une existence. Il y a ici un phénomène analogue à celui qui se passait dans l'action *præscriptis verbis* du droit romain. Ainsi une somme a été employée en vertu du prêt en faveur du patrimoine emprunteur, le contractant s'est installé dans l'immeuble qu'il s'est loué à lui-même, le mandataire commun a remis les titres vendus à son client acheteur, ces faits vont extérioriser l'acte avec soi-même et lui donner sa portée sociale.

Mais ce fait matériel n'est pas nécessaire pour donner date à la volonté de celui qui *selbstcontrahirt*. Une manifestation de volonté suffit: l'intermédiaire en cas de marché d'application a envoyé l'avis d'opéré à ses deux clients, le mandataire a rendu compte de son mandat, etc.¹ Il faut même aller plus loin, la simple volonté manifestée à un tiers quelconque lie celui qui *selbstcontrahirt*. Ainsi la déclaration faite devant notaire liera à sa date le déclarant; de même les faits que la loi prévoit comme donnant date certaine à un acte sous signature privée (art. 1328 civ.), enregistrement, relation dans un acte authentique, décès du signataire, emporte-

¹ V. Crome, B. R., I, p. 457.

ront effet juridique. Mais il en sera de même de tout autre acte pouvant en fait donner date certaine : résumé dans un acte privé, etc. On est encore trop peu familiarisé avec l'habitude du *selbstcontrahiren*, guidés que sont les hommes d'affaires par un formalisme antique, pour voir avec quelle facilité les conditions du *selbstcontrahiren* sont remplies.

Notons d'ailleurs que les conditions exigées ici, ne le sont que par application des principes que nous développerons plus loin sur le moment de formation des actes juridiques unilatéraux, principes qui se dégagent de ce fait qu'il y a moins à se préoccuper de la volonté interne que de sa manifestation à la suite de laquelle les tiers ont compté sur son maintien.

82. — L'officier public qui rédige un acte peut-il cumuler cette qualité avec celle de mandataire d'une des parties ou même de deux ?

Un agent d'affaires peut dresser un acte où il agit comme mandataire d'une partie ou de toutes. Les mandats ne sont pas incompatibles avec la mission de rédiger l'acte.

En est-il de même pour les notaires ? La loi du 25 ventose an XI, art. 8, leur défend de recevoir des actes « qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ». Ce texte vise le cas où le notaire jouerait dans l'acte le rôle de donateur, acheteur, locataire, etc. Il atteint également les actes où le notaire a fait intervenir un prête-nom, par exemple son clerc¹.

Mais une autre difficulté se présente. Un notaire qui ne retirera d'une opération que ses honoraires réguliers, reçoit le mandat d'une des parties de la représenter à l'acte qu'il reçoit. Un client ayant des fonds à placer lui donne mandat de

¹ Req. 8 juill. 1896, S. 97. I. 23. D. 96. I. 584. Pand. fr. 1898, I. 109. Cass. civ., 11 déc. 1888, S. 89. I. 73. D. 90. I. 13. Pand. fr. 1889, I. 116. Cass. civ. 13 fév. 1883, D. 1884. I. 31. — Cass. civ. 27 nov. 1876, D. 1877 I. 57. — Trib. Charolles, 16 nov. 1888. Pand. fr. 1889 2. 48.

V. Merville, *Revue pratique*, I, p. 33 et Dalloz, *Code civil annoté*, III, p. 323 et suiv.

dresser un acte de prêt. Ce mandat peut-il être exécuté par le notaire lui-même ?

En pratique ordinairement les mandats sont donnés en blanc et remplis au nom d'un clerc du notaire, qui devient alors mandataire¹. La jurisprudence a commencé par dire que le mandat au clerc était valable, s'il n'était pas établi qu'il fut prête-nom².

Mais la jurisprudence a été plus loin. Il est bien établi que si la procuration « a été donnée au premier clerc de l'étude pour permettre à l'officier public de recevoir cet acte lui-même et tous ceux que nécessiterait plus tard l'accomplissement du mandat » la qualité de mandataire avec les responsabilités qu'elle comporte est régulièrement attribuée au notaire³.

Cela implique que tous les mandats donnés aux clercs sont valables, même si ceux-ci ne sont que des prête-noms du notaire, pourvu que ce dernier n'ait pas d'intérêt à l'affaire⁴.

Pourquoi alors le notaire ne peut-il faire ostensiblement loyalement ce qu'il peut faire et ce qu'il fait chaque jour clandestinement⁵ ? Du moment qu'on admet que le cumul des

¹ Rappr. sur les mandats donnés à des clercs d'huissiers prête-noms. Cass. civ., 30 juin 1903. S. 1903. 1. 404. D. 1903. 1. 478. — Trib. paix Montmorency, 16 oct. 1913. Gaz. Pal. 1913 2. 432.

² Lyon, 11 fév. 1851. S. 52. 2. 61. 1. 52. 2. 136. — Lyon, 30 déc. 1886. *Mon. Lyon*, 6 mars 86. — Cf. Poitiers, 6 déc. 1876. S. 78. 2. 135 qui semble même exiger l'inscription de faux pour combattre les énoncés de l'acte.

³ Cass. Req., 28 mai 1888. S. 89. 4. 78. D. 89. 1. 187. — Orléans, 7 janv. 1842. S. 43. 2. 59. — Paris, 23 fév. 1888. Gaz. Pal. 1888. 1. 549. — Angers, 16 nov. 1892. D. 1895. 1. 193. — Rouen, 13 fév. 1907. D. 1907, 2. 267. *Rev. de dr. civil.* 1907, p. 824. — Req. 17 déc. 1894. D. 1895. 1. 193. — Trib. Malines, 17 mars 1869. *Belgique judiciaire*, 1869, 492. — Gand, 2 mai 1855. Pas. 1855. 3. 176.

V. Huc, XII, n. 31, qui l'admet implicitement.

⁴ V. trib. Cambrai, 7 mai 1896. Gaz. Pal. 1896, 2. 668. — V. cep. trib. Mans, 28 avril 1891. D. 1895. 1. 193.

⁵ Contra Cass. civ., 3 août 1847. S. 47. 1. 725. D. 47. 1. 305. — Cass. civ., 11 juill. 1859. S. 59. 1. 551. D. 59. 1. 401. — Toulouse, 31 juill. 1830. S. 31. 2. 133. — Amiens, 9 avril 1856. S. 1856. 2. 333. — Grenoble,

rôles juridiques n'est pas prohibé par des raisons techniques, mais seulement par des raisons d'opposition d'intérêts dangereuses, qui ne se rencontrent pas toujours, comme ce danger n'est pas à redouter ici, pourquoi interdire l'acte en question ? Pour faire le contraire, il faut rester avec cette idée trop fréquente que les règles juridiques ne sont pas seulement subtiles, mais qu'elles sont par essence bizarres et bicornues, se plaisant à compliquer inutilement ce qui peut se faire de façon simple. Il faut conclure de l'art. 14 de la loi de ventose an XI qui parle de signature des parties, qu'il faut des parties présentes.

D'ailleurs la jurisprudence même admet le cumul des rôles pour le notaire commis à un partage qui a un compte à présenter envers la succession¹. Elle déclare même que dans la vente sur conversion de saisie, le notaire est mandataire du saisi².

De même, à plus forte raison, le notaire peut recevoir un acte où il a contribué à former la décision d'une partie : ainsi un acte qu'il autorise comme conseil judiciaire³, ou un acte qu'il a contribué à décider comme membre de la commission des hospices⁴ ou qu'il doit contrôler⁵ ou encore un acte, concernant une association dont il fait partie comme simple membre, comme membre du bureau, ou une société dont il est commanditaire, actionnaire, membre du conseil de surveillance. Mais pourrait-il recevoir l'acte d'une personne morale dont il serait l'agent : maire de la commune, président

8 juill. 1858, S. 60. 2. 188. D. 59. 2. 83. — Rouen, 2 fév. 1829. S. chr. — Limoges, 11 juill. 1854, S. 54. 2. 769. D. 54. 5. 504. — On a cependant admis le compromis nommant le notaire arbitre. Toulouse, 17 juill. 1826. S. chr. — Lyon, 7 fév. 1836, S. 36. 2. 369. — Grenoble, 20 déc. 1865, S. 66. 2. 190. D. 66. 2. 163.

¹ Cass. civ. 6 août 1873. S. 74. 1. 56. D. 73. 1. 402.

² Req. 5 juill. 1911. S. 1912. 1. 153.

³ Contre Angers, 3 août 1866, S. 66. 2. 340. D. 67. 2. 23.

⁴ Avis du Conseil d'Etat, 7 avril 1843, S. 43. 2. 607.

⁵ Aussi il peut recevoir le contrat de mariage du mineur dont il est subrogé tuteur. Dall. Rep. v^o. Notaire, n. 404.

d'association, etc. Rationnellement je le croirais. Mais étant donné les goûts formalistes de la pratique, on peut hésiter. Une décision ministérielle du 11 févr. 1809 (D. Rép. v° Notaire, n. 401, 4°) invite le notaire à ne pas passer l'acte¹.

Pour rejeter ces opinions, il n'y a qu'un moyen : s'appuyer sur la première partie de l'art. 8 de la loi de ventose an XI, en vertu de laquelle les notaires ne peuvent recevoir des actes où leurs parents seraient parties et dire : a fortiori ils ne peuvent en recevoir là où ils seraient eux-mêmes parties². Jusqu'ici la théorie est justifiée. Mais on ajoute, c'est être partie que d'être mandataire. La cour de cassation (chambre civile) après l'avoir nié formellement³, l'a admis ensuite tout en disant que l'art. 8 vise surtout le mandant⁴.

Le notaire peut en tous cas, comme le reconnaît la jurisprudence, recevoir un acte où il a un intérêt indirect en ce sens qu'il recueillera un bénéfice si l'acte est passé. Il ne contrevient pas à la loi de ventose an XI, art. 8. Ainsi il peut constater le nouveau prêt à un débiteur qui lui doit de l'argent et pense utiliser l'emprunt à lui fait pour rembourser le notaire⁵.

82 bis. — D'autres questions de cumul de qualités se sont présentées. On s'est demandé si un exécuteur testamentaire

¹ En tous cas il peut valablement faire figurer un adjoint pour la commune. Montpellier, 4 juin 1855 D. 1856 2. 126.

² Merville, *Revue pratique* 1, p. 308. Et même l'acte ne pourrait valoir comme acte privé comme le prévoit l'art. 1318. civ. Baudry et Barde, III, n. 2109. — Laurent, XIX, n. 125. — Civ. 15 juin 1853, S. 1853, 1. 529 et 655. D. 1853, 1. 211 et 213. — Douai, 11 janv. 1862, S. 1762, 2. 475, D. 1862, 5. 128.

³ Civ. 30 juillet 1834 S. 341. 678.

⁴ Civ., 29 déc. 1840, S. 41. 1. 36. Déc. min. justice, 5 févr. 1823. *Journ. des not.*, n. 6801. — Larombière, 1317, n. 15.

⁵ V. Cass. civ., 2 déc. 1912 D. 1914 1. 81 avec note de M. Magnol. — Req. 7 janv. 1889, S. 1889, 1. 168. — V. Lebreton, *Ex. doctr. Revue critique*, 1914, p. 333. — V. aussi *Revue de droit civil*, 1911, p. 805. — V. d'autre cas où le notaire avait un intérêt trop direct. Cass. civ., 20 déc. 1898, S. 1901. 1. 87. — Req. 30 mars 1911, S. 1911, 1. 396. — Req. 16 fév. 1886, S. 1887, 1. 9. — Req. 4 août 1864, S. 1864, 1. 401.

pouvait être en même temps expert des biens de la succession. L'affirmative a été admise sans difficulté¹.

Quand il y a faillite d'une société dissoute, le liquidateur représentant des associés peut-il cumuler la qualité de syndic et celle de représentant des créanciers? La question ne semble pas prévue. Nous estimons que ce cumul est possible. Nous pensons même qu'il est possible en cas de liquidation judiciaire pour le liquidateur. En effet cette dualité ne présente aucun inconvénient. Elle ne devrait être rejetée que si le liquidateur de la société était un associé. Mais la difficulté est ici éliminée par ce fait que le liquidateur judiciaire est choisi par le tribunal parmi des professionnels.

Un avoué qui a des doutes sur la régularité de son pouvoir peut-il surenchérir pour son client et en même temps pour lui? Non. Les qualités sont incompatibles. Il ne peut y avoir qu'un surenchérisseur, sauf s'il y a surenchère en commun. Mais il pourrait surenchérir pour son client et à défaut pour lui².

Etant accepté qu'une personne peut être débitrice des titres qu'elle détient en vertu d'un nantissement, cela permet d'admettre le nantissement des actions d'apport pendant les deux années durant lesquelles elles ne sont pas négociables ou des actions déposées en garantie par les administrateurs³.

On peut se demander si là où la loi exige pour un acte un ordre écrit d'un supérieur, si celui-ci peut faire l'acte lui

¹ Paris, 3 avril 1900, *Gaz. Trib.* 1900, 1^{er} sem. 2. 505. L'arrêt en a conclu que l'on pouvait complètement cumuler les émoluments des deux qualités.

² V. cep Dijon, 27 déc. 1871 S. 1871. 2. 277.

³ V. pour le premier cas, Riom, 20 nov. 1913 S. 1915 2. 33. — Trib. comm. Nantes, 23 avril 1898, P. F. 1899. 2. 209. — Trib. comm. Seine 15 et 19 juillet 1899, J. T. C. 1901, 122. — Thaller et Pic, *Sociétés*, II, n. 793. — Lyon-Caën et Renault, II, n. 732 4. 4^e éd. — Houpin, *Sociétés*, I, n. 332. Pour le second, Trib. Seine, 1^{er} août 1889. J. Soc. 1891 321. — Thaller et Pic, n. 1111. — Houpin, n. 793, contra Lyon-Caën et Renault, II, n. 815 bis.

même. Il le peut à condition de constater par écrit qu'il fait l'acte¹.

On peut encore admettre, et cete solution est acceptée en pratique, qu'un légataire universel ou à titre universel peut être en même temps légataire particulier ou à plus forte raison, bénéficiaire d'une charge imposée a un légataire particulier. Cela permet d'assurer au légataire un minimum d'émolument. Il y a d'ailleurs plutôt là une réduction fixée a l'action des autres légataires particuliers.

83. — Des difficultés sur le cumul de qualités dans les contrats, se rapproche le cumul des qualités dans les jugements.

D'après l'art. 378 Proc., le juge peut être recusé 1° s'il est parent ou allié des parties..... (donc à plus forte raison partie lui-même)..... 7° si le juge est tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, héritier présomptif..... s'il est administrateur de quelque établissement, société ou direction, partie dans la cause.

Les mêmes causes sont applicables au Ministère public s'il est partie jointe, mais non lorsqu'il est partie principale (art. 381)², au greffier³. Mais en dehors de cela, il faut admettre des règles spéciales pour les avoués. S'ils peuvent se représenter eux-mêmes, si d'autre part comme mandataires, ils sont atteints par les prohibitions ordinaires, de plus ils ne peuvent représenter simultanément deux plaideurs ayant des intérêts opposés. Ce cumul de mandats est incompatible avec les nécessités de la justice.

Si un avocat peut plaider pour lui, il ne peut plaider pour deux personnes ayant des intérêts tout opposés.

¹ V. Caen, 4 avril 1914, Gaz. Trib. 1915 2. 374 (perquisition en matière de contributions indirectes).

² V. Garsonnet, 2^e éd. III, n. 755.

³ Cass. crim., 26 mars 1863 D. 1863 1. 128. — Cass. civ. 3 fév. 1892 D. 1892 1. 201 avec note. — Aix, 23 nov. 1910, D. 1913 2. 50. — Paris, 19 avril 1864 D. 1864 5. 222.

L'huissier audiencier ne peut non plus être mandataire¹

84. — *Droit comparé.* — A l'exception du code allemand, aucune législation n'a abordé de façon générale le problème de l'acte avec soi-même. Seul le droit anglais a le germe d'une solution générale dans l'idée d'*indue influence*. On peut donc transporter dans la plupart des pays les solutions que nous avons admises en droit français, d'autant plus que beaucoup de codes reproduisent l'interdiction d'acheter pour les tuteurs², administrateurs, etc. Mais un grave dissentiment se manifeste sur le cas important du commissionnaire contrepartiste. Tandis que le Portugal, l'Italie et l'Allemagne l'admettent dans des conditions assez larges, l'Espagne, la Suisse, l'Angleterre y sont défavorables, sauf bien entendu autorisation du commettant.

84 bis. — *Droit allemand.* L'art. 181 civ. allemand reprenant le système du code prussien (art. 21 à 28) et abandonnant le système du projet (art. 45, 50, 61) a prévu le contrat avec soi-même dans toute son ampleur pour l'interdire : « Un représentant ne peut, tant que permission ne lui est pas donnée d'agir autrement, accomplir au nom du représenté un acte juridique qu'il ferait avec lui-même, soit agissant en son propre nom, soit agissant comme représentant d'un tiers, à moins que l'acte juridique ne consiste exclusivement dans l'exécution d'un engagement³ ». L'article prohibe donc même le cumul de mandats. On estime que l'intention du co-

¹ Cass. crim, 15 mars 1862 D. 1862 5. 185.

² Le code hollandais (art. 457) permet au tuteur d'acheter l'immeuble du mineur en vente publique, mais le juge d'epaix doit ratifier. Les art. 1505 et 1506 interdisent d'acheter aux officiers publics présidant vendre, aux mandataires chargés de vendre, etc..

³ V. *trad. offic.* I, p. 239. — Cf. A. Cohen, *Das sogenannte Selbstcontrahiren*, thèse de Rostock 1901. — Plank, I, p. 314. — Cosack, I, p. 241. — Dernburg, I, p. 557. — Endemann, I, p. 400. — Rapprocher l'application de l'art 181, faite par l'art. 1795 et sur le droit antérieur. Siébert, *Kann der Stellvertreter mit sich contrahiren*. Erlangen, 1896, qui interdit au tuteur de représenter le pupille dans des actes dont il doit bénéficier.

de a été de prohiber même l'acte auquel on n'intervient *alieno nomine* que pour partie : comme membre de la direction d'une association par exemple.

La sanction qui a été prévue lors des travaux préparatoires est la nullité proprement dite et non une simple nullité relative ou un acte fait sans pouvoir.

La prohibition de l'art. 181 comporte des exceptions.

1° Une permission peut avoir été donnée d'agir autrement. Elle peut être simplement tacite. Et le fait que le représentant a le pouvoir de se substituer quelqu'un emporte possibilité de traiter avec cette personne¹.

2° Les simples exécutions d'obligations sont permises, et encore cela ne comprend pas les dations en paiement, dit Planck, ni la compensation. Quand l'acte juridique avec soi-même est permis, la majorité des auteurs disent c'est un contrat, Endemann y voit un acte unilatéral. Mais il est nécessaire, dit Planck, que le contrat s'exteriorise de façon quelconque par déclaration devant témoins, inscription sur registres d'affaires, passage de l'argent d'une caisse à une autre ou autre manifestation de volonté².

Le code va plus loin. Le tuteur, le père administrateur, le curateur ne peuvent agir s'il y a conflit d'intérêt entre leurs proches et l'incapable (art. 1630-1915 et 1795)³.

L'art. 456 civ. interdit, dans les ventes par exécution forcée, à celui qui préside la vente d'être en même temps acquéreur, même comme mandataire. Et certains auteurs appliquent cette règle aux ventes d'immeubles. L'art. 457 étend cette règle au mandant chargé de vendre, fut-il mandataire légal comme le créancier gagiste. Nous croyons que cela interdit l'achat même par mandataire substitué. La sanction

¹ Plank, I, p. 315.

² V. Cosack, B. G. B. I., p. 242. — Crome, I, p. 457.

³ V. not. Plank, IV, p. 671.

dans ces cas est plus douce : l'assentiment des intéressés rend l'acte valable (art. 458).

De son côté l'ordonnance de procédure de 1898 interdit (art. 53) à un représentant de plaider avec lui-même au nom du représenté, ou de cumuler le rôle de représentant des deux plaideurs, et l'art. 41 Proc. interdit au juge de juger s'il est partie ou co-intéressé dans une affaire.

En dehors du contrat avec soi-même proprement dit, le code allemand est plus libéral. L'art. 1775 permet de désigner un seul tuteur pour des frères et sœurs. L'art. 1409 permet à la femme tutrice de son mari de se donner à elle-même l'assentiment dont elle a besoin pour tout acte de disposition relatif au bien d'apport¹.

En droit commercial², l'art. 376 du Code de 1861 qui permettait le *Selbsteintritt* du commissionnaire pour les achats et ventes de marchandises et valeurs mobilières qui sont cotées à la Bourse ou à un marché, ayant donné lieu à des abus, la loi sur les Bourses du 22 juin 1896, (art. 71 à 74), dont les dispositions ont passé dans le Code de commerce de 1897, (art. 400 et suiv) prit les mesures suivantes : Le *selbsteintritt* est permis à deux conditions : 1° il doit s'agir de marchandises ayant un prix de marché. Certains auteurs disent qu'il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'il y ait un cours au moment même du *Selbsteintritt*³. En tous cas le moment à considérer est celui de l'avis d'exécution ; 2° le *Selbsteintritt* doit n'avoir pas été interdit. Il peut l'être expressément ou tacitement ; 3° le commissionnaire qui est contre partie doit le déclarer dans l'avis d'exécution ou un acte contemporain.

¹ Trad. officielle, III, p. 181, note 4.

² V. sur ce point, Morel, *Le commissionnaire contre-partiste*, p. 72-229. — Sayous, *Les Bourses allemandes de valeur et de commerce*, 3^e partie. — Cosack, *Droit commercial*, trad. fr., I, p. 329 et suiv.

³ V. Cosack, *Droit commercial*, Trad. franc., I, p. 324 et suiv. — Dernburg, II, 2, p. 575. — Von Hœvel, *Der Artikel 376 des H. G. B. und die Änderung desselben*, Erlangen, 1899, p. 23. — Contra Breit, *Das Selbsteintrittrecht*, Leipzig, 1899, p. 65.

Si les règles précédentes ont été violées, rien n'empêche le commettant de ratifier l'opération après coup.

84 ter. — *Droit autrichien.* — En l'absence de texte général, les civilistes se fondent sur l'art. 271 et l'art. 272 civ. que la revision de 1916 a maintenus, pour résoudre la question du contrat avec soi-même. L'art. 271 dit que le tribunal nomme « un curateur spécial au mineur pour les affaires d'intérêts à régler entre les ascendants et un mineur et entre un mineur et son tuteur ». D'après l'art. 272, en cas de procès entre des mineurs ayant le même tuteur, il sera nommé par le tribunal un curateur spécial à chacun d'eux. On généralise ces deux textes pour interdire l'acte du mandataire avec lui-même ou l'acte du mandataire commun¹. On fait exception si le représenté a autorisé expressément l'acte avec soi-même ou si la nature de l'acte le comporte², comme le *sibi solvere*. On admet de même que le père peut contracter avec lui-même au nom de ses deux enfants³.

85. — *Droit italien*⁴. — L'art. 386 comm. autorise le contrat avec soi-même du commissionnaire et le présume même si celui-ci n'indique pas le nom du tiers. Arno⁵ en conclut que le contrat avec soi-même est possible de façon générale.

C'est aussi l'opinion de M. Tartufari⁶. Il fait remarquer que les textes exceptionnels, dont nous allons parler, impliquent plutôt un principe contraire. Pour lui le principe est la possibilité de l'*autocontratto* aussi bien pour le mandataire qui agit pour lui que pour celui qui représente aussi d'autres personnes. Toutefois en matière de tutelle et de puissance

¹ Krainz, *Systesse*, I, p. 327.

² Krainz, *eod. loc.*

³ Krainz, *cod. loc.*

⁴ Léone, *Cosidetto contratto con se medesimo. Riv. diritto civile*, 1916, p. 581.

⁵ *Archiv. giurid.*, 1896, II, p. 408. — Cf. Vivante, *Dr. comm.*, trad. Escarra, I, p. 238.

⁶ *Della repprezantaza*, n. 500. — V. aussi Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 287. — Contrà Pacifici Mazzoni *Istit.* IV, 5^e éd., p. 256.

paternelle il en est autrement, il en est de même lorsque le mandataire veut acheter ce qu'il est chargé de vendre ou de gérer. Ces exceptions résultent en effet de textes spéciaux.

L'art. 1457 civ. analogue à notre art. 1596, n'est qu'un texte d'exception, mais il vise toute acquisition même amiable. L'art. 224 prévoit le contrat avec soi-même du père représentant de son fils et exige ici un curateur spécial; l'art. 227 frappe de nullité relative l'acte fait en contravention à cette règle. D'après l'art. 300, le tuteur ne peut jamais acheter le bien du mineur, ni louer ses biens sans autorisation du conseil de famille. Ces règles sont étendues aux protuteurs, curateurs, administrateurs de biens d'établissement publics ou de communes¹, mais non aux membres de conseils de famille: Ces dispositions impliquent plutôt par a contrario l'autorisation de contracter avec soi-même. Ce n'est pas cependant, semble-t-il, l'opinion de tous les auteurs italiens². Le système libéral paraît cependant encore confirmé par l'art. 150 comm. qui prévoit comme licite le contrat de l'administrateur d'une société avec celle-ci, mais oblige à déclarer qu'on a un intérêt contraire et à faire approuver l'acte par les syndics. D'autre part, l'art. 1059 civ. permet au père ou au tuteur d'accepter la donation pure et simple qu'il fait à l'incapable. Cela résulte de la combinaison entre les paragraphes 2 et 3 de cet article.

Enfin, signalons que la cour de cassation de Turin a validé une transaction entre le mandataire commun de deux plaideurs et un troisième³.

¹ V. Pacifici Mazzone, *Trattato di diritto civile*, IV, n. 59 et surtout XII, n. 91-98.

² V. Rignano, *Sull'applicabilità in materia sambiarica. Nemo auctor in rem suam*, *il Diritto commerciale*, VII, p. 810. — Pranzataro, *Studii Fadda*, III, p. 53, où il montre que l'on a tort de raisonner à contrario des art. 224, 227, etc. civ. — La jurisprudence paraît hésitante, v. Léone, p. 597.

³ 1^{er} juillet 1905. *Pand. fr.* 1907. 5. 14.

86. — *Droit suisse.* — L'art. 436 du Code des Obligations révisé (art. 444 code de 1881), permet au commissionnaire d'être contre-partie pour les marchandises, effets de change et papiers-valeurs cotés à la Bourse ou sur le marché, à moins d'ordre contraire. Le commissionnaire doit tenir compte du cours actuel, mais il a droit en tout cas à sa commission. Pour le surplus l'opération est assimilée à une vente¹. Ces dernières solutions ont été ajoutées en 1911. D'après l'art. 437, si le commissionnaire ne désigne pas le contractant, il est présumé avoir assumé les obligations pesant sur celui-ci.

Le commissionnaire ne peut plus être contre partie si le commettant a révoqué son ordre et que la révocation soit parvenue au commissionnaire avant l'envoi de l'avis d'exécution².

En dehors de ce cas, l'art. 282 civ. fédéral dit que « tous actes juridiques entre les père ou mère et l'enfant, ou entre celui-ci et un tiers au profit des père ou mère seront, s'ils obligent l'enfant, passés avec l'assistance d'un curateur et approuvés par l'autorité tutélaire ». Et l'art. 392 civ. prévoit l'organisation d'une curatelle, lorsque les intérêts du mineur ou de l'interdit sont en opposition avec ceux du représentant légal³. Les actes ne sont donc pas prohibés. On permet même les actes avec des tiers qui créeront un profit pour les parents à l'égard de l'enfant⁴, mais il ne peuvent être faits comme contrats avec soi-même. Toutefois on estime que l'art. 392 s'applique même en cas de conflits d'intérêts simplement possible⁵.

¹ Aussi M. Weidmann y voit une vente combinée avec un contrat de commission (p. 46).

² V. sur ces points, Rossel, *Obligations*, p. 473-475. — Weidmann, *Selbsteintritt der Commissionars*, thèse de Zurich, 1908.

³ V. sur ces points, Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*, I, p. 354 et 437. — Curti Forrer, *Commentaire*, trad. Porret, p. 312.

⁴ V. Curti Forrer, p. 231.

⁵ Curti Forrer, p. 312, note 20.

ous concluons donc qu'en principe le droit suisse admet le contrat avec soi-même, et se contente d'imposer des formalités dans quelques cas de conflits d'intérêts.

87. — *Droit espagnol.* — L'art. 1459 du Code civil de 1889 reproduit avec plus d'étendue l'art. 1596 du code français en visant outre les tuteurs, subrogés tuteurs, mandataires, fonctionnaires publics pour les biens qu'ils administrent ou doivent vendre, les exécuteurs testamentaires. Il vise les magistrats, juges, membres du Ministère fiscal, greffiers, pour les droits litigieux devant être jugés dans leurs ressorts sauf les actions héréditaires entre co-héritiers, les cessions en paiement ou en garantie de droits qu'ils possèdent. La prohibition s'étend aux avocats et procureurs là où ils sont intervenus en vertu de leurs charges¹. Le tuteur se fait remplacer par le subrogé-tuteur pour traiter avec le mineur (art. 236). Il ne peut même se payer sans intervention du subrogé-tuteur (art. 275).

Le code de commerce de 1886 prévoit le contrat du commissionnaire avec lui-même. Nul commissionnaire ne pourra acheter pour lui-même, ni pour autrui, ce qu'il a reçu mandat de vendre, ni vendre ce qu'il a été chargé d'acheter sans la permission du commettant (art. 267).

On peut donc supposer que le droit espagnol est plutôt défavorable au contrat avec soi-même.

88. — *Droit portugais.* — L'art. 1562 du code portugais, reproduit l'art. 1596 civ. français en l'étendant au protuteur, à l'exécuteur testamentaire, aux fonctionnaires qui interviennent dans les ventes de biens de mineurs, d'interdits ou de tous autres².

L'art. 1567 déclare ces ventes nulles et de nul effet.

¹ Mais ces textes sont considérés comme limitatifs, v. Manresa y Navarros, *Código civil español*, X, p. 104 et déc. de la Direction des Registres du 13 nov. 1895.

² M. Ferreira, *Código civil Portuguez*, IV, p. 23 étend cela aux membres du conseil de famille.

Le code de commerce de 1888 (art. 274) dit que « dans les commissions d'achat et de vente d'effets de commerce, de fonds publics et de titres de créance qui ont un cours dans le commerce ou de marchandises cotées à la bourse ou sur le marché, le commissionnaire peut, sauf stipulation contraire, fournir comme vendeur les choses qu'il est chargé d'acheter », ou inversement, sans préjudice de son droit à rémunération.

S'il ne donne pas le nom du tiers, avec qui il a traité, il est présumé avoir traité avec lui-même.

Étant donné ces tendances divergentes des deux codes, l'esprit général du droit portugais est ici incertain.

88 bis. — *Droit belge et luxembourgeois.* — Nous avons vu que la jurisprudence belge est dans le même sens que la jurisprudence française sur la question du commissionnaire contrepartiste. (V. supra, n. 55.)

Certains des cas spéciaux prévus par nous en droit français le sont en droit belge. La loi du 18 mai 1873, modifiée le 22 juillet 1913, sur les sociétés, art. 60, déclare que l'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal. Il ne peut prendre part à cette délibération ¹ ».

A plus forte raison, il ne peut prendre part au vote ².

En droit administratif, la loi provinciale du 30 avril 1836, art. 116 et la loi communale du 30 avril 1905, art. 66 interdisent à ceux qui ont un intérêt opposé à celui du corps dont ils font partie de prendre part à la délibération ³.

Dans le Grand-Duché de Luxembourg, où les codes français sont restés en vigueur, la loi communale du 22 févr.

¹ Ceci ne vise pas un cautionnement de dette sociale, Gand, 14 avril 1903, Pas. 1904, 2. 16.

² Trib. comm. Bruxelles, 12 mai 1903, Pand per. 1903. 1448.

³ V. Errera, *Droit public belge*, p. 439.

1843, art. 27, interdit aux bourgmestres, échevins, etc., d'être présents à une délibération sur des objets auxquels ils ont un intérêt direct soit personnellement, soit comme chargé d'affaire ou fondé de pouvoir.

De même dans les ventes publiques d'immeubles, meubles, fruits ou bois ils ne peuvent être adjudicataires (art. 27, al. 2).

Des règles analogues existent encore pour les biens des fabriques vis-à-vis des marguilliers. (Décret français, 30 déc. 1809, art. 61.)

Sauf ces textes, les solutions admises par nous sont à notre avis applicables dans ces deux pays.

88 ter. — *Droit anglais.* — En droit anglais les actes avec soi-même sont atteints indirectement par ce principe que nous retrouverons à propos de la violence (v. infra) que l'*indue influence* se présume dans les rapports entre sollicitor et client, *trustée* et *cestui qui trust*¹, principal et agents, etc., énumération qui d'ailleurs n'est pas limitative². On admet que dans les rapports entre *principal* et *agents*, ce dernier ne peut tirer profit de sa situation³.

En matière de sociétés, la loi s'inspire du même esprit. L'Act. du 14 août 1890 dit que chaque associé doit compte de tout avantage qui lui vient de la partnership et qui a été obtenu sans le consentement des autres associés⁴ (art. 29).

L'act du 8 août 1900 oblige même à déclarer dans le prospectus les intérêts de l'administrateur dans les biens que la société se propose d'acquérir⁵ (art. 10).

¹ Ainsi le trust for sale ne peut se porter acquéreur des biens qu'il est chargé de vendre. S'il le fait, cestui que trust peut dans un délai raisonnable reprendre le bien s'il n'a pas confirmé l'opération. Lehr, *Droit civil anglais*, I, p. 318. — Cf. p. 325.

² V. *Laws of England*, v^o *Fraudulent and voidable Conveyances*, p. 107.

³ *Encyclopaedia of the Laws of England*, v^o *Principal and agent*, p. 504.

⁴ *Ann. législation étrangère* 1890, p. 74.

⁵ *Ann. législation étrangère*, 1900, p. 17.

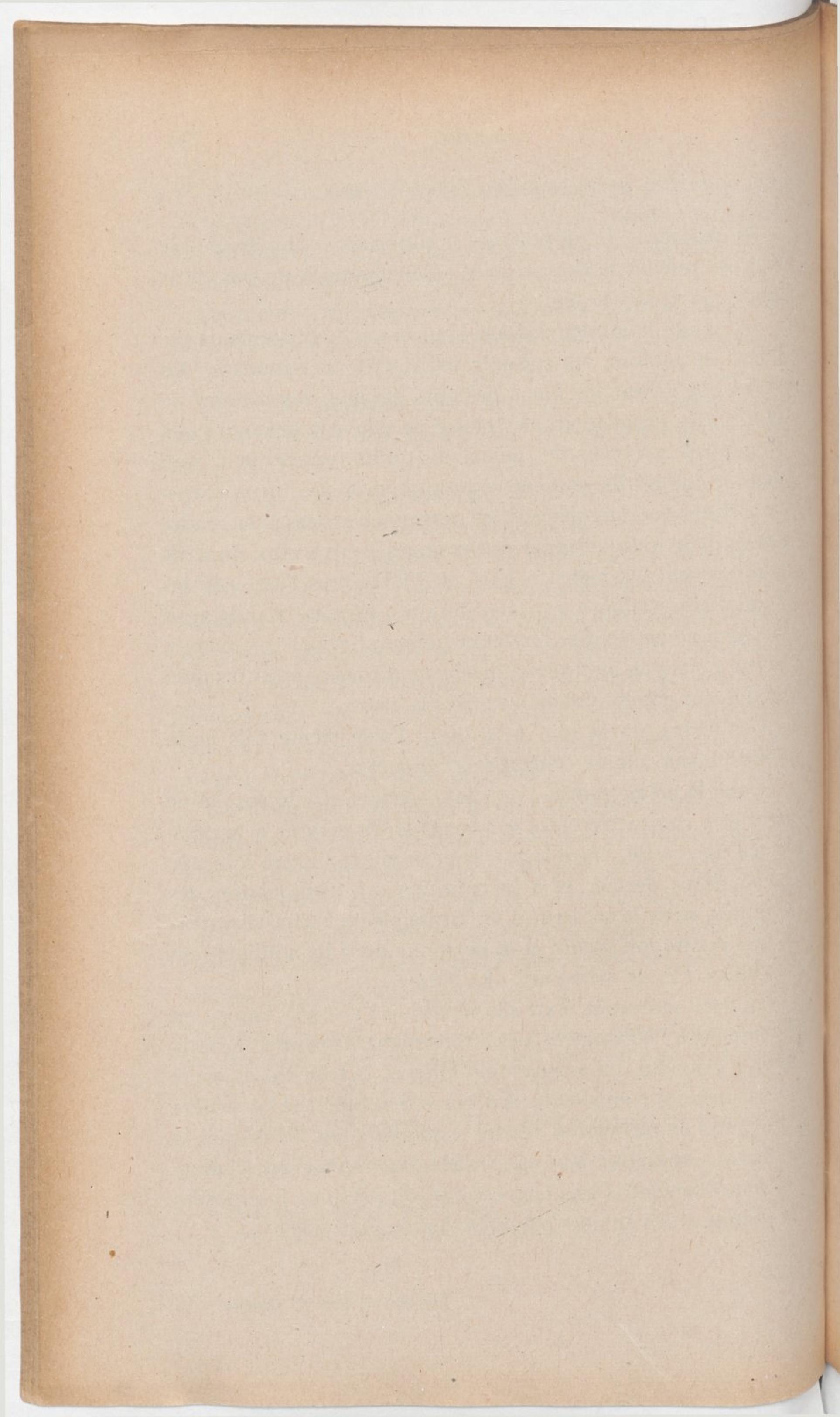
88 quater. — *Droit tunisien et marocain.* — Le droit tunisien ne prévoit le contrat avec soi-même qu'à propos de la vente. (Art. 567 et 568.)

« Les administrateurs des communes et établissements publics, les tuteurs, les conseils judiciaires ou curateurs, les pères qui gèrent les biens de leurs enfants, les syndics de faillite, les liquidateurs de société ne peuvent se rendre cessionnaires des biens des personnes qu'ils représentent, sauf dans le cas où ils seraient co-propriétaires des biens à aliéner. Ne peuvent également les personnes ci-dessus se rendre cessionnaires de créances quelconques contre ceux dont ils administrent les biens. » (Art. 568.) D'après l'art. 567 les magistrats, greffiers, avocats, notaires, avoués, mandataires ad litem ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par personne interposée, des biens, droits et créances dont ils doivent poursuivre ou autoriser la vente.

Ces textes, on le voit, interdisent l'acte même s'ils ne se présente pas comme contrat avec soi-même.

Dans le même esprit, l'art. 1251 déclare que la société ne peut être contractée entre le père et le fils soumis à la puissance paternelle, entre le tuteur et le mineur jusqu'à la majorité de ce dernier et à la reddition et approbation des comptes, entre le curateur d'un incapable ou l'administrateur d'une institution pieuse et la personne dont ils administrent les biens. (V. de même art. 984 Maroc.)

— En droit marocain, l'art 480 reproduit l'art. 567 Tunis., en l'étendant à l'échange et au nantissement. Il permet la ratification par celui qui a capacité d'aliéner, le tribunal ou toute autre autorité compétente. En outre (art. 481), les courtiers et experts ne peuvent se rendre acquéreurs des biens dont la vente ou estimation leur est confiée, les recevoir en échange ou nantissement. Dans tous ces cas, on présume interposées la femme et les enfants même majeurs. (Art. 482.)



CHAPITRE III

De la représentation.

89. — Il y a représentation au sens précis du mot, quand une manifestation de volonté émane non de celui qui doit naturellement la faire, mais d'une autre personne, et que les effets s'en produisent néanmoins comme si la manifestation de volonté émanait de la première ¹.

¹ V. sur la représentation Planiol. I, 6^e éd., n. 298-300. — Capitant, *Introd. au droit civil*, 3^e éd., p. 330-337. — Pilon, *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, thèse de Caen 1898. — Corbesco, *La représentation dans les actes juridiques*, thèse de Paris, 1913. — Boyer, *La représentation*, th. Toulouse, 1899. — Bouquier, *La représentation*, th. Montpellier, 1899 (système classique).

Cf. sur les définitions de la représentation. Schlossmann, *Stellvertretung*, I, p. 4-34. — Oser, *Schweizerische Obligationenrecht*, p. 134. — *Code civil allemand*, trad. officielle, I, p. 201 et suiv. — Colin et Capitant, *Droit civil*, I, p. 86-88. — Savigny, *Droit romain*, III, § 113. — Nattini, *La dottrina generale della procura*. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 246. — Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*. — Chironi e Abello, *Diritto civile*, I, p. 411 (avec bibliographie). — Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 381. — Windscheid, *Pandekten*, II, § 313. — Ihering, *Iherings Jahrbücher*, I, p. 273 et II, p. 67. *Mitwirkung zum fremde Rechtsgeschäfte*. — Crome, *B. G. B.*, I, § 103 (avec bibliographie complète). — Endemann, *B. G. B.*, I, § 80 (avec bibliographie). — Cosack, *B. G. B.*, I, § 66 et suiv. — Dernburg, *B. G. B.*, I, § 161 et suiv. — V. aussi Vogel, *Die Prokura* (droit commercial), thèse Berne, 1903. — Crome, *Parte generale del diritto privato francese*, p. 268. — V. *Pandectes belges*, v¹^a Mandat, *Gestion d'affaires*. — Cf. Carboni, *Carattere differenziale tra mandato e locazione d'opera*. *Riv. diritto civ.*, 1915, p. 433.

Ainsi un mandataire achète pour son mandant, un tuteur pour son pupille, le représentant conventionnel ou légal a manifesté sa volonté, mais c'est le représenté, mandant ou pupille, qui devient propriétaire.

En un sens assez large, mais un peu impropre, que nous négligerons dans ce chapitre, on parle de représentation pour dire qu'un acte est pleinement opposable à une personne qui n'y est pas intervenu. En ce sens le débiteur représente ses créanciers, le de cujus, son héritier, etc.

La notion de la représentation s'applique à de nombreux actes juridiques du droit privé ou du droit public¹. Non seulement un particulier peut être représenté par un autre, mais un magistrat, un fonctionnaire peut parfois pour des actes juridiques être représenté par une autre personne qu'il désigne². En pareil cas, on emploie plutôt le terme de délégation. Ainsi le président du tribunal peut déléguer certaines de ses fonctions³, le maire peut déléguer ses attributions à un adjoint. (Loi du 5 avril 1884, art. 82)⁴. Un conseil municipal peut déléguer à un maire le droit de porter plainte pour lui⁵.

La représentation est même possible pour les actes intéressants la famille : on peut se faire représenter à un conseil

¹ Dernburg, *B. R.*, I, § 161, p. 525. — Cass. civ. 22 juin 1898. *Pand. fr.* 1899 I. 472 (demande d'inscription sur les listes électorales). — Cf. Caen, 27 mai 1914, *Gaz. Trib.* 1914, 2^e sem. 2. 208. — Arangio Ruiz, *Intorno alla rappresantanza di diritto pubblico. Mélanges Fadda*, IV, p. 99.

² Cf. Jeze, *Principes généraux de dr. admin.*, 2^e éd., p. 318.

³ V. Glasson et Tissier, *Procédure*, I, p. 51. — V. sur la délégation en droit pénal, Bastide, thèse Toulouse 1913, p. 47 et suiv. — V. pour la délégation du choix d'un juge commissaire, *Ann. dr. comm.* 1906, p. 75.

⁴ Cf. sur le principe de la délégation Hauriou, *Droit administratif*, 5^e éd., p. 308, 2^e. — Cahen, *La loi et le règlement*, th. de Aix, 1903, p. 232 et suiv. — Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif. Revue politique et parlementaire*, 1^{er} août 1894.

⁵ Cons. d'Etat, 8 janv. 1909, *S.* 1910. 3. 70.

de famille, le mari peut donner à un tiers mandat de le représenter pour autoriser la femme, etc.¹.

De même que la délégation n'est pas toujours possible, la représentation ne peut pas toujours se produire. Pour certains actes où l'on tient à bien s'assurer de la volonté de l'intéressé, il n'y a pas de représentation, ni même de déclaration autre que la déclaration directe (c'est-à-dire sans messenger) : le mariage², l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, le testament. (V. aussi pour la délation de serment, art. 121 Proc., pour la demande en divorce, art. 238 civ.)

La limite de la représentation possible doit s'établir de la façon suivante : s'il s'agit d'exercer une autorité, une fonction publique ou familiale, on ne peut être représenté que pour l'accomplissement d'un acte déterminé³, (sauf des exceptions, comme pour le maire, etc.). L'autorité est en principe intransmissible. Un tuteur ne peut déléguer ses pouvoirs. D'autre part, pour les actes isolés, on ne peut se faire représenter pour certains actes très importants où l'on veut être sûr d'avoir la volonté même de la personne, comme le mariage, le testament.

La représentation peut découler d'un mandat conventionnel⁴, judiciaire ou légal, ou de la gestion d'affaires, ou de certaines situations de fait où elle existe par suite de nécessités du crédit ou de la sécurité dans les transactions⁵.

90. — Mais les actes juridiques de mandat ou de gestion d'affaires n'emportent pas toujours représentation lorsqu'ils

¹ Cf. Savigny, III, § 113, p. 92, trad. Guenoux.

² V. cep. loi du 4 avril 1915. — Cf. Wahl, *Le mariage par procuration des mobilisés*, *Rev. dr. civil*, 1915, p. 5. — Marché, *Matrimonio per procuri dei militari*. Filangieri, 1916, p. 161. — V. pour la donation Giccotti, *Il mandato espresso a donare*. Filangieri, 1888, p. 474.

³ V. civ, 6 nov. 1912 S. 1914 I. 127. — V. même en un sens plus restrictif. Civ. 30 nov. 1908. S. 1914 I. 380. (délégué d'un conseil de famille au contrat de mariage du mineur.)

⁴ Sur la transformation du mandat par l'apparition de l'idée de représentation. V. Planiol, *Revue critique*, 1893, p. 197.

⁵ V. not. sur des distinctions. Krainz, *System.*, I, p. 319 et suiv.

sont exécutés. S'ils s'exécutent normalement par ce procédé, «par la procuration¹» comme on dit parfois, ils peuvent être exécutés aussi par le mandataire ou gérant agissant en son nom personnel, comme prête-nom².

On appelle souvent ces deux modes d'exécution, le premier ; représentation directe ou immédiate et le second, représentation indirecte ou médiate³.

On distingue aussi parfois la représentation originaire, c'est-à-dire en vertu d'un droit concédé antérieurement à l'acte et la représentation dérivée, qui vient d'un pouvoir donné après l'acte : d'une ratification⁴.

On oppose aussi la représentation active qui permet au représentant d'agir comme le ferait le représenté, et la représentation passive où les tiers peuvent faire des déclarations au représentant qui valent comme faites au représenté⁵. En général les représentants généraux représentent aussi bien passivement qu'activement.

Le droit de représenter peut toujours être spécial. Souvent il est général. Mais on discute pour savoir si cette représentation permet toujours d'accomplir un acte donné⁶. Parfois, en effet, la loi exige un mandat spécial, tantôt visant une catégorie d'actes, tantôt un acte déterminé⁷.

¹ Huc, XII, n. 2.

² V. à ce sujet Lerebours-Pigeonnière, *Du prête nom mandataire ou gérant d'affaire*, thèse Caen, 1898.

³ V. Chironi e Abello, I, p. 418.

⁴ Chironi e Abello, I, p. 417.

⁵ V. Dernburg, *B. R.*, I, p. 526, Ainsi, l'avoué révoqué par son client et non remplacé est mandataire passif, v. Japiot, *Proc.*, n. 481, Ainsi, le concierge représente le locataire pour les significations ou lettres à lui adresser. Mais représente-t-il le bailleur pour recevoir une notification ou un congé? V. trib. Seine, 9 nov. 1905. *Droit*, 22 nov. 1905. *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 171. — Trib. Seine, 29 juin 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 1^{er} sem., 2. 221. *Rev. de dr. civil*, 1916, p. 114. — V. pour un courtier d'assurance, Cass. civ., 25 avril 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1. 606.

⁶ V. Cass. Naples, 29 janv. 1887 et Naples, 27 juin 1887. *Mandato a donata in genere. Validita*, *Riv. per la scienze giuridiche*, 1888, 1, p. 419.

⁷ V. Coviello, *Dr. civ. italiano*, I, p. 386, v. not. art. 1356 civ. (avoir).

91. — La représentation suppose donc l'emploi d'un intermédiaire entre le représenté et celui ou ceux vis-à-vis desquels l'acte juridique va produire effet. L'utilité de ces intermédiaires est variable suivant les cas. Si c'est un représentant légal, il manifestera une volonté dans l'intérêt d'une personne qui n'en a pas ou n'en a qu'une défailante : mineur, interdit, etc. Si c'est un représentant conventionnel, le représenté y gagnera de pouvoir faire traiter un plus grand nombre d'affaires par l'intervention d'autrui¹. L'intermédiaire commun entre plusieurs intéressés sera souvent un moyen pour tenir facilement une conduite unique : comme dans un comptoir de vente commun à plusieurs industriels. Il y aura donc une économie de temps et d'activité. S'il s'agit d'un représentant ne pouvant être choisi que dans certaines catégories, comme lorsqu'un mandat de représenter en justice est donné à un avoué, il y a cette utilité de faire faire un acte par des personnes compétentes offrant des garanties aux tiers.

Quant à l'utilité de la représentation elle-même, c'est toujours une économie de temps et d'activité : puisque l'on évite des multiples transferts de droits et d'obligations du représentant au représenté, c'est surtout de mettre en relief le but de l'opération qui est de rendre le représenté débiteur ou créancier, au point que ce résultat se produira parfois en cas d'abus de pouvoir par le représentant, car alors la sécurité dynamique exigera que le but poursuivi par celui-ci et le tiers soit atteint malgré le représenté. Elle met au second plan les apparences : l'acte du représentant, pour y substituer la réalité envisagée dans son but final. C'est donc une simplification. Et ceci sera utilisé par nous à propos du prête-nom.

¹ Cf. Tartufari, *Archiv. giurid.*, t. 43, p. 61. — Capitant, *op. cit.*, p. 330. — Savigny, *Droit romain*, III, par. 113. — Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, I, p. 443.

92. — Si la représentation suppose un intermédiaire, elle n'englobe pas tous les cas où il y a un intermédiaire¹.

Ne rentrent pas d'abord dans cette catégorie les personnes qui n'entrent pas en rapport avec les deux co-contractants mais seulement avec un seul : comme l'avocat, le notaire qui donne un conseil à un client pour un contrat à passer.

N'y rentrent pas non plus les personnes qui se contentent de chercher à une autre un co-contractant et de faciliter les pourparlers, comme les courtiers² ou encore les commis voyageurs, représentants de commerce ou placiers, quand ils n'ont pas pouvoir pour traiter complètement une affaire et que celle-ci ne devient définitive que par l'approbation donnée par la maison dont ils défendent les intérêts³.

N'y rentre pas non plus le messenger (nuntius), c'est-à-dire « un individu qu'une personne adresse à une autre personne pour faire à cette dernière une communication »⁴, tantôt écrite, tantôt verbale. Ce messenger n'étant qu'un porte-parole, ne prenant aucune part aux pourparlers, n'ayant aucune surveillance à exercer sur le contrat dont il peut ignorer une partie, n'étant que celui qui déclare la volonté et non celui qui veut⁵, les règles de la représentation ne le concernant

¹ Cf. Tartufari, *Rappresentazione*, p. 69. — Coviello, *Dr. civ. italiano*, I, p. 383. — Duchesne, *Stellvertreter und Mittlesmann*, *Rheinische Zeitschrift*, 1911, p. 203. — Oser, *Obligationenrecht*, p. 135.

² V. sur les courtiers, Lyon Caen et Renault, III, n. 416. — Cf. sur les agences théâtrales, trib. Seine, 9 fév. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 1^{er} sem. 2. 392, qui parle ici à tort de mandat.

³ V. Lyon Caen et Renault, III, n. 417. — Rep. gen. du dr. français, v. *Commis.*, n. 93 et suiv. — Pilon, *op. cit.*, p. 201. — Rivière, *du Commis voyageur*, n. 186. — Gombeaux, *Du représentant de commerce*, *Ann. dr. comm.*, 1906, p. 89.

⁴ Valéry, *Contrats par correspondance*, n. 31-35. — Carnuletti, *Il nuntius*. *Riv. di dir. comm.*, 1909, 2. 580. — Barassi, *Istituzioni*, p. 165. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 180. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 246. — Crome, *D. B. R.*, I; par. 103, I a. La Poste, le télégraphe rentrent dans ce cas. Dernburg, I, p. 527.

⁵ M. Carboni, *Sul concetto di nuntius*. *Mélanges Chironi*, I, p. 45, exige en outre que le nuntius apparaisse comme tel et se présente comme tel au tiers.

pas et notamment il n'a pas besoin d'être capable¹. Pour savoir s'il y a erreur, on ne considère pas l'état d'esprit du *nuntius*².

M. Barassi met aussi à part les personnes qui expriment la volonté d'autrui, mais choisissent le moment, l'opportunité de la déclaration³. Ce ne sont que des variétés de représentants.

92 bis. — Le phénomène de la représentation se présente-t-il toujours lorsqu'une personne agit pour une personne morale et non pas parce qu'elle est un représentant, c'est-à-dire personne nommée par les chefs de la personne morale (employé, directeur, avoué, etc.) mais parce qu'elle en est l'agent, c'est-à-dire le représentant direct, partie intégrante de la personne morale, comme le maire pour la commune, le préfet pour le département, le gérant, l'administrateur pour une société?⁴.

Il n'est pas douteux que le phénomène de la représentation se présente de la manière ordinaire quand un simple préposé de la personne morale agit avec un tiers.

Si c'est un organe, c'est encore la représentation telle que nous la décrivons qui fonctionne, non pas le mandat, que l'on confond souvent avec la représentation, mais la représentation même. Mais il ne faut pas exagérer cette idée : la description de l'organe comme ayant un aspect particulier cor-

¹ V. Pilon, p. 185. — Tartufari, *op. cit.*, p. 115. — Carrara, loc. cit. — Cf. sur le messenger, moyen de correspondance, Valéry, *Contrat par correspondance*, n. 31-35. — Larombière, I, n. 18. — Giorgi, *Obbligazioni*, II, n. 165-166. — Tartufari, *op. cit.*, p. 114.

² Tartufari, *op. cit.*, p. 115. — Cf. sur les divers intermédiaires qui ne sont pas représentants. Oser, *Schw. Obligationenrecht*, p. 135.

³ *Istituzioni di diritto civile*, p. 165.

⁴ V. Pilon, p. 186-196. — V. sur l'organe ou agent opposé au représentant : Schlossmann, *Organ und Stellvertreter*, *Iherings Jahrbücher*, t. 44, p. 289 et 429. — Michoud, *Personnalité morale*, II, p. 41-45. Hauriou, *Dr. administratif*, 5^e éd., p. 308. — Duguit, *Le mandat de droit public et la théorie de l'organe*. *Revue gén. de droit*, 1902, p. 231.

respond mieux à la réalité des choses¹. Ensuite l'organe a les pouvoirs les plus étendus. Ses pouvoirs ne comportent d'autres limites que les facultés même de la personne morale. Enfin nous trouvons pour les organes une situation rare² ailleurs : l'organisation collégiale de l'organe³ : si une assemblée d'actionnaires, un conseil municipal doit décider une mesure³. Le fait de distinguer les organes des autres représentants et surtout des mandataires est donc la preuve d'une vue ingénieuse.

Mais elle n'ouvre aucune vue nouvelle sur le sujet que nous examinons : la formation des actes juridiques⁴. L'organe s'y comporte comme un simple représentant.

Nous réservons la question de savoir s'il en est autrement pour les responsabilités à la suite d'actes illicites.

93. — Le droit romain primitif n'admettait pas la représentation. Toutefois à mesure que l'on avança, on eut une tendance à atténuer la sévérité des principes sur ce point, on s'attacha moins à cette idée qu'il est inadmissible, deux personnes ayant passé un acte, que les effets se produisent sur la tête d'une troisième⁵.

Le très ancien droit français excluait également la repré-

¹ V. Michoud, I, p. 129 et suiv.

² V. à ce sujet, Michoud, I, p. 145. Duguit, *L'Etat et les gouvernants*, p. 148.

³ Nous trouvons cependant une situation pareille dans le conseil de famille.

⁴ M. Michoud essaye vainement de signaler des différences, il parle du droit de vote de l'organe pour la personne morale. Mais cela n'a rien de spécial à l'organe, car si le droit de vote était reconnu à tous les propriétaires comme tels, les tuteurs devraient voter. Les tuteurs qui peuvent adhérer à une association syndicale (loi du 21 juin 1865, art. 4), ne pourraient-ils pas y voter pour leurs pupilles? En tous cas, la loi du 17 mars 1898 sur le cadastre donne le droit de vote pour nommer la commission de révision aux propriétaires ou à leurs mandataires (art. 4).

Pour la bonne foi, il tient compte de celle de l'organe. C'est ce que nous faisons pour le représentant un peu plus loin.

⁵ V. sur le droit romain, Girard, 4^e éd., p. 668 et suiv. — Tartufari, op. cit., p. 66-100.

sentation. Mais celle-ci s'introduisit dans le droit coutumier à mesure que le formalisme disparut. Dès le XIV^e siècle, on peut déjà considérer que la validité de la représentation est acceptée de façon générale¹. Au XVII^e siècle, Domat l'admet tout en disant que le mandant doit approuver l'acte passé dans la limite de la procuration². Pothier développe très nettement l'idée de représentation³.

94. — Le représentant peut être une personne physique. Ce peut être aussi une personne morale. L'agent de la personne morale interviendra alors. Il faut construire techniquement la théorie de la personnalité morale en tenant compte de ces nécessités pratiques.

Le représentant peut être désigné aussi par sa fonction. Un tribunal peut désigner pour faire un acte, le président de la chambre des notaires de l'arrondissement, le doyen de telle corporation d'officiers ministériels, etc. Le représentant peut être le titulaire d'une charge ou son successeur⁴.

Le représentant peut être une personne ayant des intérêts opposés au représenté, si la représentation est conventionnelle⁵.

95. — Pour être représenté, il faut être des personnes qu'il est utile de représenter. Le représenté peut être une personne physique, dès que celle-ci juge à propos de se faire représenter, une personne morale. Ce peut être une personne simplement conçue. (Art. 393 civ.) Ce peut être une ou des personnes indéterminées, comme au cas où on nomme un curateur à succession vacante, un syndic de faillite (qui représente les créanciers), ou une personne future (tuteur à la

¹ V. Brissaud, *Hist. du dr. français*, p. 1442 et suiv. -- Beaune, *Contrats*, p. 424.

² *Lois civiles*, p. 156.

³ *Mandat*, éd. Bugnet, n. 87.

⁴ Trib. Seine, 4 janv. 1893. *Pand. fr.*, 1893 2. 120 (agent d'affaires).

⁵ Cass. 11 nov. 1907, *Gaz. Pal.*, 5 déc. 1907 (légataire universel représentant les héritiers).

substitution, art. 1055 et 1056 civ.), ou une personne dont l'existence est incertaine (art. 112 civ.).

Un représentant est désigné lorsque cela est jugé utile par le représenté, (représentant conventionnel), ou par un tiers (art. 397 civ.), soit lorsque les intéressés ou ceux qui doivent le faire le demandent aux tribunaux (art. 406, art. 691, art. 812, art. 112 civ.), soit lorsque la loi l'impose (tuteur légal, tuteur nommé par le conseil de famille, art. 406 civ.)¹.

96. — Pour qu'un représentant soit valablement désigné il faut qu'il soit capable². La capacité signifie ici être sain d'esprit. C'est la capacité naturelle dont nous parlerons plus loin.

L'incapacité civile est en principe sans effet. L'art. 1900 civ permet aux femmes mariées et aux mineurs émancipés d'être valablement constitués mandataires. La jurisprudence y ajoute les mineurs non émancipés, et les interdits³. Il faut logiquement y adjoindre les prodigues.

Il y a une incapacité naturelle qui atteint tout représentant ne jouissant pas de ses facultés mentales⁴. Ces incapacités pourront être invoquées par le représenté pour faire tomber l'acte traité par l'incapable.

Mais l'incapacité du représenté ne sera pas prise en considération pour cette raison que souvent la représentation a

¹ Cf. Tartufari, *op. cit.*, p. 71. Mais la loi n'établissant aucune sanction pénale, souvent le représentant n'est pas nommé si le mineur a peu de fortune.

² Capitant, *op. cit.*, p. 336. — Crome, *op. cit.*, § 104. — Dernburg, I, p. 528. — Coviello, p. 382.

³ Rouen, 25 févr. 1855 S. 56. 2. 22 D. 56. 2. 275. — Rennes, 27 août 1819. D. Rep., v^o. Mandat, n. 63. — Rouen, 1^{er} mars 1895, Gaz. Trib., 18 août 1895. — Trib. Liège, 4 juin 1853, Belgique judiciaire, 1854, 238. — Trib. Bruxelles, 12 déc. 1876. Pas. 1877, 3, 109. — Liège, 8 nov. 1879. Belgique judiciaire, 1879, 1454. — Trib. comm. Ostende, 7 avril 1901. Pand. per. 1907, 1293. — Aubry et Rau, IV, 4^e éd., § 411, note 10. — Guillouard, n. 56. — Planiol, II, n. 2240. — Laurent, XXVII, n. 397. — Baudry et Wahl, Mandat, n. 417. — Crome, *Allgem. Theil*, par. 28.

⁴ Tartufari, *op. cit.*, p. 72.

précisément pour but de suppléer à cette incapacité. Il n'aura qu'une exception. Si on est en face d'un incapable qui a désigné un mandataire. Il pourra invoquer son incapacité non seulement pour faire tomber le contrat de mandat, mais pour faire annuler aussi le contrat passé par le mandataire avec le tiers. Le pouvoir du représentant tombant, le contrat qu'il a passé tombe aussi¹. Et cela aura lieu toutes les fois que le mandant qui collabore à l'acte n'a pas la capacité pour passer lui-même l'acte en question². Mais ici il s'agit non d'une incapacité d'être représenté, mais de l'incapacité de donner mandat³.

96 bis. — La représentation peut avoir en principe pour objet tout acte juridique licite⁴. Cependant ceci peut comporter des réserves tenant à la loi : comme pour le mariage⁵ le testament, l'émancipation, l'adoption, ou à des nécessités pratiques : si le secret des affaires est en jeu. Ce sera le cas pour la communication d'une correspondance, des comptes d'une société en cours⁶ ou comme pour certains monopoles⁷.

En outre on ne peut agir en partie à la place d'autrui. Et la ratification par le représenté serait même inopérante⁸.

97. — Le droit de représenter peut avoir pour origine la loi, c'est le cas pour le tuteur légal, ou un jugement comme

¹ Guillouard, *Mandat*, n. 55. — Laurent, XXVII, n. 400. — Baudry et Wahl, n. 416. — Cass. Req. 18 juin 1893, S. 94. 1. 5. — Cass. Req., 14 juin 1862, S. 62, 1. 398. D. 62, 1. 168. La bonne foi du tiers importe peu, v. Tartufari, *op. cit.*, p. 165.

² V. Aubry et Rau, IV § 411. — Guillouard, n. 55. — Laurent XXVII, n. 395. — Planiol, II, n. 2239. — Baudry et Wahl, n. 411.

³ V. Tartufari, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

⁴ V. Aix, 28 nov. 1905. Pand fr. 1906 2. 36, mandat pour tromper des tiers. — V. Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, I, p. 444.

⁵ Le mariage par procuration admis par le droit canonique a cependant été admis dans un cas spécial par la loi du 4 avril 1915.

⁶ Cf. Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 443 et suiv., v. pour les sociétés, Cass., 13 juin 1892, Pand fr. 1893 1. 309.

⁷ V. pour les courtiers interprètes. Req. 22 oct. 1890. Pand. fr. 1890. 1. 530.

⁸ Gand, 21 déc. 1903. Pas. 1905 2. 61.

pour le syndic de faillite (A), le curateur à succession vacante, ou une convention : un mandat, une clause désignant les gérants d'une société¹. Il peut dériver de la seule volonté du représentant. C'est le cas pour la gestion d'affaire. C'est également le cas pour le saisissant qui en cas de saisie mobilière ou immobilière, a le droit de faire faire dans certaines formes une vente qui dépouillera le débiteur de la propriété. Il n'est pas vendeur, mais représentant du vendeur². On y ajoute parfois les fondateurs de sociétés par actions qui pendant la période constitutive représentent la société³.

Coviello indique le pouvoir de représentation volontaire comme découlant toujours d'une déclaration unilatérale du représenté⁴. Cela nous semble exact à condition de bien préciser qu'il s'agit du pouvoir de représenter et non de la représentation qui suppose essentiellement la volonté du représentant.

Des complications se présentent dans un cas spécial : lorsqu'il y a substitution de mandataire. La représentation a ici pour origine la volonté du mandataire et celle du mandataire substituée.

A. Formule de procuration spéciale.

Par devant M^e.....

A comparu :

M.....

Lequel a par les présentes constituées pour son mandataire M..... auquel il donne pouvoir de, pour lui et en son nom, passer acte de..... faire les actes accessoires à cet effet, et notamment.....

Le présent mandat devra être exécuté dans le délai de..... années au plus tard. Le mandataire devra dans les..... jours de son exécution, prévenir de ce fait le mandant et lui rendre compte des sommes par lui encaissées. Il pourra de suite lui réclamer ses déboursés. Il aura droit également à un honoraire de.....

¹ Il a été jugé que le dol entachant ce mandat ne nuit pas aux tiers. Bruxelles, 19 août 1814. Pas 1814. 198

² V. Baudry et Saignat, n. 355. — Guillouard, n. 317.

³ Tartufari, *op. cit.*, p. 137.

⁴ *Dir. civ. italiano*, I, p. 385. — V. aussi, Barassi, *Istituzioni*, p. 167.

Mais une difficulté existe si la substitution n'a pas été permise explicitement ou implicitement¹, mais a au contraire été défendue par le mandant. La représentation se produit-elle? Ici nous sommes en face d'une personne qui a excédé son mandat. Conformément à ce que nous dirons plus loin, la représentation se produira si le substitué a pu croire légitimement que le mandataire n'excédait pas ses pouvoirs².

98. — La représentation est distincte du mandat³, puisqu'il peut y avoir représentation sans mandat (gestion d'affaires, tutelle, etc.), et mandat sans représentation (prêtenom). Eh soi la représentation qui ne vient pas de la loi directement (père administrateur, tuteur légal) ou d'une désignation en vertu de la loi (tuteur datif, syndic, etc.), résulte de la *seule volonté unilatérale du représentant* sans acceptation du représenté. L'acceptation n'est nécessaire que pour le contrat qui oblige éventuellement à représenter : mandat, louage de services, société⁴. Inversement la seule déclaration désignant le représentant, portée à la connaissance de celui-ci ou des tiers vaut déjà par elle-même. Dès ce moment la représentation se produira⁵. Elle produira déjà des conséquences au point de vue passif : les significations, déclarations de volonté adressées au représentant seront déjà valables. Nous sommes ici en face d'un cas d'effet juridique par *volonté unilatérale*⁶.

¹ Ce qui doit être admis dans le silence des contractants, V. Baudry et Wahl, Mandat, n. 569. — Aubry et Rau, IV, p. 645, note 14, 4^e éd. — Guillouard, n. 120.

² Cf. Baudry et Wahl, n. 589, un nxe. — Guillouard, n. 125.

³ Giovenè, *Negozio giuridico rispettò ai terzi*, n. 16. — Cf. Ferrara. *Si el mandato e necesariamente representativo*. *Rev. de derecho y legislacion* (Vénézuéla), 1913.

⁴ Ce qui le montre bien, c'est qu'il y a des représentations qui fonctionnent plutôt contre la volonté du représenté dans un intérêt public, comme la représentation du tuteur de l'interdit légal, celle du séquestre, spécialement du séquestre de biens ennemis en temps de guerre.

⁵ V. Saleilles, *Trad. officielle du Code allemand*, I, p. 212.

⁶ Cf. supra, n. 17. — V. en notre sens, Tartufari, *op. cit.*, p. 351.

99. — Pour qu'il y ait représentation il faut encore qu'il y ait *contemplatio domini*. C'est-à-dire que le représentant doit avoir nettement montré son intention d'agir pour le compte d'autrui et non pas en nom propre. De son côté, le tiers doit avoir partagé les intentions du représentant ¹.

Mais il suffirait de l'intention nettement manifestée du déclarant s'il s'agissait d'un acte unilatéral. Cela va de soi²

Cette double intention peut être expresse ou tacite. Elle résultera parfois de simples circonstances. L'employé qui vend les marchandises du commerce de son patron dans l'établissement de celui-ci, le capitaine qui contracte pour les besoins du navire et du voyage, le domestique qui achète pour les besoins journaliers de la famille³, le syndic qui continue avec autorisation le commerce du failli sont présumés agir comme représentants⁴. Il en est de même du voyageur de commerce qui fait enregistrer les caisses d'hantillon à l'aspect traditionnel⁵.

Ces idées solutionnent implicitement la question souvent

¹ Trib. Bruxelles, 12 févr. 1890. Pas. 1891 3. 354 (gestion d'affaires). Trib. Anvers, 9 juin 1882. Pas. 1882. 3. 256. Trib. Gand, 19 juin 1888. Pas. 1888 3 325. Bruxelles, 29 avril 1897, Pas. 1897 2. 314. — Pilon, *op. cit.*, p. 72. — Tartufari, p. 355 et suiv. — Mitteis, p. 128. — Coviello, I, p. 382 et 387. — Capitant, *op. cit.*, p. 332. — Pour un gérant cela ne se manifeste pas nécessairement par l'emploi de la signature sociale, v. Lyon Caen et Renault, II, n. 290. — Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n. 459. — Cf. Liège, 6 mars 1827. Pas. 1827. 84. — Bruxelles, 8 juin 1903. Belgique judiciaire, 1905, 1065. — Trib. comm. Bruxelles, 3 mars 1900. Pas. 1900, 3. 113.

² Faute de cette déclaration, le déclarant est personnellement obligé, v. Crome, *Allg. Theil*, par. 28.

³ Trib. Seine, 5 déc. 1910, Gaz. Pal. 3 mai 1911. *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 468. — Trib. Seine, 10 févr. 1891, Gaz. Pal. 1891 1. 422 et 28 avril 1893, Tables Gaz. Pal. 92-97, v^o. *Mandat*, n. 197.

⁴ Le maire est présumé agir pour la commune s'il n'agit pas pour affaires privées, trib. Chambéry, 14 fév. 1920, Gaz. Pal. 1920. 1. 523.

⁵ Trib. comm. Seine, 9 oct. 1896 S. 97. 2. 149. Cass. civ, 1^{er} déc. 1896, S. 97. 1. 189. — Contrà trib. comm. Valenciennes, 17 déc. 1895, S. 97. 2. 147.

agitée¹ de savoir s'il y a représentation, ou au contraire mandat s'exécutant par prête-nom lorsque le représentant ne parle pas au nom d'autrui. Notre droit n'est pas formaliste. Donc si on n'a rien dit, mais qu'on se soit compris, il y a représentation. Si les parties n'ont rien dit, mais qu'il y ait eu des suppositions (je traite avec un commerçant qui m'offre des marchandises, avec un marchand de biens qui m'offre des terres, je suppose qu'il n'est que prête-nom) il n'y a pas représentation, il y a prête-nom².

A un autre point de vue, il peut y avoir *contemplatio* non seulement si le représentant a déclaré au tiers contracter pour telle personne, mais même s'il a déclaré contracter pour d'autres qu'il ne désigne pas actuellement : ceci se produit forcément d'ailleurs s'il représente des personnes futures ou indéterminées. Mais cela peut avoir lieu encore si le représentant le déclare et si le tiers prend acte sans protestation. Cela se rencontre lorsqu'une personne déclare faire une assurance pour le compte de qui il appartiendra, ou encore lorsqu'un acheteur fait une déclaration de command³.

¹ V. not. Schlossmann, *Stellvertretung*, II, p. 337 et suiv. — Pilon, *op. cit.*, p. 81 et suiv.

² En fait les marchands d'immeubles laissent ignorer s'il vendent pour eux ou pour autrui (à la commission) on peut supposer ce que l'on veut, mais rien n'est patent, il n'y a pas représentation.

³ L'assurance pour compte de qui il appartiendra crée un lien de droit non seulement entre les parties dénommées au contrat, mais encore entre l'assureur et tous les propriétaires présents et futurs de la chose assurée, a dit la cour de cassation. Civ. 5 mars 1888. D. 1888, 1. 365. S. 1888, 1, 313. — Cass. civ. 27 juin 1910. D. 1912, 1. 529. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 197. — Si l'assuré pour compte doit la prime (Bordeaux, 6 avril 1830, S. chr.), c'est pour être sûr qu'elle ne reste pas impayée. Plus récemment, la cour de Douai, *Rec. des assur.*, 1911, p. 185 et *Rev. de dr civil* 1911, p. 908, a dit c'est une stipulation pour autrui à laquelle s'ajoute une convention de mandat. Cf. sur l'assurance pour compte : L. Cremieu, *L'assurance pour compte de qui il appartiendra*.

⁴ Il est vrai que d'ordinaire on interprète celle-ci comme une acquisition par l'avoué ou l'adjudicataire sauf résoluton au profit du command s'il est déclaré (v. Garsonnet, *Traité de procédure*, IV, n. 1630.

Peu importe même que le pouvoir n'existe pas pour le moment et qu'on ait traité en vue du mandat qui serait donné. Cela a été jugé pour l'assurance pour compte¹ ou lorsqu'un patron passe une assurance collective pour son personnel² en faisant des retenues sur le salaire. Mais une fois la volonté déclarée, il n'est plus possible de revenir sur sa décision et de prétendre avoir voulu agir en nom propre, ou inversement de vouloir être représentant lorsqu'on n'en a rien dit³.

100. — La représentation implique-t-elle que le représentant a agi dans la limite de ses pouvoirs⁴? Cette question amène à examiner deux points difficiles : y a-t-il représentation lorsque le représentant a excédé ses pouvoirs (question de l'abus du pouvoir) et que faut-il décider si on était en face d'une personne ayant agi au nom d'une autre sans pouvoir (question du pouvoir apparent).

En effet, au cas simple où le représentant s'est cantonné dans ses pouvoirs la représentation ne fait aucun doute. Inversement on peut admettre facilement que si un tiers, après avoir offert un contrat au représenté et essuyé un refus, s'adresse au mandataire traitant dans la limite de ses pouvoirs, et que celui-ci accepte, il n'y a pas représentation, à raison de la faute du tiers⁵.

— Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 380). Cela n'empêche pas qu'il n'y ait *contemplatio domini* suffisante pour qu'il y ait représentation en ce dernier cas.

¹ Cass. civ., 2 fév. 1857 S. 57. I. 657 (2^e et 3^e espèces.)

² Cass. civ., 1^{er} juillet 1885 D. 86. I. 201. S. 1885. I. 409 avec note Labbé. — Cass. civ. 19 déc. 1900 D. 1901 I. 353 et la note de M. Sarrot. (sol. implic.)

³ Pilon, p. 78. — Troplong, *Mandat*, n. 532. — Tartufari, p. 362. — Mitteis, p. 139.

⁴ V. sur cette question, Rep. gén. du droit français, v^o. *Mandat*, n. 717 et suiv.

⁵ Trib. comm. Lyon, 7 oct. 1904. Gaz. comm. Lyon, 6 déc. 1904. Le mandataire a bien une certaine autorité privée (v. nos *Notions fondamentales*, p. 600 et suiv.). Mais elle reste subordonnée au pouvoir du mandant.

101. — La représentation ne dessaisit pas le mandant de ses droits. Ainsi le mandant qui a donné mandat irrévocable de vendre n'en conserve pas moins son droit de propriété et s'il vend à un acquéreur de bonne foi, celui-ci ayant transcrit est propriétaire¹. Il y a donc une sorte de communauté de pouvoir entre le représenté et le représentant. Il n'en est autrement que dans les cas où le représenté ne peut agir : si c'est un incapable, etc.

Cette communauté de pouvoir peut donner lieu à des questions délicates : si par exemple il y a mandat d'emprunter ou d'acheter et que le mandant trouve de l'argent ou des marchandises, son acte est valable, même si le mandataire avait acheté peu avant. Il aurait dû le prévenir rapidement².

101 bis. — Lorsque le représentant use maladroitement de ses pouvoirs, le représenté n'en est pas moins lié, vis-à-vis des tiers, sauf son recours contre le représentant fautif³. Ainsi en serait-il si un administrateur avait fait des achats à des prix trop élevés, ou sans utilité. La société représentée n'en serait pas moins liée.

102. — Si le représentant fait un acte dans des conditions contraires à ses pouvoirs, l'art. 1998 civ. dit à ce sujet, que le mandant « n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». La représentation n'est pas complète, cela va de soi. Mais cela veut-il dire que l'acte tout entier est nul⁴? Ne peut-on pas scinder l'opération et dire le représentant est tenu dans la mesure de ce qu'il a consenti : mais les clauses qu'il a interdites et que

¹ Cass. civ. 2 juin ou 4 juin 1913, Gaz. Pal. 1913 2. 39. S. 1914 1 179.

² Cf. sur deux achats successifs du même mandataire, trib. Termonde, 2 nov. 1889. *Belgique judic.* 1890. 297.

³ Req. 20 janv. 1880, D. 1880, 1. 252.

⁴ V. en ce sens, Huc, XII, n. 85. — Baudry et Wahl, n. 777. Laurent XXVIII, n. 64. — Cf. Planiol, II, n. 2254. On cite à tort, Savoie, 8 juillet 1854 D. 55. 2. 242 qui vise un acte radicalement nul pour un autre motif. — Cf. Caen, 22 juin 1891, *Rec. Rouen*, 91, 2. 129.

tout ce qui excède sa volonté est pour lui *res inter aliós acta*. Ayant donné ordre d'acheter à 20, il devra 20, et si le représentant a payé plus cher, ce dernier supportera la différence. Ayant donné ordre d'emprunter sans hypothèque, il ne sera pas tenu des garanties offertes par le représentant¹.

Cette solution correspond à l'intérêt du mandant qui désire le contrat dans certaines conditions, du mandataire qui ne devra pas en assumer toute la charge, enfin du tiers qui voulait traiter avec le représenté.

Il est vrai que c'est diviser l'opération, mais pourquoi sacrifier des intérêts pratiques à la beauté d'une conception unitaire ?

L'opération n'est pas toujours divisible. Si je donne ordre d'acheter du blé livrable à Paris et qu'on achète livrable à Marseille, on ne peut scinder le contrat. Il sera alors sans valeur pour le représenté² sauf les atténuations que nous verrons plus loin.

On a parfois trouvé un procédé ingénieux pour valider les actes du mandataire. On a dit que s'il dépassait ses pouvoirs, il était pour le surplus gérant d'affaires, sauf le cas de fraude³. Cela est admissible dans la mesure où les règles de la gestion d'affaires le permettent.

103. — Le second cas à envisager est celui d'un représentant ayant le pouvoir de faire certains actes et non d'autres. S'il fait certains de ces actes à lui interdits, la représentation

¹ La jurisprudence est incertaine. La cour de Douai le 25 janv. 1897 D. 97. 2. 319, semble considérer comme nous que la seule clause interdite est sans effet. — Cf Huc, XII, n. 87, sol implic. — Toulouse, 30 janv. 1893, D. 1896, 1. 33 et la note Boistel. — Cf. Trib. Seine, 6 mai 1910, Gaz. Trib. 1910, 2^e sem., 2. 391. Au contraire la cour de Nîmes, 17 fév. 1902. D. 1904, 2. 81, semble considérer le mandant comme tenu et le mandataire comme ayant à réparer le préjudice.

² V. en ce sens, Cass. civ. 23 nov. 1903 D. 06. 1. 66, (conclusions de deux contrats qui ne doivent pas être passés l'un sans l'autre), id Trib. Seine, 7 janv. 1908, Gaz. Trib. 1908, 2^e sem. 2. 227. — Bruxelles, 7 mai 1877, *Belgique judiciaire*, 1878, 954.

³ Trib. Bruxelles, 25 nov. 1876, *Pas.* 1877. 3. 44.

se produit à l'égard des tiers qui ont ignoré cette limitation de pouvoirs. La représentation repose, par nécessité pratique, moins sur la volonté ou la déclaration de volonté du représenté que sur la volonté apparente de celui-ci¹. La sécurité dynamique l'exige ainsi².

Ensuite on peut admettre que le mandant est ici responsable par suite de l'art. 1384, pour cette raison qu'il est un commenttant³.

Cette solution s'applique-t-elle s'il s'agit d'un représentant légal ? Ici le tiers est présumé avoir connu les textes qui limitaient les pouvoirs. L'acte ne produira donc pas la représentation, à moins de rejeter ici l'adage : nul n'est censé ignorer la loi⁴.

S'il n'y a pas de mandat du tout, la représentation n'a pas lieu. Ainsi une personne n'est pas liée par un acte fait pour

¹ Req. 14 juin 1875, D. Rep. Suppl. v°. *Mandat*, n. 142, S. 1875, 1. 368. — Cass. civ. 11 avril 1876. S. 1879. 1. 292. — Alger, 7 juin 1899 D. 1901 2. 181. — Paris, 25 juin 1897, Gaz. Pal. 1897. 2. 555. — Alger, 12 mars 1901 D. 1903 2. 45, *Rev de dr. civil*, 1903, p. 387. — Trib. comm. Marseille, 27 fév. 1894. D. 96. 1. 421. — Trib. comm. Narbonne, 12 déc. 1913, Gaz. Pal 1914. 1. 241. — Trib. Limoges, 8 déc. 1899, Gaz. Pal. 1900 1. 97. — Liège, 27 nov. 1907. Pas, 1908. 2. 261. — Trib. Seine, 27 févr. 1903. Gaz. Trib. 1903, 2^e sem. 2.219. — Trib. Seine, 6 mai 1910, Gaz. Trib. 1910, 2^e sem. 2. 390. — Cass. civ., 19 janv. 1901. Pand. fr. 1902, 1. 39. — Cass. req., 21 mars 1910, S. 1913, 1. 297. D. 1912, 1. 281. — Colin et Capitant, II, p. 708. — Cf. Toulouse, 30 janv. 1893 S. 98. 1. 514 D. 96. 1. 33, note Boistel. — Paris, 25 mars 1892, D. 1892, 2. 263. — Req. 13 janv. 1896. Pand. fr. 1898. 1. 449 avec note de M. Denisse. — Req. 17 mai 1905, Gaz. Pal., 1905, 1. 252. — Trib. Termonde, 2 nov. 1889, *Belgique judiciaire* 1890. 297. — Gand, 20 juin 1885. Pas. 1896, 2. 296. — Trib. comm. Anvers, 16 juin 1906. Journ. Trib. 1906. 884. — Liège, 27 nov. 1907. Pas 1908. 2. 273. — Cass. Req., 23 oct. 1905, D. 1906. 1. 7. — Bordeaux, 22 janv. 1906. *Droit*, 2 avril 1906. — Contra Trib. Bruxelles, 26 juin 1889, Pas. 1889, 3. 286.

² V. sur la sécurité dynamique, nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 70 et suiv.

³ Nancy, 25 fév. 1890, D. 90, 2, 347. — Req., 17 avril 1896, D. 97, 1. 40. — Req., 14 janv. 1920. Gaz. Pal., 1920, t. 396. — V. cep. Trib. Bruxelles, 2 mai 1907. Journ. Trib., 1907, 1135.

⁴ V. en ce sens, Tartufari, *op. cit.*, p. 80. Cf. Dereux: *De l'adage nul n'est censé ignorer la loi*. *Revue de droit civil*, 1907, p. 513.

elle par une personne à qui elle s'est plus tard associée¹.

Mais cela n'est pas exact de façon absolue. Il faut tenir compte du mandat apparent. Ainsi une lettre adressée à un avoué qui a rédigé une transaction faite pour une partie, non parce qu'il en était le mandataire, mais parce qu'il était celui d'un banquier cessionnaire partiel des droits en litige a le même effet qu'adressée à la partie même.² Ensuite il faut tenir compte des cas où le représentant qui a contracté au nom d'autrui a entendu se porter gérant d'affaires. Dans ce cas il oblige le maître si la gestion a été utile.

En outre si une personne se présente avec toutes les apparences de pouvoir représenter, sans être représentant, la jurisprudence incline à dire qu'il y a représentation. Ainsi en est-il si un voiturier remet un colis au porteur de la lettre d'avis ayant la signature fausse du destinataire³ et s'il n'y a pas faute de sa part.

104. — Nous venons de parler des effets de la bonne foi du tiers. Comment peut-on en tenir compte ? Le tiers n'est-il pas tenu par la plus élémentaire prudence de se faire montrer par le mandataire ses pouvoirs ? Et alors mérite-t-il protection ayant connu les limites des droits du représentant ?

Notons d'abord qu'on présume que le tiers a connu les pouvoirs⁴. Il en est ainsi spécialement s'ils sont précisés dans les statuts publiés d'une société⁵. Ici on ne présume pas la bonne foi, car il y a devoir de se renseigner.

Il faut d'abord mettre à part le cas où le tiers a pris connaissance des pouvoirs, mais les a interprétés, sans doute d'accord avec le représentant, comme permettant l'acte pro-

¹ Cass. civ., 27 fév. 1883. S. 84. 1. 185.

² Req. 11 déc. 1901, D. 03, 1. 114. — V. de même trib. Termondé, 2 nov. 1889, précité mandataire qui achète deux fois les marchandises qu'il devait acheter.

³ Cass. civ. 24 juin 1901 S. 1903 1. 239. *Rev. de dr. civ* 1903, p. 57.

⁴ V. Trib. Cambrai, 7 mai 1896, Gaz. Pal. 1896 2. 668.

⁵ Trib. comm. Marseille, 27 fév. 1894. D. 1896. 1. 421.

jeté. Il répond de son interprétation. Si il se trompe, il en subira l'effet¹. Et il n'aura pas de recours contre le mandataire (art. 1997).

Mais le tiers ne s'est pas fait représenter les pouvoirs du représentant, est-ce une faute? En principe, oui².

Mais il y a des cas où le tiers de bonne foi doit être protégé; c'est lorsqu'il a connu des pouvoirs originaires, mais que le mandant les a accompagnés de recommandations verbales ou écrites restées secrètes à l'égard des tiers³. Il en est de même au cas où le mandat a été donné en vertu d'un blanc seing⁴ à moins que le blanc seing ne soit volé⁵.

Ou encore si des actes antérieurs passés dans les mêmes conditions ont été reconnus valables par le mandant⁶.

Dans les autres cas, le tiers doit se faire représenter les pouvoirs⁷.

Mais quand il s'agit de représentants permanents, conventionnels ou judiciaires, comme des agents d'assurances, des administrateurs judiciaires de successions, on admet assez volontiers que le seul fait que la compagnie les désigne dans

¹ V. cep au cas où le représenté a donné mandat dans des termes équivoques : Paris, 25 mars 1892, D. 92, 2. 263, qui admet la responsabilité du mandant. Grenoble, 16 juillet 1916. Droit financier, 1912, 157.

² V. Req., 15 avril 1913. S. 1913, 1. 567 (sol implic). — Trib. Bruxelles, 24 janv. 1887, *Journ. Trib.*, 1887, 500. — Trib. Anvers, 4 juin 1872, *Jurispr. Anvers*, 1873, 1. 81.

³ Cass. civ., 11 avril 1876 S. 79. 1. 292 D. 79. 1. 164. — Alger, 12 mars 1901 D. 03. 2. 45. — Alger, 7 juin 1899 D. 1901 2. 181. — Cf Tartufari, *op. cit.*, p. 229 et 375. — Chironi, *Istituzioni*, I, p 122.

⁴ Req., 13 févr. 1883, D. 84, 1. 80. — Req., 29 déc. 1890. D. 91, 1. 463. — Trib. comm. Gand, 21 oct. 1908, *Jur. comm. Fl.*, 1909, 3. 402. — Guillouard, n. 191. — Baudry et Wahl, n. 782. — Cf. Req., 5 nov. 1894. S. 98. 1. 514 D. 96. 1. 33.

⁵ Demolombe, XXIX, n. 362. — Aubry et Rau, VIII, par. 756, note 9 — Guillouard, n. 191. — Baudry et Wahl, n. 782.

⁶ Trib. Anvers, 1^{er} déc. 1876, *Jurispr. Anvers* 1877 1. 62.

⁷ Huc, XII, n. 86. — Guillouard, n. 188. Mais cela ne suffit pas toujours. Ainsi on a vu un administrateur de société émettre deux fois les obligations qu'il avait pouvoir d'émettre. On a admis en pareil cas, la responsabilité sociale. Cass. Req., 7 août 1906. *Gaz. Pal.*, 9 nov. 1906. S. 1907, 1. 88. *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 119.

ses notices comme agents, directeurs, etc., les fait suffisamment passer pour avoir les pouvoirs normaux qu'ont d'ordinaire ces personnes¹. Il faut tenir compte de ce que dans la vie pratique on ne peut demander à ces personnes leurs pouvoirs. Comme pour les actes des autorités publiques, pour les autorités privées, il est vrai de dire : provision est due au titre². La représentation permanente aboutit à être plus qu'un contrat et à constituer une véritable institution.

En tous cas si les pouvoirs ont été nettement portés à la connaissance des tiers, si ceux-ci n'en tiennent pas compte il n'y a pas représentation³.

Si les pouvoirs sont constatés par une copie non conforme à la minute, le mandant est-il tenu ? La négative est admise par la doctrine et la jurisprudence⁴, même si la non conformité vient d'une fraude du mandataire⁵.

Mais Ihering, à propos du messenger, considère avec raison que dans tous les cas où il est fait emploi d'un intermédiaire : messenger, télégraphe, etc., le mandant doit répondre

¹ Trib. Seine, 27 fév. 1903, Gaz. Trib. 1903, 2^e sem. 2. 219. — Alger, 12 mars 1901, D. 1903. 2. 45. — Alger, 7 juin 1899 D. 1901. 2. 181. — Req., 14 juin 1875, S. 1875, 1. 368. — Cass. Req., 16 août 1860, S. 61, 1. 288. D. 60, 1. 493. — Toulouse, 31 mars 1900. *Loi*, 31 juillet 1900, id., 1900, 1. 1. 399. — Trib. comm. Seine, 5 avril 1899, *Droit*, 28 avril 1899. — Trib. comm. Nantes, 13 déc. 1899, *Rec. Nantes*, 1900, 1, 243. — Id., 30 mai 1900, id., 1900, 1. 399. — V. en droit anglais Jenks, *Digest.*, I, p. 55.

² Tartufari cite comme représentants présumés généraux au regard des tiers de bonne foi, les commis sédentaires ou voyageurs, armateurs gérants, capitaines, administrateurs de sociétés civiles ou commerciales (p. 232 et suiv.). La jurisprudence admet que l'architecte doit être présumé mandataire, même s'il n'est qu'un entrepreneur général. Paris, 14 juin 1913, Gaz. Pal. 1913. 2. 279.

³ Orléans, 12 nov. 1860 D. 61. 2. 21.

⁴ Amiens, 11 mai 1854 S. 55. 2. 186 D. 59. 2. 147. — Trib. com. St.-Brieuc, 7 déc. 1891. *Rec. Angers*, 92. 212. — Aubry et Rau, IV, 4^e éd par. 415, note 3. — Guillouard, n. 189. — Laurent, XXVIII, n. 59. — Baudry et Wahl, n. 774.

⁵ Baudry et Wahl, n. 774.

de la transmission inexacte, non qu'il y ait faute à user de ces moyens, mais celui qui s'en sert doit répondre de leur caractère trompeur qu'il connaît, ou prendre des précautions : contre les erreurs dans les dépêches¹. La même solution nous paraît pouvoir être donnée ici.

105. — Le mandant conserve toujours son action contre le mandataire qui a excédé ses pouvoirs. Il peut reprendre, même à l'égard des créanciers de celui-ci les titres qu'il a fait immatriculer au nom de ce mandataire².

Si le tiers a traité de bonne foi avec un mandataire qui a excédé ses pouvoirs et que la représentation ne se produise pas, il peut réclamer une indemnité au représentant³ et même le tenir pour lié envers lui.

106. — Les solutions que nous venons de donner doivent être appliquées en droit commercial, s'il y a eu abus de la signature sociale par un gérant ou administrateur⁴.

Si une clause des statuts est régulièrement publiée, elle est censée connue du public, si elle interdit certaines opérations d'une forme déterminée : opération à terme, etc., cette clause est opposable aux tiers de bonne foi⁵. La société n'est alors tenue que de son enrichissement⁶. Mais il en serait autrement s'il n'y avait pas publication⁷.

La même solution est donnée lorsque les statuts interdisent

¹ *Œuvres choisies*, II, trad. Meulenaere, *Culpa in contrahendo*, p. 75.

² Cass. Req., 20 déc. 1876, S. 77, I. 155.

³ Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 388.

⁴ V. Percerou, *De l'abus de la signature sociale*, *Ann. de dr. commercial*, 1898, p. 477. — Thaller, note dans D. 1902 I. 5.

⁵ Bordeaux, 22 janv. 1906. *le Droit*, 2 avril 1906. — Cass. civ., 22 déc. 1874 D. 75, I. 255. — Orléans, 11 janv. 1853 D. 53, 2. 160. — Douai, 19 déc. 1873, D. 75, I. 255. — Orléans, 1^{er} juin 1852. D. 1853, 5. 427. — Thaller et Pic, I, n. 463. — Lyon Caen et Renault, II, n. 287, *contra* art. 126. *Comm. allemand*, art. 561, al. 2, *code suisse obligations*.

⁶ Req., 7 juillet 1868. D. 69, I. 319.

⁷ Cass. Req., 16 août 1875. D. 76, I. 422.

un acte d'après son but et disent qu'il sera nul si ce n'est autrement que pour les affaires sociales¹ à moins que les statuts ne soient interprétés par le juge du fait comme ayant voulu lier seulement les associés entre eux².

Mais la jurisprudence a souvent atténué cette règle. Lorsque le tiers sait que l'associé signe de la signature sociale pour une dette personnelle, la société est liée si on estime que cette opération lui est utile, la société ayant intérêt à venir en aide à un associé³. Mais il en est autrement si le tiers a su que l'affaire était sans aucun intérêt pour la société⁴. D'ailleurs on a jugé que le tiers est présumé de bonne foi, mais on peut prouver la mauvaise foi par tous moyens⁵. On a jugé de même qu'un mandataire quelconque oblige son mandant si dans son intérêt personnel il agit dans la limite apparente de ses pouvoirs, à moins que le tiers ne soit complice de la fraude. La sécurité de tous impose cette solution⁶. Il en est de même si les tiers ont pu légitimement croire le mandant engagé, l'acte rentrant dans sa mission normale⁷.

¹ Req., 2 août 1842, D. Rep. v^o. *Mandat*, n. 387. — Req., 5 nov. 1900, D. 1902, I. 5. S. 1901, I. 127, qui déclare toute clause publiée opposable aux tiers. — Cf. Arthuys, Ex. doctrinal, *Rev. critique*, 1902, p. 209. — V. cep. Douai, 9 mai 1885. *Rev. Sociétés*, 85, p. 708.

² Cass. Req., 22 juin 1881, S. 83, I. 158.

³ Cass. civ., 11 mai 1836 S. 36. I. 711. — Cass. Req., 22 avril 1845, S. 45, I. 341. — Cass. Req., 7 mai 1851, D. 51, I. 254. S. 51. I. 321. — Req., 21 fév. 1860 S. 60. I. 415 D. 60. I. 421. — Trib. comm. Seine 25 août 1887, D. Rep. sup. v^o. *Société*, p. 304. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 292. — Thaller et Pic, I, n. 462. — V. cep. Req., 23 janv. 1853, S. 1853 I. 241. D. 1853 I. 12. — Montpellier, 2 juin 1876 S. 1876, I. 320. — Cf. Cass. Civ., 11 juill. 1899, S. 1900, I. 5, avec note de M. Lyon-Caen. — Bordeaux, 12 août 1868 S. 1869 2. 108. — Rappr. Bruxelles, 27 mars 1867. Pas. 1867, 2. 369. (Un abus de pouvoir des gérants en vue de frauder la masse lui est inopposable).

⁴ Cass. civ., 11 juill. 1899, précité. — Trib. Anvers 27 avril 1894. *Jurispr. Anvers*, 1894. I. 366.

⁵ Lyon, 21 juin 1911, le *Droit*, 4 nov. 1911.

⁶ Req., 21 mars 1910, S. 1913, I. 297. — Modène, 6 juill. 1909. *Giur. ital.* 1909 2. 608 avec note Ramella.

⁷ Civ., 5 mars 1888 S. 1888 I. 313.

ou si le mandant a été imprudent : en donnant un blanc seing ou en laissant le mandataire sortir fréquemment de ses pouvoirs¹.

107. — Dans le cas où le mandataire a excédé ses pouvoirs, et où, d'autre part, il n'a pas représenté son mandant, l'acte du mandataire est pour celui-ci *res inter alios acta*. Il n'a donc pas besoin d'en demander la nullité dans un certain délai².

Mais il est admis qu'en ayant connaissance de l'excès de pouvoir et en ne protestant pas rapidement, le mandant commet une faute³.

Toutefois cet acte du représentant lie unilatéralement le tiers de mauvaise foi jusqu'à ce que le maître se soit prononcé pour ou contre la ratification⁴. Il naît donc de cette situation un état juridique spécial : un droit éventuel, qui toutefois rétroagit le jour où il se complète.

108. — C'est un autre point que celui de savoir si le mandataire est alors lié. Selon nous, il n'en est pas ainsi. Il a pris acte de la volonté du tiers et c'est tout. Mais il est tenu délictuellement pour le préjudice causé en faisant croire à ses pouvoirs. C'est ce qu'implique l'art. 1997 civ.

Par suite, sauf ratification ultérieure, le contrat n'a pas d'existence⁵ ni à l'égard du représentant, ni à l'égard du re-

¹ Req., 13 fév. 1883, S. 1884, 1. 107. — Req., 14 janv. 1920, S. 1920, 1. 272.

² Chambéry, 8 juillet 1854 D. 55. 2. 242. — V. cep. Cass. Req., 26 déc. 1898. S. 1900, 1. 350 (hypothèque où la nullité fut demandée). Cette demande, bien entendu, n'emportait pas ratification, ni renonciation à indemnité contre le mandant. — Guillouard, n. 195. — Huc, XII, n. 88. — Aubry et Rau, IV, par. 415, note 5. — Laurent, XXVIII n. 64. — Cf. cep. Tartufari, p. 377, qui admet une annulabilité pour le cas des représentants iégaux.

³ Trib. com. Marseille, 27 fév. 1894 D. 96. 1. 421.

⁴ V. Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 388.

⁵ V. cep. Paris, 28 juin 1851 D. 53. 2. 78, qui semble admettre une nullité relative. — Contra Guillouard, n. 195. — Laurent, XXVII, n. 434.

présenté. Il n'en serait autrement que s'il y avait convention tacite avec le représentant.

109. — De ces solutions spéciales se dégage le principe quant aux cas où la représentation se produit.

La représentation a lieu lorsque le représentant se présente comme tel, eut-il excédé ses pouvoirs, pourvu que le tiers avec qui il traite ait agi de bonne foi et sans faute. C'est là qu'en fait est le guide dont s'inspire la jurisprudence. A l'idée individualiste du Code inspirée par la sécurité statique, il substitue un système fondé sur la sécurité dynamique.

110. — La représentation se produit encore dans le cas de gestion d'affaires, si le gérant a traité au nom du géré. Cette institution sera étudiée plus tard. Indiquons cependant qu'il se présente ici deux cas. Le gérant peut avoir fait avec le désir de gérer les affaires d'autrui, des actes utiles qui sont obligatoires pour le maître : si par exemple il a fait des actes de conservation urgents. Le maître est alors de plein droit et nécessairement obligé.

Ou au contraire le gérant peut dans la même intention avoir fait des actes quelconques. Ceux-ci n'obligeront le maître que s'il les ratifie¹.

110 bis. — Sans qu'il y ait représentation, un résultat analogue peut se produire lorsqu'une personne par sa faute a permis à une autre d'accomplir des actes qui l'ont fait passer pour son représentant. Le tiers en ce cas peut se prévaloir de cette faute pour être traité comme s'il y avait eu représentation. (V. sur le principe, supra, n. 37 bis.) Il en sera ainsi au cas où un commerçant laissant traîner la griffe de sa maison, une personne a pu l'utiliser pour toucher des factures, au cas où imprudemment on aura laissé une procuration entre les

¹ V. en ce sens Tartufari, p. 120-136 et 406-478, contre Pilon, *op. cit.* p. 305 qui assimile à tort le premier cas à un mandat et l'acte à ratifier, simple avant contrat à un contrat existant. En outre on tient compte de ce que le géré a laissé croire par sa conduite qu'il avait donné mandat. Cass. Req., 2 févr. 1904. Pas. belge, 1904, 4. 66.

mains du représentant alors que ses pouvoirs ont cessé, etc.

111. — On s'est demandé aussi si la représentation n'avait pas lieu dans le cas dit de gestion d'affaires du tiers contractant¹. Si un représentant parle en son nom et que le tiers à l'intention de se lier au mandant, il y aurait représentation. L'idée a été critiquée, en disant que la *contemplatio domini* est chose commune, qu'elle n'existe utilement que si le tiers et le représentant ont eu le désir de lier directement le représenté, si le tiers seul a ce désir, ce n'est alors qu'un motif destiné à rester hors du domaine du droit. Cette objection est exagérée. Sans doute dans les cas ordinaires, le désir du tiers de gérer l'affaire d'autrui ne suffit pas pour l'en rendre débiteur et créancier, il faut la ratification. Mais si on est dans un cas de gestion obligée de droit, le tiers avec qui traite le représentant pourrait aussi de son côté se porter gérant. Seulement dans ces deux cas, il n'exercera pas l'action du contrat, mais l'action de gérant, il devra prouver qu'il n'a pas contracté dans son intérêt, mais pour rendre service, ce qui sera assez rare. Il aura alors l'action de gestion contre le maître et celle née du contrat contre le gérant². Cette *negotiorum gestio* du tiers contractant bien qu'un peu subtile ne doit pas être rejetée, car dans bien d'autres cas, nous voyons les sources des obligations s'entrecroiser. comme lorsque l'art. 1382 est invoqué à propos d'un contrat qui ne se forme pas normalement.

112. — Le point de départ normal du droit de représenter, comme le moment où prend fin la représentation, c'est l'in-

¹ Cette théorie soutenue par Ruhstrat, *Jahrbuch für Dogmatik*, 1889, tome 27, p. 129, pour le droit romain et par Cogliolo, *Gestione degli affari altrui*, n. 107. (v. l'exposé dans Vigne, *Gestion d'affaires et stipulation pour autrui*, thèse de Paris, 1892, p. 70 et Châmpaux, *Stipulation pour autrui*, thèse de Paris, 1893, p. 126) a été critiquée par M. Pilon, p. 311 et suiv. — Tartufari, p. 133.

² Cette gestion du tiers contractant a d'ailleurs été admise dans la jurisprudence italienne. Cass. Florence, 29 déc. 1890, *Tem. Ven.* 1891, p. 209.

stant où le représentant a connaissance du commencement ou de la fin de ses pouvoirs. L'art. 418 l'indique pour le tuteur qui entre en fonctions : il administre « du jour de sa nomination si elle a lieu en sa présence, sinon du jour qu'elle lui aura été notifiée ». Si un tuteur est exclu ou destitué, s'il adhère à la délibération, son successeur entre aussitôt en fonctions (art. 448). C'est dire que ses propres fonctions cessent à ce moment. De même (art. 2006), un ancien mandataire représente tant que la nomination du nouveau ne lui a pas été notifiée. De même (art. 2008) si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide¹. On peut donc dire que ses pouvoirs commencent ou cessent dès qu'en fait il connaît la situation, sauf si un texte exprès exige une notification² comme l'art. 418 civ.³, cette formule s'applique à tout représentant légal, conventionnel ou judiciaire ou au gérant d'affaires. Cette solution s'impose par des raisons de sécurité : il n'agira ou ne cessera raisonnablement d'agir que s'il connaît ses pouvoirs ou leur fin. Il ne faut pas notamment que les actes unilatéraux qu'il fera soient annulés s'il les fait avant d'avoir reçu notification.

D'un autre côté, la loi tient encore compte de l'état d'esprit des tiers avec qui le représentant a traité. D'après l'art. 2008 et l'art. 2005, les tiers de bonne foi bénéficient d'actes engageant le représenté lorsqu'ils ont traité avec le mandataire dont les pouvoirs ont cessé, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Et la bonne foi de ces tiers se présume⁴. Au total, par conséquent, il suffit que le représentant ou le tiers

¹ V. Bruxelles, 27 janv. 1829, Pas. 1829, 29.

² Mais la simple connaissance suffit, trib. Termonde, 24 juill. 1868. *Belgique judiciaire*, 1869, 301.

³ Le mandataire qui ignore si le mandant vit encore reste représentant, Bruxelles, 27 mai 1830, Pas. 1830, 141.

⁴ Trib. comm. Arlon, 6 fév. 1901, *Pand per.* 1902, 1369.

ait agi de bonne foi, croyant qu'il y aurait représentation, pour que celle-ci se produise. Cette formule fondée sur le besoin de sécurité dans les affaires ¹ doit s'appliquer à tous les représentants.

113. — Par suite pour mettre complètement fin au mandat, il faut :

1° Notifier la cessation au représentant, ce qui peut avoir lieu en une forme quelconque ² ;

2° La notifier aux tiers³. Aucun moyen n'est imposé pour cela⁴. Mais la seule notification au mandataire ne suffit pas.

Si le mandat doit « s'exécuter vis à vis d'une seule personne, la notification à celle-ci de la fin du mandat suffira⁵.

Mais si le représentant peut traiter avec tout le monde, la notification par la voie des journaux suffira-t-elle pour mettre fin à la représentation ? Non⁶.

Il serait donc plus sûr, lorsque cela est possible, de faire comme dans les banques où la révocation des procurations

¹ V. sur la sécurité dynamique, nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 70.

² Trib. Lyon, 6 janv. 1888, Pand. fr. 1890 2. 83. — Cass. Req., 14 mai 1829, D. Rep. v°. *Mandat*, n. 432. — Req., 27 nov. 1861, D. 1862 1. 483 S. 1863 1. 188. — Aubry et Rau, IV, par. 416, notes 18 et 19. — Huc, XII, n. 119. — Guillouard, n. 220. — Baudry et Wahl, n. 825. — V. pour le cas de décès du mandant, Angers, 27 mars 1846, D. 46. 86. — Laurent, XXVIII, n. 81. — Guillouard, n. 236. — Baudry et Wahl, n. 836.

³ Bruxelles, 11 déc. 1907, Pas 1908 2. 139.

⁴ Cass. Req., 27 nov. 1861, S. 63, 1. 188. D. 62, 1. 483. — Cass. Req., 23 mai 1870, D. 72, 5. 310. — Cass. Req., 23 juin 1872, D. 74, 1. 38. — Bordeaux, 2 juin 1869 S. 70. 2. 4. D. 70. 2. 220. — Cf. trib. paix de Marly, 11 oct. 1893. Gaz. Pal., 94, 4, 4 suppl.

Laurent XVIII, n. 102. — Guillouard, n. 220. — Baudry et Wahl, n. 869.

⁵ Nancy, 31 mai 1895 D. 96. 2. 346. — Huc, XII, n. 119.

⁶ Bordeaux, 2 juin 1869, D. 1870, 2. 220. S. 1870, 2. 4. — V. Contra Huc, XII, n. 119. — Laurent, XXVIII, n. 103. — Cf. trib. comm. Périgueux, 24 mai 1853, D. 1854, 1. 175.

données à chaque fondé de pouvoirs est notifiée aux clients¹.

114. — L'art. 2004 prévoit comme moyen pour remplacer la notification à tous les tiers pouvant traiter avec le représentant qu'on exige du mandataire la remise « soit de l'écrit sous seing privé qui la contient, soit de l'original de la procuration si elle a été délivrée en brevet, soit de l'expédition s'il en a été gardé minute », ou de la lettre missive qui la contient². Ainsi les tiers devant en principe exiger cette procuration, ils ne pourront traiter de bonne foi, ou du moins sans faute. Mais cette obligation de restituer la procuration ne peut comporter comme sanction à l'égard du mandataire, que l'obligation à des dommages-intérêts³. Elle n'est donc pas toujours bien sanctionnée. En outre s'il y a acte dressé en minute, tout intéressé en nom direct pouvant en demander expédition, le mandant fera prudemment en interdisant au notaire de délivrer une seconde expédition au mandataire⁴, l'intéressé invitera le greffier à ne plus délivrer expédition du jugement nommant le mandataire.

115. — Les mêmes solutions devraient être admises quand il s'agit pour des magistrats ou fonctionnaires du commencement et de la fin de leurs fonctions. Celles-ci prennent date du jour où l'acte les nommant ou les révoquant a été publié : ordinairement par l'insertion au Journal Officiel. On pourrait dire qu'après cette date les actes fait avec le fonctionnaire par un tiers de bonne foi sont valables, mais la publication à l'Officiel est présumé constituer une preuve irréfutable de connaissance.

Partout où la loi organise un système de publicité, les tiers sont présumés connaître la publicité qui a eu lieu, c'est à eux

¹ V. Huc, XII, n. 122. — Laurent XXVIII, n. 102. — Cf Paris, 28 juin 1911, S. 1911, 2. 309, qui déclare cette manière d'agir très licite.

² Bordeaux, 12 mars 1842, S. 1842, 2. 266.

³ Huc, XII, n. 120.

⁴ Huc, XII, n. 121. — Guillouard, n. 222. — Aubry et Rau, IV, par. 416, note 8.

de se renseigner. La publicité constitue donne un régime qui oblige les tiers à se renseigner d'une certaine façon. Mais dans nos idées actuelles, il en est autrement pour les publicités qu'il plaît à une personne de faire, pour révoquer un mandat par exemple. Les tiers n'étaient pas forcés en ce cas de lire les journaux. Ils ne sont censés lire que les annonces imposées par la loi : formations de sociétés, etc.

Les solutions spéciales que nous venons de donner ne sont d'ailleurs que l'application des principes généraux que nous formulerons plus loin au sujet de la formation des actes juridiques. Les effets de la représentation comme les effets des actes juridiques ne se produisent normalement qu'après que la volonté de représenter ou de ne plus représenter s'est extériorisée suffisamment pour qu'il y ait intérêt à en tenir compte dans le milieu social.

116. — Le système général que nous indiquons peut être simplifié. Celui qui donne ou enlève le pouvoir de représenter peut lui-même fixer une date à laquelle les pouvoirs commenceront ou prendront fin. C'est ce qui a été jugé pour le mandant qui révoque le mandat en indiquant qu'il prend fin du jour de l'exploit de révocation¹, mais ceci doit être généralisé. Sur ce point les volontés sont autonomes. Mais bien entendu il faudra toujours notifier aux intéressés la révocation. Mais on aura plus de temps pour le faire entre le jour de la révocation et celui où elle prendra effet.

Le juge d'ailleurs détermine en fait à quel moment le mandant a voulu mettre fin au mandat².

117. — Le représentant ou même ses héritiers continuent encore à représenter valablement lorsque le mandat a pris fin et qu'il y a des actes urgents à faire. Si ces actes ne peuvent être faits par d'autres personnes : le représenté lui-même

¹ Req., 24 juin 1905. S. 1906, 1. 8, sol. impl. — Baudry et Wahl, n 826 bis.

² Req., 24 juin 1905, précité.

ou un nouveau mandataire, l'ancien représentant doit les faire. L'art. 1991 dit que le mandataire est tenu « d'achever la chose commencée au décès du mandant s'il y a péril en la demeure ». L'art 2010 dit dans le même sens qu' « en cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci ». Ces solutions fondées sur l'intérêt général doivent être étendues à tous les représentants¹, à moins que l'acte de révocation ne leur fasse défense de faire aucun acte.

Ces solutions visent tous les mandats, non seulement spéciaux à une affaire, mais généraux, ou concernant un ensemble d'actes². Elle ne visent que les actes urgents³.

Le caractère d'urgence des actes du mandataire est souverainement apprécié par les juges du fait⁴.

Les héritiers d'un mandataire n'ont à pourvoir aux actes urgents que s'ils sont capables. Sinon leur tuteur devrait-il y pourvoir ? Il le pourrait, mais la cour de cassation a jugé qu'il n'y était pas tenu⁵. Cet arrêt rendu en matière criminelle à propos de l'abus de confiance a toutefois moins de valeur au civil⁶.

Pour les actes non urgents, le mandataire pourra être con-

¹ A celui par exemple qui cesse ses fonctions par incapacité du mandant. Rouen, 31 oct. 1892. Gaz. Pal. 93. 1. 2, p. 50 — Baudry et Wahl n. 853, ou par suite d'interdiction ou de faillite du représentant. — Huc, XII, n. 138.

² Baudry et Wahl, n. 857. — Contra Lyon, 28 mars 1895, D. 96. 2. 347.

³ Guillouard, n. 238. — Baudry et Wahl, n. 856. — Huc, XII, n. 138.

⁴ Cass. civ., 6 août 1889 S. 91. 1. 518. D. 90. 1. 183. — Baudry et Wahl, n. 858. — Cf. Req., 22 mai 1860, D. 1860, 1. 448. Cass. belge, 2 juin 1887 D. 1889 239 (mandat devant se continuer après décès du mandant).

⁵ Cass. crim. 3 janv. 1895 S. 95. 1. 112. D. 95. 1. 401 avec note de M. Sarrut.

⁶ Baudry et Wahl, n. 836. — Sarrut, note citée. — Guillouard, n. 239.

sidéré comme gérant d'affaires de la première catégorie pour les actes dont la ratification est inutile ; et même ses actes ne constituant pas une gestion d'affaire valant par elle-même pourront être ratifiés expressément ou tacitement et la gestion d'affaires aura encore lieu¹.

Cette représentation pour les actes urgents durera tant que le représenté n'aura pu agir lui-même ou désigner un nouveau représentant, sauf à l'ancien mandataire à le mettre en demeure et à indiquer qu'il cessera complètement ses fonctions si on ne lui désigne pas un successeur dans un certain délai.

De la ratification.

118. — Quand un représentant a pris un engagement qu'il n'avait pas le pouvoir de prendre, dans un cas où le représenté n'est pas obligé, l'acte peut être couvert par ratification (art. 1998 civ.). La ratification est une institution spéciale qui suppose un acte fait sans pouvoir suffisant par un représentant.

Elle est donc hors de cause lorsqu'un acte émanant de l'intéressé même est frappé de nullité relative. En pareil cas l'irrégularité ne peut disparaître que par voie de confirmation², institution prévue à l'art. 1338.

Elle est hors de cause aussi si une autorité fait un acte qu'une autre seule pouvait faire. Si celle-ci donne son assen-

¹ V. Baudry et Wahl, n. 859. — Guillouard, n. 224.

² V. sur cette opposition, Aubry et Rau, IV, 4^e éd., par. 337, note 4. — Huc, XII, n. 88. — Guillouard, n. 194. — Laurent, XXVIII, n. 64. Donc le demandeur qui a invoqué une confirmation de l'art. 1338 en première instance ou en appel, ne peut en cassation invoquer la ratification de l'art. 1998. — Cass. Req., 13 avril 1897, S. 1900, I. 173, D. 98, I. 76.

timent en la forme voulue, il paraît préférable de parler de validation¹.

La ratification suppose donc un acte inopposable à celui pour qui on l'a fait, non un acte nul. Est-ce à dire que dans tous les cas où on régularise un acte inopposable, il y a ratification au sens de l'art. 1998 civ. ? Non, il faut distinguer la ratification par adjonction de personne et celle de l'art. 1998 civ.

Il y a ratification par adjonction de personne quand une personne a fait en son nom un acte concernant le patrimoine d'autrui. J'ai vendu, loué, hypothéqué, grevé de servitude, prêté à usage, déposé, la chose d'autrui, m'en croyant probablement propriétaire. Cet acte inopposable au dominus peut recevoir de celui-ci une ratification. Celle-ci a une nature spéciale, car son absence n'empêche pas le contractant d'être obligé vis-à-vis du tiers².

La ratification de l'art. 1998 civ. suppose un acte juridique quelconque : contrat, paiement reçu, etc., fait *procuratorio nomine*, soit par un mandataire ou gérant d'affaires, soit par celui qui a déclaré promettre le fait d'autrui³. Envisage-t-elle même tous les cas où on a agi par procuration, en excédant ses pouvoirs ? Les auteurs⁴ admettent généralement à propos du tuteur que s'il excède ses pouvoirs en faisant des actes sans les formes voulues, ou à plus forte raison interdits, il y a une nullité relative sujette à confirmation. Mais ils ne paraissent pas insister sur cette solution, ou ils la donnent sans motif. Il est donc préférable, en l'absence de jurisprudence, de parler ici d'acte inopposable sujet à ratification.

¹ V. à propos de la loi du 30 mars 1915, Jéze, *Réfection des actes administratifs irréguliers*, *Revue de droit public*, 1916, p. 542.

² V. sur ses effets, Baudry et Saignat, n. 125. — Cf. sur la distinction des diverses ratifications Tartufari, p. 445. — Labbé, *Ratification des actes du gérant d'affaires*, p. 11.

³ V. Guillouard, n. 198.

⁴ Baudry et Cheneaux, V, n. 558 et 585. — Aubry et Rau, I, p. 113, note 28. — Demolombe, VII, n. 523. — Laurent, V, n. 101.

En sens inverse toutes les fois que l'acte d'un mandataire est sans valeur, y a-t-il lieu à ratification? On admet cette solution même dans le cas où le mandat est nul pour vice de forme, s'il a été donné par acte privé alors qu'il devait être donné authentiquement¹. Ainsi un mandat d'hypothéquer ayant été donné par acte privé, on parle de le ratifier en la forme authentique. En réalité, il s'agit de faire à nouveau un acte solennel fait sans solennité. Les effets juridiques ne dateront que du jour où l'acte notarié sera dressé pour donner pouvoir de grever d'hypothèque. On peut toutefois admettre, en vertu de l'idée d'obligation unilatérale, que la volonté authentiquement manifestée par le mandant vaut déjà si elle n'a pas encore été acceptée par le tiers. En effet la forme authentique est faite pour protéger le débiteur non le créancier; elle est exigée pour la volonté constitutive de l'hypothèque et non pour la volonté qui l'accepte.

On peut aller plus loin et dire que le mandat étant inexistant faute de solennité, le mandataire s'est comporté comme un gérant d'affaires, de sorte qu'il y aura ratification avec effet rétroactif validant rétroactivement l'hypothèque constituée.

Quand un acte doit être fait par deux mandataires conjointement et que l'un d'eux passe seul l'acte, l'autre donnant ensuite son consentement, on est plutôt en présence d'un consentement donné en deux temps, les droits qui en découlaient d'éventuels deviennent purs et simples². L'acte se complète. Il y a là ce que les auteurs de droit public nomment acte complexe ou plus spécialement avec M. Hauriou, opération à procédure. Il prend donc date seulement du dernier consente-

¹ Baudry et Wahl, n. 786 et 793. Pau, 16 mars 1892 S. 93. 2. 125. — Rappr. cass. Req., 14 mars 1860 S. 60. 1. 863 D. 60. 1. 258. — Agen 26 janv. 1849. S. 50. 2. 29. D. 49. 2. 53, qui ne semblent pas avoir cette portée. — Guillouard, n. 201.

² V. sur l'éventualité tenant au consentement infra chap. IX *De l'avant-acte*.

mènt. Aussi la cour de cassation a pu parler ici de ratification sans effet rétroactif, sans donner de solution contraire aux besoins pratiques ¹.

En résumé, *il y a ratification au sens de l'art. 1998 toutes les fois qu'un acte ayant été fait régulièrement en la forme par une personne parlant au nom d'une autre, cette dernière fait pénétrer dans son patrimoine les conséquences de cet acte qui lui était jusque-là étranger* ².

119. — Dans quelle situation pratique intervient la ratification ?

Le tiers avec qui le pseudo représentant a traité a déjà donné son consentement à l'acte. Il a dû y réfléchir, il n'y a donc pas intérêt à lui permettre de se rétracter dès qu'il connaît la situation vraie. Son consentement est donc irrévocable ³. La facilité qu'il faut donner pour conclure les contrats commodément l'exige ainsi. Toutefois cette situation ne devrait pas se prolonger et le tiers ne doit pas rester dans l'incertitude. La jurisprudence vise à atteindre ce résultat par deux voies. D'un côté, elle décide que le représenté en gardant assez longtemps le silence sans protester ratifie tacitement. (V. infra, n. 122). De l'autre, elle admet qu'en rejetant assez tardivement l'opération il commet une faute envers le tiers et qu'il doit réparation ⁴.

D'autre part, l'acte à ratifier a été conclu par une personne sans pouvoir, mais qui peut être au courant des affaires, aussi rien ne prouve qu'il ait été conclu dans de mauvaises condi-

¹ Cass. req., 14 avril 1886 S. 89. 1. 426. — Baudry et Wahl, n. 793 bis.

² Cette ratification se rencontre même en droit public international dans la ratification des traités. Elle y appelle des remarques spéciales, v. Pradier Fodéré, *Droit international public*, II, n. 1100 et suiv. — de Martens, id. I, p. 518. — Merignac, *Droit public international*, II, p. 652.

³ Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 388. — Crome, *Allg. Theil*, par. 28.

⁴ V. not. trib. comm Marseille, 27 févr. 1894 D. 1896 1. 421.

tions. Or les contrats étant une nécessité pratique, il y a là des raisons convergentes pour faciliter la ratification qui va donner à un acte pleine efficacité : de là des facilités de forme (absence de reproduction de l'acte à ratifier) et de fonds (inutilité de l'acceptation) qui caractérisent cette opération juridique.

119 bis. — La ratification pourra intervenir à tout moment : après que l'agent est mort, devenu incapable¹. Mais elle serait impossible si l'acte était tombé par prescription ou si l'agent de concert avec le tiers l'avait auparavant révoqué², ou si un délai avait été fixé dans lequel la ratification devait intervenir.

119 ter. — La ratification suppose la capacité de faire l'acte et cette capacité doit être complète dans le délai où on doit ratifier. Car pour tout acte à faire dans un délai, il faut pleine volonté exprimée dans le délai.

120. — La ratification doit émaner du représenté lui-même, ou des héritiers³, ou du représentant légal ayant pouvoir pour cela, ou d'un représentant quelconque ayant un mandat assez étendu pour cela. Mais le mari ne peut ratifier pour sa femme⁴.

Les créanciers peuvent-ils ratifier pour le débiteur ? Il semble bien qu'il n'y a pas là de droit exclusivement attaché à la personne.

Si un représentant légal excède ses pouvoirs, rien n'empêche que les autorités qui avaient qualité pour l'autoriser ne puissent ratifier l'acte, en se conformant aux règles légales : autorisation du conseil de famille, du tribunal, etc.

¹ Chironi, *Istituzioni*, I, p. 123.

² Cf. Chironi, *loc. cit.* Jusque là l'acte est dans la dépendance de l'agent qui peut avoir intérêt à le révoquer, s'il craint d'encourir une responsabilité envers le tiers pour défaut de ratification.

³ Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 389.

⁴ Limoges, 29 janv. 1862 D. 62. 2. 40. — Cf. Baudry et Wahl, n. 793 bis.

Si un représentant a été nommé judiciairement et que le tribunal ait eu en même temps à fixer sa mission, comme pour un liquidateur, un administrateur, le tribunal pourra ratifier ses actes, à condition qu'il ait pouvoir pour nommer un administrateur, ayant le droit de les faire. Ainsi, ayant nommé un administrateur, il pourra ratifier une vente non nécessitée par les besoins de l'administration, si les faits de la cause lui permettent d'ordonner cette mesure.

La ratification peut avoir lieu à tout moment, même après décès de l'agent, du représentant ou du représenté¹, après leur incapacité, leur faillite, ou la vente de la chose par le tiers, mais non par le représenté².

Mais le contrat entre le représentant et le tiers peut fixer un certain délai pour ratifier. A défaut le tiers peut mettre en demeure le représenté de ratifier dans un délai normal³, car le représenté ne peut se réserver ainsi de voir venir les événements pour se décider à ratifier.

Comme tout acte juridique la ratification exige une certaine capacité : ici celle de passer l'acte à ratifier.

La ratification doit avoir lieu pour la totalité et ne peut être partielle, car le contrat forme un, on ne peut en prendre ce qui est profitable seul. On admet pour la même raison qu'elle ne peut être que pure et simple⁴. Une fois faite, la ratification est irrévocable comme tout acte juridique.

121. — La ratification étant distincte de la confirmation de l'art. 1338 civ. elle n'a pas besoin d'en présenter les formes spéciales : relater la substance de l'obligation, la mention du

¹ Chironi et Abello *Dir. civ. italiano*, I, p. 429. — Tartufari, p. 428.

² Tartufari *op. cit.*, p. 437 et suiv.

³ Labbé, *Ratification des actes du gérant*, n. 30. — Carrez, *Gestion d'affaires*, th. Lille, 1911, p. 244, contra Crome, *Allg. Theil*, par. 28.

⁴ V. Tartufari, p. 435. V. cep. Civ. 18 janv. 1870, S. 1870, I. 145 et la note Labbé.

motif de l'action en rescision ¹. D'ailleurs l'acte nul contient un vice, c'est-à-dire une décision mal prise. L'acte non opposable contient une décision bien prise, par un homme d'affaires peut-être très adroit, mais sans pouvoir. Il faut en faciliter la ratification. On n'a pas trop d'hommes d'initiative ¹.

122. — D'après l'art. 1998, la ratification peut être expresse ou tacite ². Les juges apprécieront en fait si un acte du représenté constitue ratification. Ils l'admettent facilement aujourd'hui, ce qui n'avait pas lieu autrefois ³. Par exemple, en cas d'exécution de l'acte ⁴ soit en livrant les choses promises, soit en recevant les sommes touchées par le mandataire sans protester ⁵; si le représenté emprunte pour exé-

¹ V. Cass. Req. 23 mars 1897 S. 97. 1. 439. D. 97. 1. 152. — Cass. civ., 18 fév. 1903. S. 04. 1. 191. D. 04. 1. 310 — Cass. Req. 14 mars 1860 D. 60. 1. 258. — Cass. civ., 26 déc. 1815. D. Rep. v^o. Mandat, n. 405. — Cass. Civ., 3 juin 1845, D. 45. 1. 324. — Angers, 26 janv. 1849, D. 49. 2. 53. — Req. 11 nov. 1879 S. 1881 1. 165. D. 80. 1. 421. — Req. 13 juin 1883 D. 84. 1. 232. — Bordeaux, 8 août 1870 D. 71. 2. 174. — Gand, 24 fév. 1843, Pas. 1843. 2. 193. — Cass. belge, 15 janv. 1857, Pas. 1857. 1. 78. — Pour la gestion d'affaires, v. spécialement, Req. 11 nov. 1879, précité et civ., 12 mars 1889 D. 90. 1. 15. S. 1889. 1. 249 et la note. — Pour un acte faux d'un co-débiteur, Liège, 24 juin 1896, Pas. 1897. 2. 122.

Larombière, art. 1338, n. 3. — Aubry et Rau, IV, par. 337, note 4. — Laurent, XXVIII, n. 65 et suiv. — Guillouard, n. 197. — Baudry et Wahl, n. 784. — Huc, XII, n. 90. — Crome, Parte generale, p. 271. On exigera cependant qu'on ait ratifié en connaissance de cause. Trib. Anvers, 4 sept. 1876, Jurispr. Anvers, 1877, 1. 239.

² Et cela même de la part d'une personne morale administrative. Bruxelles, 23 mars 1899. Belgique, 1900. 488.

³ Trib. Bruges, 27 fév. 1905. Pas 1906. 3. 256. — Trib. Courtrai, 3 oct. 1884 Pas 1884. 3. 360.

⁴ Trib d'Amiens, 20 nov. 1890. Rec. Amiens, 91. 106. — Cass. Req. 18 fév. 1903 S. 04. 1. 191. D. 04. 1. 310. — Cass. civ. 7 avril 1851, D. 51. 1. 93. — Cf. Cass. Req., 24 avril 1882, D. 82, 1. 288, S. 83. 1. 64. — Cass. Req. 4 juin 1872 S. 72 1. 295 D. 72. 1. 441, (ratification résultant du silence).

⁵ Bordeaux, 26 avril 1887 D. 88. 2. 297. — Bruxelles, 19 janv. 1906. Belgique judic., 1906, 1364. — Req., 11 fév. 1834, D. v^o. Mandat, n. 413, 2^o. — Cass. civ., 7 avril 1858, D. 58, 1. 156. — V. cep. trib. comm. Bruxelles, 7 déc. 1903. Rev. belge soc., 1903, 333.

cuter l'acte¹, ou fournit les garanties promises² ; si dans un acte il constate et rappelle celui fait par le représentant³, s'il en poursuit l'exécution⁴, s'il paie les frais de l'acte⁵, s'il exige du représentant une garantie de l'exécution du contrat, par le tiers⁶, parfois même s'il garde le silence⁷, accepte sans réserve ce qu'on lui remet⁸, s'il vote à une assemblée pour les actions souscrites en son nom⁹.

Une seule chose est indispensable, il faut la volonté certaine de ratifier¹⁰. Le représenté doit donc connaître le caractère excessif de l'acte du mandataire¹¹, et connaître tout d'abord que cet acte a eu lieu¹². Ces points sont des points de

¹ Req., 11 nov. 1879, S. 81, 1. 165. D. 80, 1. 421.

² Req., 7 mars 1842, D. Rep. v^o. *Mandat*, n. 413, 3^o.

³ Pau, 16 mars 1892, S. 93. 2. 125. — Angers, 26 janv. 1849 S. 50. 2. 29.

⁴ Cass. civ., 12 nov. 1867 D. 67. 1. 408. — Bruxelles, 14 juillet 1906. *Belgique judic.*, 1906, 205. — Trib. comm. Gand, 28 fév. 1900. *Pand. per.* 1900, 1394. — Trib. Bruxelles, 15 oct. 1908. *Rép. not.* 1908, 315.

⁵ Pau, 16 mars 1892, précité.

⁶ Req., 6 fév. 1893. S. 96, 1. 114. D. 93, 1. 352. — Req., 16 déc. 1885. S. 88, 1. 23 (ratification par la simple connaissance). — Cass. Req., 4 juin 1872, S. 1872, 1. 295. D. 1872, 1. 441.

⁷ Trib. com. Marseille, 27 fév. 1895. *Rec. Marseille*, 95. 1. 145. — Trib. comm. Nantes, 7 avril 1887. *Rec. Nantes*, 88, 14. — Civ. 6 août 1888. S. 90, 1. 117. — Req., 4 juin 1872, D. 72, 1. 441. — Cass. civ., 3 juin 1845 D. 45. 1. 324. — Grenoble, 3 déc. 1855. D. 56. 2. 278. — Alger, 18 fév. 1884. D. 85, 2. 260. — Agen, 5 déc. 1901. *Pand. fr.* 1904, 2. 89. Trib. Audenarde, 15 fév. 1901, *Pand. per.* 1902, 542. — Trib. Charleroi, 11 févr. 1891, *Journ. Trib.* 1891, 367. — Cf. Bruxelles, 3 janv. 1900. *Rec. gén. belge*, 1900, 25.

⁸ Trib. Bruges, 27 fév. 1905, *Pas.* 1906, 3. 256. — Trib. Courtrai, 4 oct 1884. *Pas.* 1884, 3. 360.

⁹ Bruxelles, 11 déc. 1907, *Pas.* 1908, 2, 139.

¹⁰ Lyon, 6 juillet 1889, D. 90, 2. 113. — Req., 23 mars 1897, D. 97, 1. 152. *Pand. fr.* 1897, 1. 415. — Req., 11 nov. 1879, D. 80, 1. 421. 81, 1. 165. — Req., 13 juin 1883, D. 84, 1. 232. — Req., 6 fév. 1893. *Pand. fr.* 1894. 1. 374.

¹¹ Nîmes, 17 fév. 1902. D. 04. 2. 81 (décharge donnée au mandataire dans l'ignorance de l'étendue des obligations contractées).

¹² Req., 27 juill. 1863. D. 63. 1. 460. — Caen, 26 janv. 1846. D. v^o *Obligations*, n. 4570. — Req., 15 février 1876. D. 76, 1. 246. — Guillaud, n. 197.

fait souverainement tranchés par les juges du fonds ¹.

Mais ceux-ci peuvent laisser prouver la ratification par tous moyens, puisqu'elle peut être tacite ².

123. — Quand il s'agit de ratifier un acte qui devait être solennel et qui a été solennellement dressé, il nous semble que la ratification doit être solennelle dans la mesure où le mandat pour cet acte solennel devait être solennel. Ainsi la renonciation à l'hypothèque de la femme mariée étant solennelle, pour protéger la liberté de celle-ci et pour qu'elle voie la gravité de son acte, le mandat et par suite la ratification émanant d'elle doivent l'être aussi ³.

124. — La ratification n'exige pas l'acceptation du tiers avec qui le représentant a contracté (A). Ainsi le contrat avec

¹ Req., 23 mars 1897, S. 97, 1. 439. D. 97, 1. 152. — Req., 6 fév. 1893. S. 96, 1. 114. D. 93, 1. 352. — Cass. Req., 21 déc. 1885, S. 87, 1. 375. D. 86, 1. 254. — Req., 22 mars 1880, S. 81, 1. 165. — Req., 31 juill. 1877, S. 78, 1. 422. — Req., 14 janv. 1873, D. 73, 1. 185. — Req., 25 nov. 1873, D. 74, 1. 66, sauf si le sens clair de l'acte a été dénaturé. Req., 11 juillet 1876. D. 77, 1. 176. — Aubry et Rau, IV, par. 415, n. 7. Mais le contraire a été jugé pour la ratification par adjonction en cas de vente de la chose d'autrui. Req., 18 janv. 1870, S. 70, 1. 145. — Civ. 28 nov. 1866. S. 67, 1. 18.

² Trib. Termonde, 24 fév. 1900. Pas 1900. 3. 313.

³ Cf. Nancy, 26 fév. 1910 S. 1912 2. 313 et la note de M. Huguency. V. aussi trib. Bruges, 3 déc. 1889, Pas. 1889. 3. 264 (ratification par acte notarié d'une hypothèque nulle, l'acte primitif ne valant que comme acte privé.

A. Formule de ratification.

Par devant M^e.....

A comparu :

M.....

Lequel a déclaré.....

Exposé.

.....
Ceci exposé, M..... déclare avoir parfaite connaissance de faits exposés et entendre ratifier purement et simplement l'acte fait en son nom par M. X...., son mandataire, en dehors des pouvoirs à lui conférés par la procuration en date du..... reçu M^e..... enregistrée. Il entend en même temps considérer ladite gestion comme bonne et utile et ne pas la contester.

En conséquence, il déclare considérer comme bon et valable et devant recevoir son entière exécution l'acte du.....

celui-ci est validé par une transaction entre le mandant et le mandataire qui a excédé ses pouvoirs ¹.

Il faut même aller plus loin. Elle n'a ni à être portée à la connaissance du tiers, pour prendre date, ni même à être acceptée ou connue du représentant. Dès que le représenté a voulu et que sa volonté a été manifestée par des faits ou portée à la connaissance d'un intéressé, elle prend date. C'est donc un acte juridique unilatéral ². L'art. 1998 n'exige qu'une chose : que le mandant ait ratifié. Ensuite on ne voit pas pourquoi on exigerait une acceptation, lorsque cela est inutile pratiquement. Comme le disent Chironi et Abello, ni le gérant étranger au lien juridique, ni le tiers qui a agi en considération de la représentation n'ont à accepter utilement. La jurisprudence d'ailleurs admet la ratification par des actes qui peuvent rester longtemps ignorés du mandataire et du tiers : paiement des frais au notaire rédacteur, silence même de l'intéressé ³.

Mais la volonté de ratifier doit pouvoir être prouvée, et on ne pourrait utiliser pour cela une lettre confidentielle du mandant à un tiers ⁴.

125. — Normalement la ratification emporte approbation

¹ Cass. Req. 21 déc. 1859. S. 60. 1. 449. — Aubry et Rau, IV, par. 415, note 9. — Guillouard, n. 200. — Baudry et Wahl, n. 787. — Huc, XII, n. 91. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 388.

² V. Baudry et Wahl, n. 788, qui y voit une procuration acceptée d'avance. — Labbé, note S. 1870, 1. 145. — Chironi e Abello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 427. — Tartufari, p. 352, note 1. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 248. — Crome, *Allg. Theil.*, par. 28. — Contra Guillouard, n. 200.

³ Au point de vue de la construction technique, cela s'accorde mal avec le principe d'après lequel l'acte unilatéral n'a de valeur qu'après avoir été porté à la connaissance des tiers (v. infra). Mais on s'explique que l'on traite différemment l'acte juridique unilatéral isolé et la ratification qui n'est qu'un complément et que l'on désire pour donner au tiers toute sécurité. On peut dire que l'acte du pseudo représentant lie le représenté dès qu'il ne s'y oppose pas. Le désir de consolider les contrats y pousse.

⁴ D. Rep. v^o. *Lettre missive*, 24. 2^o. Req., 4 avril 1821.

de la représentation toute entière¹. Cependant encore faut-il distinguer, si le représentant a fait une série d'actes, on peut en ratifier certains et non tous². Ce sera au juge à voir dans chaque cas l'étendue de la volonté du représentant. Mais le représenté ne peut scinder une opération juridique unique ou un ensemble d'opérations liées : un achat d'un lot de créances pour 50 % de leur nominal en prenant les unes et en refusant les autres. Ce serait simplement une contre-proposition qu'il ferait au tiers. Si le représentant a reçu paiement du prix, et que le mandant ratifie l'acte et touche une partie seulement de la somme, tout le paiement est approuvé³.

La ratification est présumée emporter un double effet. Elle valide l'acte avec le tiers. De plus elle approuve l'acte du représentant à qui on ne pourra reprocher d'avoir mal agi⁴. Cependant le représenté pourrait dire : si j'exécute le marché, comme vous représentant avez agi maladroitement, ou en excédant vos pouvoirs, je vous réclame une indemnité. Le représentant n'y gagne rien, il devra au représenté et non au tiers, mais il n'y perd rien⁵.

126. — Entre les parties, la ratification rétroagit au jour de l'acte initial. Cela est conforme à l'intention de celles-ci⁶ ou plutôt à la nature de l'acte. Si on ratifie, c'est qu'on juge l'opération bonne, donc le mandataire doit être indemne. Il

¹ Par suite le mandant répond de la mauvaise exécution des actes par le mandataire. Req. 4 nov. 1863. D. 64. 1. 35, il répond des frais des actes faits en vertu du mandat. Req., 11 fév. 1834. D. Rep. v°. *Mandat*, n. 157. 3°. Il subit l'effet des déchéances d'une police signée par le gérant. Req., 15 nov. 1909. D. 1911. 1. 393, les actes du mandataire qu'il a implicitement ratifiés comme suites de l'opération, comme un laissé pour compte. Aix, 29 déc. 1870. S. 71. 2. 211 D. 71. 2. 93.

² Cf. Cass. civ., 27 janv. 1903. D. 03. 1. 247.

³ V. cep. contra Huc, XII, n. 90.

⁴ Cass. civ. 9 mai 1853. S. 54. 1. 30. D. 53. 1. 293. — Aubry et Rau, IV, par. 415, note 8. — Guillouard, n. 200. — Baudry et Wahl, n. 791. — Huc, XII, n. 87.

⁵ V. cep. trib. Gand, 25 juin 1905. Pas. 1906 3. 79. — Req. 28 fév. 1855 D. 55. 1. 165.

⁶ V. cette explication dans Pilon, *op. cit.*, p. 327.

doit être traité comme ayant agi avec pleins pouvoirs. De plus, dit Coviello, c'est une reconnaissance de l'état de fait. Par suite le représentant aura droit aux intérêts de ses avances du jour où il les a faites, il ne supportera pas les risques de perte des objets acquis pendant la période intermédiaire¹. La compétence sera déterminé par le lieu de formation de l'acte primitif². M. Huc qui seul admet l'opinion contraire objecte vainement qu'en pareil cas on ne ratifiera pas. Ceci est vrai si on a traité pour un seul objet. Mais l'opération juridique peut porter sur une série d'objets dont un seul a disparu et la ratification pourra alors être utile.

D'ailleurs la jurisprudence non seulement paraît avoir admis la rétroactivité de façon implicite dans certains arrêts³.

Mais elle l'a admis nettement et en a fait des applications importantes dans d'autres cas. Lorsqu'un employé ou agent, a fait une opération sans avoir le pouvoir de la traiter et que le patron l'approuvant la ratifie ensuite, elle est considérée comme passée au lieu où le représentant a rencontré le tiers. Le tribunal de ce lieu est compétent si c'est un litige commercial⁴. Si une assurance a été passée par un agent résidant à l'étranger, elle ne subit pas les droits sur les assurances passées en France, bien que la ratification y ait lieu⁵. Si des souscriptions d'actions faite à une personne sans mandat ont été ratifiées, elles prennent rang du jour où elles ont été faites⁶. Si un achat est ratifié, on est propriétaire dès le jour

¹ Guillouard, n 198. — Baudry et Wahl, n. 789. — Trib. Lyon, 20 avril 1893, Gaz. Trib., 1^{er} juill. 1893. — Contra Huc, XII, n. 91. — Laurent, XXVIII, n. 74.

² Gand, 1^{er} juin 1908, Pand. per. 1908 I. 204 et 9 mai 1891. Pas. S. 51.

³ Cass. civ. 4 mars 1891. S. 94. I. 411 D. 91. I. 313. — Cass. civ. 13 déc. 1875 D. 1876 I. 97, avec note Garsonnet.

⁴ Cass. civ., 25 fév. 1879 S. 79. I. 153 et la note de M. Lyon Caen. — Cass. civ., 31 août 1852, S. 53, I. 177. — Alger, 18 fév. 1884. D. 85. 2. 260.

⁵ Cass. civ., 23 déc. 1902 S. 1904 I. 244 et la note de M. Wahl.

⁶ Cass. civ., 14 mars 1860 D. 60. I. 258.

de l'achat¹.

127. — La ratification du représenté rétroagit-elle à l'égard des tiers? A leur égard, le contrat passé entre le représentant et le tiers ne peut prendre date qu'au jour de la ratification. Par suite si le représenté pour qui on a vendu a concédé des droits sur l'immeuble, si des tiers ont acquis des droits sur lui avant qu'il ne ratifiât la vente faite en son nom, ces droits subsisteront. Il faut choisir, a-t-on dit, entre la sécurité de ces tiers ayant cause du représenté et celle du co-contractant du mandataire. Celui-ci a quelque imprudence à se reprocher. il devait mieux s'assurer du mandat, de sa portée². Cependant le contraire a été décidé par MM. Garsonnet et Labbé au cas où les tiers sont ayant cause du gérant, en disant que la ratification fait corps avec les actes ratifiés, que le gérant ne peut revenir sur sa propre parole³. Nous apprécierons plus complètement cette thèse à propos de la ratification des actes du gérant d'affaires.

L'acte ratifié peut être soumis à des mesures de publicité : inscription, transcription pour être opposable aux tiers⁴,

¹ Paris, 3 niv. an XI, D. v^o. *Obligations*, n. 4575, contra Bourges, 29 juin 1825, *cod. loc.*

² V. en ce sens, Cass. civ., 4 mars 1891 S. 94. 1. 411. — Pau, 16 mars 1892 précité. — Trib. Rennes, 15 mars 1907. Gaz. Pal. 1907. 1. 739. — Trib. Bruxelles, 26 juin 1889, Belgique judic. 1890. 28. Pas. 1889. 3. 286. — Riom, 31 juillet 1851. S. 51. 2. 698. D. 52. 2. 221. (pour ratification d'un mandat sous seing, privé d'hypothéquer). — Req. 2 août 1859, S. 59. 1. 801. D. 59. 1. 419 (un acte ratifié en premier passé avant un acte ratifié en second, même antérieur en date à tous). — Aubry et Rau, IV, par. 415, note 10. — Guillouard, n. 199. — Baudry et Wahl, n. 790. — Larombière, art. 1375, n. 15. — Demolombe, VIII, n. 229. — Labbé, *Ratification des actes du gérant d'affaires*, n. 57. — Garsonnet, D. 76. 1. 98. V. aussi trib. Bruxelles, 1^{er} mars 1902. Pas. 1902 3. 332. *id.* 16 fév. 1875. Pas. 1875 3. 133. — Chironi, *Istituzioni*, I, p. 124.

³ Garsonnet, note citée. — Labbé *op. cit.*, n. 47, v. de même Pilon, p. 329.

⁴ Cass. civ. 4 mars 1891, précité. — Cass. civ. 13 déc. 1875 D. 76. 1. 97, avec note Garsonnet. — Req. 3 août 1859, D. 59. 1. 419. — Cf. Bourges, 29 juin 1825. D. Rep. v^o. *Obligations*, n. 4595. — Gand, 19 oct. 1889. Pas. 1890 2. 86.

mais elles ne sont pas nécessaires pour la ratification même.

128. — Quelle est la construction technique en harmonie avec nos représentations actuelles du droit qui synthétise le mieux les solutions obtenues ? Le contrat sujet à ratification manque d'un de ses éléments essentiels : le consentement du représenté. Le consentement du tiers est déjà définitif et il semble naturel de dire qu'il ne peut être rétracté au moins provisoirement, nous n'avons donc pas un simple offre au représenté¹. Nous avons donc des droits dérivant d'un contrat entre le représentant et le tiers qui peuvent être qualifiés de **droits éventuels**. Ils sont bien de ces droits soumis à une condition spéciale, qui est l'adjonction de certains éléments essentiels².

Ceci éclaire les conséquences des droits ratifiés à l'égard des tiers. Elles sont exactement de même ordre que celles qui se présentent pour les effets des droits éventuels, en particulier de la promesse de vente. La jurisprudence qui rejette la rétroactivité pour cette dernière³ admet une solution analogue pour le droit ratifié, lorsqu'il s'agit des tiers. Par contre, cela ne donne pas la clef du problème de la rétroactivité entre les parties qui semble dominé par des données propres : intention naturelle de celles-ci de ratifier toute l'opération comme s'il y avait eu mandat, considération du lieu où l'affaire a réellement été débattue, où s'est présenté le conflit de volontés qui donne au contrat son appréciation pondérée de la situation. Des solutions s'éclairent aussi par cette remarque que le contrat non ratifié a déjà son existence, son auto-

¹ Contra Toullier, IV, n. 30.

² V. nos articles sur les droits éventuels. *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 723 et 1906, p. 231. — Cf. Pilon, *op. cit.*, p. 319. — Tartufari, p. 416 — L'acte non ratifié a déjà une certaine valeur en ce sens que le tiers ne peut se plaindre du défaut de ratification et retirer son consentement, v. Paris, 23 juin 1851 D. 1853 2. 78. — Huc, XII, n. 89.

³ V. infra.

mie, il est approuvé par l'intéressé tel quel. Il y a ici un acte jusque là inopposable à une personne qui lui devient opposable.

Preuve de la représentation.

129. — Quand un acte a été fait par une personne, il est naturel de présumer ce qui est le plus normal, c'est-à-dire qu'elle l'a passé pour elle-même¹. Par suite celui qui prétendra qu'il y a eu représentation, que ce soit le représenté ou le tiers, devra l'établir et en prouver les divers éléments². Celui qui a été victime d'un faux mandataire ne pourra rien réclamer au prétendu représenté³.

S'il s'agit de savoir si le représentant a excédé ses pouvoirs, ce sera au tiers à prouver que cet abus n'a pas eu lieu⁴, le représenté sera cru par cela seul qu'il affirme cet excès. Mais si le contrat avait été exécuté et que le représenté prétendit revenir sur cette exécution, ledit contrat étant entaché d'excès de pouvoir, ce serait à lui à établir que le représenté a excédé les limites du mandat⁵.

De même le tiers devra prouver la ratification du mandant,

¹ V. sur le principe nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 550. Sur le point spécial, v. Baudry et Wahl, n. 507. — Trib. Toulouse, 26 fév. 1909. *Gaz. Trib.*, 1909, 1^{er} sem., 2, 470.

² Pau, 20 juin 1892, D. 93, 2, 161. — Lyon, 29 juill. 1892. *Gaz. Pal.* 93, 1, 2^e p. 32. — Lyon, 3 juillet 1902. *Mon. Lyon*, 29 sept. — Cf. Pilon, p. 129.

³ V. Baudry et Wahl, n. 776. — Lyon, 4 déc. 1888. *Mon. Lyon*, 7 déc. 1888. Il en est autrement pour les lettres de change et billets à ordre (art. 145 et 187 comm.).

⁴ V. Baudry et Wahl, n. 560 et 778. — Garsonnet, *Traité de Procédure*, I, 3^e éd., par. 246. Mais pour les avoués il en est autrement. Ils sont présumés n'avoir pas excédé leur pouvoirs et si le client prétend le contraire, il doit agir en désaveu (art. 352 et suiv. Proc.).

⁵ V. Pont, I, n. 1180. — Huc, XII, n. 124, contra Cass. civ. 29 avril 1845, D. 45, 1, 222. — Laurent, XXVIII, n. 113. — Guillouard, n. 212 bis. — Baudry et Wahl, n. 869.

s'il y a eu excès de pouvoir. Si le mandataire a effectivement eu cette qualité, mais que le mandat ait cessé, les tiers sont-ils présumés de bonne foi? Il paraît naturel d'admettre ici comme partout ailleurs que la bonne foi se présume (art. 2268 civ.). Cela d'ailleurs est conforme à cette idée qu'il faut se préoccuper de la sécurité dynamique; celle-ci doit l'emporter sur cette idée qu'il est plus probable qu'on connaît la vérité, c'est-à-dire qu'on est de mauvaise foi.

130. — Le tiers qui a traité avec une personne ne peut établir que celle-ci est représentant qu'en se conformant aux art. 1341 et suiv. civ. ¹.

Mais si une personne prétend vis-à-vis d'un tiers qu'elle a été représentée dans un contrat qu'une autre personne a passé avec lui, étant étrangère à ce contrat, elle peut prouver la représentation par tous moyens, car l'art. 1341 civ. ne concerne que ceux qui pouvaient se procurer une preuve par avance ². Enfin dans les rapports entre mandants et mandataires, la représentation se prouve conformément au droit commun ³.

131. — Quand une personne se présente comme représentant d'une autre, quelle justification le tiers peut-il exiger de cette qualité? La question rarement plaidée est cependant importante en pratique. Une personne vient pour emprunter de l'argent au nom d'une autre, pour toucher le montant d'une facture, etc. Elle vient même pour un acte matériel:

¹ Cass. civ. 7 mars 1860. S. 60, 1. 542, D. 60, 1. 114. — Cass. Req. déc. 1868 S. 69, 1. 160. — Cass. civ., 1^{er} août 1870 S. 70, 1. 380. D. 70, 1. 357. — Cass. civ., 19 juillet 1894 S. 94, 1. 439. D. 95, 1. 125. Pand. fr. 1895 1. 447. — Metz, 10 janv. 1867 S. 67, 2. 313 D. 67, 2. 14. — Bordeaux, 10 juin 1872, S. 72, 2. 232. D. 73, 5. 314. — Cf. Bastia, 26 déc. 1888, Gaz. Pal. 89, 1. 185. — Aubry et Rau, IV. par. 411, note 3. — Laurent, XXVII, n. 453. — Guillouard, n. 66. — Baudry et Wahl, n. 510. Contrà Req. 14 juin 1895, S. 96, 1. 407.

² Besançon, 21 juin 1894. Pand. fr. 1897 1. 369.

³ Req. 14 janv. 1896. Pand. fr. 1898, 1. 449, avec note de M. Denisse. — Cass. civ. 4 nov. 1902. Pand. fr. 1903, 1. 324. — Trib. Toulouse, 17 avril 1905. Pand. fr. 1905, 2. 360.

prendre un objet à réparer. Quelle justification le tiers peut-il exiger ? Pour les actes de la vie courante, le tiers agit bien en faisant preuve de la prudence habituelle. Ainsi il ne commet aucune faute en remettant un objet à l'ex-livreur d'une maison qui en porte encore le costume ¹. Même il a été jugé que le concessionnaire des pompes funèbres qui exige des agents de funérailles qui commandent une cérémonie la preuve écrite du mandat de la famille fait un acte abusif ².

Lorsqu'il s'agit d'un mandataire permanent, les nécessités pratiques font qu'on doit se contenter des apparences courantes, et le représenté serait responsable d'avoir laissé ces apparences durer un certain temps sans protester (indication sur les bureaux, sur les papiers à lettres, etc.). Pour les mandataires chargés d'un acte spécial, on a dit quelquefois que l'on pouvait exiger un mandat authentique ³.

C'est le seul moyen certain d'avoir la preuve du mandat. Mais il semble plus raisonnable de se contenter de la signature légalisée ⁴. Ou bien on devrait se contenter de la signature si on avait déjà par avance reçu en dépôt la signature du représenté, comme le font les banques. Mais bien entendu le tiers peut exiger davantage et réclamer une lettre du mandant, etc., si des circonstances spéciales lui font redouter une fraude.

Pour le mandat judiciaire, on pourra exiger la représentation du jugement nommant le mandataire. Pour le mandat légal, on pourra demander la preuve des circonstances d'où il résulte : décès du père, pour la mère tutrice légale, etc.

¹ Cf. sur la responsabilité du patron en ce cas, Trib. comm. Reims, 27 déc. 1912. Gaz. Pal. 1913. 1. 199. *Revue de droit civil*, 1913, p. 411. — Trib. paix Paris, 8 août 1907. Gaz. Trib., 5 sept. 1907.

² Lyon, 7 juin 1910, S. 1911, 2. 166. — Cf. sur pourvoi, Cass. Req. 27 juin 1911 S. 1912 1. 87. Cet arrêt nie que l'agent des funérailles soit un mandataire et il invoque des nécessités d'ordre public en pareil cas. Cependant, on devine une tendance favorable à notre thèse.

³ Orléans, 19 nov. 1859. D. 1861, 5. 301. — Guillouard, n. 40.

⁴ V. Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 472.

En tous cas le tiers ne peut se contenter d'une simple affirmation de mandat ¹.

Le tiers doit évidemment se montrer prudent et s'assurer de la réalité des pouvoirs du représentant. Il peut ne pas se contenter d'un pouvoir verbal ². Mais il ne faut rien exagérer. Il ne pourrait pas exiger que le pouvoir ait été donné par un acte authentique. Car la loi le dit lorsqu'elle exige un pouvoir authentique. (V. art. 933 civ.). Il ne peut même pas exiger la légalisation du pouvoir lorsque tout fait penser qu'il est réel : étant donné à un mandataire professionnel ³. Cette solution commode lorsqu'il s'agit de passer des actes qu'on est libre de ne pas faire, est spécialement utile s'il s'agit de passer un acte nécessaire : partage, demande de paiement, représentation en justice, etc.

131 bis. — Si une personne se présente comme mandataire, mais ne présente pour le moment aucune preuve de son mandat, mais que l'acte doive être fait dans un certain délai, qu'arrivera-t-il si elle n'apporte qu'ensuite la preuve du mandat, soit avant, soit après la fin du délai. La question peut se poser si une acceptation de contrat, une dénonciation de contrat, une utilisation de promesse unilatérale doivent se faire dans un certain temps. Pas de difficulté si la preuve est rapportée dans le délai. Pour nous elle validera sans conteste la déclaration de volonté. Mais si c'est seulement après la fin du délai que le mandant déclare qu'il a bien donné mandat, ou que le mandataire exhibe une procuration ? Il serait bien dur de considérer la déclaration de volonté comme nulle. Celui qui la reçoit doit un peu s'enquérir et ne peut tenir ce

¹ Trib. Saint-Sever, 4 déc. 1902. Pand. fr. 1904, 292. — Sent. arbitrale, 15 janv. 1903, Journ. Trib. 1903, 315.

² Jugé en ce sens que le pouvoir doit être prouvé par le mandataire à l'égard des tiers comme entre les parties. Paris, 16 octobre 1913. Gaz. Pal. 1913 2. 491. — La simple détention d'un titre du représenté ne suffit pas, v. Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 509.

³ Paris, 17 juin 1913 D. 1914 2. 19. *Rev. de dr. civil* 1914, p. 373.

qui lui a été dit pour non avenu ¹. D'autre part il ne faudrait pas cependant qu'on tardât trop à fixer sa situation, et il pourrait négliger une déclaration trop ancienne dont la valeur ne lui est pas prouvée. Ces arguments d'ordre pratique peuvent seuls résoudre la question, car on ne peut parler ici de ratification. Il s'agit de prouver un mandat réel, non de ratification.

Effet de la représentation.

132. — L'effet essentiel de la représentation, c'est que les actes du représentant produisent tous leurs effets actifs ou passifs sur le patrimoine du représenté. C'est celui-ci qui devient créancier ou débiteur ², qui devient propriétaire ou cesse de l'être et cela à la date même où le représentant a agi, avant même d'avoir connaissance de l'acte ³. Inversement ces actes ne produisent pas d'effet sur le patrimoine du représentant ⁴. Il ne peut ni agir en justice, ni être poursuivi à raison des obligations qui sont nées.

La capacité d'acquérir, celle de disposer de la chose objet du contrat devront par suite s'apprécier dans la personne du représenté ⁵. Ainsi un époux ne pourrait vendre à l'autre (art. 1595 civ.) par l'intermédiaire d'un représentant, ni faire

¹ V. Trib. comm. Seine, 29 oct. 1912. Gaz. Pal 1913 1. 303. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 439.

² Il est obligé envers les tiers même s'ils prétend avoir versé au mandataire pour les payer. Trib. Seine, 24 oct. 1913. Gaz. Pal. 1914. 1. 61.

³ Trib. Bourg., 21 juillet 1914. Gaz. Trib. 1915, 1^{er} sem. 2. 6.

⁴ V. Pilon, thèse citée, p. 144 et 149. — Tartufari, op. cit., p. 394. — Aubry et Rau, 4^e éd., IV, par. 415 1^o. — Guillouard, *Mandat*, n. 206. — Huc, XII, n. 83. — Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 330-336. — Planiol, I, n. 298. — Krainz, *System.*, I, p. 328. — Cass. 22 févr. 1886. Pand fr. 1888 1. 237. — Chambéry, 11 juill. 1911. D. 1914, 2. 75. — Trib. Seine, 29 déc. 1913. Gaz. Trib. 1914. 1^{er} sem. 2. 454.

⁵ Trib. Seine, 18 avril 1891. Pand. fr. 1892. 2. 49.

par ce moyen à l'autre époux une donation irrévocable (art. 1096 civ.). La capacité de recevoir une donation s'appréciera de même chez le représenté. Une servitude ne sera valablement acquise que si le fonds dominant appartient au représenté. Une assurance ne sera valable que si celui-ci a un intérêt à la conservation de la chose assurée. La qualité de commerçant du représenté aura influence pour déterminer si l'acte est commercial ou civil¹.

Toutes ces conséquences et bien d'autres semblables se rattachent à cette idée que, dans l'acte juridique, il faut considérer le but. Or le but, c'est de donner des droits ou d'imposer des obligations au représenté. C'est par rapport à lui qu'on verra si ce but peut être atteint et de quelle manière.

En vertu de ces idées, si un mandataire a reçu des billets de loterie à placer à charge de les rendre, il ne peut bénéficier des lots qui sont attribués à ces billets².

133. — Également par considération du but de l'opération, il faut décider que si un représentant a été condamné comme fondé de pouvoir de telle personne, ou de façon générale es qualités, (solution parfaitement compatible avec la règle : nul ne plaide par procureur, qui veut seulement que le nom du représenté soit connu) la décision est de plein droit exécutoire contre le représenté³. Mais encore faut-il que le mandat ait été ostensible. Si un mandataire a vu son action rejetée comme contraire à la règle nul ne plaide par procureur, le mandant est non recevable à intervenir par voie d'appel⁴.

134. — De même les déclarations de volonté parvenues au représentant sont à considérer comme parvenues au représenté⁵. Ainsi les significations ou autres actes : offres afin

¹ V. sur ces points, Tartufari, p. 396.

² Req. 17 fév. 1913, Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem. 1. 206.

³ Bordeaux, 11 juillet 1866. S. 67. 2. 44.

⁴ Paris, 21 janv. 1861 S. 1861. 2. 509.

⁵ V. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 175, n. 3. — Req., 11 déc. 1901 D. 1903. 1. 114, *sol. implic.*

de purge, sommation, assignation, mise en demeure parvenues au domicile élu vont produire leurs effets à l'égard du représenté.

Bien plus la déclaration de volonté adressée au représenté s'il est incapable serait sans valeur, parce qu'il n'est pas à même d'en saisir la portée et d'agir en conséquence ¹.

135. — Le représentant peut avoir été victime d'une violence ou avoir commis une erreur. Dans ce cas, le contrat passé par lui sera nul. La nullité pourra en être demandée par le représenté, car la décision prise par le représentant l'a été dans des conditions anormales ².

De plus si le représentant avait été désigné par le représenté lui-même, si le mandat conventionnel avait été donné sous l'empire de la violence ou de l'erreur, le mandat étant annulable, les actes faits en vertu de celui-ci le seraient aussi. Cette hypothèse se présentera s'il y a eu une violence ou une erreur qui ont déterminé à désigner tel mandataire, à donner tel mandat. Mais cela aura lieu plus fréquemment si le mandat est assez limité et qu'une erreur ait été commise : je donne ordre d'acheter un tableau, un objet d'art que j'ai aperçus et que je crois authentiques, alors qu'il n'en est rien ³.

Que décider si le représentant a commis une erreur en comprenant mal la pensée du représenté ⁴ ? On me téléphone d'acheter dix, je comprends cent dix, d'acheter au cours moyen, j'achète au mieux, ayant mal compris. Il faut décider qu'en principe le contrat est nul à l'égard du tiers. Mais il faut tenir compte des atténuations considérables apportées

¹ Saleilles, *op. cit.*, p. 175, n. 3 et 4.

² V. Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 336. — Pilon, *op. cit.*, p. 61. — Tissier, note dans S. 99. 1. 209. — Crome, *Allg. Theil*, par. 28.

³ Cf. Tissier, not. citée.

⁴ Ihering, *Œuvres choisies*, II, p. 49, dit que cela dépend de la mesure dans laquelle le représentant est contractant. Dans la mesure où il l'est, il y a erreur de sa part et il y a nullité possible. Si s'est un prête nom, l'erreur ici sera sur les motifs, donc inopérante.

précédemment au cas d'abus de pouvoir, atténuations qui effacent presque la règle à l'égard des tiers de bonne foi. Il y a ici un abus de pouvoir involontaire. Dans les rapports entre représentant et représenté, le représenté répondra de l'erreur dans la mesure que nous fixerons plus loin à propos des erreurs de transmission et d'interprétation.

136. — Le représentant peut avoir été victime d'une dol de la part du tiers. Bien que l'art. 1116 civ. exige que le dol soit commis par l'une des parties sur l'autre, le représenté pourra invoquer la nullité de l'acte, sinon le dol resterait impuni dans tous les cas de mandat légal ou judiciaire : le mandataire n'ayant aucun intérêt à agir et le représenté ne le pouvant pas, car par hypothèse il ne peut être victime d'un dol, dont on tienne compte, puisqu'il ne joue aucun rôle.

La même solution doit être étendue au mandat conventionnel, pour ne pas réduire inutilement le représenté à une simple action en indemnité contre l'auteur du dol.

Si le dol s'est exercé directement du tiers sur le mandant, pour le déterminer à donner mandat soit de façon générale, soit dans certaines conditions, il paraît bien difficile de nier qu'il y ait dol exercé par une des parties sur l'autre, et de réduire la victime à une action en indemnité; il faut donc lui reconnaître une véritable action en nullité¹

Enfin il faut admettre que si le mandant a donné mandat sous l'empire du dol du mandataire (celui-ci ayant une rémunération sur l'affaire par exemple), l'acte passé avec le tiers tombera avec le mandat, à moins d'accepter que la nullité pour dol ne rejaillit pas contre les tiers (v. plus loin).

On arrive donc au total à tenir un certain compte soit des vices du consentement du représentant, soit de ceux du représenté²

¹ V. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 70, n. 26.

² V. en ce sens, Boyer, thèse précitée, p. 50 et suiv.

137. — Le représentant peut dans l'exercice de ses fonctions avoir commis un délit ou quasi-délit (violence, diffamation, concurrence déloyale) ou il peut s'être livré à un dol ou à une fraude. Il est admis qu'il en est personnellement responsable¹, car décider le contraire serait dans une certaine mesure encourager le délit². De plus la jurisprudence et la doctrine sont fixées sur ce point que la victime ne peut agir en dommages-intérêts contre le représenté³.

Mais si le représentant a commis un dol, le représenté est-il exposé à une action en nullité, ou n'y aura-t-il qu'une action en indemnité contre le représentant ? Il n'y a guère sur ce point précis de jurisprudence de la cour de cassation⁴. Mais la jurisprudence sur un point voisin : la déchéance du bénéfice d'inventaire par certains actes, décide que ces actes accomplis par le tuteur n'emportent pas déchéance contre le mineur⁵. Toutefois cette jurisprudence ne nous paraît pas pouvoir être utilement invoquée, en présence de l'art. 461 civ.

¹ V. not. Planiol, note dans D. 93, 1. 433. — Wahl, note S. 1895. 1. 241. — Cass. civ. 25 juin 1889, D. 90, 1. 151. — Cass. Req. 12 nov. 1907, Gaz. Pal. 1907. 2. 580, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 118. — Bruxelles, 3 déc. 1908. Pas. 1909, 2. 336. — Paris, 14 avril 1883, D. 1884, 2. 122. — Tartufari, *op. cit.*, p. 393. — V. en droit anglais, Jenks, *Digest.*, I, p. 62. Contrà Pau, 28 déc. 1891, S. 1892, 2. 297 et la note contraire de Michoud.

² Inversement si le tiers a commis une faute envers le représentant celui-ci pourra agir contre lui en indemnité (V. Boyer, thèse précitée, p. 150).

³ Cass. Req. 21 mars 1893 S. 95. 1. 241 D. 93. 1. 433, avec note de M. Planiol. — Cass. civ., 7 mai 1894, S. 98. 1. 510. — Demolombe, XXIV, n. 187. — Aubry et Rau, 5^e éd. IV, par. 343 *bis*, note 28. — Larombière, I, art. 1116, n. 10. — Cf. Bruxelles, 2 juin 1888. Pas. 1888, 2. 345. — Contrà, id. 6 févr. 1901, Jour. Trib. 1901, 206, si le représenté est un préposant.

⁴ V. cep. pour le mandat conventionnel. Cass. civ., 4 déc. 1899. D. 1900. 1. 14. S. 1900. 1. 311 et les renvois Pand. fr. 1901. 1. 107. .. V. contre la responsabilité du représenté, trib. Aix, 6 avril 1908, Gaz. Pal. 1908. 1. 566. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 545.

⁵ Cass. civ., 27 mars 1888 S. 88. 1. 366. *sol. implic.* — Grenoble, 27 janv. 1891, *Journ. de Grenoble* 1891, p. 172, v. de même, Huc, n. 210. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1701 et 2227.

qui dit implicitement que le mineur ne peut être héritier autrement que sous bénéfice d'inventaire.

Sur notre question du dol, la doctrine admet au contraire, à l'exception de M. Wahl ¹, que l'adage *factum tutoris factum pupilli* s'applique ici. Mais elle n'en donne pas de motif.

Elle semble ici peu précise, car elle paraît viser le cas du représentant conventionnel, qui, nous le verrons, doit s'étudier à part.

Au total la jurisprudence expressément dans un cas et implicitement et de façon très discutable dans l'autre, paraît favorable à la stricte personnalité des fautes.

On dit en ce sens que la volonté du représenté n'ayant aucune part dans la désignation, il ne l'a pas désigné à la confiance des tiers. Et la représentation ayant ici un but de tutelle sociale ne peut se retourner contre le représenté. Celui-ci pourra seulement être tenu de ne pas tirer profit de l'acte et on pourra invoquer contre lui la nullité ou la déchéance des droits injustement acquis ².

Sur une question voisine, le mandat entaché de dol, il a au contraire été jugé que le tiers ne devait pas souffrir de cette situation ³. Cela est plus conforme aux besoins des affaires ⁴.

Déjà sous couleur d'empêcher un enrichissement injuste, on arrive à invoquer la nullité qui peut être nuisible au représenté.

Non seulement le terrain accepté par ces auteurs n'est pas solide, mais la thèse paraît critiquable.

On peut en effet soutenir que, dans le cas d'acte illicite, le représenté est obligé par le représentant ⁴ même légal ou ju-

¹ Demolombe, XXIV, n. 187. — Aubry et Rau, 5^e éd., par. 343 bis, note 28. — Larombière, art. 1116, n. 10. — Planiol, note précitée.

Contra Wahl, note citée. — Trib. d'Aix, 6 avril 1908. Gaz. Pal. 1908, 1. 566. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 545.

² Tartufari, *op. cit.*, p. 400.

³ Bruxelles, 19 août 1814. Pas., 1814. 198.

⁴ Chironi e Abello, *Diritto civile*, I, p. 425. — Chironi, *Colpa extra contrattuale*, I, n. 176 et *Istituzioni*, I, p. 122. — Tissier note dans S. 99. 1. 209, v. cep contra Chironi, *Colpa contrattuale*, n. 178.

diciaire. Sans doute il est grave qu'il réponde du fait de celui qu'il n'a pas choisi, mais la société qui le protège en lui nommant un représentant peut légitimement lui imposer cette responsabilité dans l'intérêt des tiers, sauf son recours contre le coupable¹. On doit d'ailleurs s'attendre dans la vie à être représenté par des hommes et non par des dieux².

La question de la responsabilité du représenté pour les fautes du représentant reçoit une solution plus nette dans le cas où il s'agit d'un mandataire conventionnel.

En vertu de l'art. 1384, le mandant qui a choisi le mandataire et qui doit supporter les conséquences de ce choix, répond de tous les actes illicites du mandataire dans l'exercice de ses fonctions, même s'il ne lui a ni ordonné, ni permis de les commettre³.

On peut même donner à la responsabilité du représenté une base plus large et analogue à celle donnée en cas de représentation légale ou judiciaire, en parlant ici non de responsabilité délictuelle, mais de responsabilité pré-contrattuale et de *culpa in contrahendo*⁴. Et il ne paraît même pas

¹ Ainsi apparaît comme particulièrement utile une réglementation intelligente pour le choix des représentants légaux, ou des représentants judiciaires : syndics, liquidateurs, administrateurs.

² Rapp. pour la responsabilité des sommes détournées par un séquestre, Trib. Seine, 4 déc. 1911. Gaz. Pal. 1912 1. 241. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 209. — Paris, 2 avril 1913, Gaz. Pal. 1913 1. 686. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem. 2. 382. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 845.

³ Cass. Req. 8 nov. 1843, S. 43, 1. 852. Req. 17 avril 1896, Pand. fr. 1897, 1. 418. — Req. 14 juin 1847, S. 48, 1. 37. D. 47, 1. 332. — Cass. civ. 15 janv. 1872, S. 72, 1. 9. — Req. 20 janv. 1880, S. 80, 1. 412. D. 80, 1. 352. — Cass. req. 10 janv. 1887, S. 87, 1. 374. — Cass. civ., 14 nov. 1888 S. 91, 1. 459. D. 89, 1. 469. — Req. 10 juillet 1895, S. 96, 1. 288. D. 96, 1. 132. — Cass. civ., 4 déc. 1899, S. 1900, 1. 311. D. 1900, 1. 14. — Bordeaux, 13 nov. 1890, D. 92, 2. 364. — Nancy, 25 fév. 1890 D. 1890 2. 347. — Alger, 7 juin 1899, D. 1901, 2. 181. — Laurent, XXVIII, n. 54. — Guillouard, n. 190. — Baudry et Wahl, Mandat, n. 782 S. 1901, 1. 321. — Huc, n. 83. — Cf. Req. 29 déc. 1890 D. 1891, 1. 464.

Contrà Orléans, 4 mars 1896, S. 98, 2, 25, avec note de M. Balleydier, Pand. fr. 1898 2. 49.

⁴ V. Becqué. *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 255.

nécessaire de faire exception pour le cas où sciemment le représentant aurait méconnu ses instructions ou excédé ses pouvoirs; car dans tous les cas la sécurité des tiers impose la même règle : ils ont dû se fier aux apparences. Et encore une fois, le représenté qui a des avantages doit supporter des responsabilités.

Mais on va beaucoup plus loin, le mandant ne répond pas seulement des fautes dont toute personne devait s'abstenir. Il répond aussi de toutes les fautes qu'il a commises étant donnés les rapports contractuels antérieurs¹. Il répondra pleinement de la fraude du mandataire qui l'aura ainsi exposé à l'action paulienne ou à la nullité de l'art. 447 comm.².

Il répondra de même de toutes les négligences, ou silences coupables du représentant : par exemple de ce fait qu'il n'a pas déclaré à un assureur un événement nouveau qui aggravait le risque³. Il subira même les effets d'une déchéance encourue par la négligence du représentant⁴. Certains auteurs essayent de distinguer et de rendre le mandant responsable seulement de la nullité pour dol, mais non des dommages-intérêts⁵. Mais cette distinction paraît inacceptable, car comment distinguer ce cas des autres, sans arriver aux résultats les plus choquants? Dira-t-on que le représenté répond du dol principal et non du dol incident? Ce serait la conséquence logique, mais inacceptable de cette doctrine.

Si le représentant s'entend frauduleusement avec les tiers,

¹ V. en ce sens, Tissier, note dans S. 99. 1. 208. — Lyon, 10 fevr. 1905. Pand. fr. 1905. 2. 135 (fausse déclaration à un assureur). — V. cep. contra, Michoud, note dans S. 92, 2. 299, col. 3.

² V. Cass. civ. 15 juin 1898. S. 99. 1. 208, avec note de M. Tissier. D. 1899. 1. 559. — Cass. civ. 4 déc. 1899 S. 1900. 1. 311. D. 1900 1. 14. — Baudry et Wahl, n. 782.

³ Tartufari, *op. cit.*, p. 399.

⁴ Poitiers, 29 déc. 1913 S. 1914 2. 185, avec note de M. Lecourtois. (transcription de divorce).

⁵ Aubry et Rau, IV, par. 343 bis, note 28. — Larombière, I, art. 1116, n. 10. Demolombe, XXIV, n. 187. — Laurent, XV, n. 529. — Baudry et Barde, I, n. 1112. — Contra Tissier, note citée.

par exception il n'oblige pas le représenté, car le tiers complice de la fraude ne mérite pas protection ¹.

138. — Admettant la responsabilité générale du représentant et du représenté, nous les déclarerons tenus solidairement, soit du délit, soit de la faute dans l'exécution ou la conclusion du contrat ². L'action, qui suivant les cas sera délictuelle ou contractuelle, s'intentera contre les deux à la fois. On ne pourrait décider le contraire qu'en limitant la responsabilité du représentant au délit proprement dit³, de sorte que le représenté serait tenu seulement en vertu du contrat. sauf bien entendu le cas d'application de l'art. 1384 civ.

De cet examen des divers cas, se dégage le principe suivant dont la pratique ne pourra méconnaître la force : *le représenté qui a les avantages de la représentation doit en supporter les inconvénients, les risques. Mais le représentant répond personnellement de ses fautes, car il est inadmissible que l'on puisse délinquer impunément.*

139. — Dans des cas multiples, la loi traite différemment une personne selon qu'elle a ignoré un fait ou qu'elle l'a connu. Ainsi l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble prescrit par dix à vingt ans et non par trente ans. Le possesseur de bonne foi d'un meuble en est réputé propriétaire (art. 2279). L'acquéreur de la chose d'autrui a droit à des dommages-intérêts s'il a ignoré que la chose fut à autrui (art. 1599). L'acheteur d'une chose n'aurait pas droit à garantie pour les vices cachés si en fait ils avaient été connus de lui. L'art. 1721, d'après lequel le bailleur répond des vices de la chose louée, ne s'applique pas si le locataire connaissait ces vices ⁴. Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en pos-

¹ Cass. Req. 20 janv. 1880, S. 1880, 1. 412. — Cass. crim., 14 avril 1908. Gaz. Pal., 1908, 1. 575.

² V. en ce sens, Cass. civ. 14 nov. 1888 S. 1891. 1. 459. — Lyon, 28 juillet 1908, D. 1909, 2. 175. S. 1911, 1. 205 et sur pourvoi. Req. Cass. 2 févr. 1910, id.

³ En ce sens, Michoud, note citée.

⁴ Caen, 13 juillet 1885 S. 86. 2. 31. — Pau, 26 févr. 1894 S. 94. 2. 59 D. 95. 2. 23. — Baudry et Wahl, *Louage*; I, n. 440.

session de la créance est valable (art. 1248). Les actes faits de bonne foi avec un mandataire dont les pouvoirs ont pris fin sont valables (art. 2009). L'action paulienne ne peut être exercée contre l'acquéreur à titre onéreux de bonne foi. Le vendeur de bonne foi est moins durement traité en cas d'éviction de l'acheteur (art. 1635 civ.). L'accipiens de bonne foi ne doit pas l'intérêt de l'indû qu'il a reçu (art. 1378 civ.).

Dans tous ces cas ou les autres semblables, faut-il apprécier la bonne foi du représenté ou celle du représentant ¹ ?

Si le représentant est de bonne foi, ce qu'on peut considérer comme étant de façon générale présumé par la loi (art. 2268 civ.), le représenté bénéficiera de cette bonne foi. Mais en sera-t-il de même si le représentant est de mauvaise foi. Il semble juste que le représenté qui a les bonnes chances ait aussi les mauvaises ². Pour soutenir le contraire, il faudrait dire que les solutions données pour le cas de mauvaise foi sont une sorte de peine privée qui doit être personnelle à celui qui est dans cet état psychologique. Mais là encore il faut dire : il est juste que le représenté supporte les conséquences de la mauvaise foi alors qu'il bénéficie de la bonne foi d'un autre, sauf à exercer un recours contre le représentant coupable. Mais au regard des tiers il doit être solidaire de celui-ci.

Si le représentant a été désigné par convention, il faudra encore tenir compte de l'état d'esprit du représenté dans la mesure où celui-ci a précisé sa volonté. S'il a donné l'ordre d'acheter tel objet, il ne pourra réclamer s'il en connaissait les vices, le représentant fut-il de bonne foi. Mais s'il a donné

¹ La loi allemande des assurances du 30 mai 1908, admet que le mauvaise foi de l'un ou de l'autre nuit également (art. 19). — V. en droit anglais, Jenks, *Digest.*, I, p. 64.

² V. en ce sens Tissier note dans S., 99. 1. 208. — Cass. req. 18 mars 1895 S. 96. 1. 287. Pand fr. 1895 1. 526. — Cass. Req., 22 juin 1897, S. 98. 1. 237. — Bourges, 29 juillet 1896. S. 97. 2. 108. — Cass. civ. 15 juin 1898, D. 1898, 1. 559. P. F. 1899, 1. 513. — Cf. Chironi, *Colpa contrattuale*, p. 100.

l'ordre d'acheter un objet de tel genre, il n'y aura plus à s'occuper de son état d'esprit, mais seulement de celui du représentant. Au total donc, on se préoccupera à la fois de l'état d'esprit du représentant et du représenté¹.

Si le représentant est une personne morale, on considérera l'organe de la personne morale : conseil d'administration, etc. La mauvaise foi d'un seul membre ne suffirait pas, il faudra celle de la majorité. Si la personne a plusieurs organes indépendants, on considérera la bonne foi de celui des organes qui agit en fait.

140. — En quel lieu se forme le contrat conclu par représentation ? La question est importante soit au point de vue de la compétence commerciale, soit au point de vue du conflit des lois pour déterminer la loi applicable au contrat.

Le contrat étant débattu là où le représentant a rencontré le tiers, ou là où les représentants des parties se rencontrent, c'est plutôt de la loi de ce pays qu'on s'informerait, c'est ce lieu qui aura quelque lien avec l'échange des consentements, donc il faut dire en principe, c'est là que le contrat s'est formé². La question est ici bien moins douteuse que si un messenger a été envoyé pour apporter un consentement.

Par contre si la nationalité des parties a une importance, il faut considérer celle du représenté ; car le but du contrat se réalise chez lui³. C'est en lui qu'on apprécie l'aptitude à acquérir le droit né de l'acte⁴.

141. — Si un acte sous seing privé a été dressé par le mandataire conventionnel, judiciaire ou légal, cet acte a de plein

¹ V. en ce sens, Boyer, thèse citée, p. 79 et suiv.

² Laurent, VII, n. 452. — Boyer, thèse citée, p. 95. Pour plus de détails, v. infra, à propos du consentement. — Rapp. Tartufari, *op. cit.*, p. 380 sur le point de savoir si le contrat est entre présents, ou entre absents. Pour lui le premier cas se présente s'il y a représentant légal.

³ V. Tartufari, p. 384.

⁴ Cf. Crome, *Parte generale*, p. 272.

droit date certaine à l'égard du représenté¹. Personne n'a cependant méconnu les dangers de cette solution qui permet au représentant dont les pouvoirs sont expirés de faire un acte opposable à l'intéressé au moyen d'une simple antidate. Mais on a invoqué d'abord qu'« il était impossible de considérer comme tiers relativement à un acte celui qui était représenté dans cet acte même ». C'est résoudre la question par la question. Il s'agit en effet de savoir si la représentation va jusque là. Il en est de même de l'argument qui consiste à dire que l'art. 1328 a pour but de protéger ceux qui sont étrangers à l'acte. Le représenté y est-il suffisamment ? C'est là la difficulté. Et il s'agit précisément de savoir si le représenté l'a été réellement. C'est donc supposer résolue la question en cause.

Il est plus vrai de dire que cette solution est commandée par l'utilité pratique. En effet si une personne prend un représentant, il ne faut pas que ce soit l'origine d'un véritable piège pour les tiers. Mais si cela est décisif pour le mandataire conventionnel, qui supporte les conséquences de son fait, c'est moins vrai pour le mandataire légal ou judiciaire. Pourquoi ici préférer l'intérêt du tiers à celui du représenté ?

C'est qu'il y a et qu'il doit y avoir une certaine solidarité

¹ V. pour le mandataire conventionnel, Civ. 8 juin 1859 S. 1859. 1. 567. — Req. 19 nov. 1834, S. 35, 1. 666. D. v^o. *Mandat*, n. 400. — Bourges, 17 mai 1842 S. 43. 2. 100 D. 43. 4. 294. — Dijon, 6 juillet 1883 S. 84. 2. 44. — Caen, 29 déc. 1855 D. 1856. 2. 291. — Trib. Marseille, 20 déc. 1911. *Jurispr. Marseille* 1912, 307. — Req. 7 mars 1893 S. 93. 1. 255. — Trib. Nivelles, 22 janv. 1857, *Jurispr. des Tribunaux*. VI. 544. — Aubry et Rau, IV, 4^e éd., p. 655, note 17 et VIII, p. 250. — Larombière, art. 1328, n. 38. — Demolombe, XXIX, n. 516. — Laurent, XIX, n. 301 et XXVIII, n. 52 — Huc, VIII, n. 251 *in fine* et XII, n. 76. — Guillouard, *Mandat*, n. 185. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 773. — Baudry et Barde, IV, n. 2351. — V. cep. Cass. belge, 26 mars 1845. *Belgique judiciaire*, 1846. 720. — Pour le mandataire judiciaire : Demolombe, XXIX, n. 519. — Baudry et Barde, loc. cit. — Pour le mandataire légal, Demolombe, id. — Laurent, XIX, n. 301. — Larombière, Huc, Baudry et Barde loc. cit. — Cf. Tartufari, op. cit., p. 401.

entre représentant et représenté. Ce dernier qui a les avantages ne peut se plaindre de supporter certains inconvénients. C'est toujours le même principe technique. Dès qu'il y a représentation, il y a un organisme. Or un organisme forme un tout.

Ceci comporte une atténuation. Les arrêts précités reconnaissent avec raison que si le représentant est soupçonné d'avoir par fraude apposé une fausse date, ce fait pourra être établi, et comme il s'agit d'une fraude, cela sera possible par tout moyen de preuve, même par présomption.

142. — De même la contre-lettre signée du représentant est opposable au représenté¹.

Les actes signés du représentant constituent un commencement de preuve par écrit contre le mandant dans la même mesure que s'ils étaient signés de lui².

De même l'aveu du représentant fait dans la limite de ses pouvoirs est opposable au mandant³.

143. — La représentation produit de même cette conséquence que les actes du représentant qui, pour être valables à l'égard des tiers, ont besoin d'une formalité complémentaire : signification pour les cessions de créances (art. 1690 civ.), transcription pour les cessions ou créations de droits réels ou personnels énumérés par la loi du 23 mars 1855 (art. 1 et 2), mutation en douane pour les navires (loi du 27 vendémiaire an II), inscription au secrétariat de la préfecture pour les brevets d'invention (loi du 5 juillet 1854, art. 20), ont cepen-

¹ Laurent XXVIII, n. 53. — Guillouard, n. 185. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 773.

² Cass. Req. 16 juin 1890, S. 90, 1. 385. — Nancy, 4 mars 1893, S. 93, 2. 173. Pand. fr. 1895, 2. 6. — Baudry et Wahl, n. 773. — Riom, 16 juin 1817, S. chr. — Cass. crim. 5 janv. 1883, S. 1885, 1. 405. — Cass. req. 15 mars 1881 S. 1881. 1. 311. — Cass. civ. 6 janv. 1891 S. 1891. 1. 69. — Baudry et Barde, IV, n. 2602. — Demolombe, XXX, n. 134. — Laurent, XIX, n. 492. — Huc, VIII, n. 293. — Planiol, II, n. 1124. — Aubry et Rau, VIII, p. 337. — Larombière, art. 1347, n. 7.

³ Cass. civ. 26 juin 1901. Pand. fr. 1902. 1. 54. — Cass. civ. 23 oct. 1894 S. 95. 1. 226. sol implic. — Baudry et Wahl, n. 772 bis.

dant immédiatement effet à l'égard du représenté. Celui-ci ne peut opposer le défaut de formalité¹.

Cette solution s'impose parce que le représenté a un moyen suffisant pour connaître ces actes dans le droit de se faire rendre compte par le représentant, droit qu'il peut exercer à tout moment, même à l'égard du représentant général.

Mais ce qui prouve surabondamment que la solution précédente n'est pas un effet de la représentation proprement dite, c'est-à-dire de ce phénomène qui sépare la cause de l'effet pour reporter uniquement celui-ci sur le représenté, c'est que dans les cas où, comme représentant, une personne a eu connaissance d'un certain fait, elle ne peut par la suite opposer qu'elle l'a ignoré.

Ainsi celui qui comme représentant du créancier a cédé une créance ne peut ensuite se refuser à tenir compte de la connaissance spéciale et personnelle qu'il a eu de la cession non signifiée².

Il faut généraliser cette solution et décider de même si le représentant a eu connaissance comme tel, d'une cession de titre nominatif, il ne peut invoquer l'absence de transfert³.

De même si le représentant a connu comme tel le surplavage de vins⁴, il ne peut demander la nullité de la vente s'il acquiert ces vins par la suite.

De même celui qui a vendu un immeuble, un navire, ou tout autre droit dont l'aliénation est sujette à transcription,

¹ V. Tartufari, *op. cit.*, p. 402. Rappr. Cass. civ., 7 juillet 1897. S. 1898 I. 113 avec note de M. Wahl.

² Cass. civ. 7 juillet 1897 S. 98. I. 113 avec note de M. Wahl. — Cf. *Revue de droit civil*, 1905, p. 895 et suiv. — Champion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifiée*, thèse Lille, p. 63. — Tartufari, *op. cit.*, p. 402.

³ V. sur la cession de rente nominative non suivie de transfert. Cass. Req. 10 janv. 1905, D. 1906, I. 345. S. 1905, I. 328. — Champion, *op. cit.*, p. 68-1.

⁴ V. Req. 26 avril 1906, D. 1907, I. 510. — Champion, *op. cit.*, p. 69, *Rev. de droit civil*, 1908, p. 112.

et cela en qualité de représentant, ne peut opposer par la suite le défaut de publicité ¹.

144. — Par extension de l'art. 1994, tout représentant conventionnel peut se substituer un tiers si le titre qui le désigne ne le défend pas ou ne limite pas ce pouvoir ². Mais le représentant légal (autorité familiale), ni le représentant judiciaire ne peuvent en général se substituer des tiers de façon complète. Ils ne le peuvent que pour l'exécution de certains actes spéciaux ³.

S'il y a eu un mandataire substitué, les effets de la représentation sont les mêmes. Mais il y a une situation plus compliquée. Il faut toujours tenir compte de la volonté du représentant dans la même mesure. Mais il faut tenir compte de la volonté du représenté dans la mesure ordinaire, et il faut faire état de la volonté du premier mandataire dans la même mesure que s'il s'agit du représenté, car par rapport au représentant effectif il est un représenté.

Il faut à propos de la situation du représentant par rapport à son substitué tenir en outre compte de l'art. 1994 civ. qu'il faut généraliser. Le représentant est en principe pleinement responsable pour le substitué (art. 1994 civ.).

S'il y a autorisation de substituer un tiers quelconque, on ne répond vis-à-vis des tiers ou du représenté que du cas où l'on a choisi une personne notoirement incapable ⁴ ou in-

¹ Cf. sur la règle en général. *Campion, op. cit.*, p. 69.

² V. sur ce droit à propos du mandat, *Cass. civ.*, 4 janv. 1898 D. 1903, I. 612, *sol. implic.* — *Caen*, 19 nov. 1836, D. Rep., v^o. *Arbitrage*, n. 799. — *Aubry et Rau*, IV, par. 413, note 14. — *Laurent*, XXVII, n. 482. — *Guillouard*, n. 120. — *Baudry et Wahl*, n. 569. — *Lacoste*, note S. 91, I. 114.

³ Par exemple un tuteur peut pour une affaire se substituer un notaire, un homme de loi. V. *Tartufari, op. cit.*, p. 160-165.

Du mandataire substituée il faut distinguer le représentant suppléant comme le subrogé tuteur, le tuteur *ad hoc*, qui sont sans lien juridique avec le représentant ordinaire.

⁴ V. *Cass. civ.* 4 janv. 1898, D. 1903, I. 612. — *Trib. de Reims*, 7 déc 1900. *Gaz. Pal.* 1901, I. 343. — *Req.* 22 déc. 1897, *Pand. fr.* 1898, I 164.

solvable, ou même suspecte¹ ou malhonnête².

Il y a par contre irresponsabilité si le représentant pouvait se substituer telle personne et l'a fait effectivement³.

145. — Lorsqu'il y a représentation, si le représenté n'est pas incapable, il y a une sorte de communauté de pouvoir d'agir entre le représentant et le représenté. Non seulement le premier peut vendre, acheter dans les termes du mandat, mais le mandant le peut aussi. C'est ce qu'a reconnu implicitement la jurisprudence⁴.

Si les deux personnes passaient l'opération vers le même temps, si par exemple un propriétaire et son mandataire chargé de vendre vendaient presque simultanément, c'est celui qui aurait traité le premier qui aurait traité valablement. Quant au second contrat, il serait sans valeur. Mais le tiers pourrait agir en dommages-intérêts si celui qui a fait la vente ne s'était pas hâté de prévenir l'autre personne pour empêcher d'autres pourparlers d'avoir lieu⁵.

Rappelons que l'acte du mandataire serait sans effet si le tiers savait qu'il a eu lieu contre la volonté du représenté⁶.

Dans certaines situations complexes le représentant acquiert même le pouvoir d'agir malgré le représenté. Si un

¹ Aix, 4 fév. 1887. *Bull. d'Aix*, 88, 5.

² Cass. civ. 4 janv. 1898, précité. Req. 28 juin 1904. D. 1905, 1. 284. — Aubry et Rau, IV, par. 413, note 14. — Guillouard, n. 122. — Baudry et Wahl, n. 575.

³ V. Cass. Req., 26 nov. 1860, D. 61, 1. 496. — Trib. Grasse, 19 juin 1912. *Gaz. Trib.* 1912, 2^e sem., 2. 375. — Laurent, XXVII, n. 388. — Guillouard, n. 121. — Baudry et Wahl, n. 574.

⁴ Trib. de paix de Riberac, 11 janv. 1910. D. 10. 5. 46. — Cass. civ. 4 juin 1913 S. 1914 1. 179, *Gaz. Pal.* 1913 2. 39. — Rappr. pour le dépôt si la restitution a été indiquée comme devant se faire au mandataire du déposant, Baudry et Wahl, *Dépôt*, n. 1139. — Guillouard, n. 85. — Laurent, XXVII, n. 114. — Rappr. Cass. civ., 17 janv. 1906. S. 1909 1. 205 D. 1906. 1. 262.

⁵ Il y a un cas exceptionnel : en cas de saisie, le code de Procédure détermine dans quelles conditions le représenté (saisi) ne peut vendre au détriment du saisissant.

⁶ V. Trib. comm. Lyon, 7 oct. 1904. *Gaz. comm. Lyon*, 6 déc. 1904. V. supra, n. 100.

groupe non personnifié se forme, il peut être convenu implicitement que la majorité y liera la minorité, de sorte que le représentant agira valablement pour tous, même malgré l'opposition des minoritaires¹.

Enfin, il peut arriver qu'il soit convenu que le représentant agira seul et que le représenté n'agira plus. En ce cas, le représenté n'ayant pu par convention se rendre incapable, l'acte passé par lui sera valable, mais il devra une indemnité au représentant et même au tiers avec qui celui-ci a pu traiter².

146. — Du cas de la représentation proprement dite, où le représentant n'est pas en principe tenu des effets de l'acte, il faut distinguer les cas où une personne est tenue parce qu'elle a passé un acte et où on examine dans quelle mesure une autre peut être tenue ou avoir des droits à côté d'elle. C'est ainsi qu'on se demande si l'acte du prête-nom a un effet pour le mandant³, si l'acte de l'héritier apparent, du possesseur de bonne foi, du propriétaire sous condition résolutoire en ont pour d'autres. On se demande aussi dans quelle mesure le débiteur solidaire représente ses co-débiteurs, le débiteur ses créanciers, etc. En réalité il s'agit de savoir dans quelle mesure un acte a effet obligatoire à l'égard des tiers. Mais les théories individualistes qui ont dominé le droit civil ont masqué cela du nom de représentation imparfaite. Nous étudierons ces points à propos de l'effet des obligations à l'égard des tiers.

147. — Ayant vu les effets de la représentation à l'égard du représentant et du représenté, voyons si une théorie géné-

¹ Cf. Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n. 35.

² Paris, 19 nov. 1908 S. 1910 2. 165.

³ V. Coste, *Du prête nom*, thèse Paris, 1891. — Lerebours-Pigeonnière, *Du prête nom mandataire ou gérant d'affaires*, thèse Caen 1898. — Poncet, *Du prête-nom*, th. Paris, 1902. — V. pour le refus d'action au mandant, Req., 4 nov. 1902, S. 1903, 1. 173. D. 1903, 1. 44. *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 191. — Cf. trib. Nantes, 3 fév. 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 1, 279. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 506.

rale peut concentrer les résultats acquis et servir de construction technique pour faciliter la découverte des solutions de questions nouvelles.

La théorie traditionnelle française qui vient de Pothier, c'est que le mandant est *censé* contracter, c'est par une fiction que celui qui a figuré à l'acte n'est pas obligé et qu'un tiers est obligé à sa place¹. Cette théorie comme la plupart des fictions², traduit le résultat principal, mais elle n'éclaire rien. Pourquoi cette fiction? Quelle en est l'étendue? On ne le dit pas. De plus ce semblant d'explication cadre mal avec le cas de représentation légale ou judiciaire, où le représenté est sans volonté efficace, c'est admettre qu'on prendra comme base une volonté inexistante ou sans force.

Savigny³, pour expliquer la représentation, va un peu plus avant et il assimile le représentant au nuntius. Il faut, d'après lui, placer sur le même plan, le messenger qui porte une réponse, ignorant de quoi il est question, et celui qui est au courant de l'affaire, puis il y assimile celui qui a reçu de larges pouvoirs pour traiter une affaire. Il affirme qu'on ne peut fixer une limite exacte entre des cas si variés et il considère partout « le représentant lui-même comme simple porteur de la volonté du représenté ».

Savigny explique ainsi le résultat principal de la représentation. Mais cette explication ne convient pas lorsqu'il y a représentation légale, le représenté n'ayant pas de volonté. Elle ne convient pas en outre, parce qu'elle ne tient aucun compte de l'importance que présente dans certains cas le rôle du représenté. Enfin cette idée d'un porte-parole ne s'adapte

¹ Pothier, *Mandat*, n. 87, éd. Bugnet. — Labbé, *Ratification des actes du gérant d'affaires*, p. 11. — Troplong, *Mandat*, n. 595. — Unger, *System*, II, par. 90. — Cf. Capitant, p. 334. — Pilon, p. 28.

² V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 238 et suiv.

³ *Obligations*, II, trad. Gérardin Jozon, p. 194 et suiv. — V. dans Tartufari, p. 483, la liste des auteurs allemands qui l'ont accepté, not. Dernburg, *Pandekten*, I, par. 117, note 1.

bien que pour expliquer un mandat précis et non pour rendre compte d'un mandat général.

148. — D'après toute une série d'auteurs allemands, notamment Ihering, qui admettent ce qu'on nomme la *Repräsentationstheorie*, « la cause, c'est-à-dire l'acte, est celui du représentant et l'effet (le droit) repose sur la tête du représenté ». A cette idée Unger ajoute que c'est par une fiction que l'acte du représentant vaut ainsi comme s'il était celui du représenté¹.

Cette doctrine contient une large part de vérité, car nous avons vu que l'on tient un large compte de la volonté du représentant. On s'occupe des vices de sa volonté, de sa bonne foi, etc. Mais on est obligé de reconnaître que tout au moins dans le mandat conventionnel la volonté du représenté a un certain rôle, si le mandat est précis et non plus général².

149. — D'après Mitteis, il faut admettre que le représentant ne contracte pas seul, et que le représenté ne contracte pas non plus de façon exclusive, mais tous deux traitent juridiquement et tous deux produisent l'acte juridique³. Il ne faut faire état de la volonté du représentant que dans la mesure où il l'a psychologiquement montrée, tenir compte par conséquent des instructions qu'il a reçu du représenté. Dans la mesure de ces instructions, c'est ce dernier qui veut⁴; pour le surplus, c'est le représentant.

Tartufari reproche avec raison à ce système de s'en tenir au rôle de la volonté déclarée sans se préoccuper assez de

¹ Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, IV, p. 171. — Windscheid, *Pandekten*, I, par. 73. — Buchka, *Stellvertretung*, p. 206. — Unger, *System*, II, par. 90. — V. de même, Pilon, p. 46-62. — Capitant, p. 335. — Cf. Schlossmann, *Stellvertretung*, II, p. 415. — Chironi et Abello, *Diritto civile*, I, p. 425. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 381.

² V. Pilon, p. 51. — Cf. Tartufari, p. 489.

³ *Lehre der Stellvertretung*, p. 110. — C'est à peu près le système d. M. Corbesco, *La représentation dans les actes juridiques*, thèse Paris, 1913, p. 37 et suiv.

⁴ V. spécialement, p. 119-121.

cette volonté dans ses rapports avec celle qu'a eu le représenté¹.

Tartufari ne s'éloigne d'ailleurs pas beaucoup des idées de Mitteis. Pour lui, la représentation légale ne met en jeu que la volonté du représentant, la représentation conventionnelle met en jeu celles du représentant et du représenté dans des proportions variables².

Déjà Thöl² s'était un peu rapproché de ces idées en analysant la représentation en deux contrats : l'un du représentant avec le tiers en vertu de la déclaration de volonté du représenté, l'autre de ce dernier avec le tiers en vertu de cette indication de volonté, c'était une formule trop complexe pour tenir des deux volontés, mais cependant une théorie qui contenait en germe une idée utile.

150. — Tout en nous rapprochant surtout des théories de Mitteis et de Tartufari, nous pensons que le problème de la représentation doit être présenté avec plus d'ampleur, et sans prétendre poser des principes, grâce auxquels il n'y aura plus dans chaque cas qu'à faire de la pure déduction, car cette tentative est vaine. La représentation se produit lorsqu'elle a été voulue par le représentant, et en outre par le tiers, dans les cas où sa collaboration à l'acte est indispensable. Elle se produit tantôt par la volonté du représenté (mandat conventionnel), à son insu, (mandat légal) ou même malgré lui (abus de pouvoir du représentant, gestion d'affaires, actes de l'ex-représentant en cas d'urgence, représentation de l'interdit légal, représentation par le séquestre des biens ennemis en cas de guerre). Pour déterminer ses effets, il faut tenir compte des idées suivantes.

¹ Ainsi dit-il, un ordre est donné d'acheter de deux chevaux x ou y, et lui que choisira le représentant. Ce dernier se trompe et offre pour x le prix qu'il devait offrir pour y. Le contrat serait-il valable. (Tartufari, p. 494).

² V. spec. p. 502-504.

Handelsrecht, I, par. 63.

I. Dans un contrat ou un acte juridique, on doit considérer le but, lequel se réalise en la personne du représenté : c'est en lui que doivent se trouver réunies les conditions nécessaires pour que l'acte concorde avec le bon ordre social : aptitude à acquérir l'objet en question, caractère licite de l'acte, etc.

II. Le représentant est une personne qui, pour des raisons de solidarité sociale, a un pouvoir sur le patrimoine d'autrui¹. Il en est un peu le maître avec le maître ordinaire. Il y a entre eux comme une solidarité active, mais qui ne concerne que la gestion, le profit et les dettes n'intéressant pas le représentant. En contractant il use de son propre droit, il faudra s'occuper de lui-même pour savoir où il a contacté, s'il use de ce pouvoir dans les conditions normales : sans vice du consentement, avec capacité, de bonne foi, etc.

Mais cette idée se limite par celle-ci que le représentant peut avoir reçu des ordres qu'il exécute : ordre d'acheter tel objet, à tel prix, etc. Dans la mesure où il exécute ces ordres précis, il n'est qu'un messenger. On peut dire également que toute désignation de mandataire par la justice, un conseil de famille, un représenté, avec les instructions qui en sont l'accessoire, est un contrat placé à la base de la représentation et dont les vices se reflètent sur le contrat du représentant².

III. En même temps que la nécessité de maintenir l'ordre fait que chacun et notamment le représentant est responsable de ses propres fautes, il faut dire qu'il y a une certaine solidarité entre le mandant et le mandataire, fondée d'une part sur ce que le premier ayant les avantages de la représentation

¹ Ainsi s'explique la situation de l'administrateur séquestré de biens ennemis en temps de guerre. Ses actes sont opposables au sujet ennemi. Mais il ne sont pas fait dans son intérêt, selon son désir. Ils le sont selon l'intérêt public, Cf. Reulos, *Manuel des séquestres*, p. 209.

² Il y a dans ces cas ce que les auteurs de droit public nomment acte complexe ou opération à procédure.

- doit en avoir les inconvénients, et sur cette conception corporative de la société qui reprend de plus en plus de terrain, à mesure que les idées de notre Révolution française (sapées notamment par les théories solidaristes de M. Léon Bourgeois) en perdent : dans tout groupe social, naturel ou factice, il doit y avoir une certaine solidarité vis-à-vis du dehors. Ceci nous explique : la responsabilité du représenté pour les délits du représentant, sa mauvaise foi, l'opposabilité de la date à son égard, etc.

Le représentant, en dehors de ses fautes, ne s'oblige pas. Ceci s'explique par le droit de limiter par convention le patrimoine qui garantit une obligation contractuelle (v. infra, chap. de la cause). En parlant esqualités, le représentant convient de n'obliger qu'un des patrimoines sur lesquels il a pouvoir. Ces idées générales éclairent les développements précédents et peuvent au besoin servir le point de départ pour les questions nouvelles que la pratique pourra encore soulever.

IV. — Enfin dans le cas de mandat plus spécialement, mais aussi parfois dans les autres cas, la nullité de la désignation du représentant, la nullité du mandat donné rejaillit sur les actes du représentant¹, sauf atténuation tenant à la bonne foi des tiers. Ici ce serait le cas, par besoin de sécurité dynamique de dire : *error communis facis jus*.

151. — *Droit comparé*. La plupart des codes ne parlent de la représentation qu'à propos du mandat². Il faut arriver aux codes récents : allemand et suisse pour trouver une construction d'ensemble. Celle-ci se rencontre aussi chez les auteurs dans certains pays, notamment en Italie. Ces conditions sont peu favorables à l'établissement d'une théorie générale qui, sortant des idées individualistes, donnerait sécu-

¹ V. cep. contra, Saleilles, *Trad. code allemand*, I, p. 213. — Crome I, par. 104, note 7.

² V. aussi en ce sens, *Code civil hollandais*, art. 1844 et suiv.

rité aux tiers qui traitent avec le représentant lorsqu'ils ont pu croire raisonnablement à ses pouvoirs et à leur étendue. Ce côté social de la représentation et cette idée que le représenté qui augmente ses pouvoirs de contracter par représentation doit en subir les risques sont peu développées. Toute embryonnaire est aussi cette idée qu'une publicité des pouvoirs du représentant permanent s'impose pour la sécurité de tous.

151 bis. — *Droit autrichien.* Le code autrichien de 1811 maintenu sur ce point en 1916 ne parle de représentation qu'à propos du mandat. Si le mandataire excède ses pouvoirs, le mandant n'est obligé que s'il a ratifié ou s'est approprié les avantages de l'acte (art. 1016). La procuration secrète est sans effet à l'égard des tiers (art. 1017). L'incapacité de contracter du mandataire n'empêche pas le mandant et le tiers d'être liés (art. 1018).

151 ter. — *Droit italien*¹. Le code civil italien s'inspire complètement du droit français, il ne parle de représentation qu'à propos du mandat. L'art. 1752 sur l'obligation du mandant pour les actes du mandataire, l'art. 1748 sur la substitution de mandataire, les art. 1760, 1762 et 1763 sur la révocation, les actes faits par le mandataire après la fin du mandat reproduisent les art. 1998, 1994, 2006, 2008 et 2010 du code français. La représentation est admise pour tous les actes sauf le mariage, l'émancipation, l'adoption, le testament (art. 94, 311, 213, 775). Mais le code de commerce de 1883 contient quelques solutions concernant les préposés. Le mandat exprès doit être déposé au greffe commercial du ressort du préposé et publié dans les journaux (art. 369); il en est de même de sa révocation (art. 374). Le mandat tacite est réputé général vis-à-vis de tous les tiers de bonne foi (art. 370).

¹ V. *Enciclopedia giuridica italiana*, v°. *Contratto*, n. 35. — Sraffa, *Il mandato a la rappresentanza nel Codice. Dir commerciale* 1898, p. 321. — Cf. Sona, *Il mandato nella rappresentazione odierna. Filangieri* 1892, p. 514 et 593.

Les auteurs font maintenant de la représentation une étude générale¹. Ils constatent que le représenté est lié par l'acte maladroït fait dans la limite des pouvoirs, il ne peut opposer aux tiers les instructions secrètes données au représentant². MM. Chironi et Abello n'indiquent toutefois le représenté comme tenu pour l'acte fait au-delà des pouvoirs que s'il y a gestion d'affaires ou *versio in rem*. Le représenté est responsable des actes du représentant, même illicites.

La ratification expresse est présentée comme devant relater la substance de l'acte. Elle doit être faite par une personne capable et entre les parties, elle produit un effet rétroactif.

La ratification peut comme en droit français être tacite et résulter d'actes qui impliquent une telle approbation.

Elle est aussi un acte unilatéral qui s'accomplit sans aucune formalité spéciale. Jusque là l'acte est considéré comme en suspens, ne pouvant produire d'effet ni pour l'intéressé qui n'y a pas pris part, ni pour le gérant qui a contracté au nom d'autrui et non en nom propre³.

152. — Droit portugais. — Le code civil portugais est peu original sur la représentation au sujet de laquelle il ne donne de détails qu'à propos du mandat (art. 1318 et suiv.). Les art. 1350-1353 reproduisent à peu près les solutions françaises sur la représentation (art. 1988 et 1997) et les art. 782 et 783 comm. les affirment à nouveau, mais disent en outre que le mandataire excédant ses pouvoirs est *negotiorum gestor*⁴. Les art. 1354 et 1360 précisent en outre que certaines personnes seules peuvent être mandataires *ad litem* et que le procureur d'une des parties ne peut ensuite plaider pour l'autre dans la même cause.

¹ Chironi e Abello, *Dir. civ. ital.* I, p. 411-431. *Dir. civile*, I, p. 381. — Barassi, *Istituzioni*, p. 164. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 246. Chironi, *Istituzioni*, I, p. 121.

² Chironi, *Colpa contrattuale*, n. 189.

³ Ruggiero I p. 248.

⁴ Cf. sur ces articles, Ferreira, *Codigo civil Portuguez*, III, p. 372.

153. — *Droit espagnol*¹. Le code civil espagnol ressemble aussi au code français sur ce point. Les art. 1721 (substitution de mandataire), 1727 (obligation du mandant), 1735, 1738 (fin du mandat)², reproduisent à peu près les art. 1994, 1998, 2006 et 2010 du code français.

D'après l'art. 1737, le mandataire qui renonce au mandat doit continuer à gérer jusqu'à ce que le mandant ait pris ses dispositions pour le suppléer. La doctrine paraît admettre la responsabilité du mandant pour l'acte fautif du mandataire, sauf bien entendu le recours du mandant contre le représentant³. La jurisprudence paraît admettre qu'il y a à tenir compte des abus de pouvoir du mandataire et que le mandant n'est pas obligé s'il n'a ratifié⁴.

154. — *Droit allemand*. Le code civil allemand (art. 164 à 180) traite de façon très complète la représentation directe, c'est-à-dire de celle qui se produit par-dessus le représentant, par opposition avec le cas de prête-nom.

Le représentant peut être une personne dont la capacité d'exercice des droits est amoindrie (art. 165). Il lui suffit donc de la capacité naturelle. Toutefois certains textes interdisent la nomination d'incapables comme représentants légaux : pour la tutelle, la puissance paternelle⁵.

La représentation se produit soit si le représentant a parlé au nom du représenté, soit s'il résulte des circonstances qu'il agit en son nom (art. 164), et a voulu agir ainsi (sauf d'ailleurs sur ce dernier point l'opinion contraire de Schlossmann)⁶.

¹ V. Valverde y Valverde, *Der civ. espanol*, I, p. 442 et suiv.

² Ici la pratique a rendu courante les notifications de révocation.

v. Manresa y Navarro, *op. cit.*, p. 561.

³ Manresa y Navarro, *Codigo civil espanol*, XI, p. 535.

⁴ Trib. Suprême, 1^{er} mai 1900 et 20 mars 1902.

⁵ V. *Trad. officielle*, I, p. 206. — Crome, *System*, I, p. 458.

⁶ *Stellvertretung*, 148, contra Endemann, I, p. 394. — Cosack D. B. R., I, p. 230, a).

I. Dans quelle mesure le représentant excédant ses pouvoirs lie-t-il le représenté? Le code tend à donner ici une grande place à la publicité de la procuration. Si celle-ci a été conférée à un tiers, elle garde sa valeur tant que ce dernier n'a pas reçu avis de son extinction (art. 170). S'il y a indication par dénonciation à un tiers ou par annonces publiques de la désignation d'un fondé de pouvoirs, celui-ci représente conformément à l'information donnée jusqu'à ce qu'il y ait une révocation en la même forme que l'information (art. 171).

Il en est de même si on remet au tiers le titre de la procuration conférée au représenté (art. 172).

Ces solutions ne s'appliquent pas si le tiers était de mauvaise foi ou aurait dû connaître nécessairement l'extinction de la représentation (art. 173).

II. Si quelqu'un sans pouvoir conclut un acte, au nom d'un autre, celui-ci n'est lié que s'il approuve. A cet effet le tiers peut l'inviter à prendre parti. Il doit le faire par acte adresse à ce tiers dans les deux semaines à partir de ce moment. S'il se tait, il est présumé refuser (art. 177). Jusque là le tiers peut de son côté révoquer (art. 178). A défaut de ratification¹, le représentant à son choix est personnellement obligé à exécuter le contrat ou à réparer le dommage (art. 179). S'il n'a pas connu son défaut de pouvoir, il est tenu seulement du dommage négatif².

Enfin le mandat, le droit de gérer la société continuent en cas de cessation du mandat ou de la société jusqu'à ce que le représentant connaisse l'événement, et il y a représentation sauf si les tiers sont de mauvaise foi ou auraient dû connaître le fait (art. 674, 729 et 169).

Les effets de la représentation sont fixés à l'art. 166. Pour les vices de la volonté, la bonne ou la mauvaise foi, on prend en considération la personne du représentant (art. 166, al. 1).

¹ V. sur la ratification, Crome, I, p. 469. — Endemann, *Lehrbuch Burg. Rechts*, I, p. 413.

² V. Plank, I, p. 306.

Mais dans le cas où le pouvoir de représenter a été conféré par procuration, si le représentant agit d'après les instructions précises du représenté, il faut que ce dernier soit lui aussi de bonne foi (art. 166, al. 2). Mais il semble bien que le représentant doit l'être également de son côté¹.

La question du mandataire substitué n'a pas été traitée en termes généraux par le code. En tous cas la substitution n'est pas absolument interdite². Le rôle du représentant passif a été aussi signalé avec insistance par les auteurs³.

155. — *Droit suisse.* Le code suisse des obligations de 1881 (art. 36 à 49) révisé en 1911 (art. 32 à 40) a traité de la représentation en général. Mais il ne s'occupe guère que de ses conditions⁴.

La représentation existe : 1° lorsque le représentant s'est fait connaître comme tel (art. 32, al. 2); 2° lorsque « celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il devait exister un rapport de représentation, ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre » (art. 32, al. 2); 3° « aussi longtemps que le représentant n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le représenté ou ses ayant cause deviennent par son fait créanciers ou débiteurs, comme si les pouvoirs existaient encore ». Il y a exception en cas de mauvaise foi du tiers (art. 37); 4° Lorsqu'une personne contracte sans mandat au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat (art. 38). L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare dans un délai convenable s'il entend ratifier, faute de quoi elle cesse d'être liée (al. 2).

¹ V. sur ces points, *Trad. officielle*, I, p. 208. — Plank, *Bürg. Gesetzbuch*, I, p. 289-291. — Endemann, I, p. 396.

² Dernburg, *Bürg. Gesetzbuch*, I, p. 538.

³ V. Cosack, I, p. 232.

⁴ V. à ce sujet, Rossel, *Manuel de dr. civil suisse*, III, p. 63. — Oser, *Obligationenrecht*, p. 133. — Schneider et Fick, *id.*, art. 32 et suiv. — Cf. Suter, *Entgeltliche Auftrag*, thèse Berne, 1905.

En outre de cela : il y a des actions délictuelles qui peuvent naître à la suite d'un fait de représentation.

Le représenté qui néglige de contraindre le représentant de restituer le titre constatant ses pouvoirs répond du dommage pouvant en résulter pour les tiers de bonne foi (art. 36).

Dans les cas d'actes irréguliers du représentant, celui-ci « peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat, à moins qu'il ne prouve que l'autre partie a connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs » (art. 39). En cas de faute du représentant, le juge peut si l'équité l'exige le condamner à des dommages-intérêts plus considérables.

Au titre du mandat (art. 394 et suiv.) et de la gestion d'affaires (art. 419 et suiv.), le code ne parle que des rapports du mandant ou du géré avec le mandataire ou gérant.

Au point de vue technique M. Oser considère que le code s'est rallié à la théorie de la représentation ¹.

La ratification est considérée comme acte unilatéral ² irrévocable. Elle n'est soumise à aucun délai, sauf le cas de l'art. 38, al. 2.

Si la ratification n'a pas lieu, le représentant doit réparation. Et il semble qu'il faut entendre par là le *Negativvertraginteresse*.

La représentation ne permet pas au représentant de modifier seul le contrat après coup. C'est ce que décide le code civil à l'art. 880 pour les établissements émetteurs de titres.

Quant aux cas de représentation, ils sont spécialement nombreux en droit suisse. Le code civil prévoit le droit de représentation du co-propriétaire indivis (art. 648), la désignation et le remplacement judiciaire d'un fondé de pouvoir en cas de cédule hypothécaire, etc. (art. 860), d'émission de

¹ V. *Obligationenrecht*, p. 137. Tout se passe donc comme si le représentant était un simple messenger.

² Oser, *op. cit.*, p. 159. — Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, art. 38, n. 7.

titres fonciers (art. 877), la représentation de la communauté continuée par le conjoint survivant (art. 231), la représentation de l'union conjugale par les deux époux séparément (art. 163).

155 bis. — *Droit anglais*¹. Le droit anglais admet la représentation (agency)². En la forme, il n'y a aucune forme imposée en général. La représentation peut même résulter d'un mandat tacite, parfois d'une gestion d'affaires. Mais si le représentant doit passer un contrat scellé, il doit avoir été désigné lui-même par contrat scellé, ce que l'on nomme *power of attorney*³. Celui-ci exige la capacité demandée pour le contrat même. Il s'applique strictement et il peut être irrévocable. La représentation suppose que le mandataire a révélé le nom du représenté (*principal*) ou a déclaré agir pour compte d'autrui. Sinon le tiers peut, mais sans y être forcé, considérer le représentant comme véritable partie au contrat⁴.

Bien qu'il n'y ait eu aucun mandat donné, une personne peut assumer les obligations découlant du contrat d'une autre, par une ratification⁵. Il faut pour cela que le représentant se soit présenté comme tel en vue du représenté qui devait se substituer à lui. Le représenté doit exister au moment où l'acte du représentant est passé. Sinon le représentant reste tenu personnellement.

La ratification suppose bien entendu que le contrat n'est pas mal comme illicite ou immoral. Elle peut d'ailleurs être expresse ou tacite.

¹ V. Jenks, *Digest*, I, p. 52.

² V. sur la difficulté de traduire ce terme, Stevens, *Éléments de droit commercial anglais*, trad. franc. p. 180, note a.

³ V. *Encyclopaedia of the Laws of England*, v. *Power of Attorney*, *Laws of England*, v. *Agency* et v. *Deeds and other instruments*.

⁴ Pollock, *Principles of Contracts*, p. 94. — Jenks, *op. cit.*, p. 53.

⁵ Jenks, *op. cit.*, p. 61.

⁶ Jenks, *op. cit.*, p. 53.

155 ter. *Droit tunisien et marocain.* Le code tunisien et le code marocain parlent de la représentation surtout à propos du mandat.

Celui qui traite avec le mandataire en cette qualité a toujours le droit de demander l'exhibition du mandat et au besoin une copie authentique à ses frais (art. 1152 Tunisien et 924 Marocain). Les réserves et traités secrets passés entre le mandant et le mandataire et qui ne résultent pas du mandat lui-même ne peuvent être opposés aux tiers si on ne prouve que ceux-ci en ont eu connaissance au moment du contrat (art. 1154, al. 2. et 926, al. 2).

Le mandant n'est pas tenu de ce que le mandataire aurait fait en dehors et au-delà de ses pouvoirs, sauf dans les cas suivants : 1° lorsqu'il l'a ratifié même tacitement ; 2° lorsqu'il en a profité ; 3° lorsque le mandataire a contracté dans des conditions plus favorables que celles portées dans ses instructions ; 4° même lorsque le mandataire a contracté dans des conditions plus onéreuses si la différence est de peu d'importance ou si elle est conforme à la tolérance usitée dans le commerce ou dans le lieu du contrat (art. 1155 et 927). Le mandataire qui a agi sans mandat, au-delà de son mandat est responsable envers les tiers avec lesquels il a contracté si le contrat ne peut être exécuté. Mais il n'est tenu d'aucune garantie s'il a donné à la partie connaissance suffisante de ses pouvoirs, ou s'il prouve que celle-ci en avait connaissance (art. 1156 et 928).

Rappelons que le représenté peut se prévaloir de l'erreur du représentant (art. 49 et 45) et qu'il répond de son dol (art. 56 et 52).

Si le mandataire agit en son nom, le tiers même ayant connu sa qualité de prête-nom a action contre lui et peut être poursuivi par lui (art. 1148 et 920).

D'après le code marocain, la ratification équivaut au mandat. Elle peut être tacite et résulter de l'exécution par le tiers

du contrat fait en son nom (art. 37, 1, code marocain). Le consentement ou la ratification peuvent résulter du silence lorsque la partie des droits de laquelle on dispose est présente ou en est dûment informée et n'y contredit point sans qu'aucun motif légitime justifie son silence (art. 38).

CHAPITRE IV

De la volonté.

156. — La volonté, coordination hiérarchique de nos désirs¹, est la base des actes juridiques publics ou privés. Elle y joue le rôle le plus important, car se présentant dans des conditions normales, elle a chance de se constituer dans des conditions conformes à l'intérêt général.

Comment la volonté peut-elle se présenter ?

Le principe est que la volonté peut se manifester de n'importe quelle façon : par des écrits, des paroles, des signes, des faits ou d'autre manière et que son existence est une question de fait². Mais la volonté doit être libre, sérieuse, distincte et intelligible³.

D'autre part, la volonté fait psychologique, ne peut avoir un effet juridique que si on en a pris conscience au dehors et compté sur sa persistance (v. supra).

Cette difficulté se décompose en plusieurs autres.

1° Le droit moderne tient-il compte d'une volonté non sérieuse ?

2° Tient-il compte des volontés exprimées intentionnellement par des apparences différentes de la volonté véritable² (actes simulés).

¹ V. sur ce point nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 286 et suiv.

² Jenks, *Digest of english civil law*, I, p. 32.

³ Art. 869 Civ. autrichien.

3° Tient-il compte seulement des volontés expresses. Ou donne-t-il aussi effet aux volontés tacites, ou même au silence comme expression de la volonté?

4° Tient-il compte dans certains cas des seules volontés exprimées en une certaine forme? (actes solennels).

5° Admet-il des volontés poursuivant par le même acte des buts de nature juridique différents? (actes complexes).

157. — Ces divers problèmes sont dominés par des idées de sécurité dans les relations sociales, mais envisagées suivant les cas de points de vue différents.

En exigeant une volonté expresse, un acte solennel, on donne plus de sécurité à celui qui doit vouloir, tandis que par contre on alourdit la conclusion des actes.

En exigeant une volonté sérieuse derrière la déclaration, on donne plus de sécurité au déclarant.

La question des actes simulés permet au déclarant d'avoir la sécurité malgré l'apparence différente qu'il a volontairement créé. Mais cette sécurité vient se heurter à celle que réclament les tiers, d'où un grave conflit. Enfin, en admettant les actes complexes, on assouplit le droit, mais on oblige les tiers à tenir compte des pièces compliquées qu'on leur présente et à discerner le mécanisme. On porte donc atteinte à leur sécurité.

158. — La volonté manifestée ne produit d'effet juridique que tout autant qu'elle est sérieuse. Il n'y a donc aucune conséquence si la volonté a été émise par jeu, ou avec une réserve mentale connue de celui à qui la déclaration s'adresse¹. Ou n'a constitué qu'une énonciation² ou une volonté dictée par autrui³. Ces solutions que le code civil allemand a consa-

¹ Jenks, *Digest*, I, p. 33.

² V. Cass. civ. 26 déc. 1900 S. 1902 I. 337. — Cf. Grenoble, 23 janvier 1893 S. 1895 2. 253.

³ V. pour un testament, Rouen 14 juin 1911. Rec. Rouen 1911 209.

créées¹ vont de soi.

Beudant² y assimile le cas où une personne promet une souscription à une œuvre de bienfaisance, et il admet que cette souscription même payée un certain nombre d'années n'est pas obligatoire pour l'avenir³. Mais aujourd'hui cela est sans intérêt, depuis que la loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association permet à tout sociétaire de se retirer moyennant paiement de toutes les cotisations échues et de celle de l'année courante (art. 4). Il semble qu'en principe l'adhésion à tout groupement lie du moins pour l'année courante. Il n'y aurait d'exception que pour une promesse vague de souscrire pour un monument, etc.

De même Beudant paraît admettre facilement qu'un prix indiqué à une devanture de magasin ne soit qu'une réclame et que le marchand ne doive pas l'objet. Le contraire paraît plus probable⁴.

Mais s'il y a une réserve mentale du déclarant qui est inconnue de l'autre partie, la manifestation de volonté produit ses effets⁵. On y arrive logiquement dans le système de la déclaration : on se doit à sa déclaration. On y parvient dans

¹ Art. 116 al 2 et 118. V. à ce sujet, Saleilles, *Déclaration*, p. 5 et 10. — Traduction officielle, p. 117 et 122. — Coviello, *Diritto civile* I p. 353. — Crome, I, p. 414 et 416. — Plank, I, p. 210 et 212. — Cf. Ihering, *Culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, II, p. 67, n. 29. — V. de même Beudant, n. 94. Cet auteur y fait rentrer le cas où un prospectus promet une somme importante à qui prouvera qu'un autre produit est meilleur marché, supérieur comme qualité. C'est aller fort loin. — Cf. Chironi, *Quest. di diritto civile*, p. 131. — Manenti, *Archivio giuridico*, tome 36, p. 547.

² *Obligations*, I, n. 95.

³ En ce sens, Orléans, 23 avril 1842 S. 43. 2. 383.

⁴ V. sur la limite des volontés non obligatoires juridiquement, tel qu'on les rencontre dans les rapports mondains infra. au chap. Consentement.

⁵ V. trib. Bruxelles, 14 nov. 1911. Pas. 1912 3. 5. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 354 — art. 25. Code Tunisien des obligations. — Crome, *Allg. Theil. trad. ital.*, p. 256. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 235. — Chironi, *Questioni*, III, p. 223.

le système de la volonté en s'appuyant sur la faute du déclarant. Celui-ci est tenu de réparer le préjudice qu'il a causé et la réparation peut consister à agir comme si la volonté avait existé réellement. Et cette idée semble applicable même aux actes unilatéraux ¹.

De ce cas rapprochons celui où sans qu'il y ait intention d'une personne de créer une pure apparence, celle-ci s'est produite. Ainsi une personne à qui un contrat avait été proposé veut d'abord l'accepter par télégramme, puis elle se ravise, reprend le télégramme et s'en fait rembourser le prix. Mais par une erreur de service, le télégramme est adressé, il n'y a pas acceptation ².

Le pseudo expéditeur pourrait-il être tenu à réparation? Ihering l'admet s'il y a eu imprudence ³. Mais lorsque ce n'est pas le cas, la négative s'impose. On ne peut faire supporter le risque d'expédition à celui qui a été prudent.

158 bis. — La volonté pour être efficace doit avoir conscience de l'effet pratique et économique qu'elle veut produire. Et ce sera ensuite au juge à déterminer quelle voie juridique doit être prise pour réaliser cette volonté. Au besoin si le déclarant a mal exprimé sa volonté, on la rectifiera.

Mais il n'est pas nécessaire que le déclarant ait conscience des moyens à employer pour arriver au but pratique qu'il poursuit. Sinon une personne étrangère au droit ne pourrait pas passer de contrats ⁴.

¹ Chironi, *Questioni*, IV, p. 252.

² Trib. comm. Marseille, 8 nov. 1901. *Rec. Marseille* 1902, 1, 38.

³ *Op. cit.*, n. 29, p. 66. — Cf. en ce sens (sol implic), Cass. Rome, 6 mars 1885, *Rivista per le scienze giuridiche* 1886, I, p. 422.

⁴ V. Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, p. 128.

De la simulation

159. — De la volonté non sérieuse, il faut rapprocher la volonté simulée¹. Il y a simulation lorsqu'un acte ostensible dissimule des volontés différentes de celles exprimées (v. art. 955 civ. argentin). Elle se distingue de la fiducie (aujourd'hui très rare) où l'on fait un acte de portée plus étendue que celui que l'on veut réaliser.

Il y a simulation soit lorsqu'en réalité les parties ont voulu ne faire aucun acte juridique (propriétés, titres inscrits au nom d'un tiers), c'est l'acte fictif, ou la simulation absolue, soit lorsqu'on a voulu faire un acte différent de celui indiqué (donation dissimulée sous forme de vente), c'est l'acte déguisée; soit lorsqu'on a inscrit dans le contrat une clause différente de la clause véritable (dissimulation partielle du prix), soit enfin si le bénéficiaire réel est autre que celui indiqué (donation à une personne pour un groupement non personnifié². Ce dernier cas est l'interposition de personnes³. C'est la simulation relative.

¹ V. sur la simulation, Capitant, 3^e éd., p. 257. — Planiol, II, 6^e éd., n. 1185. — Bartin, *Contre lettres*, thèse Paris 1885. — Paul Glisson, *De la simulation*, thèse Paris 1897. — Planiol, *Ex-doctrinal*, *Revue critique*, 1886, p. 622. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 240, § 175. — Baudry et Barde, I, n. 731. — Vjgouroux, *La simulation*, *Rev. gen. de dr.*, 1889 p. 193 et 304. — Pandectes belges, v^o *Simulation*. — Rep. alphab. du droit français, v^o *Simulation*. — Digesto italiano v^o *Simulazione*. — Descart, *La simulation*, thèse Bordeaux 1907. — Messina, *Simulazione assoluta*, *Riv. di diritto commerciale* 1907. — Ferrara, *Simulazione assoluta*, id 1908, p. 459 et *Della Simulazione nei negozi giuridici*. — Pestalozza, *Simulatione nei negozi giuridici*. La simulation se présente aussi en procédure : jugement d'expédient, déclaration de command.

² V. cep. Nancy, 21 oct. 1913, *Gaz. Pal.* 1913 2. 627 qui semble ne pas y voir une simulation.

³ C'est seulement depuis le milieu du XIX^e siècle que cette théorie de la simulation presque ignorée du code s'est dégagée dans la jurisprudence et s'est séparée de celle de la fraude. Aussi ce n'est guère que depuis 1850 que les arrêts sont ici utilement consultés.

La simulation au contraire n'existe pas si des parties veulent un acte juridique déterminé et arrivent ainsi à un résultat indirect qu'elles acceptent : lorsque par un acte formel elles arrivent à un résultat économique spécial : comme dans la donation par remise de dette, la donation rémunératoire¹.

La simulation se distingue du faux. Si un acte authentique est simulé il n'y a pas à l'attaquer par inscription de faux².

La simulation peut se concevoir même pour les actes juridiques abstraits³.

La simulation n'est possible que s'il y a contrat, convention ou du moins acte unilatéral adressé à une personne déterminée, car elle suppose une mensonge concerté entre plusieurs personnes, c'est ce qui la distingue de la réserve mentale qui est inconnue de l'autre partie.

160. — En principe l'effet de la simulation n'est qu'un aspect de l'effet des volontés non sérieuses. L'acte est sans valeur dans la mesure où il n'a pas été voulu. L'acte fictif tombera, la clause apparente sera effacée. Mais l'acte vaudra dans la mesure où il a été voulu : la donation dissimulée sous forme de vente aura effet, la libéralité à personne interposée vaudra à l'égard du tiers véritable⁴.

C'est ce que dit l'art. 1321 civ. visant le cas où la simulation peut être le plus facilement établie : celui où il y a une contre lettre. « Les contre lettres peuvent avoir leur effet entre les parties contractantes. »

Mais dans un cas spécial l'art. 1099 civ. est plus sévère. Pour les donations entre époux. « Toute donation ou déguisée faite à personnes interposées sera nulle⁵. »

¹ V. Crome, *Allg. Theil des franzosichen Obligat. rechts*, trad. ital., p. 257.

² Alves Moreira, *Direito civil português*, II, p. 159.

³ Pestalozza, *Simulazione*, p. 108.

⁴ V. sur le cas spécial de testament, Chironi, *Questioni*, IV, p. 282.

⁵ V. sur ce texte, Planiol, III, n. 3254. — Baudry et Colin, II, n. 4103 et suiv. — Demolombe, XXIII, n. 611 et suiv. — V. Cass. Req. 7 févr. 1849 S. 1849 I. 165.

L'action pour faire établir la situation véritable est imprescriptible¹.

L'acte simulé vaudra donc en principe tel qu'il a été voulu. La simulation n'est pas une cause de nullité. « La simulation n'est en général pas par elle-même une cause de nullité lorsque les parties ont fait sous une forme fictive ce qu'elles pouvaient accomplir sous une autre forme². » Mais si l'acte est fictif il tombera³.

Il est à peine besoin de dire que l'acte se trouvant rétabli tel qu'il a été voulu, il ne sera valable que s'il présente les conditions ordinaires de validité des contrats : consentement non vicié, capacité, objet licite, etc.⁴. L'art. 911, al. 1 civ. le dit d'ailleurs à propos des libéralités à des incapables. (V. de même, loi du 1^{er} juillet 1901, art. 17, al. 1)⁵.

¹ Moreira *Direito civil português*, II, p. 165 (arg. art. 1061 Port.) mais ceci doit être généralisé.

² Req. 9 nov. 1891, S. 1891 1. 78. — Civ., 5 déc. 1900 S. 1901 1. 229. — Req. 9 nov. 1898 S. 1900 1. 335 (sol implic). — Cass. 13 août 1800 S. chr. Req. 11 mars 1879 S. 1880 1. 53. — Req. 9 nov. 1869 S. 1870 1. 63. — Grenoble, 29 déc. 1872 S. 1873 2. 37 (vote d'actionnaires fictifs). — Caen, 9 avril 1853 S. 1854 2. 470. — Cass. Req. 13 mars 1854 S. 1855 1. 751. — Cass. Req. 6 mars 1883 S. 1884 1. 431. — Orléans, 1^{er} avril 1907 D. 1907. 2. 301. — Trib. Anvers, 14 mai 1890, Journ. Trib. 1890 933. — V. Planiol, II, n. 1191. — Colmet de Santerre, V, n. 47 bis. — Larombière, art. 1132, n. 8. — Demolombe, XXIV, n. 370. — Aubry et Rau, I *loc. cit.* — Baudry et Barde, I, n. — Laurent XII, n. 303. — Descart, *De la simulation*, thèse Bordeaux, 1907, p. 63. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 385. — Adde, trib. Tournai, 6 avril 1892. Jurispr. Trib. de 1^{re} inst., XL. 842. — Trib. Bruxelles, 20 nov. 1878, Pas. 1880 3. 81. — Rappr. art. 957, civ. Argentin et Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 821.

³ Cass. civ, 11 avril 1911 D. 1913 1. 423. — Nancy, 18 fév. 1885 S. 1886 2. 87. — Grenoble, 20 avril 1909, Mon. Lyon, 28 août 1909. — Lyon, 18 avril 1907, Mon. Lyon, 17 sept. 1907. — Dijon, 4 juill. 1904. Gaz. Trib. 1905, 1^{er} sem., 2. 18. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 235. Sur la nullité radicale de l'acte apparent, v. Pestalozza, p. 155.

⁴ V. Cass. civ., 18 oct. 1909 S. 1911 1. 489, avec note de M Tissier. Paris, 22 avril 1904 S. 1906 2. 276.

Cf. Planiol, II, n. 1192 et 1200. — Capitant, p. 258, note 2.

⁵ V. sur la sanction de ce texte, Douai, 6 avril 1914 S. 1915 2. 48. — Bordeaux, 12 juin 1876 S. 1877 2. 12. — Baudry et Colin, I, n. 533. — Planiol, III, n. 2982.

Le droit de dissimuler ainsi la situation véritable n'est qu'une conséquence du droit reconnu de faire des actes secrets¹.

La simulation soulève trois ordres de difficultés.

Quel est l'effet produit par ce fait que la simulation est établie ?

Que décider si l'acte caché était soumis à des formes solennelles qui n'ont pas été observées ?

Comment se fera la preuve de la simulation ?

En principe les effets de la simulation établie sont simples. Entre les parties ou à l'égard des tiers, la volonté réelle des contractants va produire son effet véritable². Mais cette conception individualiste déduite de l'autonomie de la volonté va se heurter à des solutions contraires tenant principalement à la sécurité des tiers. Ceux-ci doivent pouvoir se fier aux apparences c'est-à-dire à la déclaration de volonté. S'il a plu aux intéressés pour frauder le fisc, pour éviter de révéler une situation délicate de dissimuler la vérité, ayant eu les avantages ils doivent supporter les inconvénients. La sécurité sociale l'exige ainsi.

En principe la situation vraie peut être invoquée à l'égard des tiers. On peut par exemple leur opposer une condition dissimulée adjointe à la créance qu'ils ont acquise³. Cette solution toutefois est l'extrême limite des solutions déduites du rôle de la volonté vraie.

Entre les parties l'acte simulé en tant que tel ne produit pas d'effet s'il y a simulation absolue. L'acte apparent ne peut avoir de conséquence que comme fait, s'il y a simulation

¹ V. Amiens, 27 déc. 1916, Gaz. Trib. 1917. 2. 380. La jurisprudence admet même qu'on peut imposer le secret en stipulant qu'on ne pourra être mis en cause dans un procès avec un tiers. Civ., 1^{er} fév. 1910 S. 1910 1. 429.

² Sur le point de savoir si la simulation entraîne une véritable inexistance de l'acte, ce qui serait notre avis, v Chironi, *Questioni*, III, p. 38.

³ Req. 20 août 1862 D. 1863 1. 150.

absolue¹. S'il y a simulation relative, l'acte réellement voulu produira ses effets sous condition que cette volonté soit suffisamment exprimée par un des modes ordinaires².

L'acte apparent constitue en principe un simple fait et c'est l'acte caché qui seul a un caractère juridique³. Aussi a-t-on tort en le considérant comme une convention modifiant ou annulant l'acte apparent⁴.

161. — Lorsque la simulation est établie, on ne peut faire valoir l'acte dissimulé à l'encontre des tiers acquéreurs. C'est ce qu'implique l'art. 1321 en disant : les contre-lettres « n'ont point d'effet contre les tiers⁵ ». On ne peut se faire un titre du dol que l'on a commis, lorsque celui-ci est indéterminé⁶.

Cet article est considéré comme protégeant non seulement les tiers complètement étrangers aux parties, mais encore les ayant cause à titre particulier⁷, les créanciers chirographaires⁸. Cette extension du mot tiers a été nécessité par la sécu-

¹ V. Pestalozza, *op. cit.*, p. 160. Ainsi une vente simulée de bien héréditaire peut valoir acceptation de succession.

² Pestalozza, *op. cit.*, p. 175.

³ Pestalozza, *op. cit.*, p. 185.

⁴ V. cep. Demolombe, XXIX, n. 305.

⁵ V. Cass. Req. 22 mai 1900 S. 1901 1. 144. — Cass. Req., 15 juill. 1896 S. 1900 1. 483. — Nancy, 4 janv. 1894 S. 1895 2. 10. — Cass. Req. 11 mars 1890 S. 1890 1. 208 D. 1893 1. 369 avec note de M. R. Beudant. — Caen, 17 mai 1873 S. 1874 2. 46. — Liège, 5 avril 1815 Pas 1815. 346.

Contra Alger, 8 juill. 1896. S. 1900 1. 72.

V. sur cet article, Bufnoir, p. 769. — Laurent, XIX, n. 182. — Huc, VIII, n. 232. — Colmet de Santerre, V, p. 527. — Larombière, art. 1321, n. 9. — Baudry et Barde, IV, n. 2385 et suiv. — Cf. Descart, thèse citée, p. 71 et suiv.; sur le sens du mot tiers en ce cas, v. Bardin, *op. cit.*, p. 185.

⁶ V. Pestalozza, *op. cit.*, p. 275.

⁷ Baudry et Barde, IV, n. 2407. — Bruxelles, 2 mars 1820. Pas 1820 135.

⁸ Req. 15 fév. 1897 1. 247. — Req. 15 juill. 1896 S. 1900 1. 483 D. 1897 1. 460. — Cass. civ., 8 mars 1893 S. 1893 1. 193 D. 1893 1. 243. — Req. 3 janv. 1883 S. 1883 1. 69. D. 1883. 1. 416. — Cass. civ. 29 juin 1881 S. 1883 1. 218 D. 1882 1. 106. — Req. 18 août 1874 S. 1875 1. 255 D. 1875 1. 123. — Cass. civ. 16 déc. 1840 S. 1841 1. 167. — Cass. civ. 27 fév. 1835 S. 1835 1. 361. — Lyon, 21 juin 1837 S. 1837 2.

rité des transactions, c'est ce motif qui explique que les héritiers qui n'ont pas contracté ne profitent pas de l'art. 1321.

Mais cet article ne s'applique pas au tiers qui en fait a connu la situation et qu'il est inutile de protéger¹. Néanmoins cette exception ne vise pas le cas où la transcription de l'acte secret a eu lieu. On peut malgré la publicité être de bonne foi².

162. — Mais les tiers au lieu de s'en tenir à la situation apparente peuvent établir la simulation³ à charge d'en faire la preuve⁴. On a dit pour expliquer cette solution que l'art. 1321 écrit en leur faveur, ne peut leur nuire. Cela ne suffit pas. L'art. 1321 repose sur cette idée que les tiers ont dû se fier à l'apparence, qu'elle doit exister seule à leur égard. Mais c'est oublier que la volonté réelle seule est une appré-

444. — Lyon, 14 fév. 1906. Loi 10 déc. 1906. — Caen, 17 mai 1873 S. 1874 2 46. — Planiol, II, n. 1195. — Laurent, XIX, n. 190. — Huc, VIII, n. 233. — Demolombe, XXIX, n. 345. — Larombière, 1321, n. 9. — Aubry et Rau, 4^e éd., VIII, p. 268. — Baudry et Barde, IV, n. 2409. — V. cep Cass. civ. 3 juill. 1882 S. 1882 1, 459, fondé sur le manque de qualité du demandeur, Pastalozza, *op. cit.*, p. 296.

¹ Lyon, 21 juin 1837 S. 1837 2. 444. — Laurent, XIX, n. 192. — Baudry et Barde, IV, n. 2411. — Demolombe, XXIX, n. 347. — Huc, VIII, n. 232. — Aubry et Rau, 4^e éd., VIII, p. 268. — Larombière, art. 1321, n. 10. — Barassi, *Istituzioni*, p. 160. — Pestalozza, *op. cit.*, p. 288.

² V. Giovane, *Negoziio giuridico rispetto ai terzi*, n. 142. — Contra Pestalozza, p. 291.

³ Cass. Req., 25 juill. 1864 S. 1864 1. 452 (2^e arr.). — Cass. civ., 13 mars 1861 S. 1861 1. 438. — Req., 23 juin 1887 S. 1887 1. 291. — Cass. 16 mars 1887 S. 1890 1. 301. — Trib. comm. Seine, 29 oct. 1898. Loi, 25 déc. 1898. — Cf. Trib. Verviers, 30 nov. 1892. *Jurispr. des cours*, XLI, 633. — Trib. Gand, 29 mai 1895, *Journ. Trib.*, 1895 726. — Aubry et Rau, 4^e éd. VIII, p. 269. — Demolombe, XXIX, n. 348. — Laurent, XIX, n. 193. — Huc, VIII, n. 234. — Larombière, art. 1321, n. 11. — Baudry et Barde, IV, n. 2417. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 387. Ainsi un tiers peut établir qu'un mandat est simulé et que son paiement fait au mandataire réel et valable, Trib. Bruxelles, 29 mai 1896. Pas., 1896 3. 285.

⁴ Trib. Verviers, 9 oct. 1895. *Jurispr. des cours*, XLIII, 951. — Trib. Anvers, 28 fév. 1898. Pas., 1898 3. 300. — Trib. Bruxelles, 21 nov. 1894. Pas., 1895 3. 31. — Trib. Bruxelles, 18 mai 1898, Pas., 1898 3. 232.

ciation correcte des intérêts en présence. Il faut donc lui donner la préminence sur l'apparence toutes les fois qu'on le peut sans nuire à la sécurité des transactions. C'est le cas ici.

Si les tiers peuvent bien agir pour faire déclarer la simulation, il leur faut du moins un intérêt suffisant¹.

Mais la simulation ne peut être déclarée à la demande d'électeurs qui prétendent qu'une acquisition d'immeubles pour se faire inscrire sur les listes électorales d'une commune est fictive, car ils n'ont pas qualité pour cela, n'étant ni créanciers, ni ayant droit². Peut-être surtout les difficultés pratiques ont-elles fait hésiter ici à admettre l'action : la simulation étant douteuse dans nombre de cas.

Dans le cas où un tiers attaque un acte comme simulé, il n'a pas besoin comme dans l'action paulienne que son droit soit antérieur à l'acte attaqué. Il rétablit la situation vraie, il n'agit pas en nullité³.

Ces principes s'appliquent-ils à la demande en justice par un prête-nom. Le défendeur peut-il dire qu'il entend plaider avec le titulaire du droit ? La jurisprudence admet l'action du prête-nom s'il n'y a pas fraude ni préjudice pour le tiers⁴.

¹ Sur le principe, v. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 240 et I, p. 176. — Baudry et Barde, I, n. 733. — Planiol, II, n. 1185 et 1202.

² Besançon, 20 janv. 1909, Gaz. Trib. 18 fév. 1909. Cass. civ., 11 avril 1910 S. 1912 I. 97. Cass. Req. 14 mars 1911 I. 323. S. 1912 I. 99.

³ Dijon, 4 juillet 1904, Gaz. Trib. 1904, 1^{er} sem. 2. 18. — Grenoble, 19 fév. 1892 D. 1893 2. 475. — Lyon, 2 déc. 1892, Gaz. Pal. 1893 I.

104. — Lyon, 28 fév. 1884 S. 1885 2. 129. — Lyon, 27 juin 1874 D.

1877 2. 199. — Poitiers, 17 août 1854 D. 1855 2. 99. — Trib. Termonde, 15 fév. 1890. *Belgique judic.* 1890. 286. — Liège, 1^{er} avril 1908, *Jurispr.*

Liège, 1908 254. — Planiol, II, n. 1203. — Huc, VII, n. 231. — Laurent, XVI, n. 497. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 240. — Larombière, art. 1167, n. 63. — Demolombe, XXV, n. 235. — Baudry et Barde,

I, n. 733.

⁴ Paris, 15 mars 1918, Gaz. Trib. 1918, 2. 293. — Req. 28 juill. 1869 D. 1872 I. 64. — Poitiers, 17 août 1854 D. 1855 5. 280. — Montpellier, 9 mai 1851 D. 1854 5. 14.

Le défaut d'intérêt du défendeur rend l'exception non recevable.

Mais le titulaire du droit peut intervenir au procès et soutenir ses prétentions ¹.

Exercée par un tiers, l'action en déclaration de simulation ressemble à l'action paulienne. Mais les conditions et les effets en diffèrent. Les créanciers et certains seulement peuvent exercer l'action paulienne. Celle-ci suppose un acte que l'on a voulu réellement. Celle-ci ne fait considérer l'acte comme non venu que dans la mesure utile au demandeur. Elle n'est pas possible contre tous les acquéreurs. Aussi les tiers peuvent exercer simultanément les deux actions ². Le juge devra examiner d'abord la simulation dont les effets sont plus radicaux. Mais il ne pourra bien entendu admettre qu'une seule des actions ³.

163. — L'art. 1321 peut-il être invoqué non dans les rapports entre les contractants et un tiers, mais entre l'ayant cause d'un contractant et l'ayant cause de l'autre. Lorsque des créanciers ou des tiers prouvent la simulation, peuvent-ils l'invoquer contre les tiers acquéreurs de bonne foi du propriétaire apparent. L'affirmative commandée par la logique de la théorie de la volonté pure est vivement combattue ⁴. En effet la théorie négative inspirée par la sécurité sociale, se rattachant au principe de

¹ Paris, 5 mars 1918, précité. — C. sup. justice Luxembourg, 3 juill. 1891 D. 1893 2. 373.

² Chironi, *Questioni*, III, p. 55. — Lucques, 30 nov. 1888.

³ Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 424. — Cf. Chironi, *Questioni*, III, p. 34.

⁴ V. pour la négative, Req. 20 juill. 1910 D. 1910 1. 392. — Orléans, 10 fév. 1876 S. 1876 2. 321, avec note D. 1877 2. 113. — Huc, VII, n. 232. — Planiol, II, n. 1199. — Gand, 6 avril 1889. Pasier, 1889 2. 324. — Ascoli, *Riv. dir. civile*, 1909, p. 75. — Contra Laurent, XVI, n. 499. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 360. — Pestalozza, p. 311. — Paris, 5 juin 1905 D. 1908 2. 129 avec note de M. Loynes, cassé, le 13 nov. 1912 (D. 1913 1. 433, avec note de M. de Loynes), sur un autre point. — Cf. Ferrara, *Simulazione*, p. 264 et suiv. — V. sur la jurisprudence italienne qui est divisée, Pestalozza, p. 323 et suiv.

la déclaration de volonté donne plus de sécurité à ceux qui ont traité avec le propriétaire apparent. C'est une doctrine de sécurité dynamique¹. Et ici le perdant sera d'ordinaire un créancier chirographaire, qui a suivi la foi de son débiteur et qui ne peut donc s'en prendre qu'à lui. Aussi approuvons-nous l'arrêt de la cour de cassation.

164. — Les théories favorables à la sécurité des transactions se font encore jour par une limitation assez grande des actes susceptibles d'être attaqués par la simulation.

Celle-ci en effet ne peut être invoquée contre tous les actes. Elle ne peut l'être contre le mariage², le divorce³. Quelques arrêts l'ont décidé. Il faut le proclamer bien haut. Il est des actes si graves (ceux que les publicistes nomment ou actes conditions, ou institutions), qu'on ne peut permettre aux parties de n'en faire qu'une apparence. Il faut en dire autant de l'adoption, de tous les contrats familiaux, des opérations graves du droit public. Pourrait-on nommer un fonctionnaire qui ne serait qu'un roi de carnaval⁴.

Une autre série d'actes encore ne comporte pas l'application de la simulation. D'abord elle est inapplicable aux actes unilatéraux qui n'ont de valeur juridique que portés à la connaissance de certains tiers. Si cette mesure a eu lieu, la contre lettre est apparente, elle perd sa nature⁵. Si elle ne s'est pas produite, il n'y a pas d'acte juridique. Ensuite toutes les fois qu'un acte n'est pleinement opposable aux tiers que par

¹ V. sur la sécurité dynamique nos *Notions fondamentales*, p. 70 et suiv.

² Cass. 30 avril 1808. Aix, 7 ventose an XII, cités par Glasson, p. 97. — *Contra Pestalozza, op. cit.*, p. 58.

³ Aix, 1813, *id.*, p. 100.

⁴ Rapprochez l'interdiction du mandat impératif qui fait de l'élu un simple titulaire apparent de la fonction.

⁵ M. Barassi, *Notificazione*, p. 179, admet la simulation si le destinataire connaît la divergence entre la notification et l'intention. Mais n'est-ce pas plutôt un cas où le destinataire sera réputée de mauvaise foi, un cas de réserve mentale connue, ce qui reviendra d'ailleurs au même au point de vue pratique. Cf. Ferrara, *Simulazione*, 2^e éd., p. 96 et suiv. — *Pestalozza, op. cit.*, p. 49.

suite d'une publicité : inscription, transcription, signification, si celle-ci n'a pas eu lieu, les tiers peuvent évidemment se prévaloir de son absence. La non publicité de l'acte secret fait qu'ils peuvent évidemment se prévaloir de son absence. Le non publicité de l'acte secret fait qu'ils peuvent se fier pleinement à la situation apparente¹. Si au contraire la contre-lettre a été publiée, elle perd sa nature d'acte secret. La situation vraie peut être invoquée par tous ou contre tous.

On avait aussi prétendu que la preuve de la simulation était impossible contre les clauses d'un contrat de mariage. Mais quelque soit la gravité de cet acte, rien ne doit empêcher ici de rétablir la vérité².

165. — Le principe qui se dégage de la loi et de la jurisprudence et qui peut servir de guide pour les solutions de questions nouvelles est donc le suivant.

En cas de simulation, on donne la préférence à la volonté réelle sur la volonté déclarée. Mais ce principe inspiré uniquement de l'intérêt des simulateurs cesse de s'appliquer toutes les fois qu'un tiers qui a contracté avec eux en subirait préjudice. Les tiers doivent pouvoir se fier à l'apparence, sans d'ailleurs, nous les avons, y être forcés. On concilie ainsi ce que nous avons appelé la sécurité statique et la sécurité dynamique³. Les contractants sont régis par leurs volontés réelles et les tiers peuvent se fier aux apparences.

166. — Lorsqu'il y a simulation, l'acte qu'on dissimule doit-il être régulier en lui-même et obéir aux règles de forme que la loi prescrit ?

La question s'est présentée d'abord en cas de donations déguisées sous forme d'acte à titre onéreux : vente, etc. Une

¹ Cass. civ. 18 mai 1897, S. 1898, I. 225 avec note de M. Tissier. D. 1897. 2. 225. avec note de M. de Loynes. — de Loynes note précitée. Contre Tissier note précitée : Baudry et Barde, IV, n. 2412.

² Paris, 13 juin 1907. Gaz. Trib., 8 juillet 1907. *Revue de dr. civil.* 1907, p. 597. — Cf. en droit italien Pestalozza, *op cit.*, p. 101.

³ V. à ce sujet nos *Notions fondamentales*, p. 70 et suiv.

jurisprudence constante admet la validité de ces donations¹ en se fondant sur l'art 911 et sur l'art. 918 civ. qui supposent cette validité dans des cas spéciaux. Il faut surtout y voir un sentiment d'hostilité contre le formalisme des donations².

Mais dans les autres cas la jurisprudence se montre plus sévère³. Ainsi elle a annulé un testament fait en forme de billet payable au décès parce que l'acte n'était pas olographe⁴.

Il faut donc admettre ce principe qu'un acte solennel dis-

¹ Trib. Seine, 5 avril 1813, Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2. 142. — Cass. civ. 3 déc. 1912, Gaz. Trib., 1913, 1^e sem., 1. 80. — Req. 22 avril 1913, Gaz. Pal. 1913, 1. 703. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 641. — Cass. civ. 29 mai 1889, D. 1889, 1. 369. — Req. 26 avril 1893, D. 1893, 1. 359. — Paris, 12 juillet 1889, S. 1893, 1. 457. — Cass. civ. 28 janv. 1903, D. 1903, 1. 238. — Douai, 8 juill. 1897, D. 1899, 2. 73.

Cass. civ. 11 juin 1888, S. 1888, 1. 409. — Lyon, 11 juill. 1908, D. 1910, 2. 100. — Dijon, 11 mai 1904, D. 1910, 1. 286.

Cass. civ., 30 nov. 1896, D. 1897, 1. 584, S. 1897, 1. 89. — Cass. civ., 11 févr. 1896, S. 1896, 1. 69.

Caen, 22 mars 1911, S. 1911, 2. 271. — Cass. civ., 18 oct. 1909, D. 1910, 1. 462, S. 1911, 1. 489 avec note de M. Tissier. — Dijon, 5 févr. 1913. *Rec. Dijon*, 1913, p. 23.

Angers, 30 mai 1873, S. 1875, 2. 276. — Cass. Req. 25 juillet 1876, D. 1878, 1. 123, S. 1878, 1. 291. — Dijon, 24 déc. 1865, S. 1865, 2. 141.

— Cass. Req. 23 mars 1870, S. 1870, 1. 214. — Cass. Req. 7 janvier 1862, S. 1862, 1. 599. — Cass. Req. 6 déc. 1854, S. 1854, 1. 801. — Bordeaux, 26 avril 1854, S. 1855, 2. 109. — Amiens, 16 nov. 1852, S. 1854, 2. 60. — Cass. Req. 25 fév. 1836, S. 1836, 1. 603. — Cass. civ., 26 juill. 1848, S. 1849, 1. 257. — Cass. civ., 13 août 1817, S. chr., Cass. civ. 20 nov. 1826, S. chr. civ. 23 avril 1827, S. chr. civ. 6 pluv. an XI, S. chr. Cass. civ. 19 nov. 1810, S. chr. Cass. civ., 20 oct. 1812. Civ. 31 mai 1813. Civ. 31 oct. 1809. Bruxelles, 22 janv. 1895. Pas. 1896, 2. 140.^e — Trib. Tournai, 6 mars 1894. Pas. 1894, 3. 220. — Liège, 21 déc. 1897. Pas. 1898, 2. 178. — Liège, 16 nov. 1898. Pas. 1899, 2. 132. — Trib. Seine, 18 mai 1914. Gaz. Trib., 1914, 2^e sem., 2. 56. — Aubry et Rau, VII, 4^e éd., p. 84. — Planiol, III, n. 2554. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 286. *Contrà* Huc. VI, n. 191. — Laurent, XII, n. 304. — Demolombe, XX, n. 99. — Baudry et Colin, I, n. 1239. — Bufnoir, p. 507. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 298.

² On admet de même que l'état estimatif est ici inutile. Limoges, 11 déc. 1856, sous Cass. S. 1859, 1. 836.

³ V. en ce sens. *Bartini, op. cit.*, p. 166.

⁴ Req. 25 nov. 1890. D. 1891, 1. 421. V. Planiol. *Ex doct. Revue critique*, 1892, p. 526. Cf. *Glasson, op. cit.*, p. 125. *Rappr.* Angers, 30 mai 1873, D. 1873, 2. 140 (sol. implic.).

simulé doit même dans la forme apparente présenter les conditions de fonds exigées par la loi pour l'acte dissimulé.

La jurisprudence a admis en conséquence qu'un gage dissimulé sous forme de vente doit contenir dessaisissement du débiteur¹. Elle admet même que la donation déguisée est nulle s'il n'y a pas dessaisissement irrévocable du donateur².

167. — Lorsqu'il y a simulation, ne faut-il se préoccuper dans aucune mesure de la validité de l'acte apparent? Cela serait la conséquence logique de la théorie de la volonté et du principe que l'acte apparent n'est qu'un masque sans importance.

Mais pour les donations déguisées, une jurisprudence très ferme admet que la donation ne vaut que si elle se dissimule sous un acte valable « Les libéralités faites sous la voile d'actes à titre onéreux sont valables en la forme lorsqu'elles réunissent les conditions requises pour la constatation des actes dont elles empruntent l'apparence³ »

Ainsi une donation sous forme de reconnaissance de dette doit porter une signature précédée du bon pour⁴.

Une donation sous forme de vente sans prix sérieux est nulle⁵.

Il n'y a pas seulement là une mesure pour protéger les tiers, qui ne se fient qu'à un acte d'apparence régulière, car les arrêts ont été rendus dans des procès entre donateurs et donataires. Il y a cette idée que la donation déguisée doit du

¹ Cass. Req., 17 janv. 1876, S. 1877, I, 21.

² V. Dijon, 11 mai 1904, S. 1907, I, 457. — Angers, 30 mai 1873, S. 1873, 2, 276. — Dijon, 24 févr. 1865, S. 1865, 2, 141.

Les auteurs voient parfois là une règle de fond. V. Baudry et Colin, I, n. 1248, contra Cass. Req. 6 déc. 1854, S. 1854, I, 801.

³ Cass. civ. 18 oct. 1909, S. 1911, I, 489 avec note de M. Tissier. Paris, 22 avril 1904, S. 1906, 2, 276. — Cass. civ., 11 févr. 1896, S. 1896, I, 69. — Cass. civ. 29 mai 1880, S. 1889, I, 471.

⁴ Cass. Req. 7 mars 1898, S. 1902, I, 231. — Angers, 30 mai 1873, S. 1873, 2, 276. Rapp. Cass. civ., 29 déc. 1890, S. 1894, I, 442.

⁵ Cass. Req. 26 avril 1893, S. 1893, I, 413.

moins se présenter sous une apparence sérieuse. Il faut quelque chose à quoi accrocher l'acte, car l'acte apparent et l'acte simulé exige une capacité, un consentement, un objet, une preuve. L'acte apparent et l'acte caché sont comme deux branches d'un tronc commun dont l'une cache la vue de l'autre. Si la souche commune est fragile, tout est nul. La donation déguisée reste donc un contrat formel, si bizarre que cela paraisse. La forme exigée est une apparence valable¹.

Cette doctrine a été contestée² en se fondant sur la stricte logique qui nous semble en opposition avec l'utilité pratique.

168. — Jusqu'à quel point l'apparence valable est-elle exigée? On peut le concevoir de deux façons: ou dire il suffit que rien ne fasse croire à la nonvalidité. C'est une présomption raisonnable conforme au principe appliqué par l'art. 1132: ce qui n'apparaît pas irrégulier est supposé régulier, principe de bons sens s'il en fut. Cependant la jurisprudence est contraire.

Si une personne présente un billet non causé, et si elle dit que la cause est une libéralité, on annule³, de même si une libéralité est faite sous forme de compte joint. Rien n'indiquant une cause autre que la libéralité, l'acte est nul⁴. Ainsi d'après la jurisprudence il ne suffit pas de dissimuler la cause en la taisant, il faut avoir soin de mentir.

La jurisprudence a aussi conclu pendant longtemps de là

¹ Cf. pour le bail. Bruxelles, 1^{er} juillet 1891. Journ. Trib., 1891, 1. 129. — V. l'application à une donation mal déguisée en un compte joint. Req. 22 avril 1913, D. 1914, 1. 193.

² Pestalozza, *Simulazione*, p. 166 et nombre d'arrêts italiens cités par lui.

³ Cass. civ. 23 mai 1876, S. 1876, 1. 342.

⁴ Req., 22 avril 1913, Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1. 69.

que les libéralités avec charges secrètes sont nulles¹.

Il y a ici une crainte légitime des fraudes. Mais peut-être a-t-on un peu oublié que la fraude peut s'établir par simple présomption. Mais elle vient de se déjuger par un arrêt important².

169. — Comment peut-on prouver que l'acte écrit présenté est simulé. La question doit être examinée séparément suivant qu'elle s'agit entre les parties à l'acte ou à l'égard des tiers en prenant pour base cette idée que les parties peuvent se reprocher de n'avoir pas dressé un acte écrit, mais qu'il en est différemment pour les tiers à qui la preuve testimoniale et par présomptions doit être ouverte (art. 1348 civ.). Si une partie prétend que l'acte est simulé, elle peut le prouver³ mais conformément au droit commun. Or, de droit commun « il n'est reçu aucune preuve par témoins outre et contre le contenu aux actes » (art. 1341 civ.)⁴. Il faudra donc présenter

¹ V. Caen, 21 déc. 1905. D. 1907, 2. 345. — Cass. Req., 30 nov. 1869. S. 1870, 1. 119. — Cass. Req., 13 janv. 1857, S. 1857, 1. 180. D. 1857, 1. 197. — Colmar, 22 mai 1850. S. 1852, 2. 435. — Douai, 15 déc. 1848, S. 1849, 2. 537. — Cf. Douai, 1^{er} mai 1894, S. 1895, 2. 1. avec note Labbé. V. Planiol, III, n. 3022-3025. — Baudry et Colin, I, n. 363. — Demolombe, XVIII, n. 609. — Aubry et Rau, VII, p. 71, 4^e éd. — Laurent, XI, n. 318. Cf. Sieu, *Les charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*, thèse de Paris, 1909. Rappr. Demogue, *Notions fondamentales*, p. 613. — Contrà Liège, 20 juillet 1898. Pas. 1899, 2. 300.

² Cass. civ., 4 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 1. 459. Cet arrêt déclare la formule : je laisse à mon légataire universel mes instructions, valable, si rien ne se rencontrait « de suffisant pour faire la preuve certaine de l'interposition de personnes ou de la charge illicite ».

³ V. cep. Bruxelles, 24 juill. 1863. Pas. 1863, 2. 308. Liège, 16 mars 1904. Pand. per. 1904, 731

⁴ Cass. civ., 31 janv. 1900. S. 1901, 1. 347. — Cass. Req., 14 juin 1899. S. 1899, 1. 464. — Cass. 21 janv. 1903. Rec. gén. belge, 1904, 143. — Cass. Rome, 15 oct. 1898, S. 1899, 4. 37. — Req. 10 juill. 1899. S. 1899, 1. 488. — Cass. civ., 2 juill. 1895, S. 1899, 1. 468. — Cass. Req., 4 janv. 1897, D. 1897, 1. 126. S. 1898, 1. 309. — Cass. civ., 10 mars 1896, S. 1896, 1. 493. — Aix, 23 janv. 1871, D. 1871, 2. 52. S. 1871, 2. 264. — Montpellier, 8 fév. 1876, S. 1876, 2. 295. — Cass. Req., 9 nov. 1875, D. 1876, 1. 443. S. 1877, 1. 293. — Paris, 24 fév. 1865, S. 1866, 2. 144. Req. 16 nov. 1859, S. 1860, 1. 266. — Turin,

une preuve écrite, ce qu'on nomme une contre lettre, ou un commencement de preuve par écrit, ce qui permettra de compléter la preuve par témoins ou par présomptions, ou obtenir l'aveu de l'adversaire.

Mais la simple preuve contraire sera suffisante, même invoquée contre un acte authentique, car celui-ci ne fait pas preuve jusqu'à inscription de faux de la réalité des faits constatés¹.

Mais si une partie prétend contre l'autre qu'il y a fraude à la loi, elle pourra alors prouver la simulation par tous moyens, même par simples présomptions. Il y a un intérêt d'ordre public à ce que la fraude soit facilement prouvée².

De ces décisions résulte que les parties qui ont participé

28 déc. 1896. D. 1898, 2. 398. — Bordeaux, 2 juin 1887, D. 1888, 2. 125. — Cass. Rome, 17 mai 1916. Guir. ital., 1916, 1. 830. — Grenoble, 21 nov. 1905. Rec. gén. belge, 1908, 190. — Alger, 18 juin 1895, D. 1896, 2. 309. — Paris, 7 mai 1875, D. 1876, 2. 137. Req., 31 juill. 1872, D. 1873, 1. 340. — Poitiers, 6 juill. 1910. Gaz. Pal. 1910, 2. 389 (simulation à la demande d'un créancier). — Liège, 18 nov. 1876. Pas. 1877, 2. 109. — Trib. Gand, 31 oct. 1900, Pas. 1902, 3. 29. — Trib. Arlon, 18 mars 1903, Pand. per. 1906, 130. Trib. Seine, 14 juin 1910. Gaz. Trib. 22 sept. 1910. — Riom, 17 avril 1907. Loi 9 nov. 1907. Trib. Gand, 6 juill. 1898. Pas. 1899, 3. 218. — Trib. Nivelles, 14 janv. 1891. Pas. 1892, 3. 65. — Trib. Tournai, 20 déc. 1878. Pas. 1879, 3. 198. Laurent, XIX, n. 590. — Planiol, II, n. 1204. — Aubry et Rau, VIII, 4^e éd., § 765. — Descart, thèse citée, p. 106. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 361. — Pestalozza, *op. cit.*, p. 201.

¹ V. not. Req. 21 févr. 1912, S. 1913, 1. 215. — Pestalozza, *op. cit.*, p. 204. — Cf. Cass. belge, 5 juill. 1894. Pas. 1894, 1. 259.

² Trib. corr. Seine, 27 juin 1914, Gaz. Trib., 1914, 2^e sem. 2, 144. Pau, 21 févr. 1912, S. 1912, 2. 120. — Cass. Req., 2 mars 1904, D. 1904, 1, 615. S. 1904, 1. 260. — Rouen, 23 déc. 1871. S. 1872, 2. 101. — Nancy, 15 juin 1878. D. 1879, 2. 236. — Cass. Req. 7 avril 1903, Gaz. Pal. 1903, 2. 302. — Liège, 9 juin 1897. Pas. 1898, 2. 20. — Trib. Bruxelles, 18 janv. 1893. Pas. 1893, 3. 99. — Gand, 7 fév. 1905, Pas. 1905, 2. 350. Cass. belge, 14 mai, 1903. Pas. 1903, 1. 216. — V. de même, Liège, 20 mars 1901. *Belgique judic.*, 1901, 1165 (donation déguisée révoquée pour survenance d'enfant). — Req. 29 nov. 1897, S. 1902, 1. 15. — Req., 9 déc. 1913, Gaz. Pal. 1914, 1. 231. Laurent, XIX, n. 594. — Pestalozza, *op. cit.*, p. 215.

Contrà Chambéry, 6 mai 1861, S. 1861, 2. 643. — Gand, 24 déc. 1886, *Journ. Trib.*, 1887, 101.

à la fraude peuvent cependant faire déclarer la simulation¹. On ne peut objecter la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, dont la portée est très limitée aujourd'hui (v. infra. Répétition des sommes payées pour cause illicite). Il y a un intérêt primordial à ce que l'acte frauduleux disparaisse (v. infra Dol.).

170. — Quand aux tiers², n'ayant pu se ménager la preuve de la simulation, ils peuvent établir par tous moyens qu'un acte est simulé, non seulement s'il y a fraude à la loi³, mais même en dehors de ce cas. Car ils n'ont pas eu la possibilité de se ménager une preuve écrite de la simulation⁴. Cela a été jugé pour le syndic de faillite⁵, l'héritier du créancier⁶, ou l'héritier du débiteur invoquant le rapport ou la réduction⁷.

¹ V. cep. contra Montpellier, 30 juin 1906. *Mon jud. Midi*, 28 juill. 1907.

² Sur la notion de tiers en pareil cas, v. Pestalozza, *op. cit.*, p. 229 et suiv.

³ Req. 29 nov. 1897, S. 1902, I. 15. — Cass. civ., 10 mai 1905, S. 1906, I. 92. — Req. 31 juill. 1872, S. 1873, I. 117. D. 1873, I. 340. — Cass. Req., 26 juin 1912, D. 1913, I. 535 avec note (2 arrêts). Cass. belge, 21 sept. 1891. Pas. 1891, I. 236. — Trib. Liège, 26 juill. 1893. Pas. 1893, 3. 374. — Liège, 13 juin 1894. Pas. 1895, 2, 108. — Trib. Bruxelles, 22 avril 1896, Journ. Trib. 1896, 659. Bruxelles, 17 juin 1886. Pas. 1887, 2. 90. — Bruxelles, 9 juin 1906. Journ. Trib., 1906, 849.

Contra Gand, 17 janv. 1883. D. 1884, 2. 92 (acheteur contre titulaire d'un bail ayant date certaine).

⁴ Cass. Req., 22 mars 1875. S. 1876, I. 111. Req. 31 juill. 1872, S. 1873, I. 117. D. 1873, I. 140.

⁵ Cass. Req., 9 nov. 1898, S. 1900, I. 335. — Cass. Req., 11 mars 1879, S. 1880, I. 53. D. 1879, I. 401. — Trib. Liège, 14 nov. 1896. Pas. 1897, 3. 172 (curateur). Bruxelles, 13 juill. 1904. *Belgique judic.*, 190 1060.

⁶ Cass. civ., 8 janv. 1889, S. 1891, I. 156. Huc, VII, n. 233. — Laurent, XIX, n. 603. — Baudry et Barde, I, n. 737. — Aubry et Rau, 4^e éd., VIII, p. 350. — Demolombe, XXX, n. 179. — Larombière, art. 1348, n. 21. — Planiol, II, n. 1207. — Pestalozza, *op. cit.*, p. 269. — Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 361. — Gianturco, *Sistema*, p. 187. — Contra Ferrara, *Simulazione*, p. 267. — Ascoli, Note sous Crome, p. 259. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 299. — Salvat, *Derecho civ. argentino*, I, p. 844.

⁷ Cass. civ., 10 mai 1905, S. 1906, I. 92. — Gand, 23 juill. 1891. Pas. 1892, 2. 354.

Mais une des parties ne peut établir contre eux la simulation par tous moyens, ayant eu la possibilité de se ménager une preuve écrite¹.

Comme pour expulser le tiers il faut de plus établir qu'il a connu la simulation, cette preuve se fera par tous moyens. Car il s'agit de prouver un simple fait.

171. — La question de savoir s'il y a simulation est naturellement de pur fait, hors du contrôle de la cour de cassation².

Mais certains articles établissent des présomptions d'interposition de personnes : l'art. 911 al. 2 pour les libéralités aux incapables, l'art. 1100 pour les libéralités entre époux, de façon irréfragable ; la loi du 1^{er} juillet 1901, art. 17 al. 2 pour les libéralités aux associations, jusqu'à preuve du contraire.

172. — *Droit comparé.* — En droit comparé, soit que l'on rencontre des textes généraux comme en Allemagne et en Suisse, soit qu'il n'y ait que des textes incomplets comme dans les autres pays, la simulation se dégage nettement de la fraude. En cas d'acte simulé, on exécute ce que les parties ont réellement voulu.

L'Angleterre par le procédé des trusts a une conception spéciale. Elle voit dans certaines simulations un procédé technique qui permet d'atteindre des résultats qui sans cela n'auraient pu l'être. Pour le surplus, la déclaration simulée dissimulant une volonté différente doit être traitée d'après le caractère que lui donne la réelle intention des parties³.

En *Italie*, la théorie de la simulation a été nettement déga-

¹ Trib. Toulouse, 16 nov. 1907. *Gaz. Trib. Midi*, 8 déc. 1907. Lyon, 17 déc. 1908, *Mon. Lyon*, 15 avril 1909. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 361.

Cf. Planiol, II, n. 1208.

² Cass. Req., 23 janv. 1901, S. 1901, I. 407. — Req., 23 juill. 1888, S. 1889, I. 243. — Req., 24 janv. 1881, S. 1881, I. 404. — Cass. civ., 11 fév. 1896, S. 1896, I. 69. — Baudry et Barde, I, n. 738.

³ Jenks, *Digest.*, I, p. 33.

gée par les auteurs¹ qui admettent les mêmes principes qu'en droit français. Quant au code, l'art. 1319 reproduit la solution de l'art. 1321 français, mais avec plus de vigueur. La contre lettre ne produit d'effet qu'entre les parties et leurs ayants cause à titre universel². Par contre les contre-lettres par acte public sont opposables aux tiers³.

En *Espagne*, la théorie de la simulation paraît moins nettement dégagée de celle de la fraude⁴. Le code parle d'ailleurs de la simulation de façon très insuffisante pour dire⁵ que les actes privés modifiant des actes publics contemporains ne sont pas opposables aux tiers. Il n'y a donc pas de formule générale sur les contre lettres.

En *Portugal*, le code civil ne parle des actes simulés que pour les annuler s'ils ont pour but de frauder les tiers (art. 1031), ce qui semble indiquer que hors le cas de fraude ils seraient valable⁶. L'action en déclaration de simulation est imprescriptible entre les contractants⁷.

Mais les tiers peuvent s'ils sont lésés par la fraude demander la nullité même si leur créance n'est pas antérieure à l'acte simulé⁸.

En *Allemagne*, la simulation déjà indiquée par Savigny⁹ a été visée à l'art 117 du code d'après lequel « si une déclara

¹ Chironi e Abello, I, p. 395. — Ferrara, *Della Simulazione nei negozi giuridici*. — Coviello, I, p. 354. Barassi, *Istituzioni*, p. 160.

² V. sur cet article. Giorgi, I, n. 309.

³ V. Pestalozza, *Simulazione*, p. 276. — En un sens plus large Cass. Turin, 9 févr. 1918, *Riv. dir. civile*, 1918, p. 75, qui tire argument de la règle *nemo plus juris* pour permettre l'action contre un tiers de bonne foi s'il y a fraude à la loi. En sens contraire, Ascoli, *loc. cit.*

⁴ V. Manresa y Navarro, VIII, p. 754. — Valverde y Valverde, III, p. 258 note 3. V. cep. Sanchez Roman, IV, p. 191.

⁵ Art. 1230. V. Manresa y Navarro, VIII, p. 510.

⁶ Cf. Ferreira, *Codigo civil portuguez*, II, 2^e éd., p. 273. — Alves Moreira, *Direito civil portugues*, II, p. 158.

⁷ Ferreira, *op. cit.*, II, p. 32.

⁸ Alves Moreira, *op. cit.*, p. 158.

⁹ *Droit romain*, III, trad. Guenoux, p. 266.

tion de volonté qui doit être faite à une autre personne n'a été que fictive et cela à sa connaissance, elle est nulle. Si un acte juridique est dissimulé sous la forme d'un autre acte, il y a lieu d'appliquer les dispositions légales qui concernent l'acte réel». D'après l'art. 405, «si le débiteur a émis un titre de dette, il ne peut lorsque la créance a été cédée sur sa production, prétendre contre le cessionnaire que la reconnaissance était simulée ». Enfin les art. 932 et suiv. 891 et suiv. établissent des modes de protection indirects des tiers. On admet donc que les actes simulés sont valables. Il y a exception pour les actes touchant à la famille, sauf le mariage¹. Mais tout tiers intéressé peut établir la situation véritable et peut en principe se la voir opposer².

Le *droit autrichien*, à défaut de règles générales dans les textes³, admet les mêmes principes. L'acte simulé est valable s'il dissimule un acte valable, sinon il est nul⁴.

Le *code suisse* révisé des obligations a prévu la simulation à l'art. 18. « Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la réelle et commune intention des parties sans s'arrêter aux dénominations ou expressions inexactes dont elles ont pu se servir... soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créan-

¹ V. Dernburg, B. R., I, p. 478.

² V. Dernburg, *loc. cit.* — Crome, I, p. 417. — Endemann, I, n. 364. — Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 9. — *Trad. officielle*, I, p. 122 et 574.

³ D'après l'art. 916 « si un contrat n'a été fait que pour cacher une transaction d'une espèce différente, on décidera les contestations d'après la véritable nature de la transaction ». L'art. 916 révisé porte : « une déclaration de volonté fait pour l'apparence à un autre de connivence avec lui est nulle. Si un autre acte est dissimulé, il doit être apprécié d'après sa véritable nature. Vis-à-vis du tiers qui a acquis des droits en se fiant à la déclaration, l'exception tirée du caractère apparent de l'acte ne peut être opposée ».

⁴ Krainz, *System*, I, p. 276.

cier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette »¹.

Bien entendu celui qui affirme la simulation doit la prouver même indirectement. Pour l'établir il doit avoir un intérêt matériel².

En *Angleterre*, les actes simulés ont une très grande place avec l'institution des trusts³. Ceux-ci ont fonctionné dès le règne d'Edouard III, comme personnes propriétaires apparentes de biens que l'on voulait donner à des couvents ou églises incapables de recevoir. Cette institution s'est développée, malgré un Statut of uses d'Henri VIII : les juges à côté de l'état apparent (legal estate), ont tenu compte de l'état réel (équitable estate). Ils ont admis le recours de *cestui qui trust*. Ils ont admis qu'il pouvait revendiquer la jouissance des biens qui lui sont destinés entre les mains du trust que même il pouvait revendiquer entre les mains des tiers les biens donnés à titre gratuit par le trust. En cas d'aliénation à titre onéreux, on a admis une sorte de subrogation de l'objet reçu en contre échange à l'objet aliéné.

Ce que présente de spécial ce régime des trusts, c'est qu'il tient compte d'actes simulés même dans des cas où le destinataire véritable ne pourrait être directement gratifié.

Le *code Tunisien* des obligations (art. 26), décide que les contre lettres ou autre déclarations écrites n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers. Elle ne peuvent être opposées aux tiers : ayants cause ou successeurs à titre particulier s'ils n'en ont eu connaissance (v. de même art. 22, *Code marocain*).

¹ V. sur ce texte, Rossel, p. 42. Oser, *Obligationenrecht*, p. 74. — Schneider et Fick, p. 50.

² Schneider et Fick, p. 51, n. 32 et 34.

³ V. Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, I, 2^e éd., p. 291 et suiv.

Volonté expresse ou tacite

173. — La volonté peut en général s'exprimer en n'importe quelle forme : parole, écrit, signe convenu ou non douteux comme le fait de lever le doigt dans une vente aux enchères ou dans une offre à une foule¹.

La jurisprudence a même conclu de là que dans des sociétés de secours mutuels, le vote par correspondance était permis dès que les statuts ne l'interdisaient pas².

En conséquence le droit moderne très préoccupé d'éviter le formalisme pour faciliter les actes juridiques tient compte en général des manifestations de volontés aussi bien tacites qu'expresses, car les actes tacites sont une économie de temps et d'activité. Dans le silence de nos lois il faut admettre qu'elles ont la même valeur juridique³ et en outre qu'elles sont admises toutes les deux dans tous les cas où la loi n'a pas dit le contraire⁴ même dans les cas où la loi n'admet pas qu'une volonté peut se présumer⁵.

Parfois le Code civil a précisé qu'il admettait la manifestation expresse ou tacite de volonté⁶. C'était inutile. Par

¹ Le code autrichien de 1811 (art. 863) dit : « On exprime sa volonté par paroles, signes, et même tacitement par des actes qui eu égard aux circonstances ne laissent aucun motif de douter de son existence ».

² Civ., 1^{er} juill. 1907, S. 1907, I. 493.

³ Un système différent pourrait à ce sujet être imaginé. V. en ce sens le premier projet de Code civil allemand, art. 74. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 154. Contra Code civ. argentin, art. 918. Cf. Salvat, *Derecho civ. argentino*, I, p. 553.

⁴ Cf. Capitant, *Introduction au dr. civil*, 3^e éd., p. 253. — Cf. Cass. civ., 31 juillet 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 212 (renonciation à privilège). Trib. de La Haye, 11 nov. 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2. 411 (renonciation à réclamer les intérêts d'une dette).

⁵ Barassi, *Istituzioni*, p. 141.

⁶ Art. 778 (acceptation de succession), 1930 (usage de la chose déposée par le dépositaire), 1998 (ratification des actes du mandataire), 2221 (renonciation à prescription), 1985 (acceptation de mandat).

contre, dans d'autres cas, le code n'admet que des actes juridiques où la manifestation de volonté est expresse.

La raison d'être de cette solution qui crée une sorte de formalisme négatif¹ est surtout de faire réfléchir une personne sur les conséquences de son acte et de ne pas lui faire encourir certaines obligations si elle ne l'a pas nettement voulu. Ensuite la volonté expresse est une sorte de formalisme assoupli, à mi-chemin de l'acte solennel. Elle donne dans les transactions une certaine sécurité quant à la portée de certains actes. C'est une forme de sécurité statique². (A)

On exige une volonté expresse pour l'acceptation des donations (art. 932), pour la donation par préciput (art. 843), pour la solidarité active ou passive (art. 1197 et 1203), l'adoption du régime dotal (art. 1392), la promesse de solvabilité

¹ V. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 477.

² V. sur la sécurité nos *Notions fondamentales*, p. 63 et suiv. Cf p. 116. — Rapprocher sur les solennités assouplies, infra n. 193.

(A). Formules de divers actes juridiques pour lesquelles la loi exige une volonté expresse.

1° *Acceptation de donation.*

En même temps ledit donataire a déclaré expressément vouloir accepter la donation à lui faite.

2° *Dispense de rapport dans une donation.*

Le donateur a ajouté vouloir que la donation soit dispensée de tout rapport et faite par préciput et hors part comme l'autorise l'art. 843 civ.

3° *Obligation solidaire du côté passif.*

Les débiteurs ont déclaré s'engager tous solidairement avec tous les effets que les art. 1200 et suiv. civ. attachent à la solidarité.

4° *Adoption du régime dotal.*

Les futurs époux ont déclaré vouloir expressément se soumettre au régime dotal, tel qu'il est régi par les art. 1540 et suiv. civ.

5° *Garantie de la solvabilité future d'un débiteur cédé.*

Le cédant déclare vouloir garantir de la façon la plus absolue le cessionnaire en ce qui concerne l'existence de la créance, sa pleine efficacité, la solvabilité actuelle et future du débiteur jusqu'à l'époque de l'échéance. Le cessionnaire restera toutefois responsable de l'insolvabilité survenue seulement après l'échéance et dont il n'aurait souffert que par son fait.

6° *Responsabilité du preneur pour les cas fortuits.*

Le fermier déclare expressément se charger des cas fortuits conformément à l'art. 1772 civ. et ne pouvoir en conséquence réclamer au-

future d'un débiteur (art. 195), la responsabilité du preneur pour les cas fortuits (art. 1772), la transaction sur la nullité d'un acte (art. 2054).

Mais dans d'autres cas, les formules du code sont fort imprécises : d'après l'art 621 civ. la renonciation à usufruit doit être formelle ; d'après l'art. 573, la novation ne se présume pas ; d'après l'art. 1440, les intérêts de la dot courent du jour du mariage, s'il n'y a stipulation contraire, l'art. 1627 porte qu'on peut même convenir que le vendeur ne devra aucune garantie ; l'acquéreur ne peut expulser le locataire, si ce droit n'a été réservé dans le bail (art. 1743). Le débiteur peut déclarer lorsqu'il paye quelle dette il prétend acquitter (art. 1253). Une créance peut exprimer que l'imputation se fera sur la créance sociale (art. 1848). Le prêteur à usage ne peut reprendre sa chose avant qu'elle n'ait servi à l'usage pour lequel on l'a emprunté, « à moins de convention » (art. 1888). On peut stipuler des intérêts (art. 1905). La rente viagère peut être stipulée insaisissable (art. 1981). On peut hypothéquer les biens à venir en exprimant l'insuffisance de ceux présents (art. 2130). Le mandat est gratuit

cune diminution ou suppression de fermage pour absence, détériorations de récolte, etc.

7° *Transaction sur la nullité d'un titre.*

Les parties ont déclaré expressément, conformément à l'art. 2054 civ. transiger non seulement sur l'application des titres ci-dessus énoncés, mais encore sur la nullité possible de ces titres qu'ils ont été à même d'examiner suffisamment.

8° *Suppression de la garantie du vendeur.*

Le vendeur a déclaré expressément ne vouloir être soumis à aucune garantie autre que celle de son fait personnel, ainsi que l'autorise l'art. 1627 civ.

9° *Indication de la dette qu'on prétend acquitter.*

Reçu de M..... la somme de que celui-ci a déclaré affecter au paiement de ses diverses dettes dans l'ordre suivant : 1° la dette de constatée par acte du 2° la dette de etc.

s'il n'y a convention contraire (art. 1986) ¹.

Il est donc utile de préciser quand une manifestation de volonté est expresse, et quand elle est simplement tacite, et de voir si les art. 1440, 1627, etc. ont entendu se référer à cette distinction.

Il faut aussi se demander si le législateur seul a qualité pour imposer qu'une volonté soit expresse. On ne peut admettre que la loi seule fixe les cas où une volonté expresse est nécessaire. La convention peut déclarer qu'on ne tiendra compte que d'une volonté expresse pour résilier, renouveler le contrat, etc. De même une offre peut être accompagnée de cette clause : sauf acceptation expresse, je me considère-
rai comme libre à telle date. Enfin un déclarant en ajoutant à sa déclaration la clause : sous toutes réserves, indique par là, qu'on ne peut voir dans son acte une déclaration tacite. Cela est exact, sauf si l'absence de déclaration tacite est incompatible avec la volonté exprimée.

Au point de vue judiciaire, comme l'existence d'une volonté est une question de fait, du domaine souverain des juges du fait, il est facile à ceux-ci, surtout s'il s'agit de volonté tacite, de dire que telle volonté ne semble pas certaine, sans encourir les reproches de la cour de cassation.

174. — En ce qui concerne la dispense de rapport, la jurisprudence décide d'abord qu'il y a là une question souverainement jugée par les juges du fait ².

La cour de cassation a employé plusieurs fois des expressions très larges pour dire qu'on pouvait admettre la dis-

¹ Rappr. en procédure l'art. 493 civ. qui veut une énumération précise des faits dans la demande d'interdiction. Cf. trib. Dunkerque, 27 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 648. — Cass. Req., 2 août 1860. D. 1860, 1, 495.

² V. Req. 17 janv. 1899, S. 1900, 1, 438. V. de même pour les legs rapportables avant la loi du 24 mar § 1898. Cass. Req. 25 nov. 1901. S. 1902, 1, 259. — Req. 14 déc. 1908. S. 1913, 1, 21. D. 09, 1, 388. — Req. 2 mai 1906. Pand. fr. 1907, 1, 106. — Civ. 29 janv. 1877. S. 1877, 1, 199.

pense de rapport¹, et dit qu'elle pouvait résulter de la combinaison des différentes clauses entres elles² ou même que le juge pouvait s'inspirer des circonstances extérieures³. Et certains arrêts ont tenu compte des circonstances⁴. Mais souvent les arrêts admettent la dispense lorsque la donation est mêlée à un autre acte : renonciation à faire valoir des droits successoraux⁵, renonciation à demander certains comptes d'administration⁶ ou lorsqu'elle contient une clause incompatible avec le rapport, comme une charge de substitution⁷ le caractère de partage anticipé, d'un acte⁸ ou lorsqu'elle vise un usufruit⁹.

De même, il y a préciput si une clause d'un acte ne peut s'expliquer autrement¹⁰. Mais par contre on n'a vu de dispense ni dans une clause de retour¹¹, ni dans l'intention du donateur affirmée par la notaire¹², ni dans le fait que le donateur d'usufruit devait rapporter à d'autres donataires dispensés de rapport¹³, ni dans le legs du disponible fait après une donation en avancement d'hoirie¹⁴, ni le silence d'un

¹ V. aussi Trib. Gand, 4 juill. 1883. Pas. 1883, 3, 305. — Bruxelles, 13 nov. 1828. Pas. 1828, 327. — Liège, 7 mai 1845. Pas. 1846, 2, 223.

² V. Trib. Bruxelles, 7 août 1883. Pas. 1884, 3, 17. — Gand, 20 fév. 1867. Pas. 1867, 2, 228. — Liège, 14 mai 1902. Pas. 1903, 2, 214. — Trib. Arlon, 21 fév. 1901. Pand. per., 1902, 1411.

³ Req. 28 juin 1882, S. 83, 1, 123. D. 85, 1, 27. — Cass. Req. 10 juin 1846. S. 46, 1, 541. D. 46, 4, 436. Douai, 24 nov. 1910, S. 1911, 2, 202. Cf. Gand, 8 nov. 1877. Pas. 1878, 2, 78. et trib. Nivelles, 23 nov. 1908. Pas. 1909, 3, 116, qui exclut la preuve par témoins.

⁴ Outre les arrêts cités à la note précédente, V. Paris, 24 déc. 1854. S. 55, 2, 344. — Paris, 13 nov. 1893. D. 94, 2, 71.

⁵ Rouen, 12 fév. 1887. S. 88, 2, 42. D. 89, 2, 181.

⁶ Req. 5 avril 1854. S. 54, 1, D. 54, 1, 99.

⁷ Cass. Req., 16 juin 1830. S. chr. D. 30, 1, 345. — Cass. Req., 23 févr. 1831, S. 31, 1, 434. D. 31, 1, 106.

⁸ Caen, 2 déc. 1847. D. 49, 2, 84.

⁹ Cass. civ. 12 mars 1889. Pand. fr., 1889, 1, 402.

¹⁰ Paris, 1^{er} avril 1851. D. 53, 2, 37.

¹¹ Agen, 24 nov. 1897, S. 1900, 1, 438 (sous Cass. Req.).

¹² Id.

¹³ Cass. civ., 12 mai 1875. S. 75, 1, 349.

¹⁴ Lyon, 10 mars 1909. Loi. 19 juillet 1909.

donateur dans l'acte à propos d'un autre héritier¹, ni dans la clause du contrat de mariage contenant donation mutuelle par l'époux donataire de tous ses biens² ou dans la clause disant qu'après certains événements, la donation produira son plein et entier effet³. Au total, la jurisprudence tend plutôt à élargir la dispense de rapport. En ce qui touche les dons manuels, elle déclare l'art. 843 inapplicable et s'en remet aux circonstances⁴.

Pour les donations déguisées, de nombreux arrêts se refusent à aller jusqu'à la dispense de plein droit, et il s'en réfèrent aussi aux circonstances⁵.

Toutefois si on tient compte des circonstances, la jurisprudence n'en accepte pas la preuve par témoins⁶. Par contre, pour imposer le rapport d'un legs, la jurisprudence n'admet

¹ Amiens, 3 mars 1898. D. 98, 2, 294.

² Req. 14 déc. 1908. D. 1909, 1, 388.

³ Req., 14 déc. 1908. D. 1909, 1, 388.

⁴ Cass. req., 19 oct. 1903, S. 04, 1, 40. D. 03, 1, 600 et les renvois trib. Gand, 26 avril 1905. Pas. 1906, 3, 101. — Cf. Montpellier, 11 juin 1840. D. 80, 1, 50 en note. Req. 12 mars 1873. D. 73, 1, 194. — Civ. 3 mai 1864. D. 1864, 1, 173. — Req. 19 nov. 1861. D. 1862, 1, 140. Trib. Tournai, 1^{er} août 1853, *Belgique judic.*, 1853, 1256.

⁵ Req. 11 janv. 1897. D. 97, 1, 473, avec note Guinée. — Trib. Seine, 16 janv. 1891. Pand. fr. 1891, 2, 213. Cass. req., 4 nov. 1885, S. 88, 1, 455. — Cass. req., 18 août 1862, S. 63, 1, 265. — Cass. civ., 10 déc. 1852, S. 53, 1, 289. — Cass. req., 16 juillet 1855, S. 56, 1, 246. — Trib. Anvers, 20 juin 1891. Pas. 1893, 3, 84. — Trib. Anvers, 17 janv. 1885, *Jurispr. de trib. de 1^{re} instance*, XXXIII, 137. — Cass. civ., 6 nov. 1855, S. 56, 1, 248. — Cass. Req., 31 déc. 1855, S. 57, 1, 200. Trib. Bruges, 23 mai 1893. Pas. 1894, 3, 47. — Douai, 3 juill. 1897, D. 99, 2, 73. — Agen, 25 mai 1904, D. 1906, 2, 248. — Bastia, 26 déc. 1855, S. 56, 1, 213, D. 56, 2, 149. — Nancy, 4 juin 1859, S. 59, 2, 477. — Douai, 21 mai 1851, S. 51, 2, 596. — Gand, 17 juin 1834, Pas. 1834, 145. — Liège, 7 mars 1906, Pas. 1906, 2, 234. — Trib. Audenarde, 20 fév. 1903. Pand. per. 1904, 916. — Trib. Marche, 28 mai 1905, Pas. 1906, 3, 239. — Cf. Douai, 14 janv. 1858, D. 59, 2, 88. Cantrà Lyon, 24 juin 1859, S. 60, 2, 17. — Trib. Arlon, 19 juill. 1888, *Jurispr. des trib.*, XXXVII, 189.

⁶ Martinique, 12 fév. 1849, sous Cass. 10 nov. 1852, S. 53, 1, 289. — Nîmes, 5 déc. 1864, S. 65, 2, 101.

pas qu'il suffise de dire dans un testament qu'un légataire a déjà reçu plus qu'un autre¹.

175. — Quand il s'agit de la solidarité, qui est elle aussi question de fait, la jurisprudence admet qu'elle résulte suffisamment de l'emploi de termes visant un des effets de la solidarité, comme le fait pour deux locataires, de renoncer à tout bénéfice de discussion et de division², ou de promettre le paiement du total³, ou qu'elle doit être admise si elle ressort clairement et nécessairement des termes de l'acte⁴, ou d'une simple prorogation d'échéance d'une obligation solidaire⁵.

Mais elle admet aussi facilement la solidarité lorsque des personnes ont traité une affaire commune : comme une surenchère faite conjointement⁶, l'engagement de vendeurs concernant le bien vendu qu'ils devaient libérer de ses hypothèques⁷, l'engagement des parents pour l'éducation de leur enfant⁸, ou l'obligation de deux agents d'assurances nommés collectivement et sans division d'attribution⁹, l'engagement pour une affaire commune d'une compagnie de chemin de fer et d'un entrepreneur, envers un sous-traitant¹⁰, une promesse de faire¹¹.

¹ Nancy, 8 mai 1911. *Rec. Nancy*, 1911, 160.

² Grenoble, 20 janv. 1830. *D. Rep.* n. 1353. Cf. *Req.* 9 janv. 1838. *S.* 38, 1, 746.

³ *Cass. civ.*, 7 sept. 1814. *S. chr.* — *Trib. Gand*, 5 fév. 1890. *Pas.* 1890, 3, 159.

⁴ *Req.* 4 août 1890. *D.* 96, 1, 456. *S.* 1900, 1, 219, (promesse par deux débiteurs d'une rente en totalité. — *Req.* 26 juin 1913. *Gaz. Pal.* 1913, 2, 257.

⁵ *Cass. civ.*, 23 août 1871. *S.* 71, 1, 133.

⁶ Paris, 6 août 1832. *D. v° Surenchère*, n. 329. — *V. cep.* pour un bail, Liège, 31 oct. 1906. *Pand. per.* 1907, 33.

⁷ Paris, 16 juin 1829. *D. v° Oblig.*, n. 1356.

⁸ *Req.* 12 janv. 1820. *D. v° Oblig.*, n. 1355.

⁹ Paris, 14 déc. 1889. *D.* 90, 2, 348.

¹⁰ *Trib. Anvers*, 11 fév. 1882. *Jurispr. Anvers*, 1882, 1, 188.

¹¹ *Req.*, 10 nov. 1885. *D.* 86, 1, 7, mais non le paiement en une fois. *Bruxelles*, 25 juillet 1825. *Pas.* 1825, 470.

Mais des décisions contraires ont été rendues, lorsque des co-propriétaires font faire des travaux aux immeubles communs, ou que des voisins font refaire un mur mitoyen¹, ou que des personnes achètent un immeuble en commun², lorsque des époux s'obligent conjointement³, ou lorsque des banquiers syndiqués souscrivent des actions pour les revendre⁴.

De même on est d'accord pour décider que la solidarité entre les vendeurs ne l'emporte pas par réciproque entre acheteurs⁵.

176. — La jurisprudence est plus restrictive encore quand il s'agit de l'adoption du régime dotal⁶. Si elle accepte la dotalité lorsque l'on interdit d'aliéner, d'hypothéquer certains biens constitués en dot⁷ ou si l'on détermine certains biens qui seront dotaux⁸, elle ne l'admet pas en présence d'une clause d'inaliénabilité⁹, d'une obligation de remploi¹⁰, de celle de se charger d'un bien comme de bien dotal¹¹, si le prix de certains biens doit avoir nature de dot¹² de

¹ Cass. civ., 23 juin 1851. S. 51, 1, 603. D. 51, 1, 166. — Paris, 15 janv. 1876. D. 77, 2, 7. — Lyon, 1^{er} mars 1902. *Mon. de Lyon*, 15 nov. 1902. *Contrà* Orléans, 3 avril 1851. S. 52, 2, 202.

² Cass. civ., 1^{er} déc. 1908. S. 1909, 1, 191. — Rouen, 28 nov. 1849. D. 50, 2, 119.

³ Douai, 20 mars 1882. D. 83, 2, 20. — Cf. Cass. civ., 30 déc. 1908. D. 1909, 1, 247.

⁴ Besançon, 24 déc. 1889. D. 91, 2, 191.

⁵ Rennes, 20 août 1811. S. 13, 2, 114. — Bordeaux, 11 mars 1852. S. 52, 2, 415.

⁶ Cf. Montpellier, 20 janv. 1913. D. 1913, 2, 193. — Rouen, 20 fév. 1907. *Rev. not.*, 1908, 126.

⁷ Cass. civ., 15 mars 1853. S. 53, 1, 465. D. 53, 1, 81.

⁸ Cass. Req., 21 janv. 1856. S. 56, 1, 329. D. 56, 1, 354.

⁹ Rouen, 10 juill. 1821. S. chr. Cass. civ., 21 fév. 1894. S. 95, 1, 393. — Trib. Huy, 28 mars 1888. *Journ. Trib.*, 1888, 682.

¹⁰ Riom, 19 août 1851. D. 52, 2, 269. — Nîmes, 22 juin 1851. D. 52, 2, 182. S. 51, 2, 630. — Toulouse, 24 mars 1830. S. chr. — Cass. Req., 18 oct. 1898. S. 98, 1, 521. D. 98, 1, 568.

¹¹ Cass. Req., 10 mars 1858. S. 58, 1, 449. D. 58, 1, 747.

¹² Cass. 7 mars 1853. S. 57, 1, 575 en note.

la clause que la femme peut s'obliger sur ses biens ¹.

177. — Par contre, en matière de transaction, la jurisprudence s'est montrée fort large. Quand on a transigé sur un acte nul que les parties ont connu, de sorte que leur erreur est une erreur de droit, fondée peut-être sur un oubli dans leur examen du titre, la jurisprudence a reconnu que la transaction était valable ².

Pour l'acceptation des donations, on a jugé qu'il fallait tenir compte de toute expression équivalente à accepter ³.

178. — Là où la jurisprudence paraît s'être montrée le plus sévère pour les manifestations de volonté, c'est pour la novation, où la loi parle de volonté résultant clairement de l'acte.

Depuis longtemps, la cour de cassation a admis que le point de savoir si les faits constatés constituaient une novation était de son ressort ⁴. Mais les tribunaux apprécient souverainement les faits ⁵ et notamment la volonté de novier ⁶.

¹ Cf. Req., 27 mars 1893, Pand. fr. 1893, 1, 492.

² Grenoble, 6 janv. 1831. D. Rep., v^o *Disposit. entre vifs*, n. 1434.

³ Req., 29 déc. 1829. D. Rep. v^o transaction, n. 150. — Req. 14 nov. 1838, eod. loc., n. 155. — Req., 19 déc. 1865. D. 66, 1, 182. — Poitiers, 10 juin 1878. D. 79, 2, 69. S. 79, 2, 109. — Cf. Req., 28 fév. 1905. D. 05, 1, 168 qui a statué en sens contraire au cas d'ignorance de la nullité d'une marque, objet de la transaction.

⁴ Req. 18 avril 1854. D. 54, 1, 347. S. 55, 1, 44. — Req. 31 mai 1854. D. 54, 1, 347. S. 55, 1, 44. — Cass. civ. 29 nov. 1871. D. 73, 1, 82. — Req. 3 juin 1874. D. 75, 1, 468. — Cass. civ. 30 nov. 1897. D. 98, 1, 189 sol implic. — Cass. civ. 17 oct. 1899 sol implic. D. 1900, 1, 63. — Cass. civ. 29 nov. 1871. S. 72, 1, 70 sol. implic. — Cass. Req., 8 nov. 1875. S. 76, 1, 102 sol implic. — Req. 12 déc. 1866. D. 1867, 1, 433 (très net).

⁵ Req. 25 avril 1855. D. 55, 1, 159. S. 55, 1, 712. Req. 12 déc. 1866. D. 67, 1, 433. S. 68, 1, 70. — Req. 3 juin 1874. D. 75, 1, 468. — Req. 12 mars 1901. D. 03, 1, 349. — Cass. Req. 10 avril 1906. S. 1910, 1, 93. — Cass. Req., 29 juillet 1868. S. 69, 1, 36. — Cass. Req., 8 nov. 1910. S. 1911, 1, 152.

⁶ Cass. civ., 30 janv. 1883, S. 85, 1, 109. — Cass. civ., 25 fév. 1885. S. 85, 1, 493. — Req. 19 mai 1884. D. 84, 1, 286. S. 85, 1, 118, avec note de Lacoïnta. — Cass. civ., 17 juin 1885. D. 86, 1, 215. Req., 8 mai 1895. D. 95, 1, 444. — Civ. 15 mai 1895. D. 1985, 1, 423. — Req., 12 mai 1896. D. 96, 1, 472. — Cass. civ., 15 nov. 1888, S. 88, 1, 245.

D'après la jurisprudence, la novation ne peut résulter de simples suppositions ou inductions sur la volonté d'une personne¹. Elle doit être expresse ou tout au moins résulter clairement de l'intention commune des parties ou des circonstances de la cause² ou résulter de faits supposant nécessairement une novation³, ou ne s'expliquant pas autrement⁴. L'expression même de novation est sans portée si elle a été employée sans intention⁵.

Ainsi il n'y a pas novation dans le fait d'accepter en paiement des billets à ordre⁶, dans celui de consentir un atermoiement⁷ même lorsque des garanties supplémentaires sont stipulées⁸, ni dans un changement de mode de paie-

— Cass. civ., 20 fév. 1894. S. 94, 1, 185. — Cass. Req., 20 nov. 1877. S. 78, 1, 71. — Req., 20 mai 1890. Pand. fr. 1891, 1, 63. — Req. 10 juin 1913, Gaz. Pal. 1913, 2, 261.

¹ V. Cass. civ. 8 août 1900. D. 05, 1, 162. S. 03, 1, 46.

² Bastia, 27 juill. 1903. S. 09, 1, 194, sous Req. 28 juin 1904.

³ Cass. civ. 17 déc. 1862. D. 63, 1, 16. S. 63, 1, 247.

⁴ Req. 19 mai 1896. S. 97, 1, 420. — Cf. sur la substitution d'un débiteur à l'ancien en déchargeant celui-ci. Req. 21 juin 1876. S. 78, 1, 455. — Cass. civ. 13 janv. 1903. S. 1909, 1, 397. Gand, 19 juin 1906. Pass. 1906, 2, 340.

⁵ Req. 20 janv. 1891. Pand. fr. 1891, 1, 283.

⁶ Cass. civ. 23 août 1871. D. 71, 1, 323. — Cass. Req. 10 juin 1873. S. 74, 1, 78. — Req. 5 août 1878. D. 79, 1, 71. S. 79, 1, 361. — Cass. civ. 29 nov. 1852. D. 52, 1, 326. — Req. 16 juin 1846. D. 46, 1, 284. Paris, 13 juill. 1850. D. 51, 5, 366. — Alger, 7 juin 1899. D. 01, 1, 181. — Lyon, 21 fév. 1840. D. 1841, 2, 214. — Trib. Anvers 28 mai 1890. Journ. Trib. 1890, 966. — Id., 29 juin 1891. Jurispr. Anvers, 1893, 1, 246. — Liège, 9 juin 1894. Pas. 1895, 2, 74. — Trib. Bruxelles, 9 janv. 1900. Pas. 1900, 3, 164. — Gand, 4 fév. 1904. Pas. 1905, 2, 235 (acceptation de nouveaux effets). — Trib. Gand, 8 fév. 1905. Pas. 1905, 3, 334.

⁷ Req. 11 mars 1868. D. 68, 1, 435. — Cass. civ. 9 fév. 1887. D. 87, 1, 269. Pand. fr. 1887, 1, 97. — Bruxelles, 16 nov. 1905. Journ. Trib. 1906, 20. — Trib. Anvers, 11 sept. 1891. Jurispr. Anvers, 1892, 1, 22. V. cep. Gand, 4 nov. 1893. Pas. 1894, 2, 83 (en cas de remise partielle).

⁸ Cass. Req. 8 nov. 1875. S. 76, 1, 102. Cass. Req. 13 nov. 1877. S. 78, 1, 415. Cf. Nancy, 21 fév. 1877. D. 78, 2, 14. — Trib. Figeac, 8 fév. 1895. Pand. fr. 1895, 2, 341. — Trib. Audenarde, 30 nov. 1900. Pand. per. 1901, 989.

ment ou d'exécution ¹, ni dans le fait par un commerçant, la société dont il fait partie étant liquidée, d'envoyer une circulaire pour dire qu'il continue les affaires de la société sous une autre forme ², ni dans l'inscription à un compte autre qu'un compte courant ³, ni dans une transaction ⁴, ni dans l'acceptation d'un transport de créances ⁵, ni dans le fait de poursuivre l'héritier après avoir demandé la séparation des patrimoines ⁶, ni dans le fait d'accepter une délégation ⁷ ou d'adjoindre un débiteur ⁸, ni dans le fait d'accepter des modes de paiement différents des anciens associés tenus d'une dette sociale ou de payer des mensualités à une femme à raison d'une obligation naturelle d'élever un enfant ¹⁰.

Cependant sur certains points, la jurisprudence est moins ferme. On a vu une novation dans l'attribution en paiement d'une créance ¹¹, dans le fait du changement de la cause juri-

¹ Douai, 1^{er} juillet 1854. D. 55, 2, 43. — Paris, 28 juillet 1853. D. 55, 2, 44. — Cass. civ. 17 déc. 1862. S. 63, 1, 247. Req. 25 juin 1889, Pand. fr. 1889, 1, 156. — Paris, 26 juin 1906. D. 10, 2, 74. — Gand, 25 juin 1902. Pas. 1903, 2, 349. — Limoges, 18 juillet 1898. S. 1901, 2, 134. — Cf. Req. 3 fév. 1892. Pand. fr. 1893, 1, 70 (virement à un acompte, non gagé d'une créance gagée). Trib. Arlon, 18 mars 1903. Pand. per. 1906, 135. Trib. Bruxelles, 28 mars 1891, Journ. trib. 1891, 737. *Contra* Riom, 12 déc. 1883. D. 85, 2, 101.

² Douai, 13 nov. 1909. D. 1913, 2, 57 avec note de M. Levillain. — Cf. trib. Anvers, 22 juin 1888. Pas. 1889, 3, 79.

³ Cass. civ. 29 nov. 1871. D. 73, 1, 82. S. 72, 1, 70.

⁴ Cass. req. 26 avril 1880. S. 81, 1, 152.

⁵ Req. 20 avril 1874. D. 74, 1, 343. — Bordeaux, 19 mars 1879. S. 80, 2, 178. — Paris, 5 août 1871. D. 73, 2, 229. — Bordeaux, 2 avril 1879. S. 81, 2, 179.

⁶ Cass. civ. 20 juin 1908. D. 08, 1, 575.

⁷ Req. 21 juin 1876. D. 77, 1, 437. Req. 28 mars 1877. D. 77, 1, 501. Paris, 14 juin 1889. D. 90, 2, 189. — Limoges, 15 juin 1898. S. 01, 2, 134. — Toulouse, 4 avril 1895. S. 96, 2, 97.

Contra Cass. civ., 23 nov. 1898. S. 99, 1, 465.

⁸ Cass. req. 28 mars 1877. S. 77, 1, 255.

⁹ Paris, 17 janv. 1912. Gaz. Pal. 1912, 1, 520.

¹⁰ Nîmes, 19 mai 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^o sem., 2, 298.

¹¹ Req. 2 déc. 1868. D. 69, 1, 129. S. 69, 1, 128. — Cf. trib. comm. Liège, 25 oct. 1900. Pand. per. 1901, 559.

dique d'une obligation ¹ dans le fait qu'un jugement avait été rendu sans qu'on ait demandé de statuer sur d'autres créances du demandeur ².

179. — La jurisprudence se montre aussi sévère quand il faut appliquer l'art. 927 al. 2 civ. d'après lequel « lorsque le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que le legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ». Elle n'applique ce texte, ni au cas où le legs est déclaré rémunératoire ³, ni au cas de legs d'un corps certain ⁴, ni au legs de rente viagère ⁵, ni au legs grévé d'autres legs ⁶, ni en cas de simples conjectures tirées de l'ensemble du testament ⁷.

Cette solution est aussi admise en doctrine ⁸.

180. — Dans les autres cas où la loi exige une volonté contraire, une convention, etc., la jurisprudence est en général facile.

A propos de l'imputation des paiements, la cour de cassation décide que c'est une question de fait de savoir s'il y a une imputation conventionnelle ⁹, mais ses arrêts et ceux des cours parlent volontiers simplement d'intention commune, de volonté ¹.

¹ Req. 15 nov. 1886. D. 87, 1, 499. S. 90, 1, 339. — Cass. civ. 9 déc. 1891. D. 92, 1, 68. S. 92, 1, 59.

² Cass. Req. 12 mars 1901. S. 1905, 1, 439.

³ Pau, 16 fév. 1874. S. 1874, 2, 229.

⁴ Paris, 23 janv. 1851. S. 1851, 2, 408. Civ. 18 juin 1862. S. 1862, 1, 913. Cf. cep. Bruxelles, 19 mai 1841. Pas. 1842, 2, 119.

⁵ Caen 6 janv. 1845. S. 1845, 2, 393. D. 1845, 2, 115.

⁶ Grenoble, 1^{er} mars 1866. S. 1866, 2, 225.

⁷ Bruxelles, 15 juillet 1850. Pas. 1851, 2, 24. — V. cep. Bruxelles, 16 janv. 1865. Pas. 1866, 2, 37.

⁸ Demante, IV, n. 65 bis. — Demolombe, *Don.* II, n. 562. — Laurent, XII, n. 181. — Baudry et Colin, I, n. 976.

⁹ Req. 20 mars 1895. S. 95, 1, 184. D. 95, 1, 324. — Req. 2 juill. 1896. S. 96, 1, 448. D. 96, 1, 499. Cass. req. 27 nov. 1867, S. 68, 1, 80. — Cass. belge, 7 mai 1888. Pas. 1888, 1, 228.

¹⁰ V. Req. 20 mars 1895. — Cass. 27 nov. 1867 précités. — Cass. civ. 8 déc. 1874. S. 75, 1, 209. Cf. Cass. civ. 13 mars 1854. D. 54, 1, 130.

Au sujet des intérêts de la dot, on a admis un autre point de départ si la constitution de dot était subordonnée à une condition ou à un terme arrivé avant le mariage¹.

Au sujet de l'hypothèque de biens à venir on a décidé qu'il suffisait de déclarer hypothéquer dans les conditions de l'art. 2130².

Pour les autres questions, il n'y a pour ainsi dire pas de jurisprudence³.

Par contre, on trouve une jurisprudence sévère, résultant d'anciens arrêts, sur le prêt à intérêt⁴. Les arrêts exigent une « convention expresse et une convention visant le paiement des intérêts pour un certain temps ne peut s'étendre au surplus⁵. Ils vont même jusqu'à dire que cette convention doit être ostensible et non dissimulée sous la forme d'un autre contrat⁶. Mais on admet de droit la dette d'intérêts pour les prêts commerciaux⁷.

Quand il s'agit d'une convention entre mandant et man-

A plus forte raison on tient compte de l'imputation résultant de la nature des choses. Cass. civ. 12 fév. 1868. S. 68, 1, 198. — Cass. civ. 27 oct. 1908. S. 09, 1, 247. — Cf. Gand, 15 nov. 1889. Pas. 1883, 2, 73.

¹ Rouen, 22 juillet 1863. S. 64, 2, 108.

² Nancy, 22 août 1867. D. 68, 2, 117. S. 68, 2, 109. — Mais on ne peut pas ne rien dire. Bourges, 17 janv. 1816, S. chr.

³ Pour la non garantie Cf. Req. 16 juin 1885. D. 86, 1, 238. — Pour le bail, Colmar, 5 prairial, an XIII. S. chr., pour la rente viagère, Lyon, 18 juin 1865. S. 65, 2, 258.

⁴ Agen, 19 juin 1824. S. chr. et les renvois.

⁵ Civ. 10 sept. 1811. S. chr. — Agen, 19 mars 1833. S. 33, 2, 553. — Bourges, 28 mai 1827. S. chr. Bourges, 25 avril 1826. S. chr. Bordeaux, 2 mai 1826. S. chr. Agen, 19 juin 1824. S. chr. Cf. Civ. 22 juin 1853. D. 53. 1. 211.

Contra Toulouse, 19 janv. 1844. S. 44, 2, 272. — Bourges, 11 juin 1825. S. chr. Bordeaux, 28 mai 1832. S. 32, 2, 626. — Cf. Cass. Req. 15 juin 1868. S. 69, 1, 176 (promesse d'indemnité).

⁶ Cass. Req. 30 juillet 1895. S. 96, 1, 353 avec note de M. Appert. Cf. *Revue de droit civil*, 1909, p. 899.

⁷ Trib. Anvers, 6 août 1860. Jurispr. Anvers, 1861, 1, 107. — Id., 11 janv. 1902, Journ. Trib. 1902, 186.

dataire pour rémunérer celui-ci (art. 1986 civ.), la jurisprudence se contente d'une convention tacite¹.

Elle sous entend même cette convention lorsque le mandataire est tel par profession : comme un commerçant², un officier ministériel³. Le point de savoir s'il y a eu convention tacite est d'ailleurs tranché souverainement par les juges du fait.

Pour la renonciation à usufruit, visée par l'art. 621, la jurisprudence admet que le silence de l'usufruitier en face d'une saisie de la pleine propriété et sa demande de conversion en vente volontaire vaut renonciation⁵. Elle tient compte de même de la présence de l'usufruitier à la vente⁶.

On s'est demandé aussi si l'art. 1401 civ en déclarant commune les meubles donnés ou legués «si le donateur n'a ex-

¹ Req. 1^{er} déc. 1891. S. 93, 1, 497 et la note de M. Labbé. D. 92, 1, 209. — Trib. paix Paris, 31 janv. 1902. Gaz. Pal. 1902, 2, 137. — Bordeaux, 5 fév. 1827, S. chr. — Trib. Namur, 18 janv. 1893. Pas. 1893, 3, 340. — Bruxelles, 31 juill. 1833. Pas. 1833, 213. — Gand, 23 fév. 1838. Pas. 1838, 52. — Trib. Charleroi, 30 mars 1892. Pas. 1892, 3, 263.

Cf. Bordeaux, 29 juin 1852. S. 53, 2, 63. D. 53, 2, 188.

² Rouen, 9 mars 1889. Rec. Rouen, 89, 21. — Rennes, 9 avril 1827. S. chr. — Cass. Req., 15 juillet 1896. S. 97, 1, 269. D. 96, 1, 501 (agent d'affaires). Lyon, 15 oct. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 110 (courtier matrimonial). Trib. Verviers, 8 mai 1895. Jurispr. cours. XLIII, 567. Id., 10 mai 1902. Pand. per. 1907, 867.

³ Req. 5 janv. 1869. S. 69, 1, 81. D. 69, 1, 127. — Req. 1^{er} févr. 1870. S. 70, 1, 152. D. 70, 1, 307. — Lyon, 8 nov. 1860. S. 61, 2, 15. — Bordeaux, 18 août 1864. S. 65, 2, 46. — Bordeaux, 18 janv. 1872. S. 72, 2, 50. D. 73, 2, 98. — Civ., 24 juillet 1832. S. 32, 1, 621. — Req., 23 nov. 1858. S. 1859, 1, 597. — Req., 22 juin 1870. S. 1870, 1, 358.

V. même pour un exécuteur testamentaire, mandataire du légataire, trib. Ypres, 18 avril 1899. *Belgique judiciaire*, 1900, 350.

⁴ Cass. civ. 18 mars 1818. S. chr. Req. 28 mars 1887, S. 88, 1, 77. — Req. 23 nov. 1858. S. 59, 1, 597. D. 59, 1, 131. Paris, 28 mars 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 683. — Trib. Seine, 17 déc. 1902. Gaz. Pal. 1903, 1, 246, et 27 janv. 1903. Gaz. Pal. 03, 1, 246.

⁵ V. Cass. Req. 28 mai 1877, S. 1878, 1, 126. D. 1877, 1, 496.

⁶ Cass. Req. 2 fév. 1852. S. 1852, 1, 178. D. 1852, 1, 33. — V. Baudry et Chauveau, n. 763.

primé le contraire » n'exigeait pas une volonté expresse. Mais cette interprétation semble exagérée¹.

Le code exige aussi une déclaration de l'origine des deniers pour qu'un immeuble serve de remploi au mari et en outre pour qu'il serve de remploi à la femme, une « acceptation formelle ». (art. 1434-1435). Ici encore il exige des volontés expresses. Mais il ne semble pas y avoir de jurisprudence récente sur la portée de ces termes².

181. — Les auteurs français, même récents n'ont pas de vue d'ensemble de la question et se contentent d'observations à propos des art. 843 et 1202 principalement.

Souvent ils se contentent de dire qu'il n'y a plus de termes sacramentels, qu'on peut employer des termes équivalents³.

Aubry et Rau assimilent expressément à *évidenter*⁴. Colmet de Santerre parle de dispositions inconciliables avec le rapport, pour qu'il y en ait dispense⁵. M. Huc exige une clause ad hoc pour que cette dispense ait lieu. Ailleurs il veut une idée résultant clairement de l'acte pour qu'elle soit expresse⁶. Laurent exige une clause ne pouvant se comprendre autrement⁷. Avec M. Huc il se lamente sur le relâchement de la jurisprudence⁸. MM. Baudry et Wahl à propos de la transaction exigent que les termes mêmes, vi-

¹ V. en notre sens. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n. 466. — Guillouard, I, n. 401. — Req. 19 avril 1904. S. 1905, I, 181. — Montpellier, 25 nov. 1901. S. 1902, 2, 47. — Gand, 11 fév. 1882. S. 1882, 5, 40. — Req. 10 nov. 1879. S. 1880, I, 337. D. 1880, I, 175. — Contra Laurent, XXI, n. 276. — Labbé, Note dans S. 1880, I, 337.

² Cf. Cass. Req. 23 mai 1838. S. 1838. I. 525.

³ V. not. Baudry et Borde, II, n. 1173, 1174, 1177. — Baudry et Colin, I, n. 1114. — Laurent, XII, n. 237. — Demolombe, *Donations*, III, n. 123.

⁴ VI, par. 632, note 7, 4^e éd.

⁵ III, par. 177 bis III.

⁶ V. p. 338 et VIII, n. 108.

⁷ X, n. 573.

⁸ X, n. 575. Cf. Huc, VII, n. 309.

sent la nullité¹. M. Larombière assimile l'engagement pour le tout à la solidarité².

En matière de novation les auteurs parlent d'ordinaire d'intention formelle ou de clause incompatible avec l'absence de novation³. Mais certains se contentent de ce que la novation résulte de l'économie de l'acte et se préoccupent des circonstances⁴.

D'autres tiennent compte de l'intention expresse ou même tacite et de celle qui résulte des circonstances⁵.

Dans les autres cas, où la loi parle de convention ou stipulation spéciale, le problème n'est pas toujours abordé par les auteurs. Cependant pour les clauses de non garantie, on exige d'ordinaire une clause formelle, ou nette⁶.

Par contre à propos de la dot, on se contente de convention tacite⁷.

Pour le cas de l'art. 2130, on se contente de dire qu'il n'y a pas de termes sacramentels⁸.

Par contre, lorsqu'il s'agit du prêt, les auteurs reprennent leur sévérité et s'accordent pour exiger une clause formelle pour que les intérêts soient dûs⁹.

Enfin le système indulgent l'emporte à nouveau à propos de la convention portant rémunération du mandataire¹⁰.

¹ N. 1248 bis.

² Art. 1202, n. 4 et 5.

³ V. Baudry et Barde, II, n. 1731. — Larombière, art. 1273, n. 2.

⁴ Huc, VIII, n. 108.

⁵ Aubry et Rau, IV, par. 324, note 28.

⁶ Aubry et Rau, V, § 335, note 42. — Huc, X, n. 107. — Laurent, XXIV, n. 253. — Baudry et Saignat, n. 393.

⁷ Laurent, XXI, n. 182. — Aubry et Rau, V, § 500, note 21. — Baudry et Surville, I, n. 222.

⁸ Baudry et de Loynes, II, n. 1386. — Aubry et Rau, III, par. 266, note 25 ter. Guillouard, II, n. 963.

⁹ Aubry et Rau, IV, par. 396, note 1. — Guillouard, n. 122, 124. — Huc, XI, n. 180. — Baudry et Wahl, n. 901, 902, contra Laurent, n. 514.

¹⁰ Baudry et Wahl, n. 727. — Aubry et Rau, IV, par. 410, note 8. — Guillouard, n. 11, 13 et 163. — Laurent, XXVII, n. 311. — Planiol, II, n. 2335.

Au total, la jurisprudence et la doctrine, lorsque la loi parle de convention expresse, de volonté claire, ec., ont inconsciemment bâti un système qui est le suivant. Dépassant les termes des textes, elle admettent plus ou moins facilement telle ou telle clause, comme ayant telle portée selon qu'elles sont plus ou moins favorables à telle institution.

Il n'est pas difficile de voir que la jurisprudence est sympathique à la dispense de rapport, moins favorable à la solidarité et surtout à la novation, tout à fait hostile à la nullité des transactions.

Malgré ces tendances certaines il est utile de tenter une construction de la déclaration expresse, non pas pour les cas où il y a une jurisprudence formée sur des considérations pratiques sérieuses, mais pour ceux où il n'y a pour ainsi dire pas de jurisprudence.

182. — Est-il possible de donner une notion un peu nette de la volonté expresse ou tacite ?

Chironi, définit la première¹ celle qui se manifeste par une forme extérieure au moyen de laquelle, d'après l'usage du commerce ou d'après des clauses spéciales les volontés sont destinées à être déclarées : paroles, écritures, signes, gestes habituels d'un muet, etc. La manifestation tacite se déduit des faits et peut se déduire de faits négatifs ou omissions qui ne peuvent s'interpréter autrement.

Ce sont à peu près les solutions admises en Allemagne²

¹ Chironi e Abello, *Diritto civile italiano*, I, p. 385 et les renvois à Leonhard, *Irrthum*, § 10. — Zitelmann, id. — V. de même, Oser, *Schweizerische Obligationenrecht*, p. 22. — Barassi, *Istituzioni*, p. 140. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 229.

² Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 155. — Zitelmann, *Burg. Gesetzbüch*, p. 90. — Leonhard, *Allg. Theil des B. G. B.*, p. 277. — Planck, I, p. 204. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 339. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 170.

Le code autrichien révisé (art. 863) paraît accepter cette théorie en disant : « On peut déclarer sa volonté non seulement par des mots ou des signes généralement reçus, mais tacitement par des actions telles qu'en réfléchissant sur l'ensemble des circonstances on n'ait aucun

où on appelle déclaration expresse celle où le procédé employé sert d'expression normale ou conventionnelle à l'égard des tiers, même si l'emploi du procédé ne donne pas des résultats clairs par lui-même et a besoin d'être interprété. Au contraire la déclaration est tacite lorsqu'elle n'a pas pour but en soi, ou d'après l'usage, de porter la déclaration à la connaissance de l'intéressé : ainsi c'est une clause indirecte d'un contrat résultant de l'intention présumée des parties, ou une déclaration résultant de circonstances extérieures et de faits. Mais ces faits doivent être non équivoques, c'est à-dire en fait incompatibles avec une volonté différente.

D'autres systèmes ont été proposés.

D'après Savigny¹, la déclaration expresse est celle qui a uniquement pour objet d'exprimer la volonté, et celle qui a en même temps un autre objet est une déclaration tacite.

C'est la solution de Crome qui emploie ici l'expression de déclaration directe et nomme ainsi la déclaration spéciale, c'est-à-dire celle qui donne affirmation particulière sur un point. Elle peut résulter à défaut de paroles de circonstances².

183. — Ces notions de la volonté expresse s'attachent exclusivement, d'après l'opinion dominante en Allemagne, à la forme employée pour manifester la volonté.

Il y a lieu peut-être de se montrer un peu plus large et de dire. Il y a volonté expresse, soit à propos d'une déclaration, soit à propos d'une clause spéciale.

raisonnable fondement d'en douter. — En relation avec l'importance et la réalité des actions ou omissions, il y a à considérer les usages et les coutumes admis dans les rapports loyaux. »

¹ *Traité*, trad. Guenoux, III, p. 246. V. de même, Crome, I, par. 86, 2^e al. qui assimile déclaration expresse et déclaration particulière.

Cf. Endemann, I, par. 64, note 7. — Saleilles, *Déclaration*, p. 3.

² Crome, *D. B. R.*, I, p. 381. — Cf. Dernburg, *B. R.*, I, p. 444. VI, qui est plus vague et parle de déclaration spécialement non ambiguë, d'où ne résulte aucun doute.

1° Quand on a fait un acte uniquement pour manifester cette volonté, manifestation qui naturellement revêtira les formes d'usage : écrit, parole, signe de tête, fait de lever la main à une vente aux enchères, etc, ou clause n'ayant de sens que si on l'interprète de telle façon.

2° Quand on a fait dans les formes d'usage : écrit, parole, etc., un acte absolument incompatible avec une volonté contraire à celle sur laquelle on discute. Ainsi un bailleur promet au fermier une indemnité s'il vend l'immeuble, cela est incompatible avec l'obligation de l'acheteur de continuer le bail, car autrement l'indemnité serait promise sans cause.

Au contraire il y a volonté tacite dans les autres cas¹.

184. — Si la volonté dans certains cas doit être expresse, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse être prouvée par d'autres moyens que la preuve par écrit. On peut toujours établir dans les termes du droit commun que telle personne a eu telle volonté. Il y a seulement pour le cas de volonté expresse ceci de spécial. Il faut établir que cette volonté s'est manifestée par un acte ou une clause ad hoc ou par une disposition inconciliable avec une solution différente.

La jurisprudence est d'ailleurs depuis longtemps fixée sur ce point².

¹ C'est à peu près la distinction donnée par MM. Colin et Capitant, II, p. 289, qui emploient toutefois les termes de manifestations directes et indirectes de la volonté. Par manifestations directes, ils admettent même de simples faits comme l'expédition de marchandises commandées, ce qui nous semble logique.

² V. pour la solidarité. Cass. Req. 15 juill. 1874. S. 1875, 1, 290. Bordeaux, 17 fév. 1913. Rec. Bordeaux, 1913, 1, 112. Req. 7 juin 1882. S. 84, 1, 157. D. 83, 1, 194, et le rapport du conseiller Lemàire. — Pour la dispense de rapport. Civ. 10 nov. 1852. S. 53, 1, 289. — Nîmes, 15 déc. 1864. S. 65, 2, 101. Contra Req. 10 nov. 1852. S. 1853, 1, 289. — Pour la novation. Req. 10 juin 1912. Gaz. Trib. 12 juin 1912. Req. 12 déc. 1866. D. 67, 1, 433. S. 68, 1, 79. — Req. 24 juillet 1883. S. 85, 1, 110. — Cass. Req. 10 nov. 1888. S. 89, 1, 72. Pand. fr. 1889, 1, 266. — Req. 27 nov. 1893. D. 94, 1, 60. S. 95, 1, 167. — Req. 28 déc. 1908. D. 99, 1, 214. — Angers, 20 juillet 1868. D. 69, 2, 8. — Pour la stipulation d'intérêts. Cf. Cass. Req. 27 avril 1909. S. 1909, 1, 375. D. 1909, 1, 341.

D'ailleurs de façon générale, la question de la volonté expresse de celle de la preuve de la volonté sont nettement distinctes. Un écrit à la machine à écrire ou imprimé qui est une manifestation expresse ne sera une preuve que s'il porte la signature du déclarant ¹.

184 bis. — Une personne peut émettre une volonté expresse et une volonté tacite qui soient en opposition. C'est le cas où une femme après la dissolution de la communauté, un héritier font des actes d'aliénation et déclarent dans l'acte ne pas vouloir prendre qualité. Dans des cas de ce genre, la loi tenant compte surtout de la volonté doit donner la prédominance à la déclaration expresse qui en est la déclaration la plus directe. Encore faut-il que l'acte tacite ne soit pas incompatible avec la réserve faite. Ce sera le cas si on assigne en partage de communauté sous réserve de renoncer ².

Etendant l'art. 796, on permet dans tous les cas ³ d'obtenir pour ces actes l'autorisation de justice. C'est alors inviter les juges à user de leur droit général de gestion des intérêts privés en souffrance. La femme ou l'héritier devient un administrateur judiciaire pour l'acte autorisé.

Le silence manifestation de volonté

185. — Le silence peut-il être une manifestation de volonté suffisante ?

La question très discutée à l'étranger, spécialement en

¹ Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 340.

² Req. 14 avril 1899. S. 1899, I, 439.

³ V. Planiol, III, n. 1999 (succession). Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1037. — Aubry et Rau, VIII, 5^e éd., p. 248. — Guillouard, III, n. 1260 (communauté). Contre Laurent, XXII, n. 381.

Italie, est délicate à poser nettement et à résoudre¹.

Il ne peut être question de silence dans le cas où il y a volonté manifestée expressément dans le sens que nous avons précisé (v. supra). Mais il ne peut en être question davantage dans les cas de volonté tacite, ou comme disent certains auteurs Allemands, pour éviter toute confusion, de volonté indirecte. Ainsi il n'y a pas silence au cas prévu par l'art. 1985 al. 1^{er} : lorsque le mandataire accepte le mandat en l'exécutant, ou si une personne ayant reçu une offre l'accepte en la faisant enregistrer, etc.

Il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse) ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite)².

¹ V. en France. Barrault, *Le silence créateur d'obligations*, thèse Dijon, 1912. — Valery, *Des contrats par correspondance*, p. 91, et note dans Dall. 1905, I, 345. — Colin et Capitant, II, p. 290-91.

En Italie les articles de la *Rivista Commerciale* : Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, 1906, II, p. 23. — Pagani, *Le fatture accettate coll silenzio*, 1908, II. — Sraffa, *Il silenzio id.*, 1903, p. 29. — Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, 1906, II, p. 222 et 1907, I, p. 105. — Sraffa, *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, 1903, I, p. 27. — Perrozzi, *Il silenzio, etc.*, 1906, I, p. 509. — Vivante, *Droit commercial*, IV, 3^e éd., trad. Escarra, n. 1538 et suiv. — Raneletti, *Il silenzio nei negozi giuridici. Riv. per la scienze giuridiche*, 1892, I, p. 3. — Gabba, *Nuove questione di dir. civile. Del silenzio nel diritto civile*, p. 109. — Chironi e Abello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 386. — Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 189 et suiv. — Coviello, *Diritto civile*, I, p. 341. — Bruschettoni, *Il silenzio. Dir. commerciale*, 1899, p. 27. — Borgne, *Silenzio nei negozi giuridichi*.

— Savigny, *Droit romain*, III, trad. Guenoux, p. 252. — Ehrlich, *Die Stillweigende Willenserklärung* 1893. — Dernburg, I, § 133, p. 452. — Crome, I, p. 383. — Pandectes belges, v^o *Silence*. — Rappr. Jèze, *Théorie de l'abstention. Revue de droit public*, 1905, p. 764.

² Cf. Giorgi, III, n. 188, p. 217. Gabba, *Nuove questione*, p. 115 et suiv. Aussi nous ne ferons pas rentrer dans le silence le tacite reconduction qui est une manifestation tacite ou indirecte de la volonté. Contra Colin et Capitant, II, p. 290. Cf. notre note dans *S.* 1911, 2, 129.

Perozzi dans un article de fine dialectique a voulu conclure de là, ou que le silence n'est pas une manifestation de volonté, donc qu'il est sans effet, ou que c'est le silence au sens vulgaire de ne pas parler, qu'alors il y a manifestation dit tacite¹. Il y a là une erreur, car il ne s'agit pas de savoir si l'inactivité d'une personne par rapport à une situation juridique vaut manifestation de volonté, il s'agit de savoir si devant cette inactivité qui peut dissimuler une volonté, il n'y a pas lieu de présumer celle-ci et surtout de la présumer dans un certain sens². Il y a là un aspect spécial de ce que j'ai appelé ailleurs l'avolonté³.

Aussi la valeur donnée au silence est un pas vers la reconnaissance d'obligations légales. C'est tendre à dire qu'un certain état de fait se présentant, des obligations existent, cela étant conforme à l'utilité sociale et n'étant pas contraire aux volontés connues.

186. — Le silence peut-il valoir volonté positive ?

Le silence peut dans certains cas être une preuve, l'art. 330 Proc. indique que le refus de répondre dans un interrogatoire sur faits et articles permet de tenir le fait pour reconnu. Rappelons en outre que le non faire, le non user est une cause d'extinction de certains droits (servitudes, etc.) il est à la base de la prescription extinctive. Enfin le silence, l'inaction peut constituer un quasi délit ou l'inexécution d'un contrat⁴, parfois même un délit pénal⁵.

Déjà le droit romain admettait certains cas de silence créa-

¹ Perozzi, *loc. cit.*, v. spéc. p. 514.

² Cf. Barrault, *op. cit.*, p. 15.

³ *Notions fondamentales de droit privé*, p. 317.

⁴ P. Appleton, *L'abstention fautive en matière délictuelle civile et pénale. Revue de droit civil*, 1912, p. 593. — Cf. Pau, 30 juin 1913. S. 1913, 2. 277. Silence du médecin attitré appelé par télégramme. C'est ici une inexécution de contrat.

⁵ Par exemple l'insoumission, certains délits d'imprudance, certaines contraventions (art. 471, n° 1, 3, 5, 7, 8, 14, etc.).

teur¹. En droit français la question n'a guère été prévue. On ne peut indiquer comme silence créateur le mandat tacite (art. 1985). Mais la tacite reconduction (art. 1738), à été présentée dans le bail, comme un cas de silence créateur². Il y a un cas plus certain dans la non réquisition de mise aux enchères par les créanciers hypothécaires en cas de purge, elle libère l'immeuble (art. 2186 civ.).

Le silence de la femme séparée de biens qui laisse le mari gérer son patrimoine (art. 1578), diminue l'obligation de restitution de celui-ci. Le silence du défendeur vaut reconnaissance d'écriture privée (arg. art. 193 et 194 Proc.).

187. — Mais il est bien certain que le code n'a pas envisagé le problème inconnu de son temps. Il faut le résoudre dans notre droit français d'après les besoins pratiques, et tirer de ces solutions les principes généraux qui les synthétisent le mieux³. Comme le dit très bien M. Pacchioni: L'homme en société a des devoirs : dans certains cas il doit parler. S'il ne le fait pas, il commet alors une faute dont il doit répondre et la réparation peut être de considérer qu'il y a eu de sa part une certaine volonté⁴.

Peut-il y avoir une obligation juridique de parler ? Nous établirons plus loin que la nécessité pratique consacrée par l'usage impose d'envoyer une réponse aux personnes avec

¹ V. Savigny, *loc. cit.* Raneletti, *op. cit.*, en a ajouté d'autres, mais ils ont été contestés notamment par Gabba.

² V. Barrault, *op. cit.*, p. 110, qui est cependant adversaire du silence créateur. Cf. sur la tacite reconduction en dehors du bail. Demogue, note dans S. chr. 1911, 2, 130.

³ Techniquement le silence peut être considéré comme preuve de volonté ou aussi comme source de responsabilité substitutive de la volonté. Mais il n'en serait ainsi que le silence était le fait d'une personne capable de contracter.

⁴ V. Venise, 25 janv. 1905. *Revue de dr. civil*, 1908, p. 734. — Rapp. sur le principe Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 127 et 136. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 230. — Cf. Crome, *Parte generale*, p. 252.

qui ont est en *rappports suivis* d'affaires¹. Si on garde le silence un temps assez prolongé on peut donc être traité comme ayant accepté².

Coviello a cependant objecté qu'il ne pouvait jamais être question de l'obligation de parler. Celle-ci ne peut découler, prétend-il, ni d'un simple devoir moral, et d'obligation juridique il n'y en a pas, ni comme obligation envers tous, ni envers une personne déterminée³. Mais c'est un raisonnement bien étroit que de ne tenir aucun compte des nécessités pratiques. D'ailleurs lui-même est obligé de faire une concession et de tenir compte de l'usage lorsqu'il a force de loi, c'est-à-dire en matière commerciale⁴.

Ensuite et bien entendu, il peut être expressément stipulé entre deux personnes que le silence intervenant après certains actes : envoi de traites à recouvrir, de livres à vendre, etc. vaudra acception⁵.

¹ Trib. comm. Nantes, 19 mai 1906. D. 1908, 2, 313, avec note Valéry. V. Montpellier, 3 juill. 1885. S. 1886, 2, 56, v. aussi plus loin, Cf. Valéry, note précitée. Lomonaco. *Obbligazioni*, I, p. 120. — Colin et Capitant, II, p. 290. — Giorgi, III, n. 192, Vivante, IV, n. 1538. Les rapports d'affaires forment un véritable petit cercle social où il doit y avoir une certaine solidarité. V. une application de cette idée à propos d'un directeur confirmé dans ses pouvoirs dans un conseil d'administration. Paris, 16 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 160. — V. cep. Req. 13 août 1872. D. 1874, 1, 97. — Trib. Seine, 29 déc. 1913. Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem., 2, 454.

² L'inaction là où il y a devoir peut être considérée comme équivalent à l'acte positif, surtout s'il y a intention mauvaise. On peut l'admettre en droit criminel pour le délit de commission par omission. (V. Gand, *Délit de commission par omission*, thèse de Paris, 1900, et Leubours Pigeonnière, C. R. *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 716.) Hémond, note dans S. 1902, 2, 305. Rapp. la question de droit public de savoir si le recours pour excès de pouvoir est possible contre un administrateur qui ne statue pas sur une demande.

³ *Dir. civ. italiano*, I, p. 342.

⁴ Le système que nous adoptons se rapproche dans ses conséquences de Crème, *Allgemeine Theil. des franzosischen*, etc., trad. ital., p. 252, qui voit dans le silence une omission ayant des effets juridiques lorsque la loi ou une source du droit impose un acte contraire. La loi tirerait de l'inaction une présomption.

⁵ Cf. sur ce contrat de réglementation. Barrault, *op. cit.*, p. 107.

Enfin Giorgi parle encore d'obligation de parler si une personne se trouve en présence d'une autre qui exécute ou passe un contrat qui l'intéresse : qui vend sa propre chose, travaille sur son terrain, etc. ¹. La loi française admet d'ailleurs une solution de ce genre en disposant que la femme mariée est censée renoncer à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur si elle est présente à la quittance du prix (loi du 13 février 1889). En droit public, il y a pour les fonctionnaires, à la différence des particuliers ayant un pouvoir public, une véritable obligation de répondre aux demandes qu'on leur adresse, mais ici le silence doit plus raisonnablement s'interpréter comme un refus ².

La cour de cassation a tenu compte du silence gardé par une partie présente à la barre en face de la déclaration de désistement de son avoué ³, ou du silence du débiteur dans un ordre lorsqu'un cessionnaire se présente sans avoir signifié la cession ⁴, ou du silence contraire à l'usage commercial ⁵.

La jurisprudence hésite cependant à tenir compte du devoir de répondre dans le cas où un des collaborateurs d'une œuvre cède les droits d'exploiter cette œuvre. Elle admet non seulement que l'autorisation doit émaner de tous les collaborateurs ⁶, mais que l'un des collaborateurs averti expressément de l'acte ne peut être censé avoir autorisé la cession. Mais aussitôt elle voit ce que cette solution a de peu pratique et elle admet que si le collaborateur mis en demeure

¹ III, n. 190. Cf. Cass. Rome, 15 mars 1876 et Venise, 25 janv. 1905.

² V. Jèze, *L'abstention*. *Revue de droit public*, 1905, p. 685 et 1906, p. 764.

³ Req. 21 juillet 1915. S. 1916, 1, 40. *Revue de dr. civil*, 1917, p. 139.

⁴ Req. 6 fév. 1878. S. 1878, 1, 168.

⁵ Req. 22 mars 1920. Gaz. Pal. 1920, 1, 550. — Req. 14 mai 1912, D. 1913, 1, 281, avec note de M. Valéry.

⁶ Trib. Seine, 4 fév. 1904. Gaz. Trib. 5 fév. 1904. Paris, 26 janv. 1862.

D. 1862, 2, 184 et 10 déc. 1878. Pataille, 1879, 82. — Paris, 7 mai 1884. Pataille, 1885, 50. — Trib. Seine, 19 mai 1866. Pataille, 1866, 302.

— Cf. Pouillet, *Propriété littéraire*, 3^e éd., n. 795.

de se prononcer garde le silence, il y a approbation tacite¹.

187 bis. — Pour les actes unilatéraux d'acceptations et de renonciations de communautés, successions, etc., la loi règle parfois l'effet du silence. L'art. 787 civ. est interprété comme voulant dire que le silence persistant de l'héritier ab intestat vaut renonciation².

Pour l'acceptation ou la renonciation de communauté, les art. 1456, 1459 et 1466 admettant une présomption d'acceptation en cas de silence prolongé³. L'art. 1463 va plus loin et en cas de divorce ou de séparation de corps présume la renonciation après un silence de trois mois et quarante jours⁴.

Pour l'acceptation et la répudiation des divers legs universels, à titre universels, ou particuliers, ou pour l'acceptation des substitutions par les grevés, il n'y a pas de texte et la question est plus délicate.

Il en est de même en cas de donations de biens à venir à des enfants à naître (art. 1090 civ.) ou d'option à exercer au décès d'un donateur en cas de donations cumulatives de biens présents et à venir (art. 1094 civ.). La question n'est pas prévue dans les traités de droit civil. Elle nous semble devoir être résolue comme pour les successions ab. intestat. Le silence vaudra renonciation après trente ans.

¹ Trib. Seine, 6 mai 1914. Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem., 2, 394.

² Cass. civ. 28 fév. 1881. S. 1881, 1, 343. D. 1881, 1, 195. — Req. 29 janv. 1862. S. 1862, 1, 337. Douai, 5 avril 1912. D. 1914, 2, 51. — Cf. Paris, 16 janv. 1913. D. 1913, 2, 353 avec note de M. Planiol. V. en sens divers. Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1884. — Huc, V, n. 193. Demolombe, XIV, n. 315. — Planiol, III, n. 1971 et suiv.

³ Planiol, III, n. 1228. — Aubry et Rau, V, 4^e éd., § 517, note 27. — Colmet de Santerre, VI, n. 115 bis. Guillouard, III, n. 1284.

Contra Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1052.

⁴ Mais il n'y a pas là une présomption absolue. Req. 13 juill. 1899. S. 1900, 1, 195. D. 1900, 1, 195. — Req. 18 juillet 1904. S. 1905, 1, 85. Cf. Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1057. Aubry et Rau, V, § 517 et note 14.

Contra Colmet de Santerre, VI, n. 119 bis.

On s'est demandé aussi si le silence de l'héritier bénéficiaire ne valait pas renonciation au bénéfice d'inventaire. À défaut de texte, la négative a été adoptée avec raison¹ car une solution autre serait contraire à l'intention certaine de l'héritier.

Mais de façon générale, il n'y a pas de raison pour ne pas admettre que le silence ne vaudra pas renonciation à un droit si les circonstances y sont favorables. Il pourrait même parfois y avoir des renonciations tacites à des droit patrimoniaux².

188. — En dehors de ces cas, le silence peut-il avoir effet juridique. Bonfante signale le danger incontestable d'imposer des obligations trop facilement alors qu'il y en a déjà de dangereuses résultant des contrats d'adhésion. Que sera-ce ici ? Ensuite le silence peut indiquer soit que la volonté de la personne silencieuse était occupée ailleurs, soit qu'elle ne pouvait avoir aucune volonté. Celui à qui j'écris : à défaut de réponse, je vous inscris sur telle liste de souscripteurs peut n'avoir pas eu le temps de décider ce qu'il ferait, il peut avoir été en voyage et n'avoir pas lu ma lettre, il peut l'avoir reçu, mais ayant été malade, étant devenu fou n'en avoir pas pris une connaissance utile. Il paraît donc tout au moins indispensable de réserver le cas où la personne silencieuse n'a pu vouloir étant absente, malade, etc.³. Mais en dehors de ces cas, y a-t-il utilité pratique à admettre le silence créateur d'obligations ?⁴.

Théoriquement nous ne voyons aucun obstacle à ce que l'on tienne compte de la volonté non manifestée. En effet

¹ Cass. civ. 3 avril 1901. Pand. fr. 1902, 1, 493. *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 181.

² V. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 132-136.

³ Rapp. la jurisprudence pour le cas où un assuré devant déclarer un accident n'a pu le faire étant dans le coma.

Cf. Giorgi, III, n. 189.

⁴ *Contrà* Beudant, *Obligations*, p. 68. — Bufnoir, p. 465. — Barraud, thèse citée.

quel est le but des actes juridiques? C'est de satisfaire des intérêts privés ou publics jugés conformes à l'intérêt général. Ces intérêts, il peuvent être établis aussi bien par le silence que par une affirmation. Tout ce que l'on peut dire c'est qu'ils n'existeraient pas s'il y avait une volonté contraire.

J'offre à une personne une opération à faire en commun. Si elle refuse, il est certain qu'elle la juge mauvaise pour elle. Mais dans tous les autres cas, on peut estimer qu'elle la juge bonne. Pourquoi un rapport juridique ne peut-il pas se former avec un ou quelques consentements sauf opposition de certains intéressés. Est-ce que dans les élections, les votants, qui sont peut-être une minorité ne vont pas choisir l'élu¹. Et personne ne proteste. Les abstentionnistes n'avaient qu'à venir s'opposer à ce choix. Évidemment cela aboutit à modifier la conception traditionnelle des actes juridiques. D'ordinaire on distingue les actes bilatéraux où chaque intéressé doit consentir, et les actes unilatéraux où un seul veut. Ceux à l'égard de qui l'acte produit effet sont irréfragablement présumés avoir accepté, ou plus exactement ils n'acceptent pas. Il y aurait une zone intermédiaire : des actes où une personne serait considérée comme ayant consenti, sauf opposition de sa part². Pourquoi pas? Cela change les idées reçues. Que nous importe si c'est utile. La théorie est-elle faite pour la vie pratique, ou la vie pratique pour la théorie?

Est-ce d'ailleurs une chose si nouvelle de dire : telle situation se produira sauf volonté contraire. Qu'est-ce qu'un texte dispositif. C'est celui qui dit : tel acte produira tel effet,

¹ Je ne veux évidemment pas dire par là que l'élection est un contrat. Il est admis depuis Savigny qu'elle n'en est pas un, *Droit romain*, III, p. 314.

² Cf. trib. comm. Bruxelles, 2 juill. 1906. *Jurispr. comm. Bruxelles*, 1906, 364. (Silence pour l'acceptation de l'annulation d'un marché mal exécuté.)

sauf volonté contraire¹. Pratiquement, y a-t-il intérêt à admettre que le silence vaudra volonté. C'est là le nœud de la question.

Il faut bien pratiquement interpréter le silence comme un refus ou comme une volonté positive. Quand est-il naturel de l'interpréter en ce dernier sens? Cela peut être utile quand il n'y a pas d'intérêt contraire de la personne silencieuse. Un marchand écrit : « Je garderai huit jours tel objet ancien que j'ai à vendre, pour le cas où vous désireriez le voir et l'acheter. ». Cela ne me nuit pas. Mon silence peut sans inconvénient être présumé acceptation, et j'en dirai de même pour toute personne qui m'offre une promesse de contrat. En second lieu, il peut y avoir un silence efficace lorsqu'une partie ayant un droit dont elle peut user pour un délai indéfini, notamment une action en nullité, l'autre partie la met en demeure de l'utiliser dans un délai raisonnable, sinon d' renoncer. Le silence vaudra renonciation². Les codes étrangers récents établissent volontiers cette solution. Le code suisse révisé des obligations, l'admet à l'art. 38 (ratification des actes du représentant), à l'art. 224 et 225 (acheteur invité à agréer la chose vendue).

Le code civil allemand donne les mêmes solutions à l'art. 264 al 2 (créancier qui a un droit d'option), à l'art. 117 al 2 (ratification des actes du représentant), à l'art. 108 al 2 (acte du mineur), à l'art. 1396 (acte de la femme mariée), à l'art. 1829 (acte irrégulier du tuteur).

Nous concluons donc que le silence peut valoir manifestation positive de volonté dans tous les cas où cela est utile à une personne et où d'autres ne peuvent gravement se plaindre.

¹ Rappr. les art. 66 et 68, loi 5 avril 1884 et 57, loi du 10 août 1871 sur les annulations de délibération de conseils municipaux ou généraux.

² Rappr. pour la fixation d'un délai pour une option dans un jugement. Bordeaux, 30 nov. 1831. S. 1832, 2, 632.

189. — Dans la jurisprudence française, la question du silence s'est posée pour l'acceptation des contrats (v. infra). Elle s'est posée également en matière de dol. On s'est demandé si le silence d'un contractant pouvait dans certains cas le rendre coupable de dol (v. sur ce point infra au chap. du dol).

Elle se pose aussi pour le rôle des factures¹. Dans ce derniers cas il a été jugé que la facture modifiant le lieu de paiement ne pouvait être acceptée par le simple silence². Mais la majorité de la jurisprudence est contraire, cela concorde avec notre théorie. Il y a rapport d'affaires suffisants entre deux personnes qui ont passé vente pour qu'on doive protester contre la facture inexacte³. Mais au contraire, sur une question voisine, la jurisprudence belge, pour les avis de disposition, n'admet pas comme acceptation le simple silence⁴.

¹ V. à ce sujet, Barrault, *Acceptation des factures par le silence*. *Ann. de dr. commercial*, 1913, p. 347. — Valéry, *Réponse à M. Barrault*, id., 1914, p. 118.

² Cass. civ. 17 juin 1903. D. 1905, 1, 345 avec note de M. Valéry. Toulouse, 27 mars 1874, et Metz, 8 mai 1861. D. Suppl. v^o *Compétence comm.*, n. 153. — Nîmes, 13 mai 1871. D. 1872, 2, 69. — Lyon, 18 nov. 1869. D. 1870, 2, 192. — Grenoble, 11 fév. 1870. D. 1871, 2, 120. — Toulouse, 11 mars 1868. D. 1868, 2, 81.

Contra Req. 26 déc. 1898. S. 1901, 1, 326. — Req. 10 déc. 1884 D. 1885, 1, 117. S. 1885, 1, 349. — Toulouse, 27 mars 1884. D. 1885, 2, 52. — Req. 21 juin 1882. D. 1883, 1, 472. — Req. 18 juin 1879, 14 janv. et 13 avril 1880. D. 1881, 1, 33. — Req. 7 fév. 1872. D. 1872, 1, 208. — Req. 4 mai 1869. D. 1870, 5, 81. — Req. 15 janv. 1866. D. 1866, 1, 439. — Nancy, 7 fév. 1874. D. Suppl. v^o *Compét. comm.*, n. 133. — Lyon, 31 juill. 1869. D. 1870, 2, 20. — Req. 26 déc. 1898. D. 1899, 1, 319. — Chambéry, 18 nov. 1901. D. 1902, 2, 475. — Dijon, 22 mars 1897. D. 1898, 2, 102. S. 1899, 2, 9. — Req. 1^{er} août 1888. S. 1891, 1, 406. — Cass. req. 14 nov. 1892. S. 1893, 1, 32. Nancy, 21 nov. 1868 et Agen, 25 mai 1870. S. 1899, 2, 9. — Cass. req. 30 juin 1888. S. 1890, 1, 102. — Req. 9 nov. 1885. S. 1886, 1, 206. — Req. 9 juin 1885. S. 1885, 1, 436. — Req. 10 déc. 1884. S. 1885, 1, 349. — Cf. Lyon-Caen et Renault, III, n. 63.

³ V. de même pour les lettres de confirmation de contrats verbaux. Anvers, 11 juillet 1892, *Jurispr. Anvers*, 1894, 1, 264.

⁴ Anvers, 3 mars 1894, *Jurispr. Anvers*, 1895, 1, 236.

Lorsque le mandant a été averti des actes du mandataire qui excèdent les pouvoirs donnés, s'il garde le silence, on doit admettre aussi assez facilement qu'il a entendu ratifier¹.

Les rapports antérieurs qu'il a avec le mandataire, son devoir de ne pas laisser une situation trouble se prolonger constituent ces circonstances dont on peut tenir compte, ce devoir de parler que nous avons indiqué.

De même si un acheteur qui a un délai pour vérifier des machines achetées demande un supplément de délai pour un examen nouveau qui a été prévu, le silence en vaudra octroi².

De même nous verrons (v. infra, n. 908) que si un ouvrier ne proteste pas contre un nouveau règlement d'atelier que dicte le patron, ce règlement lui est opposable. Ou encore si un ordre de service augmente ou diminue les salaires, l'ouvrier qui ne proteste pas est censé l'avoir accepté³.

En droit français on admet que la femme commune en biens peut être mise en demeure à la dissolution de la communauté de faire le retrait d'indivision ou d'y renoncer⁴. Il y a les mêmes raisons pour se prononcer dans un sens analogue si un gérant d'affaires a fait un acte, si un mandataire a excédé ses pouvoirs, si un incapable devenu capable a fait auparavant un acte annulable, ou si un mari ayant acquis un immeuble en emploi pour sa femme met celle-ci en demeure de l'accepter.

¹ Req. 27 juillet 1863. S. 1863, 1, 457. — Civ. 3 juin 1845. S. 1845, 1, 830. — Pau, 9 déc. 1874. S. 1876, 2, 244. — Req. 6 fév. 1893. S. 1896, 1, 114.

² Req. 7 mars 1905. S. 1905, 1, 407.

³ Trib. Tunis, 22 janv. 1917. Gaz. Trib. 1918, 2, 60. *Rev. de droit civil*, 1918, p. 114.

⁴ Chambéry, 17 juin 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2, 308. — Riom, 29 mai 1843. S. 1844, 2, 243. — Aubry et Rau, V, 4^e éd., p. 102. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n. 455.

— V. Vigié, III, n. 135, contra Laurent, XXI, n. 375. — Guillouard, *Contr. de mar.*, II, n. 498. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n. 411.

Mais en dehors de ces cas le silence ne peut valoir manifestation de volonté¹.

On n'y voit même pas un commencement de preuve autorisant le serment supplétoire² ou la preuve par témoins³.

189 bis. — Techniquement, comment peut-on donner effet positif au silence et en faire l'équivalent d'une manifestation de volonté notifiée. On a essayé de parler de *riconoscibilita*. On a dit que parfois le silence a des effets positifs car il y a volonté reconnaissable⁴. Mais cela n'est point satisfaisant, car si l'on a voulu, on n'a pas voulu manifester sa volonté.

Aussi M. Carrara propose-t-il de dire⁵ : on peut être tenu par ce qu'on a su qu'en la vertu de la loi, de la volonté du juge, de la convention, le silence serait considéré comme acceptation. Cela revient en somme à dire ; les effets d'une acceptation se produiront sauf volonté contraire exprimée. Il y a donc bien là une innovation technique.

189 ter. — Parfois la loi spécifie que l'abstention, laquelle comporte silence empêche une décision de se former. En général les assemblées, conseils etc. peuvent délibérer si quelques membres seuls sont présents. A notre avis il en faut au moins deux, les conseils étant fait pour discuter avant de décider et non pas seulement pour décider.

Par exception certains textes déclarent que l'absence de certains membres empêchera toute délibération. Le conseil de famille doit comprendre les trois quarts des membres (art. 415 civ.). L'assemblée constitutive doit dans une société par actions comprendre des actionnaires représentant au moins moitié du capital social (loi du 24 juillet 1867, art 30), et la seconde fois le cinquième. Les assemblées ordinaires doi-

¹ Cass. civ. 4 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 1, 514 (non confirmation par le silence, en cas de saisie du vendeur, d'une vente entachée de dol).

² Trib. Verviers, 22 mars 1899, même rec. XLVII, 640.

³ Trib. Bruxelles, 4 août 1890. *Jurispr. trib. de prem. inst.*, XLII, 607.

⁴ Bonfante, *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 105.

⁵ *Formazione dei contratti*, p. 243.

vent comprendre le quart (art. 29), les assemblées modifiant les statuts la moitié (art. 31). Les assemblées de concordat doivent comprendre la majorité en nombre et les deux tiers en sommes (art. 507 comm). En droit administratif, il faut dans les conseils municipaux la majorité des membres (loi du 5 avril 1884, art. 50). Il en est de même pour le conseil général et la commission départementale (loi du 10 août 1871 art. 30 et 72).

Il y en a des règles analogues pour le Parlement.

En procédure il faut dans les cours, cinq magistrats au moins et neuf aux audiences solennelles (loi du 30 août 1883 art. 1^{er}) et trois dans les tribunaux (art. 4).

189 quater. — Dans la voie du rôle reconnu au silence, la pratique nous conduit à aller plus loin et à affirmer une technique plus audacieuse. Une lettre collective des sociétés d'assurance-vie au Ministre du travail est insérée dans une circulaire au *Journal Officiel* du 25 août 1914. Cette lettre concède certains avantages aux assurés. Les besoins pratiques imposent de dire que cette lettre publiée sans doute du consentement des assureurs les lie, quand même il ne serait pas prouvé que le silence des assurés valait acceptation parce qu'il avait eu lieu en connaissance de cause¹. Nous arrivons donc à admettre dans des cas analogues que la volonté unilatérale peut lier lorsqu'il s'agit de rendre obligatoire une déclaration favorable à l'autre partie et qui ne contient que des avantages pour celles-ci, du moins s'il y a déjà contrat entre-elles. Nous sommes donc amenés à dire : une déclaration unilatérale émise envers des personnes avec qui on a déjà contracté dans la même situation, peut lier lorsqu'il était peu facile de les toucher individuellement.

¹ Trib. Gap, 6 fév. 1917. Gaz. Trib. 1917, 2, 563. *Revue de dr. civil*, 1918, p. 115.

190. — *Droit comparé.* Il n'y a pas à l'étranger de théorie générale législative sur le silence manifestation de volonté¹. On a l'impression que la question n'est pas encore assez élaborée doctrinalement. Cependant des codes récents comme les codes suisse, tunisien et marocain admettent le silence comme acceptation, mais sans fournir une liste complète des cas où cette solution est admissible. Au contraire la tendance à voir plutôt dans le silence un refus, se manifeste en Espagne, en Portugal.

Avec des textes semblables aux nôtres, la question du rôle du silence est très controversée en Italie, entre les auteurs. La jurisprudence est plutôt favorable à l'efficacité du silence².

En *Allemagne* le code ne contient pas de principe général, mais les art. 496, 625, 724 y font allusion (essai d'une chose par l'acheteur, tacite reconduction du contrat de travail et de la société). En principe personne n'est tenu de répondre à un tiers, le silence ne peut donc être tenu pour obligation. Cependant certains articles considèrent le silence comme une renonciation (art. 469 et 640, défaut de la chose vendue) d'autres comme une acceptation (art. 516, acceptation des donations, art. 663, mandat proposé au mandataire de profession)³.

¹ V. cep. Civ. argentin, art. 919 et Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 555.

² Turin, 10 juill. 1905, *Riv. dir. comm.*, 1906, p. 222. — Cass. Turin, 25 août 1905, id., p. 22. — Cass. Turin, 31 déc. 1903, id., 1904, p. 51. Milan, 16 mars 1904, id., p. 236. — Rome, 15 avril 1904, id., p. 320 avec note Sraffa. — 11 nov. 1903, id. 1903, p. 333 avec note Sraffa. — Venise, 8 janv. 1903, id., p. 431. — Turin, 9 mai 1913, id. 1913, p. 824.

Contra Florence, 2 avril 1907, id., 1907, p. 488. — Modène, 16 mai 1908, id., 1908, p. 475. — Gènes, 25 févr. 1905, id., 1905, p. 206. — Vigavano, 21 juin 1904, id., 1904, p. 483. Cf. Mancini, *Encyclopaedia giuridica italiana*, v° *Contratto*, n. 34. — Barassi, *Istituzioni*, p. 142. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, 5^e éd., p. 262.

³ V. Crome, I, p. 383. — Dernburg, I, p. 452. — Endemann, I, p. 296. Cf. Planck, I, p. 204.

En Suisse, en dehors des textes des Codes et notamment de l'art. 6 oblig. qui tient compte du silence comme mode d'acceptation si l'auteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse, M. Oser admet que le silence peut être un consentement si la justice ou les besoins pratiques exigent une réponse. Mais en dehors de cela le silence n'est pas une déclaration¹. Mais quelques textes du code civil : l'art. 57, l'art 588 considèrent le silence pour l'exécuteur testamentaire, l'héritier comme une acceptation (sauf pour le conjoint, art. 574). En outre la loi du 2 avril 1908 sur l'assurance, déclare que le silence vaut acceptation s'il s'agit de prolonger, modifier, remettre en vigueur une assurance antérieure (art.2).

En Autriche, il n'y a pas de texte général. Les auteurs donnent effet au silence s'il ne peut s'interpréter autrement que comme déclaration d'une certaine volonté, ou si la loi le dit (art. 1114, tacite reconduction ; art. 1238, mari administrateur des biens de sa femme ; art. 156, non désaveu de paternité ; art. 418, construction sur le terrain d'autrui sans opposition du propriétaire)².

En droit espagnol, on admet dans la plupart des cas que le silence ne peut valoir acceptation de contrat³, notamment si l'offrant dit que le silence vaudra acceptation. Le silence ne vaut déclaration que si la loi le dit et si l'on était obligé à répondre.

Le Code tunisien des obligations (art. 29), dit que l'absence de réponse vaut consentement lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties. L'art. 25 du Code marocain reproduit cette solution. En outre, l'art. 38 dit que « le consentement ou la ratification peuvent résulter du silence lorsque la partie des droits

¹ Oser, p. 23, c. — Schneider et Fick, *Art*, I, n. 6. — Rossel, *Obligations*, p. 26.

² V. Krainz, *System.*, I, p. 309, 4^e éd.

³ Valverde y Valverde, I, p. 439 et III, p. 247.

de laquelle on dispose est présente ou en est dûment informée et qu'elle n'y contredit point sans qu'aucun motif légitime justifie son silence.

En *Portugal*, les textes sans se prononcer expressément semblent défavorables à l'effet du silence comme manifestation de volonté. L'art. 647 civ dit que « le consentement des contractants doit être clairement manifesté », et l'art. 648 dit que le consentement peut être manifesté « par des actes d'où il se déduise nécessairement »¹.

En *Angleterre*, on s'est surtout occupé de l'acceptation tacite de clauses de non responsabilité inscrites sur des billets. On a admis qu'elles ne pouvaient lier si elles n'étaient pas connues et acceptées, mais qu'il y avait là un point de fait. Pollock estime que si la Compagnie a manifesté sa volonté clairement et affiché ses conditions en un lieu public, il y a acceptation².

Théorie générale des actes solennels

191. — A côté des cas où la loi exige une manifestation de volonté expresse, il faut indiquer ceux où la loi exige une manifestation de volonté en une forme déterminée : ce sont ceux où la loi établit des actes solennels¹. Ce que la loi veut ici c'est une protection de la volonté : celle-ci doit se manifester en une forme spéciale, qui d'ordinaire a pour but d'at-

¹ Ferreira, *Codigo civil portuguez*, II, 2^e éd., p. 9, dit en effet : Le silence par lui seul sans la circonstance d'aucun fait positif ou négatif mais accompagné de circonstances n'emporte pas consentement.

² *Principles of Contract*, p. 48, 5^e éd.

³ Cf. Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 254, 3^e éd. — Vivante, *Dr. comm.*, trad. Escarra, IV, p. 91 et suiv. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 357. — Krainz, *System.*, I, p. 310, 4^e éd. — Mancini, *Encyclopaedia*, v^o *Contratto*, n. 40. — Laurent, XIII, n. 457. — Les parties peuvent aussi s'imposer des solennités pour leurs actes ultérieurs. Il y a alors un contrat de réglementation (v. infra).

tester sa liberté¹ : ayant lieu presque toujours en présence d'un officier public. Mais la loi veut aussi parfois, donner sécurité aux tiers pour un acte important qui souvent n'est pas une simple entente, mais qui donnera lieu à un état de droit objectif important pour les tiers; comme le mariage, l'adoption, etc. Il ne suffira pas ici de s'être mis d'accord², ni même d'avoir employé la forme voulue, il faudra en cette forme avoir déclaré nettement sa volonté, ce qui sera important pour les actes contenant plusieurs conventions comme un contrat de mariage contenant des donations.

Par cela seul qu'une volonté doit être solennellement exprimée, elle doit donc en ce cas être expresse.

Il faut en outre tenir compte des cas où la convention des parties établit certaines solennités. Ces solennités volontaires seront étudiées plus loin (v. n. 894).

192. — Historiquement les actes solennels sont seuls obligatoires au début : on le voit à Rome et au moyen âge³. Les formes, pour des raisons tenant soit à leur caractère symbolique, soit à ce qu'elles frappent les esprits incultes, sont très importantes, mais elles tendent aux époques où l'autonomie de la volonté se dégage à devenir plus rares. La vie juridique s'assouplit. Mais ce n'est là qu'une phase. Le formalisme dans nos civilisations avancées tend à renaître pour donner plus de sécurité dans les transactions, d'un côté : (système de la transcription, du registre de commerce, etc.), de l'autre, pour protéger certaines classes sociales : (actionnaires en cas d'apport, ouvriers en cas d'accident du travail,

¹ V. Giorgi, III, n. 197.

² C'est ce que les auteurs de droit public nomment volontiers acte condition. V. Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd p. 28 et suiv. — V. not. sur l'utilité des actes formels. Savigny, *Droit romain*, III, trad. Guenoux, p. 242. — Moeneclaey, *La renaissance du formalisme*, thèse de Lille, 1914, p. 26 et suiv. et C. R. *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 969. — Salvat, *Derecho civ. argentino*, I, p. 546.

³ V. Brissaud, *Histoire du droit français*. Esmein, *Contrats dans le très ancien droit français*.

etc.) enfin pour permettre des opérations juridiques plus rapides (lettre de change, chèque, etc.). Ajoutons qu'elles sont nécessaires dans certains actes comme l'émission de titres au porteur, la transcription qui ne peut se concevoir sans un écrit. Mais le formalisme moderne cesse d'être un formalisme rigide de mots, de présences nécessaires de certaines personnes.

Il tend à être un formalisme assoupli, consistant simplement en un écrit¹, une copie d'acte, des mentions écrites spéciales, etc. Il n'y a formalisme que dans la mesure strictement imposée par le but lui-même. Il y a là une conciliation entre deux besoins importants, celui de sécurité et celui d'économie de temps et d'activité².

En outre il faut tenir compte de ce qu'en n'admettant pas la liberté de la preuve et en exigeant un écrit pour la preuve de tout acte important, la loi admet indirectement que la forme a une grande importance³.

Mais il n'y a plus ici solennité proprement dite⁴.

Il n'y a pas non plus solennité lorsque certaines formes sont exigées non plus pour l'obligation, mais pour l'acte instrumentaire⁵, comme les formalités exigées pour la vali-

¹ V. not. art. 1314, civ. italien. Cf. Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 543.

² V. à ce sujet Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, II, p. 9, nos *Notions fondamentales*, p. 63 et suiv., 111 et suiv. V. sur la renaissance du formalisme: Moeneclaey, *Renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse de Lille, 1914. Cf. Saleilles, *Obligation*, n. 163. — Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 476. Barassi, *Istituzioni*, p. 144. — Barassi, *Notificazione*, p. 203.

³ V. Colin et Capitant, II, p. 282. Il y a là une simple forme déclarative. V. Barassi, *Istituzioni*, p. 143.

⁴ A côté des formes solennelles, et des formes exigées pour la preuve, il y a encore des formes exigées uniquement sous des sanctions pénales: formes du cautionnement des employés (Loi du 2 avril 1914, art. 1^{er}), formes des émissions de titres (Loi du 30 janvier 1907).

⁵ Valverde y Valverde, *Derecho civil espanol*, I, p. 479.

dité des actes notariés. Ici la nullité atteindra l'instrumentum, mais non la volonté elle-même.

On ne peut pas davantage parler de solennité lorsque la loi exige une autorisation, car il s'agit ici d'une forme non plus extrinsèque, mais intrinsèque¹, d'une forme qui ne vise plus à la liberté, à la réflexion dans la formation de la volonté, mais à une protection par un contrôle de la volonté.

193. — Lorsqu'il y a acte solennel, la forme prend une importance considérable. En principe nous le verrons, la promesse de l'acte solennel (si la solennité a pour but de sauvegarder la liberté de la personne), est sans effet (v. infra. Avant actes).

Si un acte solennel a été décidé entre plusieurs personnes, le tiers qui ne tient aucun compte de ce projet ne fait qu'user de son droit. Il n'en serait autrement que s'il se livrait à une véritable fraude pour empêcher les intéressés de passer l'acte : pour détourner une personne de faire un testament qu'elle a projeté, etc (v. infra. Violence). Et encore dans un cas de ce genre l'acte solennel n'est pas tenu pour passé. On accorde simplement des dommages intérêts à celui qui a été victime de la fraude.

De même si par omission un acte solennel qui a été passé verbalement n'a pas été couché par écrit, il est inexistant. La solution a été donnée pour un acte de mariage où l'officier d'état civil avait omis de constater la reconnaissance d'enfants. Celle-ci était inexistante et désormais impossible². De même si un acte notarié devait contenir un certain acte et une donation et que l'on ait omis de l'inscrire, celle-ci sera inexistante et deviendra impossible si le donateur change d'avis ou meurt.

¹ Valverde y Valverde, *op. cit.*, p. 481.

² Req. 6 janv. 1913. S. 1913, I, 33. D. 1913, I, 205. — Gaudemet, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 614. — Perreau, *Ex. doctrinal, Revue critique*, 1914, p. 65. Cette solution est aujourd'hui modifiée par la loi du 30 déc. 1915.

194. — La raison d'être des actes solennels n'est pas la même dans tous les cas. Tantôt on veut surtout sauvegarder la liberté de la personne au moment de l'acte, la faire réfléchir à ses conséquences. C'est le cas pour le mariage, la donation, l'hypothèque, le testament. Tantôt on veut surtout un acte dont il reste une trace, qui soit établi nettement, qui évite la fraude. Cette idée qui existe un peu pour tous les actes solennels peut être presque seule à expliquer ceux de la seconde catégorie, comme les renonciations à succession, etc.

Cette idée que sous une forme technique identique : la solennité, se cachent divers besoins pratiques, conduit à des conséquences importantes, soit pour l'étendue de la solennité, soit pour les procurations en vue des actes solennels, soit pour les promesses d'actes solennels.

194 bis. — Si la solennité a pour but de protéger la liberté, elle n'est exigée que pour la déclaration de volonté de ceux dont on entend protéger la liberté. Ainsi le débiteur doit promettre l'hypothèque devant notaire, mais le créancier peut l'accepter par acte privé¹. Si la solennité assure aux tiers que l'acte a été passé, il suffit qu'une volonté soit exprimée en la forme solennelle. Il est donc exagéré de dire que toute offre d'acte solennel doit avoir lieu en la forme requise².

195. — Quand il y a acte solennel l'exigence de forme dans la manifestation de volonté comprend encore quelque chose de plus. La volonté n'est valablement manifestée que si l'acte solennel tout entier est valable. Il ne suffit pas d'avoir déclaré devant un notaire et des témoins qu'on voulait faire tel acte. Il faut que l'acte notarié dressé à la suite, soit pleinement valable, que toutes les formalités de la loi de

¹ V. Cass. civ. 29 janv. 1895. D. 1895, 1, 430. — Cf. Vigié, *Ex doct.*, *Rev. critique*, 1899, p. 5.

² V. cep. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 139.

ventose an XI, aient été observées. La manifestation de la volonté est donc subordonnée à la validité de l'acte instrumentaire¹. C'est la suite de ce désir de sécurité pour les tiers. Cependant si cette solution paraît implicitement admise, et si elle peut se fonder sur l'art. 1340 civ. qui déclare non susceptible de confirmation, la donation entachée de vice de forme, c'est une solution dangereuse : en subordonnant à la régularité complète de forme, la valeur de la volonté, on augmente les chances de nullité. Il serait donc préférable d'admettre un système différent si la loi ne voyait avec une certaine défaveur certains actes qu'elle a rendu solennels (surtout la donation).

En tous cas en imposant des solennités, la loi ne paraît pas avoir tranché une question de preuve. On pourra prouver par commencement de preuve écrit, par témoins, par aveu que l'acte solennel a été passé, lorsqu'on ne le représentera pas pour une cause quelconque, soit que l'on prouve auparavant sa falsification, sa destruction, sa disparition², soit que l'adversaire ou un tiers le retienne, soit qu'on préfère ne pas le représenter³. Mais ce dernier cas sera rare, car il est difficile de prouver la régularité d'un acte solennel sans le présenter.

Le droit de prouver par témoins qu'un acte solennel perdu a été dressé a d'ailleurs été reconnu fréquemment à propos

¹ C'est ce qu'indique l'art. 1339 civ. pour la donation en précisant que celle-ci doit être refaite si elle est nulle en la forme. Mais l'art. 1340 admet une atténuation que l'on étend aux testaments. (V. Planiol, III, n. 2685). Les héritiers peuvent renoncer à opposer les vices de forme. — V. sur le principe, *Crome, Allg. Theil.*, trad. ital., p. 254.

² C'est ce qu'exige l'art. 46 civ. pour les actes de mariage si les registres ont été perdus. — Cf. *Crome, op. cit.*, p. 254.

³ Nancy, 2 mai 1896. S. 1896, 2, 263, (testament non représenté par le fait des héritiers). Grenoble, 1^{er} juillet 1875, précité (même cas).

du testament ¹ et la solution doit être généralisée. Ce n'est d'ailleurs que l'application aux actes solennels du principe de bons sens posé par l'art. 1348 civ. al. 4 qui permet la preuve testimoniale si la créancier a perdu son titre par suite d'un cas fortuit.

Si l'acte écrit solennel n'a pas été dressé, par suite d'un oubli, en vertu des mêmes principes, il ne pourra être prouvé ².

195 bis. — Si la loi établit une solennité, peut-on assouplir celle-ci en raison des nécessités pratiques, de l'impossibilité dans un cas de se soumettre aux règles légales. Le conseil d'Etat dans un cas spécial à propos d'avis exigé l'a admis en droit public ³. Il y a là une idée féconde. A l'impossible nul n'est tenu. Le droit fait pour la vie doit jusqu'à un certain point s'assouplir, à condition de ne pas vider les règles de leur substance.

196. — Les principaux actes solennels sont :

La publication de mariage (art. 83 et suiv.) ;

Le mariage (art. 165 et suiv.) ;

La reconnaissance d'enfant naturel (art. 334) ;

¹ Caen, 31 janv. 1856, sous Cass. civ. 12 déc. 1859. S. 1860, 1, 630. D. 1860, 1, 334. — Rouen, 18 juin 1877. S. 1877, 2, 318. D. 1877, 1, 182. — Poitiers, 16 juill. 1879. D. 1879, 2, 267. S. 1880, 2, 147. — Montpellier, 7 mai 1900, sous Cass. D. 1903, 1, 93. — Grenoble, 6 août 1901. S. 1903, 2, 106. — Cass. Req. 8 déc. 1902. S. 1904, 1, 132. — Nancy, 2 juin 1899. S. 1900, 2, 94. D. 1899, 2, 263. — Nancy, 22 juin 1895. S. 1896, 2, 263. — Cass. Req. 12 juin 1882. S. 1883, 1, 127. D. 1882, 1, 299. — Toulouse, 17 janv. 1876. S. 1876, 2, 141. — Grenoble, 1^{er} juill. 1875. S. 1876, 2, 142. — Toulouse, 11 juin 1862. S. 1862, 2, 480. D. 1862, 2, 13. — Orléans, 13 déc. 1862. S. 1863, 2, 73. D. 1863, 2, 5. — Orléans, 6 août 1901. D. 1902, 2, 469.

Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, n. 2646. — Baudry-Lacantinerie et Colin, II, n. 1867. — Aubry et Rau, VII, 4^e éd., p. 10. — Laurent, XIII, n. 115 et 116.

² V. Req. 6 janv. 1913. D. 1913, 1, 205, et Perreau, *Ex doct.*, *Rev. critique*, 1914, p. 65, (reconnaissance d'un enfant naturel dans un acte de mariage).

³ V. Jèze, *Revue de droit public*, 1915, p. 479, (formes pour des mesures à prendre à l'égard d'un fonctionnaire).

- L'adoption (art. 353 et suiv.) ;
- La mise en tutelle officieuse (art. 363) ;
- L'émancipation (art. 477) ;
- La renonciation à succession (art. 784) ;
- L'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire (art. 793) ;
- La donation (art. 931) lorsqu'elle n'est ni un don manuel, ni une donation indirecte ou déguisée, ni une subvention ;
- La vente à tempérament de valeurs de Bourse (loi du 12 mars 1900)¹ ;
- Le testament (art. 967 et suiv.) pour lequel le testateur peut choisir entre plusieurs formes de solennités (art. 969 et suiv.) ;
- La révocation de testament (art. 1035 et suiv.) pour laquelle il y a d'ailleurs des formes très variées².
- La subrogation conventionnelle par le débiteur (art. 1250^{2°} civ) ;
- Le contrat de mariage (art. 1394) ;
- La renonciation à communauté (art. 1457) ;
- Le changement à un plan primitif arrêté à forfait avec un entrepreneur (art. 1793)³.
- La constitution d'hypothèque (art. 2127).
- La radiation d'hypothèque (art. 2158) ;
- La cession d'hypothèque (l. 23 mars 1855, art. 9 complété le 13 février 1889).

¹ Caen, 8 déc. 1909. Gaz. Trib., 1910, 1^{er} sem., 2, 248. Trib. Seine, 24 juillet 1907. Gaz. Trib., 27 juillet 1907.

² Faisons observer que dans ces cas il y a des formalités alternatives. Le testateur a le choix. Mais la forme choisie doit être exactement observée. V. Req. 10 avril 1855. S. 1855, 1, 321. D. 1855, 1, 145. Planiol, III, n. 2840. Colin et Capitant, III, p. 907. — Cf. Demolombe, XXII, n. 154.

³ V. sol implic. Aubry et Rau, 5^e éd., V, p. 681. — Baudry et Wahl, Louage, II, n. 307. — Guillouard, II, n. 890. — Laurent, XXVI, n. 67. — Huc, X, n. 429. Caen, 22 déc. 1899, D. 1900, 2, 416.

L'entente entre patron et ouvrier sur une incapacité permanente (l. du 9 avril 1898 art. 16) ¹;

La cession de brevet d'invention (l. 3 juillet 1844, art. 20) ².

Il faut encore signaler que les parties peuvent amiablement convenir que tel acte devra être passé en telle forme. Il y a alors solennité volontaire. Il en sera parlé plus loin (v. chap. XV.)

196 bis. — Si un acte doit être fait en une forme solennelle, il semble que l'acte qui le modifie ne peut qu'être solennel. Il ne peut résulter des circonstances. Ainsi la conduite d'un testateur ne peut suffire à effacer une condition insérée dans son testament antérieur ³. Il n'en est autrement que si un article comme l'art. 1038 dit expressément le contraire.

196 ter. — Si la solennité a pour but simplement de fixer une date (renonciation à communauté, à succession), rien n'empêche de faire par acte privé vis-à-vis d'une personne un acte semblable. Ainsi une femme peut s'engager vis-à-vis des héritiers du mari, à renoncer à communauté ⁴. Mais, ici il n'y a qu'un engagement purement relatif.

197. — Dans tous les cas où la loi exige un acte solennel, la procuration donnée pour le passer doit-elle être faite en la même forme ⁵ ?

¹ Cass. civ. 13 janv. 1908. S. 1911, 1, 309. Cependant ici la solennité consiste plus dans la présence du président que dans la régularité du procès-verbal qu'il dresse. Selon nous même s'il était nul, faute de signature par exemple, le contrat serait valable.

² V. cep. une atténuation. Trib. Seine, 6 juin 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 297.

³ Hugueney, *Revue de droit civil*, 1914, p. 665, sous Req. 23 fév. 1914.

⁴ Req. 4 mars 1856. S. 1856, 1, 872. D. 1856, 1, 31. — Req. 1^{er} avril 1895. S. 1899, 1, 311. — Req. 6 nov. 1827. S. chr. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1031. — Planiol, III, n. 1225. — Aubry et Rau, VIII, 5^e éd., p. 249.

⁵ V. pour l'affirmative, Bufnoir, p. 489.

Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 387, qui se fonde sur ce que les effets de l'acte se réalisent chez le représenté. — V. en notre sens Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 465 et suiv.

La question est résolue dans certains cas par des textes qui tous exigent une procuration authentique, c'est-à-dire en fait notariée, et cela alors même que l'acte à passer par le représentant serait un acte autre qu'un acte notarié.

C'est l'art. 36 Civ. pour les actes à recevoir par les officiers d'état civil.

L'art. 66 civ. pour les oppositions à mariage ;

L'art. 933 civ. pour les acceptations de donations ;

L'art. 216 proc. pour l'affirmation qu'on veut se servir d'une pièce arguée

L'art. 218 proc. pour l'acte de s'inscrire en faux.

La loi du 21 juin 1843, art. 2 pour les donations entre vifs, les révocations de donations ou de testaments, reconnaissance d'enfants naturels ¹.

Dans les autres cas, la forme solennelle de la procuration est exigée si la loi, en imposant cette forme pour l'acte principal, a voulu sauvegarder la liberté des contractants : celle-ci se trouvera alors protégée au moment où la procuration sera donnée.

Cette solution est admise par la jurisprudence et la doctrine dans les cas où l'acte principal est un acte notarié. La procuration doit être également notariée. Cela a été jugé pour le contrat de mariage ², la cession de brevet ³, la ces-

¹ V. pour ce cas, Cass. civ. 12 fév. 1868. S. 1868, 1, 165. D. 1868, 1, 60. — Grenoble, 24 juin 1869, S. 1869, 2, 240. D. 1869, 2, 207. — Aix, 30 mars 1866. S. 1867, 2, 73. D. 1866, 2, 201. V. Baudry et Che-neaux, IV, n. 627. — Laurent, IV, n. 51. — Planiol, I, n. 2222. — Demolombe, V, n. 407. — Demante, II, n. 62 bis, VIII.

² Cass. 29 mai 1854. S. 54, 1, 437. D. 54, 1, 208. — Trib. civ. de Carcassonne, 13 janv. 1891. Pand. fr. 1891, 2, 228. Aubry et Rau, IV, § 411 et § 502. — Guillouard, *Mandat*, n. 40, et *Contr. de mar.*, I, n. 281. — Baudry et Wahl, n. 468. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n. 81.

³ Trib. de Rouen, 15 juill. 1867 sous Req. S. 69, 1, 421. D. 70, 1, 122. — Guillouard, Garsonnet, Baudry et Wahl, *loc. cit.* Mais ceci ne vise que le débiteur. Il en est autrement pour le créancier. V. trib. Marche, 25 fév. 1893. *Jurispr. des cours*, XLI, 1198. Trib. Arlon, 18 mars 1903. Pand. per. 1906, 142.

sion de l'hypothèque légale de la femme mariée¹ et surtout pour l'hypothèque². Il en est de même pour la donation³.

Que décider si l'acte principal n'est pas un acte notarié?

Pour l'adoption, à défaut de jurisprudence, les auteurs exigent un mandat notarié⁴. Il faut étendre cette solution à la tutelle officieuse de l'art. 363 civ. et de la loi du 27 juin 1904, art. 18, al. 3, à l'émancipation.

Il serait juste de donner la même réponse pour l'ouvrier qui se fait représenter devant le président du tribunal pour la conciliation à la suite d'accident du travail⁵.

Mais ceci ne doit pas être étendu au patron, car la loi de 1898 a voulu protéger non la liberté du patron, mais celle de l'ouvrier.

¹ Req. 24 mai 1886. S. 86, 1, 247. D. 87, 1, 222. Garsonnet, S. 92, 1, 57. Guillouard, n. 40. — Baudry et Wahl, n. 467. — Pour la mainlevée d'hypothèque, v. Garsonnet, Guillouard, Baudry et Wahl, *loc. cit.*, Planiol, II, n. 2243.

² Cass. civ. 7 juill. 1854. S. 54, 1, 322. — Cass. civ. 12 nov. 1855. S. 56, 1, 254. D. 55, 1, 433. — Req. 19 janv. 1864. S. 64, 1, 221. D. 64, 1, 292. — Req. 15 nov. 1880. S. 81, 1, 253. D. 81, 1, 118. — Req. 27 juin 1881. S. 81, 1, 441. D. 82, 1, 175. Cass. civ. 29 juin 1881. S. 83, 1, 218. D. 82, 1, 106. — Cass. civ. 25 déc. 1885. S. 86, 1, 145. D. 86, 1, 97. — Req. 24 mai 1886. S. 86, 1, 247. D. 87, 1, 222. — Cass. civ. 3 déc. 1889. S. 91, 1, 525. D. 90, 1, 105. — Cass. civ. 29 janv. 1895. S. 95, 1, 73. D. 95, 1, 430. — Riom, 31 juill. 1851. S. 51, 2, 698. D. 52, 2, 222. — Amiens, 9 avril 1856. S. 56, 2, 333. D. 57, 2, 20. — Toulouse, 9 juill. 1859. S. 59, 2, 407. D. 59, 2, 201. — Bordeaux, 26 avril 1864. S. 64, 2, 262. D. 64, 2, 220. — Paris, 5 juill. 1877. S. 77, 2, 295. D. 77, 2, 168. — Amiens, 24 févr. 1880. S. 82, 2, 198. — Paris, 5 août 1880. S. 81, 2, 93. — Orléans, 11 mai 1882. D. 83, 5, 288. — Paris, 5 déc. 1887. D. 89, 2, 185. — Pau, 16 mars 1892. S. 93, 2, 125.

Aubry et Rau, III, par. 266, note 49, et IV, par. 411, notes 6 et 7. — Labbé, note. S. 86, 1, 145. — Colmet de Santerre, IX, n. 94 bis, V. Garsonnet, note. S. 92, 1, 57. — Guillouard, n. 40. — Baudry et de Loynes, II, n. 1413. — Baudry et Wahl, n. 466. — Planiol, II, n. 2243. — Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1887, p. 7. — L. Lucas, *id.*, 1888, p. 103.

³ Gand, 27 fév. 1883. Pas. 1883, 2, 250 (sol implic.).

⁴ Baudry et Cheneaux, V, n. 51. — Demolombe, VI, n. 88. — Aubry et Rau, VI, § 557, note 1. — Laurent IV, n. 216. — Huc, III, n. 130.

⁵ Cf. Sachet, *Accidents du travail*, II, n. 53.

Si au contraire la solennité a moins pour but la liberté d'une personne que la publicité de l'acte à l'égard des tiers, l'absence de fraude à leur égard, la procuration n'a pas besoin d'être passée en la même forme, que l'acte principal soit notarié ou non.

La jurisprudence a admis cette solution :

Pour la subrogation d'un prêteur nouveau à un autre¹ ; pour l'acceptation d'une cession par le débiteur cédé².

Il faut décider de même pour la renonciation à succession, l'acceptation bénéficiaire de succession, la renonciation à communauté³.

Enfin si la forme n'a pour but que de préciser l'effet de l'acte, ou d'assurer l'indépendance d'une autre personne que le représenté, le mandat n'a pas besoin d'une forme spéciale. Il peut être général au premier cas, pourvu qu'il vise la catégorie d'actes en question. Il peut être sous seing privé dans le second⁴.

Ainsi le mandat de signer toutes lettres de changes est valable. De même le mandat sous seing privé pour représenter en justice est valable.

Enfin et tout naturellement si la donation est faite comme don manuel, donation indirecte ou déguisée, ou stipulation

¹ Cass. civ. 5 août 1891. S. 92, 1, 57. D. 92, 1, 217. — Trib. Nantua, 1^{er} déc. 1887. Gaz. Pal. 1888, 1, 62 (décis. attaquée). Garsonnet, *loc. cit.* — Baudry et Wahl, n. 469.

Contra Lyon, 22 déc. 1888. Gaz. Pal. 89, 1, 400 (décision cassée).

² Cass. civ. 20 juill. 1892. S. 92, 1, 415 (très net sur le principe). — Besançon, 26 avril 1893. D. 95, 1, 290.

Baudry et Wahl, *loc. cit.*

³ Guillouard, n. 41. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1076 et 1198. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 469. — Baudry, Lecourtois et Surville, *Contr. de mar.*, II, n. 1030. — Pont. I, n. 866. — Rapp. pour le mandat de faire transcrire un divorce. Cass. 15 mai 1895. S. 1896, 1, 17 et D. 1895, 1, 281, et Tissier, *Ex. doctr. Rev. crit.*, 1896, p. 545.

⁴ Carré et Chauveau, *Procédure*, I, q. 44. — Rousseau et Laisney, *Dict. de proc. V^o Juge de paix*, n. 60. — Berriat Saint-Prix, *Rev. crit.* 1876, p. 362. — Baudry et Wahl, n. 470.

pour autrui¹, la donation principale n'étant pas solennelle, la procuration n'a pas à être notariée, de sorte que le mandataire sous seing privé pourra faire des donations pourvu que ce soit en une forme non solennelle.

198. — Mais l'idée que la procuration doit parfois être authentique ne doit pas être exagérée. Elle ne vise que la représentation conventionnelle. Le représentant légal, même désigné par acte non authentique, comme un tuteur nommé par un testament olographe peut valablement intervenir. De même on n'exige pas que l'organe de la personne morale ait été nommé par acte authentique. Tout cela tient à la différence que la pratique oblige à faire entre le représentant ordinaire et les représentants permanents dont la fonction constitue une véritable institution. C'est une différence que nous avons déjà constatée à propos de la présentation des pouvoirs et que nous retrouvons ici².

Si une société est constituée par acte sous seing privé, comme elle constitue une organisation spéciale, une institution, une hypothèque peut être constituée par ses organes, qui seront en principe l'assemblée générale, car il s'agit d'un acte de disposition. Sans cela on arriverait à ce résultat absurde, qu'une pareille société ne pourrait passer un contrat d'hypothèque. Cette solution a été donnée pour les sociétés commerciales par la loi du 1^{er} août 1893 dans l'art. 69, ajouté à la loi du 24 juillet 1867. Il est ainsi conçu : « Il pourra être constitué hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit

¹ V. pour la dispense de forme en ce cas. Req. 2 avril 1912. Gaz Trib. 1912, 2^e sem., 1, 175. Rouen, 28 déc. 1887. D. 1889, 2, 143. — Montpellier, 25 févr. 1862. S. 1862, 2, 209 sol. implic.). Req. 22 mai 1867. S. 1867, 1, 280 sol. implic.

supra, n. 104.

acte¹. Mais bien entendu, si elle veut donner mandat d'hypothéquer à un gérant ou administrateur il faut un acte notarié.

Ceci doit être étendu aux sociétés civiles, aux associations douées de personnalité, et à tous les groupements régulièrement constitués.

Mais que décider si les statuts permettent aux administrateurs, au bureau d'hypothéquer, si ces statuts ne sont pas notariés et que les administrateurs veuillent hypothéquer. La loi de 1893 (art. 69 in fine), régleme la question pour les sociétés commerciales. Pour les autres groupements : sociétés civiles, associations, etc., les auteurs et la jurisprudence antérieurs à 1893, disaient que ces pouvoirs ne suffisaient pas. Il aurait donc fallu quand même réunir l'assemblée générale².

Depuis 1893, quelques auteurs admettent encore cette solution³. Mais elle est beaucoup plus discutable. L'esprit de la loi a été de débarrasser la pratique d'entraves dans la constitution des hypothèques, il est raisonnable de s'en inspirer. Ensuite c'est confondre le représentant dont le titre doit être authentique et l'organe en qui s'incarne la société pour telle

¹ V. sur la jurisprudence antérieure lorsque le mandat d'hypothéquer était spécialement donné à un gérant. Cass. Req. 15 nov. 1880. S. 1881, I, 253. — Cass. Req. 27 juin 1881. S. 1881, I, 441, avec note Labbé. Rataud, *Revue critique*, 1882, 209.

² Cass. Req. 15 nov. 1880. S. 81, I, 253. D. 81, I, 118. — Req. 27 juin 1881. S. 81, I, 441. D. 82, I, 175. Cass. civ. 29 juin 1881. S. 83, I, 218. D. 82, I, 106. — Cass. civ. 23 déc. 1885. S. 86, I, 145 et la note de Labbé. D. 86, I, 97. — Cass. civ. 3 déc. 1889. S. 91, I, 525. D. 90, I, 105. — Paris, 7 août 1880. S. 81, 2, 93. — Douai, 20 déc. 1883. Gaz. Pal. 1884, I, 139. — Paris, 5 déc. 1885. D. 87, 2, 55. — Guillouard, n. 126.

³ Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, II, n. 1414. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 466. — Guillouard, n. 993. — Huc, XIII, n. 210. — Cf. Aubry et Rau, III, 5^e éd., p. 464, qui applique la loi de 1893 à toutes les sociétés formées selon les règles du Code de commerce. — Houpin, I, n. 202. — Bouvriér Bangillon, *Législ. nouv. des sociétés*, p. 26.

opération, du moment que celui-ci reste dans la limite de ses pouvoirs.

Une question analogue se présente pour les mainlevées d'hypothèques. Un arrêt récent sur la question admet ici que la loi de 1893 doit être étendue par analogie et cela est bien dans l'esprit de la loi¹.

S'il s'agit pour les fondateurs d'une société, de faire la déclaration notariée exigée par la loi de 1867, celle-ci devant faire réfléchir les fondateurs, on admet, même depuis la loi de 1893, que la procuration donnée pour cet acte doit aussi être notariée².

Il faut admettre dans le même esprit que là où une personne a un droit propre, créé par un acte privé, elle peut elle-même passer les actes solennels. Ainsi un exécuteur testamentaire institué par testament olographe pourra donner des mainlevées d'hypothèques et consentir des radiations d'inscriptions³. Il en sera de même à fortiori du légataire particulier ou universel institué par un testament en cette même forme.

199. — Les solutions précédentes nous dictent la réponse aux questions concernant la ratification des actes solennels. Un acte solennel peut être fait par un représentant excédant.

¹ V. Aix, 6 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 576. D. 1915, 2, 73, avec note de M. de Loynes. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 846. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2, 383. S. 1914, 2, 65 avec note de M. Wahl. L'hypothèse était spéciale. Il s'agissait du gouverneur du Crédit foncier, qui est un fonctionnaire chargé de diriger cet établissement et à qui le conseil d'administration ne donne qu'un avis. Mais il donne un avis, il semble que celui-ci étant nécessaire, il doit être authentique, à moins d'appliquer la loi de 1893. Nous croyons donc que l'extension de la loi de 1893, donnée par l'arrêt comme subsidiaire, est ici indispensable pour arriver à sa solution.

² V. Houpin, *Journal des sociétés*, 1884, p. 38, et 1901, p. 5, et *Sociétés*, I, n. 467. — Lyon-Caen et Renault, III, n. 706. — Douai, 15 juillet 1910. Rec. Douai, 1910, 274. *Contrà* trib. comm. Seine, 30 avril 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 225. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 814.

³ V. Guyot, *L'exécution testamentaire*, p. 62. — *Contrà*, trib. Lille, 19 mai 1892. D. 1893, 2, 311.

ses pouvoirs, par un gérant d'affaires. Il peut être ratifié s'il ne s'agit pas de ces actes ne comportant pas la représentation (mariage, testament, etc). En ce cas, la ratification devra être solennelle dans la mesure où la procuration devrait l'être. Cela va de soi. Mais il semble qu'elle devrait l'être également dans les autres cas. Il n'est pas admissible que les actes pour lesquels la loi a voulu la sécurité ne présentent pas un aspect net. Il est même dans l'esprit de la loi que l'acte de ratification soit annexé ou mentionné en marge de l'acte ratifié pour éviter toute hésitation sur la validité de l'acte. La ratification tacite sera donc exclue .

Que décider pour la confirmation ? Il ne peut être question de confirmer un acte qui aurait du être passé en une certaine forme et ne l'a pas été². Mais un incapable peut passer un acte solennel. Peut-il le confirmer étant devenu capable ? Oui, mais il ne pourra le faire qu'en forme solennelle, comme pour la ratification, et la confirmation tacite sera exclue, sauf la prescription qui a un certain caractère d'ordre public³. Il faut en dire autant pour la victime d'un dol ou d'un vice du consentement.

Le rétablissement d'un acte solennel pour lequel il y a eu déchéance, comme une donation entre futurs époux révoquée par séparation de corps, ne peut résulter que d'un acte solennel rétablissant la communauté⁴.

Lorsqu'un acte est solennel, et qu'il est frappé de nullité absolue ou relative, les contractants qui reconnaissent la nullité sont-ils réduits à ne tenir cette reconnaissance pour valable qu'en obtenant jugement ? Cela est vrai pour le mariage

¹ Huguency, note dans S. 1912, 2, 313. Contrà Nancy, 26 fév. 1910. eod. loc.

² Du moins par une simple manifestation de volonté. Cf. sur la solennité d'une assemblée générale. Cass. civ. 11 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 566.

³ Par exception, en matière de mariage, la loi prévoit, art. 181, une confirmation tacite.

⁴ Req. 27 déc. 1893. S. 1894, 1, 119. D. 1894, 1, 391. — Rennes, 23 déc. 1892. S. 1893, 2, 80. D. 1893, 2, 281, note de Loynes.

où devant la gravité de l'acte on ne peut amiablement le déclarer non avenü. On ne prévoit pas d'autre part d'annulation de mariage reconnue devant l'officier d'état civil. Il faut admettre la même solution pour l'adoption.

Pour les autres actes, la nullité peut être reconnue en une forme analogue à celle adoptée pour l'acte même : acte notarié etc. Il n'y aura d'exception que pour les actes unilatéraux qui ne pourront être annulés que par jugement.

199 bis. — Si un acte solennel a été dressé sans les formes légales, il est nul. Mais la jurisprudence italienne¹ admet que si un acte devant être rédigé par écrit a été fait verbalement le juge ne peut d'office soulever la nullité. Par suite la sentence rendue constatant l'acte, constitue l'acte écrit et rend l'opération valable pour l'avenir.

La question est très complexe. Nous pensons toutefois que le juge peut soulever le moyen de nullité : d'abord si la forme est dans l'intérêt des tiers. Si elle touche à la liberté des parties, le plaideur en ne disant rien devant le juge peut sembler agir librement et on peut soutenir que le tribunal ne peut soulever d'office la nullité. Mais n'oublions pas que devant le tribunal civil, on ne se présente que par avoué. Ceci ne correspond pas au vœu des textes sur les actes solennels. Nous n'approuvons donc pas cette jurisprudence.

De plus si la loi impose la forme notariée, on ne peut admettre que le juge supplée le notaire.

La nullité étant d'ordre public, pourra être soulevée à tout moment du procès.

Elle ne disparaîtra donc qu'en vertu des règles sur la chose jugée si un jugement par erreur avait constaté l'acte sans relever la nullité.

Elle ne disparaîtra pas par prescription. Mais un état de fait pourra suivre l'acte et se prolonger de sorte qu'il empor-

¹ Cass. Rome, 6 avril 1895 et 25 nov. 1895. — V. contra Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 385 et suiv.

te prescription acquisitive d'un bien ou extinction de l'action pour reprendre une valeur.

200. — Lorsque la loi exige une autorisation et qu'il s'agit de passer un acte solennel, faut-il que cette autorisation soit donnée aussi en la forme solennelle ?

Si la loi exige « une assistance » comme pour le conseil judiciaire (art. 513), la curateur du mineur émancipé (art. 482), par la force des choses, l'acte sera passé en la même forme par l'incapable et celui qui l'assiste. Le notaire recevra simultanément les deux consentements.

Si la loi se contente d'une autorisation, comme pour la femme mariée, l'autorisation du mari doit avoir été donnée par un acte authentique s'il s'agit pour la femme d'hypothéquer, etc. Cette solution devrait être étendue au liquidateur judiciaire, au conseil de tutelle donnant son avis, en vertu de l'art. 391 civ., à condition toutefois qu'il s'agisse d'actes pour lesquelles la procuration doit aussi être solennelle. La raison de distinction est en effet la même dans les deux cas ¹.

Mais si l'autorisation est donnée déjà par un acte solennel, il faut dire que cette solennité est une garantie suffisante pour la liberté de celui qui autorise, même si elle n'est pas de la même nature que celle exigée pour l'acte principal. Ainsi, un conseil de famille et un tribunal autorisant une hypothèque sur les biens d'un mineur, il est à peine besoin de dire que les actes solennels qu'ils font n'ont pas besoin d'être constatés en la forme notariée, de même si un conseil de famille nomme un représentant pour assister le mineur dans son contrat de mariage, au cas de l'art. 1398 civ. : l'authenticité suffit et équivaut à l'acte notarié exigé par les art. 1394 et 2127 civ.

200 bis. — Faut-il admettre que sont soumis à des solen-

¹ V. cep. *contrà* Req. 1^{er} mai 1861. *Rev. pratique*, 1861, II, p. 221 pour le consentement d'un époux à une adoption faite par l'autre.

nités et plus spécialement à l'authenticité tous les actes que l'on veut faire inscrire ou transcrire à la conservation des hypothèques ?

Pour les inscriptions, la loi y incline certainement. Non seulement les hypothèques supposent un acte notarié, mais les art. 2152 et 2158 exigent un acte authentique pour le changement de domicile élu, pour la mainlevée de l'hypothèque. Ceci ne peut cependant pas être généralisé. Un privilège de vendeur, de copartageant, une hypothèque de légataire peuvent être inscrits en présentant un acte sous seing privé ou testament olographe. De même on peut faire procéder à une radiation si on est cessionnaire de la créance en vertu d'un acte sous seing privé¹.

Les transcriptions peuvent avoir lieu aussi bien pour des actes sous seing privé que pour des actes notariés².

Mais inscriptions ou transcriptions supposent un acte écrit, une lettre tout au moins, ils ne pourraient se faire à la suite d'une convention verbale³. Ainsi il est admis que la radiation d'une inscription ne peut avoir lieu si le créancier se contente de se présenter au bureau⁴. Il y a là un certain formalisme, une certaine solennité.

201. — Il faut encore considérer comme solennelles les procédures, c'est-à-dire les séries d'actes pour arriver à un certain résultat, que ces actes comportent ou non l'intervention des juges.

Ainsi est solennelle la procédure de purge des hypothèques inscrites (art. 2181 et suiv. civ.), la réquisition de mise aux enchères par le créancier inscrit (art. 2185 civ.), la purge des hypothèques légales (art. 2191 et suiv.). On ne pourrait

¹ V. trib. Rennes, 13 juillet 1912. D. 1914. 2, 201, avec note de M. de Loyne.

² Flandin, *Transcription*, I, n. 80. — Berger, *Transcription*, n. 28.

³ Berger, *op. cit.*, n. 28. — Civ. 25 juin 1901. D. 1901, 1, 549 (transcription).

⁴ V. Planiol, II, n. 3061.

suppléer à ces formalité par des déclarations verbales mêmes avouées par ceux qui les ont reçues. Il faut donner la même solution pour les assemblées comme le conseil de famille, les avis de parents de la femme (art. 2144 civ.), les assemblées d'actionnaires, de créanciers, qui ne pourraient être suppliées par les consentements individuels de la majorité ou même de l'unanimité, la loi voulant une discussion, une délibération.

Sont encore des actes solennels certaines formalités conservatoires comme l'inventaire (art. 942 civ.), les appositions de scellés (art. 907 proc.), en ce sens que si une liste d'objets signée par une personne, l'apposition d'une sceau privée vaut bien comme moyen de preuve, il n'est pas satisfait à la loi lorsqu'elle ordonne un inventaire, une apposition de scellés et qu'on se contente de mesures privées.

Les procurations pour ces divers actes, où il s'agit surtout d'avoir des actes certains, où on ne doute guère du libre consentement peuvent être sous seing privé.

Cela est admis par les auteurs pour la procuration de représenter une personne à un conseil de famille¹.

202. — Les formalités de publicité pour rendre certains droits opposables aux tiers : signification de cession de créance (art. 1690 civ.), transcription (art. 3 l. du 23 mars 1855), inscription des cessions de brevets au secrétariat de la préfecture (l. 5 juillet 1844, art. 20), mutation en douane des navires (l. 27 vendémiaire an II, art. 17), inscription d'hypothèques (art. 2134 civ.), sont-elles des solennités ?

Elles ressemblent à des solennités, car la pure manifestation de volonté ne suffit pas pour rendre le droit opposable aux tiers, il faut quelque chose de plus, donc une formalité. Mais sommes nous en présence de véritables actes solennels.

¹ Demolombe, VII, n. 292. — Baudry et Cheneaux, V, n. 414. — Cependant un arrêt de Metz, 24 brumaire an XIII, S. chr. interdit ici le mandat en blanc. Il y a là en effet un acte dangereux.

en l'absence desquels il n'y a rien. La formalité a bien cet effet que les tiers sont invinciblement présumés avoir connu l'acte publié : c'était à eux à aller dans les bureaux où se remplissent les formalités, à se renseigner chez le débiteur cédé, etc. S'ils ne l'ont pas fait, il ne peuvent se plaindre de leur ignorance. Mais lorsque la formalité légale n'a pas été remplie à l'égard de chaque personne peut-elle être suppléée par la connaissance de fait qu'elle a eue de l'acte non publié ?

La jurisprudence a eu l'occasion de statuer sur ce point en matière de transcription.

Elle admet que la simple connaissance (même à la suite d'une notification) ne remplace pas la transcription¹. Elle étend ainsi la solution spéciale donnée par l'art. 1071 civ., au cas où il n'y a pas eu transcription d'une substitution permise, article d'après lequel le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription.

Mais lorsqu'il y a eu concert frauduleux elle admet que l'acquéreur de mauvaise foi n'est plus protégé². Ensuite

¹ V. Req. 8 décembre 1858. S. 60, 1, 991. — Req. 14 mars 1859. S. 59, 1, 833. Req. 5 juill. 1885. S. 87, 1, 175. — Grenoble, 4 août et 21 déc. 1869. S. 70, 2, 35. Req. 27 nov. 1893. S. 94, 1, 385 et la note de M. Lyon-Caen. — Pau, 29 mars 1871. *Rev. du Notariat*, 1872, 3048. — Pau, 4 fév. 1884. D. 85, 2, 85. — Riom, 23 nov. 1898. *Gaz. Pal.* 1898, 2, 611. — Req. 21 juill. 1885. D. 1886, 1, 326. — Req. 29 fév. 1904. S. 1904, 1, 216. D. 1905, 1, 7. *Pand. fr.* 1904, 1, 303. — Trib. Marvejols, 20 oct. 1909. *Gaz. Pal.* 1909, 2, 523.

² V. Cass. req. 3 therm., an XIII S. chr. — Cass. civ. 5 juillet 1882. S. 84, 1, 115. — Orléans, 4 mars 1896. D. 1896, 2, 515. — Riom, 23 nov. 1898. *Gaz. Pal.* 1898, 2, 611. — Douai, 4 avril 1895. *Gaz. Pal.* 1895, 2, 107. — Pau, 29 mars 1871. S. 1871, 2, 245. — Cf. Agen, 22 mars et 23 nov. 1887. *Rec. Agen*, 1887, 270.

V. en sens contraire, Steyaert, *La transcription et les tiers de mauvaise foi* (rapportant l'opinion de M. Procès). *Revue de dr. civil*, 1904, p. 343.

si une convention soumise à transcription a été acceptée par un tiers, celui-ci ne peut opposer le défaut de transcription ¹.

Cette distinction est adoptée en général par les auteurs ². Seul Boissonade a appliqué la même solution en cas de mauvaise foi et de fraude ³ et Mourlon a refusé complètement de tenir compte de ces deux éléments. Le droit belge est plus précis et la loi du 16 déc. 1851, art. 1^{er} évite toute discussion en parlant de ceux « qui auraient contracté sans fraude » ⁴.

En matière de cession de titre de rente non encore transféré sur les registres de la dette publique, la cour de cassation a admis encore qu'il y avait nullité du second acte même suivi de transfert en cas de fraude ⁵, mais elle s'est montrée fort indulgente et a admis que la simple connaissance constituait un dol frauduleux.

Pour les cessions de créances, la jurisprudence est plus abondante, mais plus trouble. Il faut mettre à part certains arrêts qui décident que le cédé qui a connu la cession doit désormais payer le cessionnaire et non le cédant ⁶. La jurisprudence admet que le second cessionnaire est responsable

¹ Req. 5 juill. 1910. S. 1913, 1, 513 avec note de M. R. L. Morel. (sol implic.)

² Baudry et Barde, I, n. 396 et 397. — Huc, VII, n. 127. — Aubry et Rau, II, § 209, note 81 et 82. — Garsonnet, *Rev. prat.*, 1871, p. 244

— Biville, *Conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble*.

³ *Revue pratique*, 1871, p. 337.

⁴ *Traité de la transcription*, II, p. 450 et suiv.

⁵ V. sur ce texte, Bruxelles, 14 mai 1902. Pas. 1902, 2, 257.

⁶ Req. 10 janv. 1905, S. 1905, 1, 328. *Rev. de droit civil*, 1905, p. 895.

⁷ Req. 17 août 1844. S. 49, 1, 47. — Req. 17 février 1874. S. 75, 1, 399. — Req. 6 fév. 1878. S. 78, 1, 168. — Rouen, 14 juin 1847. S. 1849, 2, 25. — Rennes, 29 juillet 1861. S. 1862 2, 225. — Orléans, 29 nov. 1838. S. 1839, 1, 327. — Cf. trib. Bordeaux, 31 mai 1911. Gaz. Pal. 1911, 2, 529. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 192 et 1905, p. 895. — Cass. belge, 10 juin 1909. Pas. 1909, 1, 306. Trib. Gand, 6 mars 1906. Pas. 1901, 3, 270. — Trib. comm. Ostende, 1^{er} févr. 1906, *Jur. comm. Fl.*, 1907, 3210. — Nancy, 2 fév. 1904. Gaz. Pal. 1904, 1, 585. *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 585.

de sa faute et plus récemment, mettant plus d'harmonie avec les jurisprudences voisines, elle exige que l'on soit en présence d'une véritable fraude calculée¹.

Mais quand il s'agit simplement de prévenir une personne unique, la jurisprudence admet ici que la connaissance de fait supplée la formalité légale. Ceci a été admis pour les ventes de vins plâtrés lorsque les formalités pour prévenir l'acheteur (loi du 11 juillet 1891, art. 3), n'ont pas été remplies².

En matière d'inscription de privilège ou d'hypothèque, on admet de même que la connaissance qu'un tiers aurait de l'hypothèque non inscrite ne produit aucun effet³. Il n'y a d'exception qu'en cas de fraude⁴.

Pour la mutation en douane il faut encore poser ce principe que la connaissance par un tiers est sans effet s'il n'y a pas fraude⁵.

Il faut en dire autant pour le cas où une vente de fonds de commerce doit être dressée par écrit et inscrite au greffe (loi

¹ Req. 5 mars 1838. S. 38, 1, 630. — Req. 17 mars 1840. S. 40, 1, 201. — Cass. civ. 24 déc. 1894. S. 95, 1, 69. — Cass. civ. 7 juillet 1897. S. 98, 1, 113 avec note de M. Wahl. — Paris, 11 oct. 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 405. Gaz. Pal. 1913, 1, 501. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 423. Cf. trib. Bruxelles, 17 déc. 1890, *Journ. Trib.*, 1891, 780. Cf. *Revue de dr. civil*, 1905, p. 895. — Planiol, II, n. 1613. — Campion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert non signifié*, thèse Lille, 1909. — Huc, *Cession de créance*, II, p. 25. — Guillouard, II, n. 781. — Colmet de Santerre, VII, n. 136. — Baudry et Saignat, n. 775 et suiv. — Aubry et Rau, V, 359 bis, note 12.

² Req. 26 avril 1906. D. 07, 1, 509. Trib. de Beziers, 28 juillet 1904 et trib. de Saint-Pons, 30 nov. 1904. D. 1906, 2, 194. V. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 112.

³ Paris, 21 juill. 1807 S. chr. — Bruxelles, 6 juin 1809, id. — Turin, 16 mars 1811. D. v^o *Privilèges*, n. 1588. — Cass. civ. 27 mars 1849. S. 1849, 1, 509. D. 1849, 1, 168. — Aubry et Rau, III, § 267, note 9. — Baudry et de Loynes, II, n. 1441 et 1539. — Guillouard, III, n. 1045. — Cf. Laurent, XXX, n. 552.

⁴ V. Req. 7 fév. 1831, cité dans Dall. v^o *Privilège*, n. 1371. — Gand, 14 avril 1888. Pas. 1888, 2, 397.

⁵ V. en ce sens Danjon, *Dr. maritime*, I, n. 126. On a cité à tort en sens contraire. Civ. 16 mars 1864. S. 1864, 1, 111. Rouen, 31 juill. 1876. S. 1877, 2, 129, et Lyon-Caen et Renault, V, n. 124.

du 17 mars 1909, art. 1^{er}), pour conserver le privilège du vendeur. La connaissance de fait de la vente non suivie de paiement, serait sans effet.

Ou encore pour la publicité des actes de sociétés, dont l'inobservation peut être invoquée par tout intéressé, même un associé, si ce n'est pas contre un créancier (loi du 24 juillet 1867, art. 56 in fine)¹; ici la loi ne tient pas compte de la connaissance par les associés, elle veut seulement éviter la fraude qui d'ordinaire sera pratiquée par un associé contre un tiers.

Sur un terrain voisin : si l'acquéreur d'un immeuble connu en fait le bail qui n'avait pas date certaine avant son acquisition, il n'est pas tenu de le respecter².

203. — Il faut donc affirmer que dans tous les cas ~~ne~~ prévus jusqu'ici par les arrêts, la connaissance de fait ne ~~suf-~~ fira pas à remplacer la publicité. Il faudra la fraude³, concertée d'ordinaire, et la jurisprudence se montre parfois indulgente pour en admettre l'existence. D'ailleurs il faut l'avouer la distinction de la connaissance et de la fraude est subtile. Il y a connaissance si on a visé surtout en remplissant les formalités de publicité à protéger ses propres droits, il y a fraude si on a surtout visé à nuire à autrui, à profiter de sa négligence en acquérant le bien qu'on convoite, par le moyen d'un second acte, c'est au fonds surtout une question de plus ou de moins.

Nous pouvons dès lors répondre à notre question et dire que les mesures de publicité constituent bien dans la mesure où elles rendent un acte opposable aux tiers ou à certains

¹ V. Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n. 287, p. 376.

² Douai, 11 août 1873. S. 1838, 2, 106. — Trib. Agen, 8 août 1891, la Loi 23 sept. 1891. — Trib. Seine, 20 nov. 1893, le Droit, 22 déc. 1893. — Bruxelles, 8 mai 1896. Pas. 1896, 2, 353. — Laurent, XXV, n. 106. — Guillouard, *Louage*, I, n. 363. — Baudry et Wahl, I, n. 971.

³ V. Baudry et Saignat, n. 792. — Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 139.

tiers¹, des solennités², car nous nous allons le voir, lorsqu'il s'agit d'actes solennels, la théorie de la faute et de la fraude peut jouer son rôle pour sanctionner des manifestations de volonté faites sans formes³.

Etant des solennités, les formalités de publicité ne peuvent être supplées par rien, même par des notifications à certains intéressés⁴.

Ce système a cependant été contesté et M. Carrara soutient⁵ qu'il ne suffit pas que la loi impose un moyen d'expression de la volonté pour qu'il y ait solennité. Il faut qu'il soit un élément essentiel de l'acte de sorte que la validité de ce dernier soit subordonnée à son emploi. C'est une conception un peu étroite. Il nous semble plus utile de rapprocher techniquement les cas où des situations analogues produisent les mêmes effets, puisque ce n'est ici qu'une question technique.

204. — En procédure il faut encore considérer comme actes solennels les jugements⁶ et les ordonnances de caractères contentieux ou gracieux. Ces manifestations de volonté des magistrats n'ont de valeur qu'à partir du moment où elles se sont manifestées dans les formes légales ou coutumières. Ainsi un juge peut revenir sur son jugement tant

¹ On les nomme alors publicité substantielle par opposition aux publicités notifications. V. Coviello, *Trascrizione*, I, n. 109. — Giovene, *op. cit.*, n. 55.

² V. sur ce point Moeneclaey, *Renaissance du formalisme*, thèse de Lille, 1914, p. 97 et suiv. V. aussi Barassi, *Istituzioni*, p. 147, qui range la publicité dans les solennités. Giovene, *Negoziio giuridico rispetto di terzi*, n. 54, qui appelle la publicité une solennité *meno piena* car sans elle l'acte a déjà effet entre les parties.

³ On peut même faire rentrer dans les solennités les mesures imposées pour notifier une volonté à une personne déterminée. V. Barassi, *Notificazione*, p. 204 et suiv.

⁴ Giovene, *op. cit.*, n. 58 in fine.

⁵ *Formazione dei contratti*, p. 367.

⁶ V. trib. paix de Rugles, 30 oct. 1915. *Gaz. Trib.* 1916, 2, 378.

qu'il n'a pas été prononcé en audience publique ¹.

205. — En droit public il faut encore considérer comme actes solennels.

1° Les décisions administratives réglementaires. Les arrêtés, les décrets réglementaires même dans les cas où la loi ne les assujettit pas à des formalités préalables : avis du conseil d'Etat, approbation du préfet, sont des actes solennels dont les formes sont imposées par la coutume.

2° Les décisions juridictionnelles émanant des tribunaux administratifs sont également des actes solennels.

3° Les arrêtés ou autres actes portant nomination de fonctionnaires sont des actes solennels. La solennité est l'écriture ².

4° Les votes politiques ou autres dont les solennités sont minutieusement réglées.

5° Certains actes contractuels, comme les baux des biens de l'Etat ³.

Les auteurs de droit international ne sont pas éloignés de penser que les accords internationaux doivent être écrits ⁴, ce qui constituerait une solennité.

206. — Mais pour avoir une idée exacte des actes solennels, qui tendent aujourd'hui à se multiplier, il ne faut pas considérer seulement les cas où il y a les solennités un peu théâtrales de l'acte notarié ou judiciaire. Il faut tenir compte des solennités assouplies qui sont celles du droit moderne et où le droit commercial, nous trace la voie.

Sont actes solennels :

La lettre de change, qui à défaut des formalités ne vaut que somme simple promesse (art. 112 Comm.).

¹ V. Glasson et Tissier, *Procédure*, I, n. 491. — Garsonnet et Cezar Bru, III, 3^e éd., n. 660. Cf. cep. Req. 17 mars 1897. S. 1897, I, 340.

² Cons. d'Etat, 1^{er} juin 1900. D. 1901, 3, 90

³ V. sur ces formes, Ducrocq, *Traité de droit administratif*, IV, n. 1743.

⁴ Cf. Pradier Fodéré, *Traité de droit international public*, II, n. 1072 et 1084.

Le billet à ordre, la constitution de société anonyme¹, les assemblées de créanciers en cas de faillite, les vérifications des créances, etc.

Les titres (actions ou obligations, parts de fondateurs, etc.) qui sont obligatoirement établis en la forme négociable, comme titres à ordre, nominatifs ou au porteur. On ne conçoit pas en effet que l'écrit soit ici un simple moyen de preuve, pouvant être suppléé par d'autres. Tant que celui-ci n'est pas dressé, le caractère de négociabilité n'existe pas².

Le décret du 12 janvier 1868 établit une série de règles prohibitives ou impératives pour la constitution des sociétés d'assurances mutuelles. Y a-t-il là des solennités ? On y trouve des règles de fonds et de forme : minimum d'assurés, publicité, fixation du maximum de contribution annuelle, etc.

La jurisprudence récente voit souvent une nullité, notamment si le directeur a été nommé par les statuts³, si la société n'a pas été publiée, ou si la prorogation ne l'a pas été⁴.

Mais M. Arthuys propose de distinguer, d'appliquer la nullité de la société en cas d'infraction aux règles impératives importantes, non dans les autres cas, le vice pouvant se réparer et les clauses contraires aux dispositions prohibitives étant seulement réputées non écrites⁵. Dans la mesure restreinte qu'admet cet auteur, il y encore solennité.

Est encore solennelle la formalité de l'acte extrajudiciaire ou de la lettre recommandée contenant protestation motivée contre la mauvaise exécution d'un transport (art. 105, nouveau Comm.). En effet il s'agit d'une formalité qui ne peut être suppléée par aucune autre. La connaissance de fait de

¹ V. cep. sur la portée des solennités, Civ. 13 févr. 1894. S. 1894. 1, 121. — Bonfils, *Revue critique*, 1895, p. 549.

² V. pour plus de détails sur la solennité dans les titres négociables Moeneclaey, *La renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse de Lille, 1914, p. 145 et suiv.

³ Cass. Req. 19 nov. 1900. S. 1902, 1, 449 avec note de M. Wahl.

⁴ Douai, 16 mars 1896. S. 1901, 2, 97.

⁵ *Ex. doctrinal. Rev. critique*, 1903, p. 267.

la réclamation résultant de la réception établie d'une lettre ordinaire¹ ou de protestations verbales² est inopérante. C'est bien là le trait caractéristique des solennités. Nous avons là une solennité souple; même une solennité à option, comme les aime le droit moderne.

A raison de l'interprétation littérale des tarifs, est encore un acte solennel la demande de wagons, pour des chargement par wagons complets. Elle ne peut entraîner indemnité si elle est irrégulière. Ainsi donc la connaissance de fait est ici inopérante³.

La cour de Besançon ajoute encore l'adhésion à une société d'assurances mutuelles, le décret du 22 janv. 1868, art. 25 et 28 subordonnant le contrat à la remise des statuts constatée par une police⁴.

207. — Quand la loi exige un acte solennel, en résulte-t-il que la volonté doit être formulée expressément dans cet acte. La question n'a pas d'ordinaire l'occasion de se présenter parce que l'acte solennel est le plus souvent fait uniquement pour constater un acte juridique isolé. Mais un acte solennel peut renfermer une clause qui peut être interprétée comme contenant la volonté de réaliser un autre acte solennel soumis aux mêmes formalités. Un contrat de mariage peut contenir une donation. Une transcription de vente d'immeuble peut contenir une allusion à un bail de plus de dix-huit ans, à une servitude, une renonciation à communauté conté-

¹ Civ. 11 févr. 1901. D. 1901, 1, 188. — Civ. 14 avril 1899. S. 1899, 1, 415. D. 1899, 1, 454. — 23 mars 1897. D. 1897, 1, 612. — 16 avril 1896. S. 1896, 1, 412. D. 1896, 1, 404. — 8 nov. 1893. S. 1894, 1, 36. D. 1894, 1, 167. — Lyon-Caen et Renault, III, n. 657. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n. 3743. — Thaller et Josserand, *Transport*, n. 675.

² Civ. 8 déc. 1908. D. 1910, 1, 303. S. 1909, 1, 331. — 26 déc. 1906. S. 1910, 1, 460. — 17 janv. 1906. D. 1909, 1, 273. — 17 févr. 1903. D. 1905, 1, 125. — 14 janv. et 11 fév. 1901. S. 1901, 1, 364. — Thaller et Josserand, *Transports*, n. 675.

³ V. Thaller et Josserand, *Transport*, n. 290 et 418.

⁴ 25 fév. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 204. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 526 et 943.

nir implicitement renonciation à succession, etc. Faut-il dire que la solennité a été remplie par l'allusion à une volonté. Il nous semble plus exact de dire que la volonté devant être manifestée en une forme solennelle, elle doit à plus forte raison être expresse¹. Si on a voulu donner toute sécurité aux tiers par des formes spéciales, il faut exiger qu'en cette forme on manifeste nettement sa volonté².

Cette solution paraît plutôt confirmée par le paragraphe ajouté à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 le 13 février 1889. « En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution du mari. »

Il y a bien là une clause expresse au sens où nous avons défini ce terme : les clauses précédentes étant inconciliables avec l'absence d'obligation de la femme. Et la loi de 1889 est ici limitative³.

Si l'on admet que la femme ne peut renoncer à son hypothèque au profit de l'acquéreur, que par une quittance authentique du prix⁴, l'avant dernier paragraphe de l'art. 9 contiendrait une exception à notre règle, puisque la quittance emporte subrogation à l'hypothèque au profit de l'acquéreur par la seule volonté de la loi.

¹ Cf. Baudry et Cheneaux, IV, n. 626 (reconnaissance d'enfant naturel).

² Cf. Req. 6 janv. 1913. D. 1913, 1, 205 (acte de mariage où l'on a omis la légitimation d'un enfant). Un arrêt de la cour de Nancy, 26 fév. 1910. S. 1912, 2, 313, avec note de M. Hugueney, a cependant admis une ratification tacite d'un acte solennel. Cela nous semble critiquable, comme à l'annotateur.

³ V. les paroles de M. Lisbonne, Sénat 6 février 1888. *Lois annotées de Sirey*, 1890, p. 600, col. 3.

Cf. Baudry et de Loynes, II, n. 1068. — Nous pensons cependant que la seule déclaration de rétablissement de communauté après séparation de corps (art. 1451) fait revivre les donations entre les époux. Mais la volonté de les rétablir est impliquée par la réconciliation.

⁴ Exorbiac, *Loi du 13 février 1889. Lois Nouvelles*, 1889, 1^e p., p. 102. — Contra Tissier, *Revue critique*, 1889, *La loi du 13 février 1889*, n. 13. — Baudry et de Loynes, n. 1152.

A plus forte raison si un écrit doit contenir deux actes solennels et que l'un ait été omis par l'officier public, on ne pourra pas rectifier cette omission¹.

208. — Quand un acte solennel est imposé, faut-il promesse et acceptation simultanée. L'art. 932 civ. prévoit le cas pour la donation et admet l'acceptation séparée.

Les nécessités pratiques imposent de donner la même solution pour l'hypothèque² et ceci doit être généralisé.

D'ailleurs, le formalisme moderne est un formalisme assoupli, qui n'exige plus la simultanéité des formes. L'unité de temps exigée dans le droit ancien est abandonnée aujourd'hui. Tout acte peut se décomposer en actes successifs. Nous le verrons à propos des avant-actes.

Si l'acte se décompose en deux opérations séparées : offre et acceptation, si la raison d'exiger la solennité n'existe que d'un côté, il suffira que la solennité soit observée par un contractant.

Ainsi l'hypothèque étant solennelle dans l'intérêt du débiteur, le créancier peut accepter par acte privé³.

209. — Lorsque la loi impose des solennités, sont-elles nécessaires lorsque l'acte à passer, intéresse un établissement public? La négative a été admise pour une donation

¹ Req. 6 janv. 1913 précité.

² Cass. civ. 29 janv. 1895. D. 1895, 1, 430. (Dépôt successif chez le notaire des divers actes permettant d'hypothéquer : statuts sociaux, procès-verbal d'assemblée). Vigié, *Ex. doctr. Revue critique*, 1899, p. 5.

³ Cass. Req. 4 févr. 1867. S. 1868, 1, 252. — Chambéry, 20 janv. 1872. S. 1872, 2, 125. D. 1873, 2, 146. — Cass. civ. 5 août 1839. S. 1839, 1, 753.

Guillouard, *Hypothèques*, II, n. 1001. — Baudry et de Loynes, I, n. 1416. — Vigié, *Ex. doctr. Revue critique*, 1899, p. 7.

Cf. une application de ces idées dans Demante : *Donation d'immeuble. Prohibition d'hypothéquer sans le consentement du donateur. Consentement par acte privé.* — *Revue critique*, 1898, p. 640.

faite par une ville à l'empereur Napoléon III¹. En effet la solennité a pour but de protéger le donateur et de faciliter la preuve, motifs qui ici font défaut : le donateur agissant par un acte qui a l'authenticité, et qui présente des garanties de conservation, et avec des autorisations qui garantissent sa liberté. Si cette solution commode était généralisée, il faudrait dire qu'une commune peut de même hypothéquer ses biens en faveur de porteurs d'obligations sans acte notarié, faire rayer une hypothèque. La solennité ne serait exigée que dans les cas où les tiers doivent être prévenus d'une certaine manière (renonciation à un legs par acte au greffe). Cette théorie audacieuse aurait pour elles de grands avantages pratiques.

210. — Si un acte est solennel, ne peut-il être détruit ou modifié qu'en la même forme ?

La question s'est posée pour la destruction du testament et plus spécialement pour l'ordre donné par le testateur de détruire son testament¹. Il est admis en doctrine et en jurisprudence que la destruction volontaire du testament vaut révocation³.

Cette solution est étendue même au testament public⁴.

De même la donation entre époux est révocable tacitement⁵. Mais ceci peut-il être étendu ?

¹ Trib. Marseille, 17 mai 1882, *Fr. judic.*, II, 584.

Cf. contra Gauthier, *Ex. doctr. Revue critique*, 1883, p. 11

² V. à ce sujet, *Effets de l'ordre donné par le testateur, etc.*, par M. Wahl, *Revue de droit civil*, 1903, p. 261. — V. sur la révocation tacite not. Pau, 15 juillet 1913. S. 1913, 2, 271. Cf. Trib. Dijon, 29 sept. 1913. *Gaz. Pal.* 1913, 2, 570.

³ Venise, 7 mars 1899. S. 1902, 4, 21. — Nîmes, 8 janv. 1895. S. 1890, 2, 126. Cass. Req. 23 janv. 1888. S. 1888, 1, 78. — Req. 29 janv. 1878. S. 1878, 1, 212. — Baudry et Colin, II, n. 2783. — Planiol, III, n. 2843. — Aubry et Rau, VII, 4^e éd., § 725. — Demolombe, XXII, n. 244 et suiv.

⁴ V. Demolombe, XXII, n. 255. Cf. avis Cons. d'Etat, 4 avril 1821.

⁵ Rennes, 4 juin 1894. D. 1897, 1, 449. — Demolombe, XXIII, n. 478. — Aubry et Rau, VIII, § 744. — Baudry et Colin, II, n. 4021 et suiv. — Planiol, III, n. 3222.

Mettons d'abord à part les actes solennels irrévocables : mariage, adoption, contrat de mariage suivi de mariage.

Pour les autres, nous voyons l'art. 1396 pour les modifications du contrat de mariage, exiger les mêmes solennités : car il y aurait un danger à permettre trop facilement un changement. La jurisprudence admet par contre qu'on peut revenir tacitement sur une renonciation à succession. De même le donataire pourrait d'accord avec le donateur renoncer à la donation, le créancier hypothécaire à l'hypothèque. Les mesures de protection exigées pour l'acte lui-même ne sont d'ordinaire plus nécessaires pour sa révocation. C'est là le principe qui doit guider l'interprète pour les cas divers qui pourraient se présenter²

Si un acte solennel accessoire (contrat de mariage, constitution d'hypothèque n'est suivi qu'à un très long intervalle du contrat principal, on peut admettre qu'il subsiste toujours, si la volonté implicite des parties a été de le faire subsister même en ce cas, pourvu qu'il n'y ait pas de changement important dans la situation. Le contrat subsiste donc en vertu de la volonté première des parties, et non en vertu d'un accord tacite postérieur qui lui donnerait vie, ce qui est important s'il s'agit d'une hypothèque fournie par un tiers.

211. — Par contre dans d'autre cas, la rédaction d'un écrit n'est exigé par la loi que pour la preuve et certains autres modes de preuve peuvent y suppléer³.

Il en est ainsi en droit civil :

De la convention d'intérêts dans le prêt (art. 1907) :

¹ Besançon, 23 fév. 1894. Gaz. Pal. 1894, 2, 454. — Req. 5 juin 1860, S. 1860, 1, 956. Rouen, 30 juin 1857. S. 1858, 2, 22. — Cass. civ. 13 fév. 1833, S. 1833, 1, 624. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 988. Laurent, IX, n. 451. — Demolombe, XV, n. 54.

² V. Cass. Req. 27 mai 1887. S. 1889, 1, 426 (révocation d'une donation déguisée).

³ V. sur l'opposition de l'écrit *ad probationem et ad solemnitatem*. Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 106.

- De l'antichrèse (art. 2086) ;
- De la transaction (art. 2044) ;
- Du bail non commencé (art. 1715) ;
- De la société (art. 1834 civ. et 39 comm.)¹.
- Il en est ainsi en droit maritime :
 - De la vente de navire² ;
 - Du prêt à la grosse³ ;
 - De la charte partie⁴ ;
 - Du connaissement⁵.

On ne peut pas non plus faire rentrer dans les solennités les formalités fiscales qui ne sont exigées que pour le paiement d'un impôt⁶. La loi tend toutefois à s'éloigner de cette idée. Aujourd'hui les titres nominatifs ne peuvent être immatriculés au nom d'un héritier que s'il produit un certificat constatant le paiement des droits.

Ne rentrent pas non plus dans les solennités les formalités habilitantes : autorisation du mari, du conseil judiciaire. Il en est de même des formes imposées au majeur qui ont un caractère nettement protecteur : comme les conditions imposées à l'ex-pupille par l'art. 472 civ. pour les traités avec le tuteur. Leur inobservation n'entraîne que nullité relative⁷.

Si des formes sont imposées à un représentant d'autrui : tuteur ayant besoin de l'autorisation du conseil de famille, etc. ce ne sont que des formes habilitantes.

¹ V. Lyon-Caen et Renault, II, n. 170.

² Bordeaux, 23 avril 1872. S. 72, 2, 185 et la note de M. Lyon-Caen. Desjardins, *Droit maritime*, I, n. 72. — *Contra* Delamare et Le Poitvin, V, n. 39.

³ Desjardins, n. 1137.

⁴ Desjardins, III, n. 763, *contra* trib. comm. Nantes, 9 janv. 1875. Rec. Nantes, 75, 2, 108 et 21 oct. 1871, id., 71, 2, 215.

⁵ Desjardins, IV, n. 926, *contra* trib. comm. Marseille, 18 nov. 1880. Rec. Marseille, 81, 1, 51.

⁶ Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 206.

⁷ Req. 29 janv. 1894. D. 1894, I, 380. S. 1895, I, 19. Cass. Req. 6 août 1888. D. 1889, I, 339. — A. Colin et Capitant, I, 3^e éd., p. 523. — Huc, III, p. 458.

211 bis. — Il peut être stipulé dans un acte que la volonté des parties ne sera valable qu'en une certaine forme pour un acte ultérieur : déclaration expresse et écrite par exemple. La solennité est alors non plus légale mais volontaire.

Certains arrêts admettent que cette clause doit être exactement observée ou non, selon qu'elle est ou non substantielle¹. D'autres ne semblent pas faire cette distinction et admettent que l'acte fait en une autre forme peut valoir renonciation à la règle de la solennité volontaire², solution assez critiquable qui aboutit à enlever toute force à la solennité volontaire. Aussi le premier système nous semble plus sûr.

211 ter. — Lorsque les parties prévoient pour un acte une certaine forme, ce peut être en vue de la preuve, ou pour établir une solennité. Le code civil allemand (art. 125) et le code fédéral des obligations (art. 6), admettent que dans le doute on présume qu'il y a solennité volontaire, et que faute d'observer la forme prévue, l'acte est nul.

A défaut de texte, en Italie la jurisprudence est hésitante. Il en est de même de la doctrine. Vivante voit ici un point de fait³. M. Carrara⁴ présume en faveur de la liberté et voit dans le doute une règle probatoire. En France où la question est ignorée, il faudrait plutôt voir là une question de fait, mais en inclinant vers la solennité comme mode d'obligation plus net et d'accord avec le désir restrictif des contractants.

211 quater. — Les solennités peuvent se distinguer, bien que visant toujours l'acte instrumentaire en solennités extrinsèques et en solennités intrinsèques. Les premières visent

¹ Req. 11 fév. 1907. Gaz. Pal. 1907, 1, 297. *Revue de dr. civil*, 1907, p. 420. Paris, 29 déc. 1900. D. 1901, 2, 297.

² Cass. civ. 22 juin 1903. S. 1903, 1, 463. *Revue*, 1904, p. 181. — Rouen, 17 mars 1914. Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem., 2, 354. *Revue de droit* p. 183. — Trib. Seine, 13 mars 1916. Gaz. Trib. 1916, 2, 385.

³ *Dir. comm.*, IV, n. 1580. — Coviello, *Contratti preliminari*, p. 55.

⁴ *Formazione dei contratti*, p. 394.

la personne qui peut recevoir l'acte, le nombre des témoins, l'obligation de dresser minute. Il faut y ranger encore des formes plus extérieures : obligation de ne passer l'acte qu'après un certain délai (art. 472 civ.) obligation de passer un acte avant un autre (art. 1394 civ.) Les secondes visent les indications que l'acte doit contenir : comme l'état estimatif en cas de donations de meubles (art. 948 civ), la nécessité de relater la substance de l'acte dans l'acte confirmatif (art. 1338). Un acte comme le mariage peut avoir des formalités extrinsèques et pas de formes intrinsèques. Mais le contraire est possible.

Les formes intrinsèques présentant le caractère d'un formalisme plus souple.

212. — *Droit comparé.* Les lois étrangères donnent bien chemin faisant, l'indication d'actes à passer en une forme donnée¹. Mais on trouve peu de textes sur les actes solennels en général, et l'obligation de solennité pour les actes accessoires à l'acte solennel.

En *Italie* la théorie générale de l'acte solennel a été dégagée par les auteurs, notamment par M. Giorgi qui a montré que ces actes se rencontrent en dehors du droit civil², dans le droit commercial (société, titre à ordre, assurance terrestre, etc.) dans la procédure (compromis)³.

En *Allemagne*, le code civil ne consacre directement aux actes solennels que l'art. 125 qui décide que l'absence de la forme prescrite par la loi entraîne nullité. Mais certains textes

¹ C'est aussi le système du code hollandais. V. art. 1719 (donations), art. 202 (contrat de mariage), art. 1217 (hypothèque).

² V. les principaux actes solennels, art. 1382, 1419, 1443, 1056, 1978, 1880, 1831, 1314 civ.

³ V. III, n. 203-205, Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 357 et suiv. — V. aussi, Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 344-348. V. spéc. p. 346 la liste des actes solennels de droit civil. — Cf. Nappi, *La forma sancita bei contratti in Italia*, Filangieri, 1900, p. 297. — *Della prova per testimoni negli atti solenni commerciali*, id., p. 735. — *Dell'atto scritto necessario all'esistenza delle obbligazioni*, par Sterio, Filangieri, 1894, p. 149, 210, 281.

spéciaux sont plus indulgents et le défaut de forme se couvre parfois par l'exécution (art. 313, 518 al. 2) Les solennités sont tantôt un écrit, tantôt une inscription au registre public, un acte notarié ou judiciaire (obligation de transférer la propriété) ¹.

Le *code suisse* révisé des obligations réglemente un peu davantage les contrats solennels. L'art. 12 indique que si la loi exige un acte solennel, les changements à ce contrat, hormis les stipulations accessoires, sont soumis à la même forme. Mais ceci s'entend restrictivement. L'art. 115 ne l'étend pas à l'annulation ou réduction de créance. Et de façon générale, ce texte s'entend de façon étroite ².

D'après l'art. 11 inspiré de l'art. 125 allemand, en principe le contrat n'est valable que si la forme légale a été observée.

Ces formes légales sont de diverses sortes : écrits, inscriptions aux registres publics, etc. ³.

Le *code espagnol* prévoit (art. 1219 civ.) un cas intéressant pour les actes solennels. Tout acte qui modifie un acte public doit être indiqué en marge de celui-ci ⁴. Mais les contrats sont en principe consensuels ⁵. Il faut toutefois mentionner l'art. 1280 qui exigent un acte public pour certains contrats. Ce qui semble impliquer une idée de solennité. Mais faut-il le comprendre ainsi ? L'art. 1279 dit ⁶ que si la loi exige une solennité, les contractants dès l'échange des

¹ V. sur la théorie générale des solennités, Crome, I, p. 384. — Endemann, I, § 65, p. 300. — Cosack, I, § 60, p. 100. — Dernburg, B. R., I, p. 458. — Cf. *Trad. Officielle*, I, p. 437. Saleilles, *Déclaration*, p. 78 et *Obligation*, n. 163.

² V. Oser, *Obligationenrecht*, n. 50.

³ V. Oser, p. 55. — Schneider et Fick, p. 30. — Rossel, p. 36.

⁴ V. sur ce texte, Manresa v Navarro, VIII, p. 460.

⁵ V. sur les solennités en droit espagnol, Valverde v Valverde, I, p. 281 et suiv. et III, p. 261-270. — V. art. 1280, la liste des actes solennels, V. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 167 et suiv.

⁶ V. Valverde y Valverde, *Derecho civil español*, III, p. 267.

consentements ont action pour la faire observer. Le contrat n'est donc pas nul. Une jurisprudence très bien établie admet seulement qu'on aura action pour faire observer la loi. De là des conséquences importantes : le contrat produit déjà ses effets, si on l'exécute, on exécute un acte valable¹.

Le *code autrichien* prévoit aussi divers actes solennels², mais ne donne pas de théorie d'ensemble.

En *Portugal*, l'art. 686 civ. dit que « la validité des contrats ne dépend pas des formalités extérieures, si ce n'est des formalités prescrite par la loi en vue de la preuve ou de celles qu'une disposition spéciale a déclarée substantielles ». L'art. 2428 complète ce texte en disant qu'« à défaut d'actes authentiques, il n'y peut être suppléé par des preuves d'une autre espèce que dans les cas où la loi le permet expressément ». Le code fait donc rentrer la solennité dans l'obligation de prouver de certaines manière³.

Le code indique des actes nombreux qui doivent être dressés par écrit ou par acte public⁴. En outre, l'art. 1327 indique qu'une procuration authentique est nécessaire pour les actes à passer en la forme authentique ou à prouver par acte authentique

Il résulte de là que les contrats accessoires ne peuvent se prouver que comme le contrat principal (arg. art. 826 et 829)⁵. Le code n'admet pas non plus que le pacte non solennel là où la loi exige une forme puisse être considéré comme une promesse de contrat ouvrant action en justice⁶.

212 bis. — *Droit anglais.* Le droit anglais connaît les contrats solennels (*deeds* ou *specialties*), qui sont dits passés sous le sceau (*under seal*). Ils sont écrits, placés sous un

¹ Valverde y Valverde, p. 268.

² V. Krainz, *System.*, I, p. 310.

³ Cf. Ferreira, *Codigo civil portuguez*, II, p. 30.

⁴ V. Ferreira, *op. cit.*, p. 32-36.

⁵ Ferreira, *Codigo civil portuguez*, II, p. 29, 2^e éd.

⁶ Ferreira, *op. cit.*, p. 31.

sceau (sceau de cire ou pain à cacheter). La partie qui scelle l'adapte pour sien en touchant le sceau et en disant « Je délivre ceci comme mon acte et mon titre » (*I deliver this as my act and deed.*)¹

La solennité est exigée pour les contrats passés par une corporation sauf exception, pour les promesses à titre gratuit, pour les baux de plus de trois ans, etc.²

On trouve une solennité plus simple pour les lettres et billets de change et les assurances maritimes qui supposent un écrit³. Lorsque le contrat à passer par le représentant doit être passé *under seal*, le mandat pour le passer doit être *under seal*. On le nomme alors *power of attorney*⁴.

D'autre part dans les formalités de publicité par *registration*, le premier inscrit n'est protégé que sauf le cas de fraude⁵.

Des actes complexes

213. — Un des caractères que la volonté peut présenter dans sa forme extérieure consiste en ce que nous admettons les actes complexes⁶. Le droit romain comme l'a dégagé

¹ V. *Encyclopaedia of the Laws of England*, v° *Deed*. — Glasson, *Histoire des institutions de l'Angleterre*, VI, p. 375. Cf. Jenks, *Digest*, II, p. 96. Pour les actes unilatéraux cette délivrance même à l'insu du bénéficiaire suffit.

² V. *Laws of England*, v° *Deeds and other instruments*, p. 361-378. — Cohen, *Contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 25.

³ V. sur ces points, Stevens, *Éléments de droit commercial anglais*, p. 1 et suiv. Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, I, p. 267.

⁴ Stevens, *op. cit.*, p. 183.

⁵ V. *Laws of England*, v° *Real Property*, p. 332. — *Encyclopaedia précitée*, v° *Registration of Deeds*. (Yorkshire Registry), p. 538.

⁶ Le terme « acte complexe » est encore employé avec un autre sens pour viser des actes unilatéraux collectifs, comme le vote d'une assemblée. Nous parlerons plus loin de l'acte complexe ainsi envisagé. (V. *infra*, *Consentement*.)

Ihering¹, étant tout analytique admettait seulement à l'origine les actes simples. Pour chaque volonté, un acte. Il n'en est plus de même en droit moderne. Le même acte, même si c'est un acte solennel, peut contenir des opérations juridiques très différentes, une vente et un mandat, un de ces contrats étant irrévocable, l'autre non, un contrat de mariage et une reconnaissance d'enfant naturel², une donation et un contrat de mariage, un acte unilatéral et un contrat³. Il en est de même en droit public, où on analyse les cahiers de charges de concessions comme des contrats et des actes réglementaires réunis⁴.

Il résulte de là un droit plus souple, qui économise l'activité⁵ et les frais, mais qui par contre, moins nettement voir les volontés peut soulever des difficultés d'interprétation.

Dans certains cas cependant la loi interdit les actes juridiques complexes. D'après l'art. 967 civ. le testament conjonctif est interdit⁶. Mais ce texte est exceptionnel. Un testament qui contiendrait en même temps d'autres actes : actes unilatéraux, ou même contrats, offres, etc., devrait être jugé valable⁷.

L'art 1097 interdit de même les libéralité entre époux par

¹ *Esprit du droit romain*, IV, p. 172, trad. Meulenaere.

² V. Baudry et Cheneaux, IV, n. 625.

² V. cep. pour le mariage et la reconnaissance d'enfant naturel, loi 30 déc. 1915 (art. 331 civ.). Mais v. pour une reconnaissance et un testament, Chironi, *Questioni*, IV, p. 98.

⁴ V. Jèze, *Revue de droit public*, 1907, p. 680 ; 1905, p. 348 ; 1910, p. 68. — Duguit, id., 1907, p. 427 et *Transformations du droit public*, p. 133. — Hauriou, *Droit administratif*, 6^e éd., p. 694. — Jèze, *Principes généraux de dr. administratif*, p. 44, 2^e édit. Ces auteurs me semblent à tort y voir une loi-convention. Il y a en réalité deux actes, un règlement et un contrat.

⁵ Sur l'économie d'activité, V. nos *Notions fondamentales*, p. 111 et suiv.

⁶ V. pour un testament olographe, Paris, 26 janv. 1911, Lci, 16 mai 1911.

⁷ V. au cas où le légataire a apposé sa signature sur le testament, trib. Senlis, 9 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 503. — Req., 14 mars 1874. S. 1874, 1, 248 et la note de M. Lyon-Caen, S. 1873, 2, 241.

donation mutuelle et réciproque, lorsqu'elles sont faites par un seul acte.

De même dans les sociétés par actions, la même assemblée ne peut approuver les statuts et les apports (loi du 24 juillet 1867, art. 4)¹.

Parfois la loi va plus loin et un certain délai est imposé entre deux actes, ce qui empêche toute complexité. C'est le cas pour les traités entre tuteur et ex-pupille (art. 472 civ.).

Mais ces textes sont exceptionnels et il n'est pas dans l'esprit du droit moderne de les étendre.

D'autre part, certaines autorisations ne peuvent être données de façon générale. Elles peuvent bien l'être pour plusieurs actes à la fois², mais non pour une série indéfinie. C'est le cas pour l'autorisation du mari, du conseil judiciaire, du curateur du mineur émancipé.

Lorsque le même écrit constate deux actes différents, chacun obéit à ses règles propres. C'est ainsi qu'une reconnaissance d'enfant naturel est irrévocable, bien que contenue dans un testament notarié ou dans un contrat de mariage. Il ne dépend même pas de la volonté des parties de lier ces deux actes dans leur validité.

214. — De la possibilité de faire des actes complexes découle la possibilité de faire des actes subsidiairement à défaut d'autres par le même acte. C'est ce qui se produit parfois dans ce qu'on nomme la conversion des actes juridiques³. Elle consiste, si un acte est nul pour une raison quelconque, à dire qu'il peut cependant produire effet s'il remplit les conditions d'un autre acte. Ainsi un écrit nul comme lettre de

¹ Cf. une interdiction de complexité dans les lois : loi du 7 août 1913, art. 2 (fixation des effectifs, elle ne peut résulter d'une loi de finances). Cf. Hauriou, note dans Sir. 1913, 3, 137.

² V. Cass. Req. 10 nov. 1862. S. 1863, I, 145. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n. 2251. Demante, I, n. 306 bis, I. — Aubry et Rau, 5^e éd., VII, p. 250.

³ V. à ce sujet, X. Perrin, *Conversion des actes juridiques*, thèse Dijon, 1911.

change peut valoir comme simple promesse (art. 112 et 113 comm.). Un acte privé nul pour donation peut valoir comme testament olographe ¹.

La conversion peut se produire dans d'autres cas, à la suite de vices de forme (v. art. 1318 civ.). Nous la verrons à propos des nullités ².

214 bis. — Un acte juridique comprenant diverses obligations peut se décomposer en plusieurs opérations matérielles différentes : on peut par un écrit, promettre le prix, par un autre, stipuler une chose. Mais si deux instruments relatent les parties d'une même convention, encore faut-il qu'ils s'y prêtent tous deux. Ainsi un testament est déclaré fait à raison d'une promesse entre vifs faite le même jour : tout est nul ³. Car il y a pacte sur succession future et incompatibilité avec la révocabilité du testament.

La question est plus délicate si un testament est déclaré fait en raison d'un autre testament. Qu'arriverait-il si celui-ci avait été révoqué ? Il semble qu'il ne peut y avoir atteinte à la liberté de révoquer, même de façon indirecte. Le premier testament subsistera donc.

Volontés concrètes et abstraites

215. — Les volontés qui se donnent jeu dans les actes juridiques peuvent se manifester comme concrètes ou comme abstraites. Elles répondent alors tantôt aux sentiments, aux besoins éprouvés, tantôt à la raison.

Ainsi les actes visant des choses de genre répondent déjà à une idée plus abstraite que ceux portant sur des corps certains où peut se mêler un intérêt de souvenir, d'affection. En-

¹ V. trib. Senlis, 9 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 387.

² V. not. trib. Verviers, 9 mai 1906. Pas. 1907, 3, 133. — Trib. Bruxelles, 24 juill. 1890, *Journ. Trib.* 1890, 1219.

³ Req. 25 janv. 1853. S. 1853, 1, 172.

visagées quant aux personnes les contrats peuvent être faits *intuitu personæ*, ou au contraire en considérant uniquement une qualité. Un contrat d'adhésion ne considère souvent que ce fait que l'on paye comptant (distributeur automatique). Un contrat peut considérer une qualité abstraite : être proposé à des gens d'une certaine nationalité seule ou d'une certaine profession (adhésion à un syndicat), ou d'une certaine origine (orphelins de la guerre). Une libéralité peut être adressée à des personnes considérées d'après une qualité : pères de familles nombreuses, etc.

L'explication des actes juridiques peut se rattacher aussi à des vues abstraites. Ainsi une fondation est déterminée par une sympathie abstraite pour les bénéficiaires (orphelins, malades). Une libéralité mêlée de clauses d'inaliénabilité de charges dans l'intérêt du bénéficiaire (faire un voyage d'études, etc), vise moins à plaire à celui-ci qu'à lui imposer une certaine volonté du donateur. Il y a plus de volonté que d'esprit libéral¹.

Ainsi à des degrés divers, la volonté apparaît comme plus ou moins abstraite. A mesure elle tend à cette sympathie générale qui semble le domaine des grands organismes administratifs : Etat, bureaux de bienfaisance, etc. D'où **des** rivalités avec des autorités jalouses de leurs attributions. Elle n'en est pas moins légitime, bien que ces volontés abstraites pénétrant dans le domaine un peu terre à terre du code Napoléon aient tant de mal à s'encadrer et soulèvent les difficultés les plus nombreuses. L'acte juridique destiné à satisfaire les désirs de l'homme doit en effet ne pas songer moins aux plus élevés qu'aux plus bas. On peut s'attacher autant à la réalisation d'une idée qu'à sa maîtresse. Nous les proclamons donc légitimes en principe.

¹ On peut rapprocher l'institution de l'exécution testamentaire prévue dans le Code civil, mais dont la jurisprudence étend le rôle (V. Guyot, *L'exécution testamentaire dans la jurisprudence*, not. n. 59) et qui fait de l'exécuteur un véritable gérant de patrimoine.

Des vices de la volonté en général

216. — Lorsqu'une déclaration de volonté a eu lieu, le droit peut n'en tenir compte que dans une mesure limitée ou même nulle pour deux raisons différentes : parce qu'il y a incapacité ou parce qu'il y a vice de la volonté¹.

Il y a incapacité lorsqu'il y a chez le déclarant un certain état d'esprit durable, sinon permanent qui ne se réfère pas spécialement à l'acte accompli (folie momentanée ou permanente), ou bien une certaine condition sociale (femme mariée, mineur), dont la loi a tenu compte pour établir une interdiction de passer seul certains actes. Cette théorie sera étudiée plus loin².

Il y a vice de la volonté lorsque la volonté ne se forme pas dans des conditions normales par rapport à un acte déterminé : c'est ce qui se présente lorsqu'il y a erreur, dol, violence ou lésion³.

Quoique bien distincte, l'incapacité et le vice de volonté ont des traits communs. Normalement l'incapacité et le vice de la volonté emportent nullité relative, mais s'ils se rencontrent à un degré très élevé (incapacité naturelle et absence de volonté), ils emportent inexistance de l'acte⁴.

216 bis. — Ces hypothèses dans lesquelles il y a vice de la volonté peuvent se répartir entre deux ordres. Le premier est d'un caractère subjectif. On tient compte de ce que la vo-

¹ Cette distinction n'est pas sans analogie avec celle du droit criminel entre la non imputabilité (minorité, folie, etc.) et l'absence d'intention.

² V. sur les incapacités surtout les incapacités naturelles nos *Notions fondamentales*, p. 287 et suiv.

³ V. nos *Notions fondamentales*, p. 295 et suiv. — Cf. Savigny, *Droit romain*, III, trad. Guenoux, p. 114.

⁴ V. cep. contra pour les actes relatifs à l'état des personnes. Malinvaud, *Absence de consentement pour les actes relatifs à l'état des personnes*, th. Paris, 1913.

lonté ne s'est déterminée que par erreur, de sorte qu'ayant fonctionné de façon anormale, elle est suspecte d'être socialement regrettable. On tient compte de l'erreur soit dans la théorie de l'erreur, soit dans celle de l'erreur engendrée par un dol, ou plus brièvement du dol.

Le second ordre de cas tend, bien qu'il s'agisse de volonté, en ce sens que les éléments qui ont faussé la volonté sont mieux saisissables, à revêtir un caractère objectif. Lorsque la volonté a choisi entre des intérêts proches et des intérêts éloignés, elle n'a pas toujours fait un choix conforme à l'intérêt social. Les sociétés qui veulent vivre doivent se préoccuper largement des intérêts éloignés. Elle comprennent plus de gens à naître que de vivants. Par suite certains actes où l'on a choisi son intérêt proche sont annulés. Cela a lieu en cas de violence et de lésion, et cet annulation présente à un plus haut degré que dans les cas précédents un intérêt social.

217. — Les théories juridiques des vices de la volonté sont par nature individualistes. Elles tiennent compte de l'état psychologique du déclarant, état prouvé ou même simplement supposé comme dans la lésion. Elles viennent naturellement se heurter aux intérêts sociaux de sécurité. Grâce à certains procédés, notamment par la théorie de la faute, par suite de certaines nécessités sociales, on enferme l'effet de ces vices dans un certain domaine.

Le résultat final de cette lutte, la transaction à laquelle on aboutit est digne de remarque. On arrive à ne tenir compte que de certains degrés des vices de volonté¹. Ces vices qui nous étalent les limitations si fréquentes en pratique de l'intelligence humaine, ou du caractère ne reçoivent du législateur qu'une protection imparfaite. On a le droit d'être veule.

¹ V. plus loin sur l'erreur unilatérale, la violence à laquelle on a trop facilement cédé, le dol auquel on s'est trop facilement laissé prendre, etc.

peu intelligent, à condition de ne pas trop dépasser la moyenne : voilà la pitoyable transaction qui s'est faite et devait se faire entre intérêts opposés. Ainsi le droit une fois de plus, lui qui prétend s'apitoyer sur la misère humaine, ne peut le faire qu'insuffisamment. C'est la faiblesse de sa nature.

Dans les pages qui suivent, nous allons voir dans la réalité des choses les vices de la volonté non pas s'effacer sans doute, mais s'estomper. Le dol avec la définition de plus en plus large de l'erreur tend à s'absorber dans celle-ci. Elle-même, de l'opinion unanime, n'est plus pratiquement qu'un aspect de la théorie du but des contrats, dont la garantie est une autre face. La violence, cet appel à la force, la peur du juriste placide, on ne la condamne que si elle poursuit un but injuste. Il ne reste donc qu'un vice, le plus contesté, le plus réduit dans sa portée d'après les textes, c'est la lésion, qui reprend toute son ampleur avec les conceptions sociales actuelles. Or, c'est un vice objectif du contrat et non un véritable vice de la volonté.

Ainsi donc, les vices de la volonté, ces théories d'un individualisme affiné s'effacent peu à peu devant une autre grande idée : *la considération du but*. Sans doute il faut une volonté à la base des actes juridiques. Mais l'effet de ses vices est faible. Ce qu'il faut considérer surtout, c'est le but que les parties se sont proposées, sa valeur, l'aptitude des moyens pour l'atteindre.

217 bis. — La théorie de vices de la volonté peut être envisagée comme une réaction contre l'égalité purement formelle que la liberté des actes juridiques crée entre ceux qui passent un acte, afin d'arriver à une égalité plus réelle. Mais à ce point de vue son rôle est très imparfait. Ainsi la pression exercée par les circonstances sociales ne constitue pas une violence ¹.

¹ Cf. Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n. 49.

CHAPITRE V

De l'erreur dans les actes juridique

218. — L'erreur qui au sens général est tout état psychologique en discordance avec la vérité objective¹, peut se présenter de différentes manières et affecter tantôt celui qui émet la volonté, tantôt celui qui en prend connaissance, tantôt celui qui accomplit un fait. Elle peut influencer dans des matières très diverses du droit : à propos des obligations, des droits réels, elle peut influencer sur la naissance, l'extinction des obligations.

L'erreur peut produire des effets que l'on peut à peu près classer dans deux domaines opposés : les matières d'ordre privé et celles d'ordre public.

Dans les matières d'ordre privé, elle est une cause de nullité de certains actes. C'est la seule théorie de l'erreur qu'étudie le code de façon générale.

En second lieu, sous le nom de bonne foi, une certaine erreur consistant à croire que l'on agit conformément au droit, produit un effet créateur dans des circonstances déterminées énumérées par la loi.

¹ En droit, faire erreur et ignorer sont synonymes, car on se fait toujours une certaine idée d'une chose, d'un acte, v. Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 39. — Crome, I, p. 419. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 240. — V. cep. Oser, *Obligationenrecht*, p. 101, n. 6. — Savigny, *Droit romain*, III, p. 112. — Valverde y Valverde, *Der. civil espanol*, I, p. 485. — Cf. sur la théorie de l'erreur. Brochard, *De l'erreur*, thèse Lettres Paris, 1879.

La loi tient compte de la bonne foi dans des cas assez divers : notamment pour la prescription, l'acquisition des fruits. Elle va même jusqu'à tenir compte de la bonne foi dans certaines matières touchant à l'ordre public, comme le mariage putatif.

Dans les matières d'ordre public, l'erreur n'empêche pas une réaction juridique d'avoir lieu pour effacer les actes contraires à la loi. Mais parfois l'erreur a un tout autre effet et en cas d'erreur commune l'acte est maintenu.

L'erreur commune pour des matières d'ordre public est donc l'analogie de la bonne foi dans d'autres. C'est une sorte de bonne foi collective.

SECTION I

De l'erreur dans des matières d'intérêt privé

219. — Nous laisserons ici de côté la théorie de la bonne foi trop en dehors du sujet des obligations.

Nous laisserons également de côté l'erreur dans la transformation ou l'extinction des actes juridiques, notamment le paiement de l'indu, ou encore dans l'exécution des obligations¹, lesquelles sont gouvernées par les mêmes principes que celle sur la formation des actes juridiques. Nous ferons plus tard l'application de ces principes à la modification et à l'extinction des obligations. Enfin nous écarterons l'erreur dans la gestion d'affaires et les délits, dont nous parlerons un peu plus loin.

¹ Ainsi un assuré n'est pas atteint par une déchéance s'il n'a pas déclaré dans le délai fixé un accident qu'il voyait d'abord sans gravité. trib. Seine, 30 avril 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2, 300.

De l'erreur dans la formation des actes juridiques. ¹

219 bis. — Les principes que nous allons exposer visent l'erreur dans un volonté suffisante à elle seule (majeur capable). Ils visent aussi l'erreur de celui qui autorise l'acte, laquelle a les mêmes effets, mais non l'erreur de la seule personne autorisée si l'incapacité est fondée sur sa faiblesse mentale (mineur prodigue), car l'autorisation vise à parer à cette erreur. Mais on tiendrait compte de l'erreur de l'autorisé incapable pour des motifs d'ordre social (femme mariée), même si l'autorisant n'avait pas commis d'erreur.

219 ter. — Lorsque la volonté intervient ou se manifeste, elle peut être entachée d'erreur dans les divers stades qu'elle parcourt. La décision prise par une personne peut être erronée parce qu'elle prête à un objet, une qualité qu'il n'a pas, à une personne, une qualité qui lui fait défaut. En pareil cas, la personne a bien voulu ce qu'elle a exprimé, mais elle l'a voulu par suite d'erreur. C'est l'erreur dans la volonté même.

En ayant voulu pour des motifs exacts, on peut se tromper en manifestant sa pensée : dire un mot pour un autre

¹ V. sur la théorie de l'erreur. Pandectes belges, v^o *Erreur en matière d'obligations*, Rep. Alfab. du dr. français, v^o *Erreur*. Dalloz, Rep. v^o *Obligations*, n. 111 et suiv. et Suppl. n. 32 et suiv. Rep. des Pandectes françaises, v^o *Obligations*, n. 7083 et suiv. — Cf. Rep. Guyot, v^o *Erreur*. — Enciclopedia giuridica italiana, v^o *Errore*, par M. Fubini. Digesto italiano, v^o *Errore* (civile) et *Errore materiale*. — Savigny. *Droit romain. trad. Guenoux*, III, p. 327. — De Vareilles Sommières. *De l'erreur*, thèse Poitiers, 1871. — Gabba, *Contributo alla dottrina dell' errore*. (*Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 1-108.) — Messineo, *Teoria dell' errore ostativo*. — Venezian, *L' errore ostativo*, *Studi in onore de Scialoja*, I, p. 185. — Fubini : *La dottrina dell' errore nel diritto civile italiano*.

un chiffre inexact. C'est l'erreur dans l'expression.

Une erreur peut ensuite se produire dans la transmission de la volonté : un télégramme mal expédié peut déformer la pensée de l'expéditeur. C'est l'erreur de transmission.

Enfin la volonté fondée sur des motifs exacts et correctement transmise peut être mal comprise de celui à qui elle s'adresse. C'est l'erreur d'interprétation.

Au total il y a deux groupes principaux d'erreurs : l'erreur que M. Saleilles appelle parfois erreur sur le contenu, la formation de la volonté et l'erreur dans la manifestation ou la mise en œuvre de la volonté¹. Au premier cas l'erreur se rencontre chez le déclarant, au second chez celui qui reçoit la déclaration.

220. — L'erreur dans la formation de la volonté consiste à croire vraies ou existantes certaines choses qui ne le sont pas et à prendre une décision en conséquence²

Le droit romain qui à l'origine était très formaliste ne tenait d'abord qu'un très faible compte de l'erreur. La théorie de l'erreur ne se dégagait que péniblement, par suite du développement des contrats de bonne foi³.

Notre ancien droit français fut aussi très restrictif⁴.

Au XVIII^e siècle, Pothier à propos des contrats tient compte de l'erreur dans deux cas : « lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue et qui fait la substance de cette chose » ou lorsqu'elle porte sur la personne et « que la considération de la personne entre pour quelque chose dans le contrat ». Il exclut au contraire l'erreur sur les qualités accidentelles, ou sur la person-

¹ V. sur cette distinction, Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 119. — Lerebours Pigeonnière, *Emission des actes juridiques et théorie de l'erreur*. *Trav. jurid. de l'Université de Rennes*, IV, p. 219 et suiv.

² V. sur l'erreur. Valette, *Théorie générale de l'erreur et du dol dans les divers actes juridiques*, thèse de Paris, 1895.

³ V. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 388. — Girard, *Droit romain*, p. 458. 4^e éd.

⁴ V. Brissaud, *Histoire du droit français*, p. 1404 et les renvois.

ne lorsque la considération personnelle est hors de cause, ou sur les motifs¹.

220 bis. — L'art. 1110 civ. s'est très directement inspiré de ces solutions en disant : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

Le défaut de ces formules a été de n'envisager que les conventions et non tous les actes juridiques, en outre de diriger la doctrine vers des points de vue trop étroits, en la poussant à se renfermer dans l'explication de ces termes : substance de la chose, considération dominante de la personne, dont elle n'est arrivée à s'éloigner que péniblement et à regret. La jurisprudence au contraire, placée en face des nécessités pratiques est arrivée à des conceptions beaucoup plus larges et a dû s'occuper de tous les actes juridiques. Il faut pour bien comprendre et pour s'expliquer les solutions légales et jurisprudentielles les rattacher à quelques idées générales.

221. — Lorsque la volonté d'une personne par suite d'erreurs, ne peut complètement atteindre au but qu'elle se proposait, il y a une raison suffisante, si l'on se place au point de vue de l'autonomie de la volonté, pour déclarer cette volonté inefficace. Logiquement donc toute erreur qui est assez importante pour empêcher d'atteindre le résultat visé devrait être une cause de nullité. Mais cet intérêt qu'il y a à tenir compte d'erreurs peut se heurter à des intérêts sociaux de valeur plus considérable.

Tout d'abord, bien que le bénéfice pécuniaire soit souvent le but le plus direct que l'on poursuit par l'acte juridique, il n'est tenu aucun compte de l'erreur sur la valeur. S'il est

¹ *Traité des obligations*, n. 17 à 20, éd. Bugnet.

d'intérêt social que les choses ou les droits arrivent aux mains de ceux à qui ils conviennent, il ne l'est pas au même point qu'ils en tirent bénéfice, sauf certaines réserves tenant à l'ordre public, lequel tend à assurer à chacun un minimum d'existence. De plus si cette erreur n'est pas toujours une lésion, elle en est presque toujours une¹.

Ensuite il n'est tenu compte de l'erreur que de façon spéciale lorsqu'il s'agit de sauvegarder certains principes d'ordres public comme l'égalité entre les expéditeurs par chemins de fer, le paiement des indemnités pour accidents du travail.

L'erreur est même parfois sans effet, lorsqu'en tenir compte serait aller à l'encontre du besoin de sécurité dans le commerce juridique. Lorsque l'erreur était presque invincible et qu'elle était communément partagée, elle n'est pas une cause de nullité de l'acte juridique, elle produit même des conséquences exceptionnelles qu'on synthétise par la règle : *error communis facit jus*.

Enfin et surtout, l'effort de la jurisprudence a tendu à ne tenir compte de l'erreur qu'autant qu'elle présente certains caractères d'apparence ou de vraisemblance, de façon à ne pas léser des tiers de bonne foi, et à donner plus de sécurité dans la formation des actes juridiques. Ainsi donc la jurisprudence a dépassé beaucoup les vues si étroites et si simplistes de Pothier et de l'art. 1110. Mais les nécessités pratiques l'ont empêché de consacrer tout ce qu'impliquait le dogme de l'autonomie de la volonté. A ces idées de sécurité statique, portant à n'obliger que celui ayant, pour des motifs exacts, pleinement accepté de l'être, s'est opposé le sentiment de la sécurité dynamique, qui tend à admettre l'obligation lorsqu'il y a des apparences assez graves pour que les tiers en aient fait état sérieux et la manifestation la plus importante de cette tendance s'est rencontrée dans la théorie

¹ *V. infra, De la lésion, l'intérêt qu'il y a à tenir compte de celle-ci.*

de la déclaration de volonté. Seules des limitations à l'autonomie tenant à des principes d'ordre public ont eu une source totalement différente.

De l'erreur dans la formation de la volonté

222. — L'idée qui donne le mieux l'explication de la jurisprudence à propos de l'erreur dans la formation de la volonté, c'est la formule donnée par un arrêt de la chambre des Requêtes¹, il faut voir si l'erreur a été « la cause unique et déterminante de l'engagement », quelle était « l'intention dominante » du contractant², si elle est de telle nature que sans elle on n'aurait pas contracté³. On remarquera que ces termes employés à propos d'une erreur sur la portée et les effets de l'acte juridique, ce que la loi appelle de façon trop étroite, erreur sur la substance, est tout à fait analogue à celle employée par la loi pour l'erreur sur la personne, où il est question de « cause principale de la convention ». Pratiquement donc les deux catégories d'erreurs visées par l'art. 1110 se rapprochent beaucoup et s'inspirent du même esprit.

Ces formules sont au fonds une concession raisonnable

¹ Cf. Req. 11 janv. 1911. D. 1911, 5, 61, erreur sur la personne. 16 mars 1898. S. 1902, 1, 331. D. 98, 1, 301. Gaz. Trib. 1898, 2^o sem. 1, 103. Civ. 28 janv. 1913. S. 1913, 1, 487. — Cf. Paris, 10 fév. 1904. *Droit*, 1^{er} mars 1904, qui parle de qualité principale. Dijon, 15 avril 1907. D. 1909, 2, 210, qui maintient une renonciation que l'on aurait fait même connaissant la vérité. Amiens, 3 mars 1898. D. 98, 2, 294.

² Et ceci s'applique à tout acte juridique même concernant l'état des personnes ou leurs rapports. V. sur un pardon du mari à sa femme dans l'ignorance de l'adultère. Req. 15 juill. 1913. S. 1913, 1, 540. — La cour de cassation belge dit : L'erreur sur une condition dont il est certain que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement. Cass. belge, 8 mai 1905. Pas. 1905, 1, 214. — Rapp. Covielle, *Dir. civ. italiano*, I, p. 372, qui déclare que toutes les qualités non secondaires peuvent donner lieu à nullité pour erreur.

³ Cass. 28 janv. 1913. Gaz. Pal. 1913, 1, 317. S. 1913, 1, 487.

au système de la déclaration de volonté. La volonté n'est pas en effet le pouvoir vain de se décider au hasard, mais de se décider après avoir pesé les raisons. Celles-ci ont donc une importance énorme, sont partie intégrante de la volonté. Une erreur sur elles entraîne nullité¹. Mais une restriction est admise lorsque l'erreur porte sur de simples motifs (v. infra r 236), c'est que la sécurité impose de ne pas se perdre en des recherches trop étendues.

223. — Examinons tout d'abord l'erreur qu'en termes si étroits le code appelle erreur sur la substance, et, voyons comment la jurisprudence la conçoit.

L'erreur sur la matière peut être une cause de nullité, ainsi une vente d'objets en verre donnés pour de pur cristal².

De même il peut y avoir nullité si de la terre vendue comme terre à brique est impropre à cet usage³, ou si un terrain vendu contenait du kaolin à l'insu des contractants⁴, si on a vendu une fourrure pour une autre⁵.

Mais cela même n'est pas une règle absolue. Lorsque des entrepreneurs doivent exécuter des travaux souterrains et que des sondages ont eu lieu, il a été jugé qu'il n'y avait pas nullité si l'on découvrait des roches autres que celles atteintes par les sondages, en présence d'un engagement visant les roches de toute nature⁶. Mais il en serait autrement s'il n'avait rien été prévu de pareil⁷.

¹ Cf. Galliot, *Déclaration de volonté*, thèse Caen, 1904, p. 62.

² Trib. comm. Seine, 8 nov. 1899. Gaz. Trib. 1900, 1^{er} sem., 2, 16. V. Demolombe, XXIV, n. 90.

³ Montluçon, 14 juin 1912. Gaz. Trib., 1912, 2^e sem., 2, 327.

⁴ Caen, 17 janv. 1898. Gaz. Pal. 1898, 1, 306.

⁵ Bordeaux, 29 juin 1914. Gaz. Trib. 1915, 1^{er} sem., 2, 101.

⁶ Cass. Req. 20 août 1874. S. 75, 1, 57. — Cf. Bordeaux, 25 févr. 1867. S. 1875, 1, 58 en sous note.

⁷ Rouen, 29 janvier 1868. S. 1875, 1, 58 en sous note. — Paris, 13 mai 1865, eod. loc. — Nîmes, 25 mars 1875. S. 75, 1, 56. — Trib. Marseille, 9 févr. 1887. *Rec. Aix*, 1888, 2, 5. — Cons. d'Etat, 16 déc. 1864, 2 juin 1866, 21 févr. 1875. S. 1875, 1, 57 en sous note. Cass. civ.

225. — En matière d'erreur sur les effets pratiques de l'acte juridique, ce que la loi appelle erreur sur la substance, la jurisprudence admet en vertu du principe précédent les solutions suivantes. Il y a cause de nullité toutes les fois que l'on a acheté comme antiquités des objets qui en réalité étaient modernes¹.

Il y a même nullité si on a vendu des pâtes tendres de Sèvres anciennes ou surtout modernes portant un décor moderne comme pièces anciennes².

Mais si l'ancienneté n'a été indiquée qu'après la vente, sur le reçu du prix, il n'y a pas nullité³, alors qu'il y a seulement une différence d'un quart de siècle sur des tapisseries de la Renaissance.

Il y a aussi nullité lorsqu'on achète un tableau comme

23 juin 1873. S. 1873, 1, 330. — Liège, 22 fév. 1896. Pas. 1896, 2, 218.

— Liège, 20 juill. 1901. Pas. 1902, 2, 79.

V. cep. Trib. comm. Alost, 9 janv. 1908, *Jurispr. comm. Flandres*, 1909, 3446. — V. un autre exemple, Paris, 25 fév. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 267.

¹ Paris, 24 juillet 1909. Gaz. Trib. 3 oct. 1909. — Bordeaux, 13 novembre 1905. S. 1908, 2, 387. S. 1906, 2, 207. — Paris, 22 janvier 1901. Loi, du 26 juin 1906. — Trib. civ. de la Seine, 5 juin 1897, *le*

Droit, 19 août 1897. — Paris, 22 mars 1897, la *Loi*, 26 juin 1897. — Paris, 1^{er} déc. 1875. S. 77, 2, 325. — Bordeaux, 17 mars 1910. *Rec.*

Bordeaux, 1910, 184. — Paris, 14 déc. 1882. S. 83, 2, 69. — Agen, 30 avril 1884, sous Cass. 26 oct. 1886. S. 87, 1, 153. — Paris, 5 mars 1890. S. 90, 2, 133. — Trib. Seine, 17 déc. 1906. Gaz. Trib. 22 juin

1907. — Trib. Bordeaux, 7 janv. 1890. Gaz. Pal. 1890, 2, 19. — Trib. Seine, 21 janv. 1890. Gaz. Pal. 1890, 1, 251. — Paris, 25 juin 1891.

Gaz. Pal. 1891, 2, 46. — Paris, 14 déc. 1882. Gaz. Pal. 83, 1, 311. — Agen, 7 juill. 1884. Gaz. Pal. 85, 1, supp. 61. — Rouen, 15 juillet 1911.

S. 1912, 2, 252. D. 1912, 2, 367. — Paris, 5 mars 1890. S. 1890, 2, 133. — Trib. Seine, 21 févr. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 386. —

Trib. Seine, 14 mars 1914. Gaz. Trib. 1914, 2^e sem., 2, 40 (meuble de style empire vendu pour époque Empire). Demolombe, XXIV, n. 93. —

V. encore trib. Seine, 21 févr. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 386 (meuble ancien dont les bronzes sont modernes). — Cass. Florence, 1^{er} juin 1906, *Giur. ital.*, 1906, 1, 823.

² Paris, 18 déc. 1907. Gaz. Trib. 12 avril 1908. — Trib. Seine, 17 déc. 1906. Gaz. Trib. 22 juin 1907.

³ Trib. Macon, 22 nov. 1910, *Rec. Dijon*, 1911, 23.

étant l'œuvre de tel maître alors qu'elle ne l'est pas¹, ou même si le tableau annoncé dans une vente comme de tel peintre n'a été qu'en partie esquissé par lui², ou si un tableau garanti authentique est contesté et qu'on ne puisse prouver qui en est l'auteur³.

Mais si un tableau attribué à un maître a été fait par lui aidé de ses élèves, on ne peut y voir un défaut d'authenticité suffisant étant donné les habitudes des peintres de se faire aider⁴.

La jurisprudence italienne dans une décision récente⁵ paraît cependant plus sévère et a refusé d'annuler une vente d'une œuvre d'art pour défaut d'antiquité.

Mais on hésite beaucoup à annuler si un vendeur d'une œuvre d'art prétend ensuite qu'elle a une grande valeur⁶. On est sans doute influencé par l'idée de faute. Le vendeur devrait connaître sa chose (cf. infra, n. 268).

226. — Il y a nullité en cas d'erreur sur les qualités importantes.

Si des objets présentés comme de qualité incomparable

¹ Paris, 18 juin 1875. D. 1876, 2, 62. — Bruxelles, 5 janv. 1906, *Belgique judic.*, 1906, 193. — Trib. Bruges, 5 mars 1908, *Jurispr. comm. Flandre*, 1909, 3479. — Paris, 9 janv. 1849. D. 49, 2, 67. — Douai, 27 mai 1846. D. 46, 4, 509. — Bruxelles, 23 nov. 1864. Pas. 1865, 2, 286. — Paris, 29 mars 1856. D. 56, 2, 175. — Trib. Seine, 5 févr. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 321. — Trib. Bruxelles, 4 juin 1883. Pas. 1883, 3, 213. Demolombe, XXIV, n. 92. — Beudant, n. 112. — Cf. trib. Anvers, 7 juill. 1905, *Journ. Trib.*, 1905, 1157.

² Paris, 19 janv. 1898, sous Cass. 25 juill. 1900. D. 1904, 1, 611 (œuvre garantie sans retouche). Cf. Bruxelles, 29 nov. 1895. Pas. 1896, 2, 97. Trib. de la Seine, 25 janvier 1900. Gaz. Trib. 1900, 1^{er} sem., 2, 506.

³ Trib. Seine, 2 nov. 1905. Mon. Lyon, 13 fév. 1906.

⁴ Paris, 16 mai 1890. Gaz. Trib. 16 mai 1890. Gaz. Pal. 1890, 2, suppl. 1.

⁵ Milan, 12 fév. 1914. V. observations, *Rivista di diritto civile*, 1914, p. 232.

⁶ Florence, 18 juill. 1905. *Giur. ital.*, 1905, 2, 577.

sont de qualité inférieure¹, ou si des objets n'ont pas les qualités promises², si un livre pris en souscription n'a pas les qualités annoncées dans le spécimen³.

De même des défauts dont sont atteints des animaux domestiques peuvent entraîner la nullité pour erreur⁴. Il en est pareillement de l'absence des qualités escomptées⁵.

De même il ya nullité si on a acheté par erreur des titres qui étaient amortis⁶, ou des titres qu'on présente à tort comme cotés à Londres et devant l'être à Paris⁷, si on croit acheter des actions entières et qu'on achète des actions divisées⁸.

¹ Trib. de comm. Seine, 13 déc. 1900. Gaz. Pal. 01, 1, 340. — Trib. comm. Seine, 26 nov. 1901. Gaz. Pal. 1902, 1, 117. — Trib. comm. Seine, 21 nov. 1903. *Journ. Trib. comm.*, 1905, p. 207. La jurisprudence a appliqué ces principes dans les ventes dites à monopole qui constituent souvent des ventes dolosives. V. trib. comm. Seine, 28 oct. 1899. *Journ. trib. comm.*, 1902, p. 5, et 26 nov. 1901 précité. Cf. Amiot, *Les ventes à monopole. Ann. de dr. commercial*, 1906, p. 293, n. 28. — V. sur une vente d'objets en réalité avariés, trib. Macon, 23 mai 1911. Gaz. Trib. 1911, 2^e sem., 2, 449. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 189.

² Trib. comm. Seine, 16 juin 1900. Gaz. Pal. 1901, 1, 340. — Paris, 9 février 1907. Gaz. Trib. 7 mai 1907. — Trib. Neufchâteau, 23 déc. 1897. Pas. 1898, 3, 256 (défaut de poids d'un troupeau).

³ Trib. Paix Rennes, 19 juin 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 281. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 985.

⁴ (Chryptorchidie du cheval). Roanne, 5 janv. 1905. Gaz. Pal. 1905, 1, 444. Pand. fr. 1905, 2, 366. Contrà statuant en fait, trib. comm. Vannes, 4 juillet 1905. Gaz. Pal. 1905, 2, 436 où on désirait seulement un cheval pas méchant). Paris, 29 avril 1898. D. 98, 2, 381 (prolapsus de l'espèce bovine). — Liège, 1^{er} mai 1901. Pas. 1902, 3, 124 (tic à la mangeoire). — Caen, 22 mars 1905. *Droit*, 20 août 1905.

⁵ V. trib. St-Amand, 17 mars 1911. D. 1913, 2, 48 (animal vendu pour la reproduction).

⁶ Lyon, 13 janv. 1889, *Loi*, 23 fév. 1889. — Bruxelles, 7 fév. 1893. Pas. 1893, 2, 225. — Trib. Alost, 12 janv. 1905. *Jur. comm. Flandre*, 1905, 2926. — Anvers, 30 juillet 1883. *Journ. Trib. de prem. instance*, XXXI, n. 694. — Trib. Seine, 17 août 1865. S. 66, 2, 33. — Paris, 19 juillet 1890. S. 1891, 2, 81. D. 92, 2, 257. — Planiol, II, n. 1054. — Trib. Audenarde, 14 juill. 1899. Pand. per., 1900, 1242. — Cf. trib. Courtrai, 25 sept. 1897. *Journ. Trib.* 1897, 1049 qui parle ici de vice apparent.

⁷ Trib. Seine, 27 avril 1909. Gaz. Trib. 1909, 2^e sem., 2241.

⁸ V. note 2 p. 370.

Mais non pas si on s'est trompé sur la nationalité d'une société ¹.

Si on achète du blé de mars pour du blé d'automne ².

De même il y a nullité si une orchidée a été vendue à un collectionneur comme pièce unique, d'autres semblables ayant déjà été vendues par la même personne ³.

Si un pédigrée contient des erreurs ⁴, si l'origine d'un cheval de sang est inexacte ⁵, si un cheval de luxe était couronné ⁶.

Si des produits ont été vendus comme ayant une autre origine, ainsi : des diamants du Cap comme diamants de Rio ⁷.

Si une automobile d'un modèle ancien a été vendue comme du modèle le plus récent ⁸.

Si un meuble vendu comme d'occasion est en réalité neuf ⁹.

Si un vin vendu par une personne comme étant de sa récolte n'en est pas et est au contraire un vin artificiel ¹⁰.

Si un assureur a concédé un avantage à un agent, croyant qu'ils resterait à son service, alors qu'il est allé se placer aussitôt dans une compagnie rivale ¹¹.

¹ Bruxelles, 10 mars 1897. Pas. 1897, 2, 346.

² Trib. Bruxelles, 4 mai 1893. *Journ. Trib.*, 1893, 314.

³ Cass. civ. 24 juin 1867. S. 67, 1, 393. D. 1867, 1, 248.

⁴ Bruxelles, 19 novembre 1906, la Loi 18 déc. 1906. — Trib. comm. Bruxelles, 27 mars 1906. D. 1906, 5, 63.

⁵ Trib. comm. Seine, 9 déc. 1902. *Journ. Trib. comm.*, 05, 29.

⁶ Caen, 22 mars 1905. D. 1906, 5, 8.

⁷ Lyon, 27 janvier 1904. D. 1904, 2, 160.

⁸ Trib. civ. Seine, 14 janv. 1899. *Gaz. Trib.* 1899, 1^{er} sem., 2, 332. Reudant, n. 112.

⁹ Trib. Seine, 8 juillet 1907. *Gaz. Pal.* 1907, 2, 523. — Rouen, 8 déc. 1911, *Gaz. Pal.* 1912, 1, 536.

¹⁰ Paris, 24 juillet 1909. *Gaz. Trib.* 1909. D. 1910, 2, 296, 2^o sem., 2, 386. V. cep. trib. Bruxelles, 15 janv. 1827. *Pand. fr.* 1887, 5, 6 (vente de meubles de marchand présentés comme venant d'un particulier).

¹¹ Req. 18 juill. 1900. *Gaz. Trib.* 1901, 1^{er} sem., 1, 35. — Cf. contra sur la cave d'origine d'un vin. Bruxelles, 9 nov. 1903. Pas. 1904, 2, 236.

¹² Paris, 14 avril 1903. *Gaz. Trib.* 17 janv. 1909.

Si des betteraves vendues comme sucrières sont fourragères¹ et 2.

226 bis. — L'erreur sur l'importance d'un objet est cependant inefficace si cette erreur d'appréciation devait être prévue, étant donné la nature des choses. Ainsi est sans effet l'erreur sur la quantité d'une récolte que l'on a achetée avant qu'elle ne fut poussée³, l'erreur sur la richesse d'une mine, même sur l'étendue d'un terrain vendu⁴.

Si l'erreur a consisté à acheter une chose n'existant qu'en partie, on pourra maintenir le contrat pour partie si la partie restante a une utilité évidente⁵.

Dans les contrats unilatéraux l'erreur de quantité, en moins est inefficace.

227. — Le point de vue de la jurisprudence l'amène à annuler encore à la suite de bien d'autres erreurs.

Il y a nullité si on s'est trompé sur la portée de son acte, en s'assurant à une mutuelle quand on croyait s'assurer à une compagnie d'assurances à primes fixes⁶ en traitant par erreur avec une société américaine⁷.

¹ V. encore Civ. 5 nov. 1900. S. 1904, 1, 445. D. 1901, 1, 71 (vente de marchandises emballées sans les déballer).

² Trib. Gand, 21 janv. 1885. *Journ. Trib.*, 1885, 403.

³ Cass. Rome, 2 fév. 1903. *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 397.

⁴ Cass. Rome, 14 juin 1917, *Giur. ital.*, 1917, 1, 928 (qui parle ici de motif).

⁵ Trib. Seine, 8 mars 1897. *Gaz. Trib.*, 6 mai 1897 (vente de créance). Pour Crome dans les contrats unilatéraux, l'erreur est sans effet si celui qui fournit la contre prestation s'attendait à recevoir moins, mais elle est efficace dans le cas contraire (*Allg. Theil.*, par. 25).

⁶ Cass. req. 6 mai 1878. S. 80, 1, 125. D. 80, 1, 12. — Dijon, 23 janv. 1891. D. 92, 1, 614. — Trib. Seine, 12 juin 1894. D. 95, 2, 192.

— Besançon, 30 déc. 1891. D. 1892, 2, 155. — Cass. civ. 14 jan. 1902. *Gaz. Trib.* 1902, 1^{er} sem., 1, 206. Cf. Trib. Seine, 26 juin 1912. *Gaz. Trib.* 1912, 2^e sem., 2, 360. — Trib. Nancy, 18 déc. 1912. *Gaz. Trib.* 1913, 1^{er} sem., 2, 108. — Req. 9 déc. 1913. *Gaz. Pal.* 1914, 1, 229. — Trib. Tours, 28 nov. 1913. *Gaz. Pal.* 1914, 1, 358 sol. implic. — Trib. Abbeville, 7 mai 1913. *Gaz. Pal.* 1913, 1, 663. — Cf. Cass. civ. 14 mars 1902. S. 1906, 1, 409. — Agen, 30 déc. 1913. *Gaz. Pal.* 1914, 1, 313.

— Trib. Dinant, 9 mars 1905. *Pas.* 1905, 3, 214.

⁷ Trib. Seine, 30 juillet 1898. *Rev. Sociétés*, 1899, p. 15.

Si on s'est trompé sur l'étendue de la part héréditaire qu'on a vendue ¹.

Si on a signé un bulletin d'adhésion à une Société sans qu'on vous ait remis les statuts, alors que ceux-ci obligeaient à cette formalité ².

Il y a nullité si on a vendu une nue propriété, alors que l'usufruit venait de s'éteindre ³.

Il y a nullité si on a pris l'engagement de payer un legs qui était soumis à rapport ⁴.

Si dans un ordre amiable, on s'est trompé sur l'immeuble dont le prix est distribué, ou sur la situation du produisant ⁵.

Un partage est nul si par erreur une libéralité a été considérée à tort comme fait par préciput ⁶, si des biens y ont été compris par erreur ⁷.

L'engagement pris par le patron envers un ouvrier victime d'un accident du travail, alors que le patron se croyait par erreur soumis à la loi sur les accidents, peut être attaqué par le patron, et ce n'est pas là une simple action en revision. Le délai de trois ans ne lui est pas applicable ⁸. La même solution doit être donnée si un accident a été pris à tort pour un accident du travail ⁹.

Il en est de même de la collocation au second rang dans un

¹ Grenoble, 24 juillet 1830. S. 31, 2, 95. Cf. Toulouse, 18 juin 1821. S. chr. — Contrà Dijon, 15 avril 1907. S. 1908, 2, 129.

² Req. 11 janv. 1910. Gaz. Trib. 14 janv. 1910. D. 1910, 1, 88.

³ Paris, 13 déc. 1856. S. 57, 2, 3 et son pourvoi. — Cass. Req. 8 mars 1858. D. 58, 1, 277. S. 59, 1, 238.

⁴ Cass. Req. 28 mai 1888. S. 89, 1, 248.

⁵ Paris, 8 déc. 1874. S. 75, 2, 260. L'arrêt parle toutefois ici d'erreurs matérielles. Aix, 12 nov. 1904. D. 1907, 2, 295.

⁶ Lyon, 6 août 1857. S. 58, 2, 485.

⁷ Cass. civ. 12 mars 1845. S. 45, 1, 524.

⁸ Cass. civ. 22 mars 1911. Gaz. Pal. 1911, 1, 574. *Revue de droit civil*, 1911, p. 466.

Contrà Nancy, 26 mars 1904. *Rec. des acc. du travail*, 1907, p. 56. Sachet, II, n. 1193.

⁹ Dijon, 23 mars 1914. Gaz. Pal. 1914, 1, 505.

ordre amiable, alors qu'on devait être au premier ¹.

Est encore nulle la transaction portant sur une marque de fabrique qui à l'insu des contractants était tombée dans le domaine public ².

Un cautionnement est nul si la garantie d'un hypothèque en faveur de la créance cautionnée a été stipulée formellement par la caution et qu'elle fasse défaut ³.

Si une faillite par erreur a été définitivement close, il n'est pas tenu compte de cette clôture ⁴.

Si on a acheté un lot de marchandises soldées, en visitant un ballot qui était tout différent des autres, il y a nullité ⁵.

L'acceptation d'une somme d'un assureur est nulle, même si la police porte que les indemnités ne peuvent être revisées, si on a accepté, ignorant l'importance du sinistre ⁶.

Si un ouvrier est victime d'un accident et qu'il consente à ce que le demi salaire ne lui soit plus payé à un moment donné, croyant qu'il n'y a qu'incapacité temporaire, il peut agir en revision s'il découvre qu'il y a incapacité permanente ⁷. De même un ouvrier peut attaquer la convention passée par

¹ Aix, 12 nov. 1904. D. 1907, 2, 295. — V. de même, Req. 11 juin 1912. D. 1913, 1, 286.

² Cass. Req. 28 février 1905. Gaz. Pal. 1905, 1, 458.

³ Cass. Req., 30 juillet 1894. S. 95, 1, 72. D. 95, 1, 340. — Cf. Chambéry, 11 janvier 1894. D. 1895, 2, 235. Promesse de payer pour un tiers des frais déclarés par erreur privilégiés par le notaire qui a reçu paiement.

⁴ Cass. Req., 4 janv. 1898. S. 1902, 1, 330.

⁵ Douai, 18 juillet 1898, le *Droit*, 29 nov. 1898. — Cass. civ. 5 nov. 1900. D. 1901, 1, 71. Pand. fr., 1902, 1, 22.

⁶ Req. 23 déc. 1907. Gaz. Pal. 1908, 1, 298. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 361.

⁷ Lyon, 9 février 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 217. Sachet, *Accidents du travail*, II, n. 1357. — V. aussi Nancy, 13 déc. 1913, Gaz. Pal. 1914, 1, 180. — Cf. Bruxelles, 10 juillet 1896. Pas. 1898, 2, 55. — Bruxelles, 30 nov. 1898. Pas. 1899, 2, 190. — Gand, 23 mars 1895. Pas. 1895, 2, 327. — Bruxelles, 30 janv. 1898. Pand. per. 1900, 943 (accidents ordinaires).

lui devant le président du tribunal dans l'ignorance d'un nouveau rapport d'expert sur son état ¹.

Un acquiescement donné par erreur est nul ².

La garantie donnée par erreur par le subrogeant alors que la dette à son insu était éteinte est nulle ³.

228. — La jurisprudence tient compte aussi d'autres erreurs qui ne sont guère à proprement parler des erreurs sur la chose, mais qui tiennent à ce que le but principal de l'acte ne pouvait être atteint par suite d'erreur ⁴. Ainsi celui qui par suite d'une erreur ratifie un testament nul, fait un acte nul ⁵.

De même le père qui reconnaît un enfant sous l'empire d'une erreur qui a été déterminante fait un acte nul ⁶.

De même est nulle la transcription d'un divorce faite sur un certificat délivré par erreur et constatant qu'il n'y a pas eu de pourvoi en cassation ⁷.

Est nulle la distribution de bénéfices faite sur un inventaire frappé de nullité ⁸.

De façon plus générale est nul tout acte pris exclusivement ou principalement sur la vue d'une pièce fautive ou inexacte ⁹.

¹ Cass. civ. 28 janv. 1913. Gaz. Pal. 1913, 1, 317. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 1, 190. S. 1913, 1, 487.

² Req. 14 nov. 1881. S. 83, 1, 303. D. 82, 1, 156. — Req. 20 mai 1862. D. 1863, 1, 103. — Aubry et Rau, IV, p. 493. — Baudry et Barde, I, n. 59.

³ Cass. Req. 21 mars 1905. S. 1907, 1, 261. D. 1908, 1, 212.

⁴ V. Aubry et Rau, IV, p. 495. — Les tribunaux vont même parfois très loin. V. Paris, 14 avril 1908. Gaz. Trib. 17 janv. 1909, avantages exceptionnels fait par un assureur à un agent pour garder son concours, alors que cet agent va se placer peu après dans une compagnie rivale. Ici ce serait plutôt un dol. Cf. Trib. comm. Nantes, 13, févr. 1904. Rec. Nantes, 1904, 1, 389.

⁵ Req. 27 août 1818. S. chr.

⁶ Poitiers, 30 déc. 1907, S. 1909, 2, 313. D. 1910, 2, 245 avec note de M. Tissier. — Aix, 22 déc. 1852. S. 54, 2, 321.

⁷ Aix, 23 janv. 1895. S. 95, 2, 217, note de M. Valabregue et sur pourvoi. Cass. civ. 5 août 1896. S. 97, 1, 129 avec note de M. Tissier.

⁸ Cass. civ. 16 juin 1891. S. 95, 1, 506. 2 arrêts.

⁹ V. l'application à des marchés. Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n. 56.

Si un partage a été fait dans l'ignorance d'un testament, la jurisprudence le déclare nul pour erreur sur la substance¹.

Si un legs est déclaré fait à raison de l'absence de parents, en cas d'erreur, il tombe². Il en est de même si un testament est fait par un testateur ignorant la grossesse de sa femme. L'erreur sur un motif tellement essentiel qu'il explique seul la libéralité fait tomber celle-ci.

229. — Il y a de même nullité si une chose achetée est inapte à l'usage qu'on en veut faire :

Si des animaux achetés pour le travail ou pour la reproduction y sont inaptes³.

Si on a acheté un terrain trop exigü pour ce qu'on en voulait faire⁴.

De même il faudrait annuler une société si un associé s'est trompé gravement croyant un capital intact, un produit à exploiter doué de certaines qualités, une mine riche en minerais⁵.

230. — Faut-il considérer comme nul pour erreur le contrat ayant porté sur la chose d'autrui : vente de la chose d'autrui, bail du bien d'autrui, dépôt, gage de la chose d'autrui, apport en société du bien d'autrui, etc.

Pour poser la question il faut supposer bien entendu qu'il ne s'agit pas de promesse de chose de genre et que soit le promettant, soit le bénéficiaire de la promesse, ou tous deux

¹ Bourges, 7 fév. 1912. S. 1917, 2, 121 avec note de M. Huguency.

— Civ. 17 nov. 1858. S. 1859, 1, 234.

La doctrine est hésitante sur ce point. Certains auteurs parlent de *condictio sine causa*. V. Aubry et Rau, X, par. 626, note 4, 5^e éd. — Demolombe, XVII, p. 402.

² Aix, 3 mars 1875. S. 1877, 1, 67. D. 1877, 1, 492.

³ Limoges, 8 mars 1843. S. 1844, 2, 82. — Douai, 30 janv. 1843, S. 1843, 2, 69.

⁴ Cass. Req. 1^{er} mars 1899. S. 1899, 1, 221. — Liège, 1^{er} mai 1901. Pas. 1902, 2, 124. — V. cep. trib. St.-Amand, 17 mars 1911. D. 1913, 2, 48.

⁵ Orléans, 18 janv. 1895. D. 1895, 2, 417.

⁶ V. cep. une tendance plus étroite dans Hémard, *Nullité de société*, n. 74.

sont de bonne foi. Nous verrons en effet plus loin la valeur du contrat fait sciemment sur la chose d'autrui (n. 769).

D'autre part il est certain que l'art 1599 n'admet pas la validité de la vente de la chose d'autrui. Mais ce texte est très obscur et on peut se demander comment il faut l'expliquer. Il faut encore mettre à part l'art. 1021 civ. qui annule tout legs de la chose d'autrui.

Lorsqu'une vente porte sur la chose d'autrui, la jurisprudence admet que si le vendeur devient propriétaire avant qu'on n'ait demandé la nullité de la vente, la nullité sera couverte¹. A plus forte raison faut-il admettre que si le bail de la chose d'autrui ou tel autre contrat portant sur la chose d'autrui a été ratifié, le locataire ne peut se plaindre².

Mais une autre question se pose. Le locataire, le créancier gagiste de la chose d'autrui peut-il dès maintenant, craignant seulement d'être évincé, demander l'annulation de son contrat. Si on ne l'admet pas, c'est dire que le contrat est valable. Si on l'admet, c'est affirmer que le contrat est nul, sauf que la nullité se couvre facilement.

La question est très délicate. Permettre d'agir en nullité, c'est empêcher de tenir compte de chances d'arrangement entre l'autre contractant et le véritable propriétaire. D'autre part, soutenir la validité, c'est forcer un locataire à occuper un immeuble, à exécuter un bail qui peut finir le lendemain.

¹ Riom, 12 janv. 1827. S. chr. — Civ. 23 janv. 1832. S. 32, 1, 666. — Req. 23 juillet 1835. S. 36, 1, 70. — Amiens, 13 août 1840. S. 42, 2, 429 (ratification). — Agen, 17 déc. 1851. S. 52, 2, 392. D. 52, 2, 89. — Req. 20 fév. 1855. S. 55, 1, 590. D. 55, 1, 135 (ratification). — Bordeaux, 20 fév. 1883. S. 83, 1, 176 (ratification). — Alger (motifs), 19 nov. 1891. S. 97, 1, 457. — Grenoble, 10 mai 1892. S. 92, 1, 518. D. 1892, 2, 518. — Nancy, 14 nov. 1894. D. 95, 2, 349. — Guillouard, n. 185. — Baudry et Saignat, n. 139 4°. — Colmet de Santerre, VII, 28 bis. XVII. — Laurent, XXIV, n. 120. — Huc, X, n. 67. — Contrà Aubry et Rau, V, par. 351, note 49.

² V. Fubini, *Locazione di cose*, n. 190. Cf. Baudry et Wahl, *Louage*, I, n. 131 qui ne nient pas cette solution et affirment seulement que le propriétaire ne pourra ainsi se substituer au bailleur.

Enfin il faut bien reconnaître que si le locataire avait su ne pas traiter avec le propriétaire, en fait il n'aurait pas traité.

Cette dernière considération nous paraît devoir l'emporter¹.

A l'heure actuelle, la doctrine n'ayant pas abordé d'ensemble la question de la validité des contrats sur la chose d'autrui est très hésitante².

On considère bien comme nulle l'hypothèque de la chose d'autrui³. Même les auteurs admettent volontiers qu'il y a une nullité absolue, en se fondant sur un vice substantiel ou sur une cause illicite⁴. Seul M. Huc parle d'erreur substantielle⁵.

On annule la donation de la chose d'autrui⁶.

On annule de même, mais en appliquant les solutions de l'art. 1599, la transaction sur la chose d'autrui⁷.

¹ V. En ce sens Bedarride, *Dol et Fraude*, III, 997.

Cf. de Folleville, *Vente de la chose d'autrui*. *Revue pratique*, XXXII, p. 510, qui donne pour l'art. 1589 les motifs donnés en 1804, ce qui aboutit à annuler tout contrat sur la chose d'autrui. — Guillouard, *Louage*, n. 53. — Laurent, XXV, n. 56. — Baudry et Wahl, n. 127.

² La validité a cependant été admise en Italie. V. Mancini, *Encyclopaedia*, v^o *Contratto*, n. 39.

³ V. contra Chanteaud, *Sûretés réelles sur la chose d'autrui*, thèse Paris, 1901, qui trouve plus sage d'admettre la validité comme pour le gage. Cf. Charmont, *Ex. doctr. Revue critique*, 1894, p. 70.

⁴ Cass. civ. 24 mai 1892. S. 1892, 1, 289. D. 1892, 1, 327 et sur renvoi. Montpellier, 10 fév. 1896. S. 1896, 2, 128. D. 1897, 2, 369. — Dijon, 25 avril 1855. D. 1855, 2, 218. S. 1855, 2, 403. — Nancy, 30 mai 1843. S. 1843, 2, 547. — Bordeaux, 16 juill. 1838. S. 1838, 2, 502. — Bordeaux, 24 janv. 1833. S. 1833, 2, 569. — Req. 12 juin 1807. D. Rep. v^o *Privilèges*, n. 1192. — Bordeaux, 21 déc. 1832. S. 1833, 2, 205. — Aubry et Rau, III, 5^e éd., p. 440. — Laurent, XXX, n. 469. — Guillouard, II, n. 937. — Beudant, I, p. 293. — Planiol, II, n. 2795.

Bruxelles, 10 août 1840. Pas. 1841, 2, 158. — Trib. Neufchâteau, 19 mars 1874. Pas. 1875, 3, 139.

⁵ Labbé, *Revue pratique*, 1875, p. 180. — Colmet de Santerre, IX, n. 92 bis, III.

⁶ X, n. 65.

⁷ Liège, 29 mai 1869. Pas. 1870, 2, 404.

⁸ Guillouard, n. 63. — Baudry et Wahl, n. 1276 et 1285.

On traite de même le prêt de consommation de la chose d'autrui¹.

On annule aussi le partage où on a compris des biens de l'héritier².

Par contre, pour le dépôt, l'art. 1938 dit que le dépositaire « ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée ». Le dépôt de la chose d'autrui est donc valable. Mais le texte ajoute que si le dépositaire découvre que la chose a été volée, il doit avertir le propriétaire de le réclamer dans un certain délai, faute de quoi il restitue valablement au déposant.

En dehors de tout texte, on admet la validité du commodat sur la chose d'autrui³.

On admet le bail de la chose d'autrui⁴.

On admet aussi le nantissement sur la chose d'autrui⁵ et on étend l'art. 1938.

On cherche vainement dans cet ensemble de solutions une ligne directrice.

Il nous semble qu'il n'y a pas à distinguer si le contrat doit donner naissance à un droit réel ou à un droit personnel⁶.

¹ Laurent, XXVI, n. 493. — Guillouard, n. 75. — Baudry et Wahl, n. 726.

² V. Cass. civ. 12 mars 1845. S. 1845, I, 524. — Demolombe, XVII, n. 398. — Baudry et Wahl, III, n. 3503.

³ Baudry et Wahl, n. 620 et 621. Guillouard, n. 16. — Huc, n. 155.

⁴ Trib. Bruges, 17 fév. 1903. S. 1903, 4, 15. — Colmet de Santerre, VII bis, n. 159 bis, II. — Guillouard, I, n. 51 et 52. — Baudry et Wahl, I, n. 125. — Aubry et Rau, V, 5^e éd., p. 273, note 7. — Abello, *Locazione*, I, n. 33. — Contra Laurent, XXV, n. 56. — Huc, X, n. 287. Cf. Req. 12 fév. 1894. S. 1894, I, 485. Gand, 18 juin 1904. Pas. 1905, 2, 301 (nullité de la prise en location de sa chose par le propriétaire).

⁵ Baudry et de Loyves, I, n. 32. — Guillouard, n. 14. — Colmet de Santerre, VIII, n. 303 bis, II. — Laurent, XXVIII, n. 440. — Chanteaud, thèse citée, p. 4. Cf. Bernard, *Mise en gage de police d'assurance par un co-héritier*. *Ann. de dr. comm.*, 1909, p. 129.

⁶ M. Fourmet de St-Laurent, *Aliénation de la chose d'autrui*, thèse de Caen, 1904, admet avec logique la nullité des échanges, transactions, paiements, dations en paiement, donations, par argument de l'art. 1599 v. p. 55 et suiv.

Tous ceux qui à leur insu ont traité sur la chose d'autrui ont manqué le but essentiel qu'ils se proposaient. On ne peut les laisser dans cette situation d'être exposés à expulsion par le propriétaire.

Ils demanderont donc la nullité, à moins que le propriétaire ne ratifie avant l'expulsion, de sorte que désormais le contrat atteindra son but. Et le droit à nullité sera justifié surtout si le contrat devant conférer un droit réel, il y a dès la formation du contrat, manquement à son exécution.

Ensuite il faudra examiner si d'après le droit commun le créancier gagiste ne peut pas réclamer un droit de rétention jusqu'à ce qu'on lui paie sa créance. Il faudra voir si ce créancier ou le créancier hypothécaire ne pourront pas réclamer d'autres suretés, ou invoquer la déchéance du terme.

Mais le principe nous semble s'imposer : il y a nullité, sauf si les parties ont su toutes deux traiter sur la chose d'autrui¹. Et nous l'étendrons au cas d'apport dans une société, dans une association, de la chose d'autrui², au cas d'omission dans un partage d'un cohéritier ou en cas d'attribution à un co partageant d'une part trop forte ou trop faible. Le principe n'empêchera d'ailleurs pas l'art. 1599 de s'appliquer avec la portée que lui donne la jurisprudence. Il n'empêchera pas davantage le dépositaire s'il le préfère de mettre en demeure le propriétaire de reprendre sa chose (art. 1938 al. 2)³.

231. — Les conséquences précédentes une fois tirées du principe de l'autonomie, la jurisprudence a apporté à sa manière de voir des limitations. Elle admet avec la doctrine

¹ V. Fubini, *Locazione di cose*, I, n. 187-191.

² V. en ce sens, pour une personne qui promet à un créancier un privilège qu'elle ne peut lui concéder l'ayant déjà donné. Req. 8 janv. 1894. D. 1894, I, 128.

³ Inversement on a admis la nullité de l'acte par lequel un propriétaire par erreur a reconnu sa chose comme appartenant à autrui. Gand, 28 juill. 1904. Pas. 1905, 2, 301.

qu'il n'y a pas à se préoccuper des points secondaires¹.

En premier lieu ne s'occupant que des points qui ont déterminé la volonté, la jurisprudence a écarté l'erreur portant sur des points qui n'ont pu déterminer la volonté².

Ainsi reste valable une vente de vins qui étaient des vins de sucrage, à l'insu de l'acheteur³.

Reste valable la souscription à un ouvrage qui sur des points secondaires, ne répond pas à l'attente⁴.

Un cautionnement d'une vente de droits sociaux immobiliers alors que ces droits étaient mobiliers, mais que dans l'espèce c'était un point secondaire⁵.

Une vente de gravure de deuxième état, annoncée comme de premier état, si ce point n'a pas été cause principale⁶.

Une vente d'un cheval mal dressé⁷ ou indiqué à tort comme ayant pris part à telle course⁸.

La vente d'une maison indiquée à tort comme donnant sur une place publique alors qu'elle est contiguë à un terrain

¹ Larombière, art. 1110, n. 7. — Capitant, p. 265. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 489 et 496. — Planiol, II, n. 1056. — Beudant, n. 113. — Baudry et Barde, I, n. 54. — Giorgi, IV, n. 71.

² Et par là, il faut entendre, semble-t-il, ceux qui sont secondaires d'après l'usage, ou la situation connue des deux parties en présence. Ainsi une erreur de quantité minime. Trib. comm. Nantes, 23 déc. 1882. Gaz. Pal. 1882, 2, 482. Cf. sur cette conception. Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 119, n. 16 à 19.

³ Trib. Murat, 14 févr. 1886, et sur appel, Toulouse, 19 mars 1889. S. 90, 2, 61.

⁴ Riom, 12 mai 1884. S. 85, 2, 13 (défauts typographiques). Trib. Paix Paris, 14^e arr., 4 mars 1911. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 34. — Contra au cas où on a spécifié une édition déterminée qui fait défaut. Il y a alors surtout défaut d'objet. Req. 24 fév. 1875. D. 1875, 1, 464. Au cas où un ouvrage présenté comme artistique, inédit, ne l'est pas. Aix, 21 déc. 1894. Gaz. Pal. 1895, 1, 276.

⁵ Req. 16 mars 1898. D. 98, 1, 301. S. 1902, 1, 337. Pand. fr. 1898, 1, 500.

⁶ Trib. Seine, 30 janv. 1884. Gaz. Pal. 1884, 1, suppl. 11. (Ici les connaissances de l'acheteur, sa légèreté ont exercé une influence assez grande.) Cf. sur l'erreur unilatérale infra.

⁷ Trib. Seine, 22 juillet 1882. Gaz. Pal. 1883, 2, 134, 2^e partie.

⁸ Trib. Versailles, 17 juin 1909. Gaz. Trib. 1909, 30 août. — Cf. trib. Arlon, 2 déc. 1880. *Jurispr. de trib. de premi. instance*, XXX, 575.

communal sur lequel elle ne peut avoir d'ouvertures¹, ou d'un terrain à bâtir qui ne peut en vertu de règlements, recevoir un certain lotissement².

Un contrat d'assurance, lorsque la compagnie a été indiquée à tort comme soumise au contrôle de l'Etat³.

La cession d'une créance hypothécaire, si le bien hypothéqué a une contenance moindre que celle indiquée, si elle n'a été donnée que de façon approximative⁴.

La vente d'un titre désigné par le revenu primitif et non celui établi actuellement après conversion⁵.

La vente d'une arme orientale faite sans garantie de titre si elle n'a pas la quantité d'or qu'on pensait⁶.

La vente d'une belle pièce d'orfèvrerie moderne vendue sans spécifier, et qui avait été prise pour ancienne⁷.

Un bail, lorsque la chose louée a des incommodités peu importantes⁸.

Une cession du droit d'exploiter des carrières peu rémunératrices⁹.

En matière de partage si on a omis des biens héréditaires, il suffira de procéder à un supplément de partage (art. 887).

Le partage se trouve simplement être un partage partiel¹⁰.

¹ Riom, 10 mai 1884. Gaz. Pal. 1884, 2, 422.

² Anvers, 15 fév. 1883. Pas. 1883, 3, 350.

³ Amiens, 23 février 1912. Gaz. Pal. 1912, 1, 639.

⁴ Cass. civ. 29 janv. 1896. D. 1896, 1, 556.

⁵ Paris, 23 nov. 1909. Gaz. Trib. 20 avril 1910.

⁶ Cass. Req. 13 janv. 1864. D. 1864, 1, 162.

⁷ Trib. Seine, 28 juin 1862. D. 1863, 3, 24.

⁸ Trib. Ypres, 13 mars 1896. Pas. 1897, 3, 15.

⁹ Pau, 20 janv. 1875. S. 1875, 2, 176.

¹⁰ Demolombe, XVII, n. 394. — Baudry et Wahl, III, n. 3501. —

Aubry et Rau, VI, p. 575. — Laurent, X, n. 258. — Huc, V, n. 463.

Il en est autrement si on a omis de tenir compte de la qualité de do-

nataire ou de légataire d'un héritier. Trib. Bruxelles, 20 nov. 1901.

Pas. 1903, 3, 58. Cass. civ. 17 nov. 1858. S. 1859, 1, 234. D. 1858, 1,

465. — Toulouse, 19 janv. 1824. S. chr. V. cep. trib. Bruxelles, 4 nov.

1903. Pas. 1904, 3, 60.

L'erreur sur la quantité des choses devant être pesées ou mesurées est aussi secondaire. Il en est de même de l'erreur sur un terme, une condition ¹.

Il n'y a pas de criterium absolu pour indiquer les erreurs secondaires. Thiry a en vain proposé de dire que ce sont celles susceptibles de plus ou de moins ². Cela est insuffisant pour expliquer la jurisprudence.

231 bis. — Le tribunal de commerce de la Seine a considéré comme substantielle l'erreur venant de l'ignorance de ce fait que le fonds de commerce acheté était frappé de nantissement ³. Cette théorie paraît exagérée, car il faudrait décider de même qu'il y a nullité d'une vente d'immeuble hypothéqué à l'insu de l'acheteur. Sans doute il y a dans les divers cas où la chose est frappée d'un droit réel important une action en garantie pour vice caché. Elle paraît satisfaisante, car elle n'aboutira pas toujours à la résolution. Cette action plus souple paraît suffisante, bien que dans d'autres cas nous trouvions ce concours de l'action en nullité et de l'action en garantie.

232. — En vertu de cette même idée de but, dans les contrats unilatéraux, donation, dépôt, commodat, celui qui reçoit n'ayant en général aucun intérêt à la nullité, celle-ci ne sera pas possible ⁴. Si le créancier gagiste a reçu en gage un objet autre que celui qu'il pensait avoir, il pourra réclamer la nullité, mais il pourra en attendant, exercer un droit de rétention sur la chose donnée en gage.

Mais il en serait autrement si l'erreur existait chez le transféré. Il pourrait faire annuler l'acte ⁵.

¹ Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 241.

² Thiry, *Dr. civil belge*, II, p. 560.

³ 10 juin 1913. *Gaz. Pal.* 1913, 2, 183. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 808.

⁴ Huc, VII, n. 26.

⁵ Demante et Colmet de Santerre, V, n. 16 bis, IV. — Demolombe, XXIV, n. 117. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 493. V. pour l'erreur dans un cautionnement, *Req.* 16 mars 1898. *Pand. fr.* 1898, I, 500, et *Req.* 30 juillet 1894. S. 1895, I, 72. D. 1895, I, 340.

De même le testament, la donation seraient également nulles s'il y avait une erreur sur le but principal de la libéralité : le testateur s'étant absolument trompé sur la nature de l'objet légué, l'utilité qu'il pourrait avoir pour le donataire¹. Mais il semble que cette erreur pourrait se prouver par les circonstances, en dehors des termes de l'acte.

233. — La théorie de l'erreur s'applique d'ailleurs aussi bien aux actes unilatéraux qu'aux contrats². Elle s'applique aux acceptations et renonciations à une succession³, à une renonciation à recours contre un assureur⁴. Mais il y en a peu d'applications. Elle s'appliquerait si on avait cru que le défunt fut un parent plus proche et qu'on eut accepté pour l'honneur du nom une succession onéreuse. Mais il ne faut pas tenir compte des erreurs sur la valeur, sur des dettes inconnues, etc., qui ne constituent qu'une lésion⁵. On considère que le but principal de l'acte, c'est le titre héréditaire et non les biens. La nullité s'applique également pour les erreurs de désignation dans les ventes de marchandises par navires à désigner. On a jugé à ce sujet que le vendeur ne peut plus désigner un autre navire sans entente avec l'acheteur, faute de quoi le contrat est nul⁶.

Ou les agréages faits par erreur⁷ sont sans valeur.

Elle s'applique aussi dans une offre afin de purge par un

¹ Cf. Demolombe, XVIII, n. 389 et suiv. Baudry et Colin, I, n. 260. — Capitant, *op. cit.*, 3^e éd., p. 263. — Baudry et Borde, n. 57.

² Capitant, *op. cit.*, p. 264, 3^e éd. — Bufnoir, n. 590.

³ Baudry et Wahl, II, n. 1635. — V. Valette, thèse citée, p. 64.

⁴ Sent. arbitr., 30 janv. 1905. *Jurispr. Anvers*, 1905, 1, 54.

⁵ Cass. req. 19 déc. 1888. S. 1890, 1, 102. D. 1890, 1, 341. — Cass. civ. 18 janv. 1869. S. 1869, 1, 172. — Hue, V, n. 174. — Baudry et Wahl, II, n. 1635.

Contra Vanderkieboom, *Erreur dans l'acceptation des successions* *Revue de droit belge*, II, p. 587.

⁶ Bruxelles, 2 juin 1885. Pas. 1885, 2, 359. — Cf. trib. Anvers, 27 fév. 1885, *Jurispr. Anvers*, 1885, 1, 156.

⁷ Trib. Anvers, 3 mai 1873. *Jurispr. Anvers*, 1873, 1, 176. — de Varelles-Sommières, *De l'erreur*, p. 286.

co héritier. Le créancier ne peut valablement surenchérir¹.

Elle s'appliquerait même au testament².

Elle s'applique aussi à l'aveu, si c'est une erreur de fait (arg. art. 356 civ.)³, ou encore à une qualité prise inexactement dans une action en partage⁴, à un agréage de vins à la suite d'une vente⁵, au récépissé donné à un facteur, à la réception d'une lettre chargée⁶.

Elle s'applique aux actes unilatéraux collectifs comme le vote par erreur de la clôture d'une liquidation de société. Et les liquidateurs peuvent terminer le procès oublié⁷.

Toutefois la jurisprudence a refusé de l'appliquer à l'erreur dans les déclarations de l'Enregistrement, à raison de la faute du déclarant⁸.

L'erreur s'applique à des actes judiciaires, notamment au partage judiciaire si on admet que l'erreur s'applique au partage amiable.

L'erreur dans un acte visant une universalité (acceptation de communauté, de succession), ne sera efficace que si elle porte sur l'objet principal qu'elle contient : brevet qu'on ignorait être tombé dans le domaine public, ou sur l'existence d'éléments actifs ou passifs. Mais ce ne peut être une erreur sur la solvabilité. Ce qui est une lésion.

234. — Mais quels points la jurisprudence considère-t-elle comme importants et quels points comme secondaires.

Il y a là évidemment une question de fait⁹. Mais elle est

¹ Liège, 28 nov. 1889. Pas. 1890, 2, 96.

² V. cep. Liège, 12 mars 1900. Pas. 1900, 2, 321. (Exhérédation avec erreur de droit en moins sur la quotité disponible).

³ V. trib. Anvers, 12 août 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 1071. — Trib. Verviers, 29 juill. 1903. *Pand. per.* 1906, 165. — de Varelles-Sommières, *De l'erreur*, p. 299.

⁴ Limoges, 8 déc. 1837, S. 1839, S. 27.

⁵ Montpellier, 18 fév. 1904. S. 1905, 2, 109.

⁶ Limoges, 3 déc. 1837, S. 1839, 2, 27.

⁷ Bruxelles, 19 mai 1904, *Jur. comm. Bruxelles*, 1904, 45.

⁸ Cass. civ. 24 janv. 1912. S. 1914, 1, 401.

⁹ Trib. de Troyes, 11 et 18 nov. 1886. *Loi*, 12 mai 1887.

cependant susceptible d'être résolue en s'inspirant de conceptions diverses.

On peut se placer à un point de vue objectif et dire que les points importants, la substance de la chose, ce sont ceux qui pour une personne paraîtront normalement les plus importants dans le contrat : on achète un meuble parce qu'on le croit beau, de bonne qualité, un tableau parce qu'il porte telle signature. Si la qualité normalement attendue fait défaut, il y a erreur, cause de nullité.

On peut au contraire se placer à un point de vue subjectif : on peut acheter tel beau meuble uniquement parce qu'il a appartenu à tel personnage historique, ou même à tel membre de sa famille dont on désire réunir des souvenirs¹.

La jurisprudence a eu rarement l'occasion de pencher dans un sens plutôt que dans l'autre. Elle paraît plutôt incliner vers le critérium subjectif². En tous cas il a été jugé que la volonté des parties peut subordonner un contrat à des qualités secondaires de l'objet. Mais ceci a été considéré comme une application de la théorie de la condition et non de l'erreur³. Ce qui est d'ailleurs critiquable.

235. — Y a-t-il un criterium pour reconnaître les points importants ?

Il n'est pas douteux que des points peuvent être considérés comme importants même si on ne s'est pas formellement expliqué sur eux dans l'acte⁴.

¹ V. cette opposition des deux points de vue très nettement indiquée par Fubini. *Contribution à l'étude de la substance*, *Revue de droit civil*, 1902, p. 301. — Cf. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, p. 226. — Crome, *Allg. Theil.*, trad. ital., p. 262. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 303.

² V. Cass. Req. 16 mars 1898, précité. — V. de même Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 374 qui exige seulement qu'il n'y ait pas intention restée secrète chez le contractant.

³ Rouen, 28 mars 1908. *Gaz. Pal.* 1908, 2, 311.

⁴ Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 52. V. d'ailleurs infra, n. 239 à propos de la définition doctrinale de la substance.

Mais faut-il admettre que tout point doit être considéré comme important par cela seul qu'il a été indiqué dans la déclaration de volonté ?

Le tribunal de commerce de la Seine a jugé en ce sens que toute qualité visée dans un prospectus devait être considérée comme substantielle. Il semble que cette solution est raisonnable et doit être généralisée. Du moment qu'une qualité est visée dans la déclaration, il faut la juger importante et une nullité peut naître d'une erreur à son sujet.

236. — La jurisprudence a également écarté l'erreur ne portant que sur des motifs².

Ainsi une personne donne ordre de vendre des titres anciens d'une société et de lui racheter des titres nouveaux à l'émission. Si celle-ci est annulée, la vente ne peut être annulée pour erreur³.

De même une personne procure à une autre un navire pour importer des moutons. Celle-ci ne peut demander la nullité en disant ignorer une mesure du gouvernement interdisant d'importer des moutons⁴.

De même un dépôt ayant lieu dans l'intérêt d'un tiers, l'autorisation donnée par celui-ci au dépositaire de rendre le dépôt, est valable, quoique motivée par la croyance que le dépositaire était tenu de la dette pour laquelle on avait fait le dépôt⁵.

¹ 28 oct. 1899, le *Droit*, 4 mars 1900.

² Cass. civ. 26 mai 1891. *Gaz. Pal.* 1891, 1, 727. S. 1891, 1, 248. D. 1891, 1, 352. *Pand. fr.* 1891, 1, 432. *Trib. Seine*, 6 juin 1899. *Gaz. Trib.* 1900, 1^{er} sem., 2, 26. — Colmet de Santerre, V, n. 18. — Colin et Capitant, II, p. 298. — Coviello, *Dir. civile*, I, p. 369. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 16. — V. Aubry et Rau, IV, p. 495. — Bufnoir, p. 592. — Laurent, XV, n. 499. — Huc, VII, n. 20. — Planiol, II, n. 1059. — Beudant, n. 113. — Valverde y Valverde, I, p. 491. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 242. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 394. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 305. — Chironi, *Istituzioni*, I, p. 98. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, 5^e éd., p. 168.

³ Lyon, 10 févr. 1886. S. 87, 2, 170.

⁴ Rouen, 31 juillet 1907. *Gaz. Pal.* 1907, 2, 473.

⁵ Req. 15 févr. 1870. S. 71, 1, 197.

De même si plusieurs cautions s'engagent envers un créancier, que l'engagement de l'une d'elles soit nul, les autres qui ont compté sur un recours contre elle n'ont commis qu'une erreur de motifs¹.

Ou une commune achète un moteur et ce genre de moteur ne pouvait donner les résultats espérés².

Mais il n'y aurait pas erreur sur les motifs si le vendeur d'une chaudière a promis de la réparer, croyant à tort qu'il s'agissait d'un vice de construction. Il y a là erreur sur la nature de l'acte. Il a cru garantir l'acheteur et non prendre un engagement nouveau³.

La raison d'écarter les erreurs sur les motifs comme cause de nullité, c'est le besoin de sécurité dans les transactions, le désir d'éviter trop de nullités. Mais quel est de ces deux raisons celle qui doit prédominer ?

On peut vouloir surtout donner la sécurité, et alors on tiendra compte du motif, dans le cas où il aura figuré comme condition de la déclaration et également dans celui où l'on aura fait connaître le motif. Ainsi sera nul le contrat de bail fait par une personne qui compte être nommée fonctionnaire dans telle ville s'il a été fait : à condition que la nomination soit faite, ou si en fait le bailleur a connu le motif de la location⁴.

Si au contraire on veut surtout réduire les nullités, on ne tiendra compte que du motif condition.

La jurisprudence paraîtrait plutôt pencher vers cette seconde manière de voir⁵ et c'est ainsi une première conces-

¹ Trib. fédér. Suisse, 5 juillet 1895. S. 96, 4, 22. V. encore Cass. civ. 26 mai 1891. S. 1891, 1, 248. D. 1891, 1, 352. — Paris, 12 juillet 1892, D. 1893, 2, 509.

² Trib. comm. Nantes, 24 janv. 1906. *Rec. Nantes*, 1907, 1, 297.

³ Cass. Rome, 3 févr. 1904, *Guir. ital.*, 1904, 1, 72c.

⁴ V. en ce sens, trib. Bruxelles, 29 nov. 1899. *Pas.* 1900, 3, 30. — V. c. p. Laurent, XIII, n. 500.

⁵ V. Roux, n. 31 juillet 1907 précité.

sion qu'elle fait au système de la déclaration ¹. On ne tient compte que des motifs déclarés sous forme de condition, en effet dans les autres cas, le contractant qui se plaint a été imprudent.

237. — Une jurisprudence fort ancienne admet que toute erreur sur la valeur des droits faisant l'objet d'un contrat est sans effet ². Elle se confondrait d'ailleurs presque toujours avec la lésion. La doctrine admet d'ailleurs cette solution ³.

La jurisprudence va plus loin. Elle ne tient pas compte de l'erreur, même quand on a présenté un objet comme d'un prix au-dessous du prix ordinaire ⁴, ni de l'erreur commise dans une évaluation par suite de l'augmentation des droits de douane ⁵, ni de l'erreur sur le prix auquel un vendeur

¹ Cf. sur la possibilité de faire rentrer les motifs dans les éléments essentiels de la déclaration, Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 119, n. 7 et 8.

² Cass. Req. 17 mai 1832. S. 32, 1, 849. — Pau, 20 janv. 1875, S. 1875, 2, 176. — Nancy, 15^e mai 1869. S. 69, 2, 179. — Cass. Req. 1^{er} mars 1876. S. 76, 1, 318. D. 77, 1, 155. — Lyon, 10 février 1886. S. 87, 2, 179. — Cass. Req. 13 janv. 1891. S. 91, 1, 72. — Cass. civ. 7 juill. 1897. D. 98, 1, 354. — Pau, 20 janv. 1875. D. 76, 2, 238. — Paris, 9 nov. 1899. D. 1900, 2, 210 (mais réduction du fonds de commerce vendu). — Trib. Ostende, 13 déc. 1883, *Jurispr. Anvers*, 1884, 2 89. — Verviers, 16 juin 1880. Pas. 1881, 3, 215. — Trib. Liège, 25 avril 1898. *Journ. Trib.* 1898, 707. — Trib. comm. Bruxelles, 6 mai 1909. *Jurispr. comm. Brux.*, 1909, 459. — Paris, 28 mars 1908. *Gaz. Pal.* 1908, 2, 311. — Lyon, 3 juin 1909. *Mon. Lyon*, 21 oct. 1910. — Rouen, 18 nov. 1903. *Gaz. Pal.* 1904, 1, 68. *Pand. fr.* 04, 2, 123. — Douai, 31 juillet 1895. D. 98, 1, 354 (sous Cass., 7 juill. 1897).

³ Demolombe, XXIV, n. 128. — Colmet de Santerre, V, n. 18. — Aubry et Rau, IV, par. 343 bis, notes 6 et 7. — Baudry et Barde, I, p. 93, note 1, 1^{re} édit. — Planiol, II, n. 1058 et 1055. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 304. — Colin et Capitant, II, p. 298. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 76. — Crome, *Allg. Theil.*, par. 25. — Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n. 56.

⁴ Paris, 28 mars 1908 précité. — Riom, 28 mars 1906. *Gaz. Pal.* 1906, 3 octobre.

⁵ Cass. Req. 24 juin 1873. S. 73, 1, 391. — Cass. Req. 27 janv. 1875. S. 75, 1, 367.

Contra trib. Bruges, 13 août 1896. Pas. 1897, 3, 23 (droit d'accise). Cf. Cass. civ. 25 août 1856. S. 57, 1, 37. D. 56, 1, 342. Opinion erro-

pourra se procurer l'objet qu'il promet¹, qu'elle considère comme chose secondaire.

A plus forte raison il y a erreur inopérante si en souscrivant à une assurance mutuelle, on a inexactement apprécié la prime dont on serait tenu, ou l'économie que l'on peut réaliser. Cette erreur qui n'est pas une lésion est inopérante².

Mais il en est autrement lorsqu'un prix forme l'objet du contrat. Ainsi dans une cession de bail, il y a nullité si on indique un prix inexact comme prix de bail³.

De même l'erreur sur la solvabilité d'un contractant est sans effet et reste valable l'envoi en compte courant fait à un banquier en fuite dans l'ignorance de cette circonstance⁴.

Bien qu'il y ait peu de jurisprudence, il faut évidemment admettre qu'il n'y a pas erreur ayant effet juridique si on a traité avec une personne insolvable ou menacée de le devenir alors qu'on la croyait solvable⁵. Il faudrait décider

née des parties sur les droits de douane. On tient compte de cette opinion et on calcule le prix d'après elle. *Contrà trib. Liège, 28 juin 1887. Journ. Trib. de prem. instance, XXXVI, n. 273.*

¹ Lyon, 3 juin 1909. *Mon. Lyon, 21 oct. 1910.* — Trib. Arlon, 25 janv. 1905. *Pas. 1906, 3, 11.* — Trib. comm. Anvers, 11 août 1905. *Journ. Trib., 1905, 1220.* — *Sent. arbitr., 28 oct. 1875. Jurispr. Anvers, 1877, 1, 5.*

² Cass. civ. 9 août 1886. *S. 90, 1, 518. D. 87, 1, 39.* Trib. Seine, 23 juillet 1912. *D. 1913, 2, 289.* — Cf. trib. Bruxelles, 29 janv. 1899. *Pas. 1900, 3, 181.* Trib. Bruxelles, 1^{er} août 1859. *Belgique judic., 1861, 1178.* Bruxelles, 1^{er} août 1865. *Pas. 1866, 2, 105.* Gand, 23 févr. 1906. *Pas. 1907, 2, 77.* Trib. comm. Bruxelles, 30 déc. 1903. *Jurispr. comm. Bruxelles, 1905, 155.* Trib. comm. Anvers, 18 mars 1905. *Jurispr. Anvers, 1905, 1, 205.* (Erreur sur l'importance et la valeur d'un fonds de commerce). — V. cep. trib. Namur, 3 janv. 1907. *Pas. 1907, 3, 164.* (Valeur spéculative achetée comme de tout repos). *Contrà trib. comm. Bruxelles, 26 mai 1902. Journ. Trib., 1903, 578.*

³ Cass. Req. 4 août 1875. *S. 77, 1, 269.*

⁴ Cass. civ. 5 août 1874. *D. 1875, 1, 105.*

⁵ Fubini, *Locazione di cose*, I, n. 178, qui fait observer avec raison que si la loi veut garantir spécialement contre le danger d'insolvabilité, elle le dit comme dans le droit de rétion du vendeur en cas de faillite de l'acheteur. — Trib. civ. Seine, 3 août 1897. *D. 98, 2, 51.* — Cass. civ. 5 août 1874. *D. 1875, 1, 105.* V. cep. Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 375.

de même si on a traité avec une société indiquant à tort son capital comme entièrement versé, ou indiquant un capital non entièrement souscrit. Le tiers pourrait simplement agir dès maintenant contre les administrateurs auteurs de cette fausse indication, afin d'obtenir une indemnité dont la société serait responsable.

Si la valeur est hors de cause dans la théorie de l'erreur, il faut cependant, conformément au droit commun un intérêt pour agir. Ainsi on ne peut se plaindre d'une erreur qui vous a été favorable pour faire annuler un acte ¹.

238. — A quel moment doivent exister les qualités substantielles ?

La qualité substantielle doit faire défaut au moment du contrat, ou il doit pouvoir être prévu nettement qu'elle fera défaut. Si son absence est à ce moment un fait éventuel et aléatoire, il n'y a pas de nullité. Si un veau sain, bien conformé est vendu pour faire un taureau reproducteur et que plus tard il ne puisse faire ce service, il n'y a pas nullité ². Faut-il dire inversement que si les qualités substantielles se développent par la suite, il y aura toujours nullité ? Non, car alors le contractant devient sans intérêt suffisamment pour demander la nullité. Il est vrai qu'il peut se trouver en perte pour un autre motif : l'objet s'étant démodé par exemple. Mais les tribunaux verraient évidemment d'un œil peu favorable ses prétentions.

239. — Les auteurs même récents ont plutôt une tendance à ne pas trop étendre les cas de nullité pour erreur et à s'attacher au terme légal de substance et à celui de qualités substantielles qui est devenu plus usuel.

Le code civil dit en effet qu'il faut que l'erreur « tombe sur la substance même de la chose ». Cette phrase répétée

¹ Cass. civ. 31 juillet 1884. S. 85, 1, 135. (Expropriation pour utilité publique).

² Trib. de Saint-Amand, 17 mars 1911. D. 1913, 2, 48.

lors des travaux préparatoires vient de Pothier¹ qui dit : « L'erreur annule la convention lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les parties ont eu principalement en vue et qui fait la substance de cette chose ». Il est vrai qu'il ne citait comme exemple que le cas le plus évident : une erreur sur la matière : des flambeaux de cuivre argentés pris pour des flambeaux d'argent. Certains auteurs prenant à la lettre les termes du code n'admettent l'erreur que si elle porte sur la substance au sens philosophique, c'est-à-dire la qualité essentielle sans laquelle elle devient une autre chose. C'est ce que font Colmet de Santerre, Aubry et Rau, M. Huc². Mais cela ne les empêche pas de dire l'erreur sur l'authenticité d'un tableau, l'ancienneté d'une œuvre est une cause de nullité, mais ils y arrivent difficilement, l'un en disant c'est une autre chose, l'autre en disant il ya convention tacite.

Une autre opinion est plus large, elle s'attache moins au texte du Code qu'à la première partie de la phrase de Pothier. La substance ce sont les qualités que les parties ont eu principalement en vue. C'est l'opinion de Laurent, de Bufnoir, de Beudant, de Demolombe, de M. Capitant, de M. Planiol, de M. Barde, de M. Giorgi³.

Cette opinion ne rend pas compte de toutes les nécessités pratiques dont la jurisprudence a dû tenir compte. La formule de qualités substantielles vise un objet matériel, pres-

¹ *Obligations*, n. 18.

² Colmet de Santerre, V, n. 16 bis. — Huc, VII, n. 22 et suiv. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 490. — Rappr. Lomonaco, I, p. 116. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 304.

³ Laurent, XV, n. 488. — Bufnoir, p. 597. — Capitant, 3^e éd., p. 262. — Surville, II, n. 24. — Larombière, art. 1110, n. 3 (qui toutefois exige une qualité formellement visée). — Demolombe, XXIV, n. 88 et suiv. Planiol, II, n. 1053. — Beudant, n. 111. — Baudry et Barde, I, n. 54. — Thiry, II, p. 559. — Giorgi, IV, n. 51. — Chironi et Abello, *Diritto civile*, I, p. 472. — Rappr. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 69. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, 5^e éd., p. 167 qui y ajoute les qualités déclarées même tacitement.

que exclusivement. Or un contrat peut viser des choses de nature très variée. Nous dirons donc. Il y a nullité pour erreur lorsque le contrat ou l'acte juridique ne peut par suite d'une erreur atteindre au but essentiel que les parties se proposaient¹. Il en est ainsi, sauf dans certains cas exceptionnels, comme l'erreur sur la valeur. Cette formule comprendra toutes les qualités déclarées de manière à constituer une condition tacite.

Un autre point concernant la notion d'erreur est de savoir si celle-ci doit s'entendre objectivement ou subjectivement. Ce point a été très bien mis en lumière par M. Fubbini². On peut en effet concevoir comme substantielle une qualité qui est telle par rapport à la nature propre de l'objet, de l'acte ou du contrat, ou bien celle qui est telle dans la volonté de l'agent ou des parties contractantes.

Mais la première théorie qui semble précise, devient souvent inapplicable en voulant enfermer la volonté dans un cadre rigide. Il est donc préférable de ne pas faire abstraction de la volonté des parties. Mais il ne faut pas exagérer la théorie subjective au point de tenir compte de motifs internes. Il faut donc ne tenir compte que des éléments voulus de façon suffisamment nette. C'est ce que nous avons précisé plus haut.

Mais on est presumé devoir se placer au point de vue objectif et c'est à celui qui a intérêt à le prouver, à établir que telle qualité importante ne l'était pas aux yeux de l'autre

¹ V. Baudry et Barde, I, n. 61, qui montrent que c'est bien là la conception de la jurisprudence. Déjà Aubry et Rau indiquent en quelques mots cette idée, IV, 5^e éd., p. 495. — Rapp. Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 241. Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5^e éd., IV, p. 291.

² *Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance. Revue de droit civil*, 1902, p. 308. Cf. Bufnoir, p. 497, qui a déjà indiqué ce point de vue. — V. en ce sens Colin et Capitant, II, p. 296. — Venezian, *Opere giuridiche*, I, p. 612.

³ Trib. Seine, 14 mars 1914. *Gaz. Trib.*, 1914, 2^e sem., 2, 40.

240. — En fait d'erreur sur la personne, l'art. 1110 emploie une formule assez large, que la jurisprudence n'a eu qu'à appliquer, ce que est d'ailleurs assez délicat. D'après l'art. 1110 elle n'est une cause de nullité que si « la considération de la personne était la cause principale de la convention. »

Pour les contrats à titre gratuit et spécialement les donations, la considération de la personne est prépondérante. Il y aurait donc certainement nullité si on avait fait une donation à une personne que l'on a confondue avec une autre ou si l'on en avait accepté un mandat. C'est le cas prévu par Pothier, il est aussi énoncé par les auteurs modernes. Mais ceux-ci en ont encore envisagé un autre¹.

L'erreur serait encore cause de nullité si le contrat a bien été passé avec l'être physique que l'on entendait viser, mais auquel on attribuait, dans l'espèce, des qualités importantes qui lui faisaient défaut. Ainsi on fait une donation à un enfant que l'on croit faussement son enfant naturel, ou on fait une donation à une personne qu'on croit vous avoir rendu d'importants services, alors qu'il n'en est rien², ou à un enfant adoptif, si l'adoption est simulée, lorsque celle-ci a été le motif principal³. Il y a de même nullité pour erreur si on fait profiter d'une somme votée par le département

¹ Larombière, art. 1110, n. 13. — Demolombe, XXIV, n. 111. — Laurent, XV, p. 498, al. 1. — Huc, VII, n. 27. — Bufnoir, p. 405. — Planiol, 6^e éd., II, n. 1054. — Aubry et Rau, IV, par. 343 bis, note 4 bis. — Baudry et Barde, I, n. 62. — Colmet de Santerre, V, n. 17 bis, III. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 55.

² V. Colmet de Santerre, V, n. 17^o bis, III. — Larombière, art. 1110, n. 20. — Demolombe, XVIII, n. 391 et XXIV, n. 121. — Baudry et Barde, I, n. 63. — Baudry et Colin, I, n. 261. — Laurent, XI, n. 128. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., par. 343 bis, note 4 octies et VII, 4^e éd., p. 56. — Trib. Tournai, 23 déc. 1890. Pas. 1891, 3, 124 (donation à un enfant naturel dont l'adoption est nulle). — Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, 490. — Trib. Seine, 5 déc. 1912. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 81. — V. contra pour l'adoption d'un enfant naturel. Orléans, sous Cass. 13 juin 1882. S. 1884, 1, 211.

³ Cf. Aix, 3 mars 1875. S. 1877, 1, 67. D. 1877, 1, 492.

comme secours aux inondés, une personne n'étant pas dans la catégorie visée par le vote ¹.

Et on ne peut dire que ces qualités essentielles établies objectivement, nécessairement, étant donnée la nature du contrat, se confondent avec les motifs ². Les motifs peuvent viser quelque chose de beaucoup plus vague, sans constatation objective possible. On peut gratifier une personne parce qu'on la croit dévouée à une cause politique, généreuse, brave. L'erreur sur ces points ne peut entraîner nullité.

241. — Les contrats à titre onéreux comportent aussi des applications importantes de l'erreur, surtout s'il s'agit d'obligations de faire.

Il peut y avoir une erreur sur l'identité, c'est le cas théorique prévu par Pothier où on confond une personne avec une autre ³. Mais si une personne s'engage sous un faux nom il n'y a pas en général nullité ⁴.

L'erreur sur les qualités présente plus d'intérêt.

Celle sur la qualité de commerçant entraîne nullité de la vente si elle est déterminante ⁵.

Si on achète un office, un fonds de commerce, l'honorabilité du vendeur est de grande importance et s'il y a erreur à

¹ Cass. civ. 6 janv. 1913. Gaz. Pal. 1913, 1, 197. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 1, 113. D. 1913, 1, 511. S. 1920 1, 257, avec note de M. Demogue. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 383 qui qualifie la réclamation d'action en paiement de l'indû. — Cons. d'Etat, 14 juill. 1859. Rec. arr. 487.

² Gabba, *Nuove questioni* I, p. 62. — Contra Vareilles-Sommières, p. 289.

³ Cf. trib. Cusset, 18 oct. 1909. Gaz. Trib. 1910, 6 janv. V. Perreau. *Ex. doctrinal. Rev. critique*, 1911, p. 78. (Troupe d'artistes engagée dans un music-hall.) Gand, 24 juillet 1897. Pas. 1899, 2, 241. Trib. comm. Bruxelles, 26 nov. 1902, *Journ. Trib.*, 1903, 154.

⁴ Trib. Seine, 18 déc. 1918. Gaz. Trib. 1919, 2, 38. Req., 17 janv. 1911. Gaz. Pal. 1911, 1, 287. *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 443. — Trib. Cusset, 18 oct. 1909 précité. — Trib. Seine, 10 juin 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 259.

⁵ Trib. comm. Nantes, 11 fév. 1905, *Rec. Nantes*, 1905, 1, 335.

son sujet, il y a nullité¹. De même le nom du vendeur, s'il est une garantie de la valeur de l'objet vendu². Mais en général, on ne se préoccupe pas de la personne dans les obligations de donner³.

Les obligations de faire comportent beaucoup plus d'application de l'erreur cause de nullité⁴.

Dans le bail, l'erreur sur la personne, du locataire, mais non du bailleur⁵ peut être efficace⁶. Il ne sera de même de l'erreur sur la personne du fermier, du métayer⁷.

Dans la société il en sera de même, du moins s'il s'agit d'un des associés gérants, car ceci ne peut être étendu à l'actionnaire ou au commanditaire⁸.

Il faut dire de même que l'erreur sur les qualités, les antécédents de l'ouvrier dans le contrat de travail, de l'architecte dans l'entreprise est une cause de nullité⁹. Mais étant don-

¹ Agent d'affaires. Aix, 21 déc. 1870. S. 71, 2, 216. D. 71, 2, 79. — Req. 4 juillet 1888. Pand. fr. 89, 1, 29.

Dans les ventes d'offices, ceci se trouve fortifié de considérations d'ordre public. Caen, 8 mars 1899. S. 1900, 2, 230. — Cass. Civ. 18 janv. 1898. S. 99, 1, 506. — Hémar, *Nullités des sociétés*, n. 74. — Rapp. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 630.

² Amiens, 12 déc. 1895. D. 96, 2, 452.

³ Larombière, art. 1110, n. 14. — Demolombe, XXIV, n. 114, n. 17 bis, I. — Giorgi, IV, n. 57. — Aubry et Rau, IV, p. 494 — Beudant, n. 108. — Colmet de Santerre, n. 17 bis, I.

⁴ Lomonaco a essayé de donner une idée de ces cas en disant qu'ils supposent un fait non fongible, I, p. 121. Mais cette idée vraie en général est un peu trop rigide.

⁵ Baudry et Wahl, *Louage*, n. 50.

⁶ Milan, 27 oct. 1908. *Journ. Juges de paix*, 1909, 467. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 375. Trib. civ. de Nantes, 10 juillet 1894. *Gaz. Pal.* 94, 2, 176 (bail à une femme galante). V. Larombière, art. 1110, n. 15. — Demolombe, XXIV, n. 115. — Aubry et Rau, IV, p. 494. — Beudant, n. 108. — Fubini, *Locazione*, I, n. 176. — Colmet de Santerre, V, n. 17 bis, I. *Contrà* Baudry et Wahl, *Louage*, I, n. 51.

⁷ Baudry et Wahl, *Louage*, I, n. 49.

⁸ V. cep. un cas spécial, trib. Bruxelles, 2 mars 1893. *Pas.* 1893, 3, 169.

⁹ V. Besançon, 5 juillet 1899. D. 1900, 2, 405. S. 1903, 2, 177, sur la nullité de l'engagement d'un israélite qui avait été accepté comme représentant d'une maison en Algérie. Le code a rejeté la nullité parce que dans l'espèce la considération de religion avait été secondaire. *Cass.*

né les termes de l'art. 1780 Civ., pour le louage à durée indéterminée, la nullité sera peu invoquée. La même solution sera donnée si une personne prend chez elle une autre en pension¹.

Il y aurait aussi nullité sur la transaction à la suite d'un accident, si le patron avait transigé croyant à tort un ouvrier à son service².

Il faut en dire autant pour le prêt à usage, le dépôt, le mandat, quand il s'agit de la personne de l'emprunteur, du dépositaire, du mandataire, mais ceci est presque sans intérêt étant donné la facilité avec laquelle on peut mettre d'ordinaire fin à ces contrats³ et étant donné que la solvabilité n'est pas prise en considération (v. supra, n. 237).

Le partage peut donner lieu à nullité lorsqu'on y a fait par erreur intervenir un étranger⁴. Il en est de même si dans un partage on a traité par erreur un légataire comme héritier⁵ ou si on a omis un héritier⁶.

La jurisprudence belge considère encore comme nulles à

belge 24 mai 1878. Pas. 1878, 1, 274. — Cf. trib. Bruxelles, 3 janv. 1887. Pas. 1887, 3, 66. — Contrà pour un failli qui s'engage, trib. 1913, p. 630. V. cep. un cas spécial, trib. Bruxelles, 2 mars 1893. Pas. comm. Bruxelles, 10 mars 1905. *Jurispr. comm. Bruxelles*, 1905, 177.

Huc, VII, n. 27. — Larombière, art. 1110, n. 10. — Demolombe, XXIV, n. 113. — Colin et Capitant, II, p. 295.

¹ J. de paix, Liège, 26 nov. 1903. *J. Just. de paix*, 1904, 249.

² Besançon, 6 mars 1901. *Gaz. Pal.* 1901, 2, 69. V. Giorgi, IV, n. 57. — Cf. Pau, 14 juin 1900. *Gaz. Pal.* 1900, 2, 154.

³ V. Capitant, *op. cit.*, 3^e éd., p. 263. — Larombière, art. 1110, n. 13. — Giorgi, IV, n. 57. — V. Douai, 19 févr. 1914. *Gaz. Trib.*, 1914, 1^{er} sem., 2, 473. — V. contrà pour la personne du créancier dans l'ouverture de crédit. Bruxelles, 9 déc. 1908. *Journ. Trib.* 1909, 501.

⁴ Besançon, 1^{er} mars 1827. S. chr. Cass. Civ. 26 juill. 1825, S. chr. (sol implic). — Aix, 12 déc. 1839. S. 1840, 2, 176. Colmar, 2 juin 1841. D. 1842, 2, 172.

V. Demolombe, XVII, n. 401. — Baudry et Wahl, III, n. 3499. — Planiol, III, n. 2419. — Aubry et Rau, VI, p. 575. — Huc, V, n. 462. — Demante, III, n. 231 bis, I.

⁵ Cass. civ. 17 nov. 1858. S. 59, 1, 234.

⁶ Demolombe, XVII, n. 400. — Baudry et Wahl, III, n. 3500. Cass. 17 nov. 1858. S. 1859, 1, 234.

raison d'erreur sur la personne, les assurances avec une société nulle¹.

Ceci est admissible, mais doit être limité par la théorie de la validité des sociétés de fait, de sorte qu'il s'agit plutôt de résiliation que de nullité proprement dite. Sinon on arriverait à des solutions inadmissibles.

On pourra considérer aussi comme erreur entraînant nullités celles où on a traité avec une personne qui n'était que le prête nom d'une autre avec laquelle on avait de graves raisons de ne pas traiter².

242. — En matière de mariage, malgré une partie de la doctrine; la jurisprudence, dans les rares affaires à elles soumises a admis un système étroit³.

¹ Trib. comm. Bruxelles, 12 nov. 1906. Pand. per. 1907, 13. — Juge de paix de Nederbrakel, 27 sept. 1904. *Journ. Juges de paix*, 1905, 7. — Cf. trib. Bruxelles, 30 janv. 1906. *Journ. Trib.* 1906, 329, qui n'y voit qu'une cause de résiliation s'il y a faillite.

² V. Chenâvard, *Concurrence déloyale*, II, p. 24.

³ Cass. chr. réunies, 24 avril 1862. S. 62, 1, 341. D. 62, 1, 159. — Bordeaux, 21 mars 1866. S. 66, 2, 209. Trib. Avignon, 3 avril 1906. Pas. 1907, 4, 3. 1. (Erreur d'âge). — Trib. civ. de Pont l'Evêque, 22 mai 1906. D. 1907, 5, 5. (Nullité admise pour erreur sur l'identité). — Paris, 12 mars 1903. D. 1903, 2, 191. (Nullité admise pour erreur sur l'identité): — Caen, 23 mars 1882. Gaz. Pal. 1883, 2, 336. (Absence d'organes sexuels). — Douai, 14 mai 1901. S. 1901, 2, 303 et civ. 6 avril 1903. S. 1904, 1, 273 avec note de M. Wahl. — Trib. Seine, 28 déc. 1907. Gaz. Trib. 27 janv. 1908. (Erreur sur l'âge). — Trib. Seine, 7 juill. 1914. Gaz. Trib. 1915, 1^{er} sem., 2, 8. *Rev. de droit civil*, 1915, p. 494 et 2 janv. 1920. Gaz. Trib. 1920, 2, 76. — Pilon, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 555. — Vareilles-Sommières, *De l'erreur*, p. 209. Trib. Seine, 30 juin 1920. Gaz. Pal. 1920, 2, 385. — Trib. Seine, 4 fév. 1918. Gaz. Pal. 1919, 15 avril. *Rev. de dr. civil*, 1919, p. 491 (nullité pour erreur sur la nationalité).

Demolombe, *Mariage*, II, n. 251. — Capitant, *op. cit.*, p. 265. — Laurent, II, n. 290 et suiv. Contrà Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 60.

Cf. Huc, II, n. 75 et suiv. — Demante et Colmet de Santerre, I, n. 262 bis, III. — Planiol, I, n. 1064. — Colin et Capitant, I, p. 165. — Pont, *Consentement dans le mariage: Revue critique*, 1861, 2, p. 19, et 289 et 1862, 1, 289. — Cf. *Revue pratique*, XI, p. 101 et XIII, p. 510. — Alzeri, *Errore sulla qualita della persona nel contratto di matrimonio*. *Mélanges Gabba*; IV, p. 173. — Cass. Naples, 10 nov. 1913, observat. dans *Rivista diritto civile*, 1914, p. 253.

« L'erreur dans la personne dont les art. 146 et 180 ont fait une cause de nullité de mariage, a dit l'arrêt des chambres réunies, ne s'entend que d'une erreur portant sur la personne elle-même. Si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration, si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement les erreurs d'une autre nature et n'admettent la nullité que pour l'erreur sur l'identité de la personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir ». L'arrêt a refusé en conséquence de tenir compte d'une erreur sur les antécédents de l'époux, une condamnation ; on a écarté de même l'erreur fondée sur ce que l'épouse était enfant naturel quand on la croyait enfant légitime.

Cette solution est inspirée par la sécurité sociale. Le mariage contrat institution ne peut être annulé aussi facilement qu'un contrat ordinaire. L'intérêt général s'impose ici.

La nullité pour erreur sur la personne s'appliquerait aussi aux autres actes concernant les personnes. On suivrait ici les mêmes règles que pour le mariage. Ce serait le cas pour une reconnaissance d'enfant naturel, une adoption¹.

Les erreurs sur la personne ne sont causes de nullité que tout autant qu'elles sont comme les autres erreurs : détermi-

¹ Aix, 12 déc. 1852. S. 1854, 2, 321. D. 1854, 2, 121. V. Demolombe, V, n. 431. — Laurent, IV, n. 63. — Aubry et Rau, VI, 4^e éd. p. 127. — Baudry et Barde, I, n. 65.

nantes et qu'elles ne se rattachent pas à de simples motifs¹. Par suite une simple erreur sur le nom serait sans effet². Il en serait de même de l'erreur visant un contrat où la personnalité de l'ouvrier est indifférente³.

D'autre part, bien que la question ne se soit guère présentée en pratique jusqu'ici, il faut admettre que l'erreur ici pourrait être envisagée objectivement, en s'occupant des qualités qu'on a l'habitude de rechercher, ou subjectivement d'après les qualités que dans un cas spécial une personne peut désirer.

244. — L'erreur peut-elle être unilatérale ou a-t-elle besoin d'être partagée par l'autre contractant⁴.

Pour qui se place uniquement au point de vue de la volonté, il est parfaitement suffisant que l'erreur soit unilatérale; d'ailleurs l'art. 1110 ne distingue pas entre l'erreur unilatérale et bilatérale. Mais la sécurité des transactions fait qu'une pareille solution doit être atténuée dans de nombreux cas⁵.

Quand il s'agit d'erreur sur la personne, comme jusqu'ici on n'a eu à examiner que des erreurs admissibles dans un système purement objectif, on s'est toujours trouvé en face d'adversaires ayant pu deviner que si la vérité était connue, il y aurait là une raison pour empêcher le contrat de se conclure. Aussi a-t-on toujours pu tenir compte de l'erreur unilatérale.

¹ Ainsi n'est pas nul l'embauchage d'un ouvrier sous un faux nom alors qu'il eut été embauché même s'il avait donné son véritable état civil. Req. 17 janv. 1911. D. 1911, 5, 61.

² Larombière, art. 1110, n. 19. — Demolombe, XXIV, n. 122.

³ Demolombe, XXIV, n. 117.

⁴ Evidemment l'erreur bilatérale emporte nullité sans indemnité. Trib. Seine, 8 mars 1897. Gaz. Trib. 6 mai 1897.

⁵ Ainsi se trouve presque effacée cette opposition que M. Peritch (*Matérialisation des droits privés. Revue de droit civil*, 1913, p. 115) établit entre l'art. 1109 du code français et l'art. 876 civ. autrichien qui ne tient pas compte de l'erreur unilatérale fautive.

Mais dès qu'apparaît une erreur fondée sur une idée un peu subjective, le désir d'écarter la nullité apparaît¹.

C'est surtout à propos de l'erreur sur le but principal du contrat que la question de savoir comment doit être traitée l'erreur unilatérale a été soulevée.

Si l'autre contractant s'attendait ou devait s'attendre à ce que telle qualité fut exigée, on tiendra compte de l'erreur unilatérale. Le marchand d'antiquités doit s'attendre à ce que je recherche chez lui des antiquités, celui à qui j'achète un terrain en ville, à ce que j'achète un terrain où l'on peut bâtir, etc.

Mais lorsqu'il s'agit de qualités recherchées par une partie, et qu'on ne pouvait deviner qu'elles le seraient forcément, ou qu'elles seraient le but principal du contrat, on atténue par divers moyens.

La jurisprudence à propos d'un tableau acheté par un connaisseur qui s'est plaint ensuite qu'il ne fut pas du maître qu'il croyait, a dit que s'il y avait nullité, l'acheteur pouvait être condamné à des dommages-intérêts envers le vendeur² ce qui est en somme l'application de la culpa in contrahendo.

Ensuite lorsque l'erreur est unilatérale, la jurisprudence tend à n'en pas tenir compte à raison de la faute de la personne trompée qui pouvait se renseigner. Ainsi un terrain est vendu pour bâtir. En l'examinant, on pouvait voir que c'était une ancienne carrière rembrayée, ce qui nécessite des travaux de consolidation spéciaux. L'acheteur en faute est

¹ Trib. d'Oran, 4 juin 1894. D. 95, 2, 77. Prix décerné à tort par une société de courses qui veut le revendiquer aux mains du gagnant. V. Besançon, 5 juillet 1899 précité, où l'on a refusé la nullité surtout en tenant compte de ce que le patron aurait dû se renseigner sur la religion du représentant.

² Cass. civ. 25 juillet 1900. S. 1902, 1, 317. Pand. fr. 01, 1, 377. Cf. trib. Seine, 30 janv. 1884. Gaz. Pal. 1884, suppl. II. — V. cep. Cass. Turin, 27 juill. 1906. *Giur. ital.*, 1906, 1, 935 (implic.).

débouté de sa demande ¹ De même un connaisseur qui achète un bas relief ne peut se plaindre ensuite de ce qu'il n'est pas la copie exacte de tel tableau célèbre ².

Un concessionnaire de droits de place se figure avoir obtenu un monopole quand son contrat dit positivement le contraire ³. Il ne peut demander l'annulation.

Ou un assuré d'une mutuelle se figure que parce que les primes ont été fixes plusieurs années, elles le resteront toujours. Il n'y a pas nullité ⁴.

Un agent de change achète des actions nouvelles d'une société pour des anciennes, alors qu'il avait reçu une notice devant dissiper tout doute ⁵.

Un tiré accepte un effet de commerce par erreur. L'acceptation subsiste ⁶.

Ainsi la faute commise en faisant erreur peut emporter plus que la Negative Vertragsinteresse dont parle Ihering. Elle peut emporter l'obligation de tenir l'engagement pour valable ⁷.

Par application de ces idées, lorsqu'il y a délégation parfaite et que le délégué, s'est engagé par erreur envers le délégataire parce qu'il se croyait débiteur du délégant; il est admis en jurisprudence que cet engagement ne peut être an-

¹ Req. 5 août 1875. S. 75, 1, 366. — Trib. comm. Seine, 12 nov. 1891. Gaz. Pal. 1891, 2, 622 (bijou sur lequel on croyait qu'il existait une légende). — Bordeaux, 2 mai 1890. Rec. Bordeaux, 1890, 1, 278. — Caen, 17 janv. 1898. Gaz. Pal. 1898, 1, 306 (terrain contenant du kaolin à l'insu du vendeur).

² Trib. Seine, 3 avril 1895. Gaz. Pal. 1895, 2, 337.

³ Cons. d'Etat, 24 juillet 1885. Rev. cont. 1885, p. 457.

⁴ Trib. Seine, 23 juillet 1912. D. 1914, 2, 298.

⁵ Gand, 9 mai 1911. Pas. 1911, 2, 375.

⁶ Trib. Anvers, 25 mai 1889. Jurispr. des cours. XXXVIII, 842. —

Cf. Liège, 30 déc. 1893. Pas. 1894, 2, 248.

⁷ Cf. sol. implic. Trib. Seine, 26 mai 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2, 140. — Rapp. Grenoble, 31 juillet 1888. S. 1892, 1, 449 avec note de M. Chavegrin (erreur sur le produit d'un office).

nulé¹. En effet, d'ordinaire le délégataire n'aura pas connu la situation et ne sera pas en faute de l'ignorer.

Mais si le vendeur est en faute envers l'acheteur qui a commis l'erreur, la nullité s'applique².

245. — La doctrine considère bien que l'erreur unilatérale est efficace³. Parfois elle ajoute que l'erreur doit émaner de l'acheteur et non du vendeur⁴. Mais cette opinion est critiquable, car l'erreur a la même importance, dans tous les cas. Ensuite ne tiendrait-on compte que de l'erreur du locataire, et non du bailleur. Et que décider au cas de société? En tous cas, souvent elle ajoute qu'il y aura lieu à indemnité, sans que cependant cela empêche d'annuler le contrat⁵. Elle se fonde en général sur l'art. 1382, sauf M. Barde qui fait appel à la théorie de la culpa in contrahendo⁶.

Mais comme nous l'avons indiqué plus haut, et comme le laisse entrevoir M. Barde, il faut dépasser la théorie d'Ihering et admettre nettement que la culpa in contrahendo peut avoir pour sanction le maintien du contrat⁷.

¹ Cass. civ. 31 mars 1852. D. 52, 1, 161. — Req. 7 mars 1855. S. 1855, 1, 577. D. 1855, 1, 108. — Cass. civ. 24 janvier 1872. S. 1872, 1, 31. D. 1873, 1, 75. Besançon, 31 octobre 1900. Gaz. Pal. 1900, 2, 683. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 348, note 8. — Demolombe, XXVIII, n. 325. — Baudry et Barde, III, n. 1751. — Cf. Bufnoir, p. 592.

Contra Larombière, art. 1275, n. 4. — Huc, VIII, n. 120. — Mourlon, *Rev. prat.*, XVIII, p. 516. Cf. Laurent, XVIII, n. 319.

² Trib. Bruxelles, 22 déc. 1860. *Belgique judic.*, 1861, 1, 257.

³ V. Capitant, 3^e éd., p. 265, note 2. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd. p. 496. — Colin et Capitant, II, p. 296. — Thiry, *Dr. civ. belge*, II, p. 559.

⁴ V. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 72.

⁵ Colmet de Santerre, V, n. 16 bis, IV. — Demolombe, XXIV, n. 103. — Aubry et Rau, IV, p. 497. — Beudant, n. 116. — Baudry et Barde, I, n. 60. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5^e éd., IV, p. 169. — Bufnoir, p. 595 et surtout p. 602. Cass. req. 29 fév. 1888. *Pand. fr.* 1889, 1, 102.

Cf. Laurent, XV, n. 504, qui n'admet même pas d'indemnité fondée sur l'art. 1382 en disant qu'on ne répond pas de l'imprudence dans les contrats. V. en sens opposé supra, n. 33 et suiv.

⁶ Cf. Bufnoir, p. 596.

⁷ V. supra, n. 37.

Déjà M. Giorgi beaucoup plus net, admet que si l'erreur est inexcusable, il n'y a pas nullité¹. Là est le vrai terrain.

Plus exactement, il faut ici appliquer ce principe que le juge appréciera en fait quelle est la solution la mieux adaptée aux situations des contractants. Il accordera la réparation en argent, ou en refusant la nullité (réparation directe) suivant les nécessités pratiques².

Il résulte de là, cette idée générale que la seule erreur dont il faut tenir plein compte, c'est l'erreur excusable d'un contractant³. Si l'erreur est excusable, d'après Chironi, elle pourrait encore permettre de demander la nullité, mais pourrait donner lieu à indemnité pour faute aquilienne⁴. Ceci nous semble une subtilité inexacte. Car si l'erreur est excusable, comment la qualifier faute?

246. — Quel compte est-il tenu de l'erreur de droit ?⁵

Un obstacle de portée très générale paraît s'opposer à ce qu'on se préoccupe de l'erreur de droit : c'est l'adage nul n'est censé ignorer le loi. Mais cet adage qui paraît à pre-

¹ *Obbligazioni*, IV, n. 67. V. aussi Savigny, *Droit romain*, III, p. 116 et 332. Cf. Chironi et Abello, I, p. 475. Chironi, *Responsabilità e garanzia nella formazione del negozio*. *Mélanges Scialoja*, II, p. 493.

— Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 77. — Ruggiero, I, p. 242. (Déjà pour l'erreur sur la personne, Demolombe, XXIV, n. 119, déclare que le juge peut en cas de bonne foi d'une partie ne pas annuler). — V. cep. Pacifici Mazzone, *Istit.*, 5^e éd., II, p. 395. — Fubini, *Dottr. del errore*, n. 51.

² V. sur l'exécution en nature ou en argent nos *Notions fondamentales*, p. 444 et suiv.

³ Turin, 14 nov. 1913, *Giur. ital.*, 1913, 2, 232. — Chironi, *Istituzioni*, I, p. 98. Rappr. art. 929 argentin et Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 742.

⁴ *Op. cit.*, p. 98.

⁵ V. Bressolles, *De l'erreur de droit*. *Revue de législation*, t. 17 et 18. — Dereux, *De l'adage nul n'est censé ignorer la loi*. *Revue de droit civil*, 1907, p. 513. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 84-108. — Ferrara, *Dir. civ. italiano*, I, p. 118. — Cf. pour le droit romain, Savigny, *Droit romain*, III, p. 335 et suiv. — Cf. Bourdillon, *Rapp. à la comm. de révision du Code civil*. *Bull. Soc. Etudes Législatives*, 1910, p. 80, qui propose d'assimiler l'erreur de droit à l'erreur de fait. — Descoust. *De l'erreur de dr.*, th. Paris, 1917.

mière vue nécessaire pour que la loi puisse s'appliquer assez largement, est aujourd'hui très contesté : tantôt seulement en matière civile, tantôt en matière civile et pénale.

Coviello a fait remarquer à ce sujet avec sa finesse habituelle¹ que la loi doit toujours s'appliquer, car une loi inapplicable dans un cas quelconque serait sans force. Mais cela n'empêche pas, que dans certains cas on tienne compte de ce que les bases juridiques de certaines conséquences légales font défaut et de ce que l'on fasse ainsi état de l'erreur de droit, soit dans un sens négatif pour des nullités, soit dans un sens positif, comme au cas de bonne foi.

Cette solution est peut-être plus subtile qu'exacte, car tenir compte de l'erreur est bien paralyser la loi, cependant il est très vrai de proclamer que l'on peut pour des raisons sérieuses tenir compte de l'erreur de droit, même pour des lois d'ordre public, soit qu'il s'agisse de *damnum rei amissæ*, ou de *damnum rei amittendæ*, distinction en fait inutile. On ne peut toutefois tenir compte de l'erreur de droit s'il s'agit d'une déchéance ou nullité prononcée par la loi dans un cas où le but principal de la loi est d'établir une sécurité objective en disant que nécessairement tel fait emportera déchéance.

D'après Bressolles², l'erreur de droit est inefficace quand elle a pour but de se soustraire à une obligation ou à une peine, elle est au contraire efficace lorsqu'elle a pour but d'invoquer un droit que l'on a ignoré.

Plus récemment, M. Dereux a été plus loin en apparence et il méconnaît absolument l'adage. Pour lui, il y a lieu seulement de distinguer entre l'erreur excusable dont on tiendra compte et l'erreur inexcusable qui sera sans effet.

Il fait remarquer que l'art. 1^{er} du Code civil en indiquant à quel moment la loi sera réputée connue a voulu supprimer

¹ *Dir. civ. italiano*, I, p. 45-47.

² *Op. cit.*, t. 18, p. 159.

les privilèges qui existaient autrefois pour les mineurs, les absents, les militaires.

En réalité il n'a pas prévu la question. Il faut en dire autant du décret du 5 novembre 1870 qui réserve un délai de trois jours pendant lequel on peut arguer l'ignorance d'une loi pénale (art. 4). Toutefois ce décret implique plutôt que l'on est censé connaître tout au moins les lois pénales.

Enfin au point de vue des textes, les art. 1356 et 2052 Civ. qui interdisent d'annuler l'aveu judiciaire et la transaction sous prétexte d'erreur de droit impliquent plutôt, malgré le danger de cet argument à contrario, qu'en général on admet l'erreur de droit.

Pour rester sur le terrain des lois civiles, il nous semble que l'erreur de droit peut en général être invoquée, parce que, la question n'étant pas prévue par les textes, il faut la trancher d'après les nécessités pratiques. En matière civile, on peut tenir compte de l'erreur sous deux réserves qui diminuent notablement le danger de cette solution. L'erreur doit avoir été déterminante. Ensuite s'il y a eu faute de la part de celui qui a ignoré la loi, il peut être condamné à une indemnité et même être déchu du bénéfice d'invoquer son ignorance¹.

Mais même dans cette mesure, et dans le droit civil au particulier, nous ne donnons pas à l'erreur de droit une force absolue. Nous croyons qu'elle peut toujours être invoquée contre une loi simplement dispositive. Mais lorsque l'ordre public est vraiment en jeu, en ce sens que l'on veut à la suite d'un fait donner sécurité objective absolue, nous pensons que l'erreur de droit ne peut être admise, si elle aboutissait à faire violer l'ordre public.

¹ V. Bruxelles, 13 mars 1845. Pas. 1846, 2, 72. — Besançon, 1^e mars 1864. D. 64, 2, 61 qui a refusé de tenir compte d'une erreur grossière. — Alger, 27 décembre 1905. D. 1908, 2, 193. Contra Laurent, XV, n. 509.

Une jurisprudence très importante et très ancienne a tenu compte des erreurs de droit ¹.

Ainsi une ratification faite par suite d'erreur de droit d'un testament nul peut être attaquée ².

Une caution qui s'est engagée à la suite d'une erreur de droit peut attaquer sa promesse ³.

Une cession de droits successifs faite dans l'ignorance de leur quotité peut être annulée ⁴.

Si un héritier ignorant qu'un legs est soumis à rapport, d'après la loi, a promis de l'acquitter, il y a nullité ⁵.

Si un héritier a admis à tort au partage d'une succession un tiers qu'il y croyait également appelé, ou a pris une qualité qu'il n'avait pas dans une action en partage, il y a nullité ⁶.

Si une erreur de droit a été commise dans une saisie-arrêt par le tiers saisi qui de bonne foi a fait une déclaration insuffisante, il n'encourt pas la peine privée prévue en pareil cas ⁷.

Le patron qui se croyant à tort soumis à la loi sur les acci-

¹ Bordeaux, 20 mai 1885. Gaz. Trib. 19 août 1885. — V. sur le principe, Req. 16 mars 1898. D. 1898, 1, 301. S. 1902, 1, 331 Amiens, 3 mars 1898. D. 1898, 2, 294. — Req. 18 déc. 1912. Gaz. Pal. 1913, 1, 287 (2 arrêts). D. 1914, 1, 213. — Req. 28 mai 1888. S. 1889, 1, 248 V. cep. Riom, 13 mars 1855. D. 55, 2, 183. Cons. d'Etat, 22 mai 1903 S. 1910, 3, 126.

² Metz, 28 nov. 1817. S. chr.

³ On cite Caen, 23 nov. 1822. S. chr.

⁴ Grenoble, 24 juillet 1830. S. 31, 2, 95. — Contra pour une renonciation où l'erreur a été jugée non déterminante. Dijon, 15 avril 1907. S. 1908, 2, 129.

⁵ Cass. req., 28 mai 1888. D. 1889, 1, 315. S. 1889, 1, 248. Gaz. Pal. 1888, 2, 295. Rapp. Agen, 16 mai 1887. Rec. Agen, 1887, p. 247. D. 1889, 1, 315.

⁶ Besançon, 1^{er} mars 1827, S. chr. — Limoges, 8 déc. 1837. S. 1839, 2, 27. V. Dax, 20 mars 1890. Gaz. Pal. 1890, 2, 310. — Agen, 17 mai 1887. D. 89, 1, 315, encore sur divers cas d'erreurs de droit.

⁷ Lyon, 27 juillet 1898. S. 1900, 2, 233.

dents du travail promet à l'ouvrier blessé une rente, peut attaquer son engagement¹.

De même un patron se croyant soumis à la loi sur les accidents s'assure contre la responsabilité qu'établit cette loi. Il y a nullité.

Si on vend un immeuble à usage de débit, qui n'a pas les dimensions pour être maintenu ouvert, il y a nullité³.

La doctrine de l'ancien droit tenait déjà compte de l'erreur de droit⁴.

La doctrine moderne en tient compte unanimement⁵.

Toutefois il faut observer que dans quelques contrats, l'erreur de droit n'est pas prise en considération : le mariage, la transaction.

247. — Mais il n'y aurait plus erreur de droit si en présence d'une question controversée, les parties connaissant la controverse ont librement et de bonne foi adopté un des systèmes en présence⁶.

¹ Cass. civ. 22 mars 1911. Gaz. Pal. 1911, 1, 574. *Revue de droit civil*, 1911, p. 466.

² Lyon, 17 nov. 1904, la loi 12 avril 1905. *Revue de dr. civil*, 1905, p. 342. Cass. Turin, 12 juillet 1902. — Cf. Aix, 8 avril 1908. D. 1909, 2, 367. *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 170, lorsque l'application de la loi est controversée. Rapp. Civ. 11 janv. 1887. Pand. fr. 1887, 1, 51. Possesseur de bonne foi à la suite d'une erreur de droit.

³ Trib. comm. Bruxelles, 2 janv. 1907. Pand. per. 1907, 331.

⁴ Pothier, *Pandectes*, livre 22, titre 6, n. 2. — Merlin, Rep. v^o *Ignorance*, et v^o *Erreur*. Domat, *L. civiles*, 1^{re} partie, livre I, titre 18, n. 13 à 15. — Cf. Metz, 27 juillet 1691, Toullier, VI, n. 66, note 1.

⁵ Aubry et Rau, IV, p. 496, note 7. — Demolombe, XXIV, n. 123. Larombière, art. 1110, n. 22-24. — Laurent, XV, n. 505-508. — Huc, VII, n. 21. — Baudry et Barde, I, n. 69. — Beudant, n. 118. — Colin et Capitant, p. 292. — Thiry, II, p. 561. — Pochannet, *L'erreur de droit*. *Revue critique*, 1856, 2, 189. — Capitant, 3^e éd., p. 266. — de Vareilles-Sommières, *De l'erreur*, thèse, 1871. — Chironi et Abelli, I, p. 475, qui exigent qu'elle soit excusable. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 370. — Gabba, *loc. cit.* Crome, *Allg. Theil.*, trad. ital., p. 261. — Lomonaco, I, p. 111. — Pacifici Mazoni, *Istit.*, IV, 5^e éd., p. 168. V. cep. Chironi, *Istituzioni*, I, p. 98.

⁶ Aix, 8 avril 1908. D. 1909, 2, 366. — Trib. Domfront, 10 juillet 1885, le *Droit*, 24 oct. 1885. — Cf. Agen, 18 févr. 1872. S. 1873, 2, 167. V. Larombière, art. 1110, n. 28.

D'ailleurs lorsqu'une question de droit est controversée vivement, à proprement parler, il n'y a pas de droit pour le moment¹. Il y aura une décision du juge sur l'affaire, actuellement il n'y a pas de droit. C'est ce qui explique techniquement pourquoi les officiers ministériels ne sont pas responsables de prétendues erreurs sur des questions controversées². Du principe posé, il résulte que si les parties ont traité dans l'ignorance d'une controverse, en croyant qu'il existait telle solution légale, il y a nullité³.

Mais la jurisprudence se montre plus sévère quand un héritier a accepté la succession, ignorant qu'il se soumettait ainsi à l'obligation du rapport. On a dit que les textes spéciaux à l'acceptation de succession ne visaient pas l'erreur⁴.

Il faut surtout voir là la faveur avec laquelle la jurisprudence voit le rapport, mesure égalitaire. En effet, elle a été jusqu'à valider l'acceptation faite par un héritier alors qu'il ignorait un legs qu'il se trouvait forcé de rapporter⁵.

248. — L'erreur peut encore se présenter comme erreur sur la cause ou l'objet.

Si elle est commune aux deux parties, il y a fausse cause. Nous étudierons cette théorie à propos de la cause.

Si l'erreur vient d'une seule partie, il n'y a qu'à appliquer les principes sur la cause et l'objet.

En effet, cette théorie de l'erreur qui est si large se limite cependant en ce sens qu'elle ne concerne que les erreurs

¹ V. nos *Notions fondamentales*, p. 1-9.

² V. not. Cass. civ. 9 nov. 1904. S. 1905. 1. 394. — Rouen, 6 mai 1899. S. 1901. 1. 389 — Paris 12 mars 1903. S. 1903. 2. 267.

³ V. Liège 22 avril 1863. Pas. 1863. 2. 181.

⁴ Cass. Req., 19 déc. 1888. S. 90, 1, 102. — Cass. civ. 18 janvier 1869. S. 69, 1, 172. Contra Limoges, 8 déc. 1837. S. 39, 2, 27. Cf. Cass. civ. 3 mai 1865. S. 1865, 1, 311.

⁵ Cass. civ. 3 mai 1865. S. 65, 1, 311. — D'ailleurs la jurisprudence annule l'engagement par l'héritier de payer un legs, ignorant l'obligation au rapport. Cass. req. 28 mai 1880. S. 80, 1, 248. D. 188, 1, 1315.

sur le contenu volontaire de l'acte juridique ¹. L'erreur sur les bases de fait et de droit sans lesquels il ne peut se concevoir, est en réalité une erreur sur la cause ou sur l'objet et qui entraîne nullité dans des conditions différentes; telle est l'erreur sur l'existence de l'objet, le point de savoir s'il est dans le commerce, etc. ². L'erreur sur la capacité ne donne lieu en général qu'à l'application des règles sur les actes des incapables ³.

Enfin il n'y a pas à notre avis nullité s'il y avait erreur sur les circonstances de fait où un acte est possible, si par exemple on accepte la succession d'un décédé, le croyant vivant. Ici en effet le demandeur en nullité mérite peu intérêt. On n'a pas le droit de faire des actes avec l'espoir qu'ils sont nuls ⁴.

248 bis. — Si l'erreur se produit sur un défaut tel qu'à un moment donné il disparaisse, l'action ne serait plus recevable. Car pas d'intérêt, pas d'action. Ainsi on a cru qu'on vous cédait une chose, alors que c'était la promesse de vente de cette chose, si la promesse est transformée en vente, plus d'action. Il en est de même si on cède un contrat sujet à ratification qu'on croyait un contrat parfait et que la ratification se produise.

249. — Il faut encore pour être complet sur la théorie de l'erreur indiquer l'erreur obstacle ⁵.

¹ V. Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 369.

² V. sur ces erreurs Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 25 et suiv., qui les fait rentrer dans les erreurs *dantes causam*, c'est-à-dire des erreurs emportant nullité absolue, mais non d'après lui, de plein droit. Dans tous ces cas la nullité vient non pas précisément de l'erreur, mais de l'impossibilité de faire le contrat valable, même en connaissance de cause.

³ Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 18.

⁴ Cf. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 17.

⁵ V. Venezian, *Errore ostativo. Mélanges Scialoja*, I, p. 183. Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 262-269. — Messineo, *Teoria dell'errore ostativo*. — Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 5^e éd., II, p. 437 et IV, p. 164. — Crome, *Allg. Theil., des franzosichen obligationenrecht*, par. 25 in fine.

Il y a erreur obstacle lorsqu'on se trompe sur l'identité de la chose ou de la personne (ou encore sur le nom de la personne ou de la chose, si elle emporte erreur sur l'identité, ou bien sur la quantité, sauf à faire application de la théorie de la conversion des actes juridiques).

Ainsi il y a erreur obstacle si je crois acheter tel immeuble et si une autre personne croit me vendre tel autre, si je crois louer et si un autre croit me vendre, si je crois m'assurer à une société à primes fixes et que je m'affilie à une mutuelle¹. Ou si un ouvrier en s'embauchant renonce à son insu au bénéfice d'une stipulation faite en sa faveur par l'Administration², si je crois parler à Pierre et si je contracte avec Paul, ou bien si telle clause accessoire est d'une importance capitale et qu'on n'a pas voulu l'accepter ainsi³.

Cette erreur obstacle peut se rencontrer non seulement dans les contrats, mais encore dans les actes unilatéraux : j'accepte une succession pour une autre, etc.

On peut ramener ces cas d'erreurs à une idée centrale. Il y a erreur obstacle si un désaccord se produit entre la déclaration et la volonté de la déclaration et celle du contenu ou bien si un désaccord se produit entre l'acte de déclaration et la volonté du contenu⁴.

Ici l'erreur ne donne plus lieu à une simple action en nullité. Elle empêche l'acte juridique de se former⁵.

¹ Req. 9 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 229. — trib. Tours, 28 nov 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 358.

² V. Demogue, note S, 1911, 1, 369.

³ V. Orléans, 12 juill. 1906. Gaz. Trib., 1907, 2^e sem., 2, 6, vente d'un fonds de commerce pour 7.000 frs. et accessoirement des marchandises à estimer, lesquelles valent 30.000 frs. — Ascoli, *Riv. dir. civile*, 1911, p. 111.

⁴ V. Messineo, *op. cit.*, p. 105.

⁵ V. Larombière, art. 1110, n. 2 et 29. — Capitant, 3^e éd., p. 260. — Demolombe, XXIV, n. 87 et 124 et suiv. Planiol, II, n. 1050-1052. — Beudant, n. 100-103. — Baudry et Barde, I, n. 52. — Bufnoir, p. 483. — Colin et Capitant, II, p. 294. — Messineo, *op. cit.*, p. 306. — Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 242-257. — Req. 9 déc. 1913. Gaz. Pal.

Elle rentre pour les actes bilatéraux dans ce que Savigny nomme l'erreur impropre. Elle produit son effet moins par elle-même que par suite d'un autre vice dans le contrat le désaccord. Il en serait de même si j'avais traité avec un fou le croyant raisonnable, etc.¹.

Ces idées ne doivent pas être exagérées. Si un désaccord porte sur un terme, une condition, un point jugé non essentiel, le juge peut déclarer le contrat valable. Il en est de même pour les clauses de solidarité² ou les autres clauses accessoires. Nous reprendrons d'ailleurs ce point avec l'examen de la jurisprudence à propos du consentement.

Lorsqu'il y a nullité pour erreur obstacle, la question se pose alors de savoir si celui qui a commis l'erreur n'encourt pas une responsabilité pour la faute commise. Ce serait le cas si un avoué encherissait sur un lot croyant enchérir sur un autre³. S'il y a faute, une responsabilité sera encourue conformément au droit commun⁴.

1914, I, 241. Tr. Gand, 15 oct. 1910. Pas. 1911, 3, 179. — Just. de paix Waremme, 2^e oct. 1889. Pas. 1890, 3, 44. Trib. Bruxelles, 27 janv. 1896. *Jurispr. des cours*, XLV, 77 (erreur sur les usages pour la vente de titres non libérés). Récemment la théorie de l'annulabilité en cas d'erreur obstacle a été soutenue en Italie par analogie de l'art. 1110 civ. et en se fondant sur l'existence de la déclaration. (Simoncelli, *Locazione*, I, n. 50. — Chironi e Abello, *Trattato de dir. civ.*, I, p. 479. Contrà Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, 5^e éd., p. 286). Ce système n'est acceptable qu'en donnant au juge de larges pouvoirs pour appliquer ce contrat boiteux.

¹ V. Giorgi, *Obbligazioni*, IV, p. 40. — Savigny, *Dr. romain*, § 114 et 115.

L'erreur n'aurait de vertu propre que dans des actes unilatéraux. Contrà Messineo, *op. cit.*, p. 117 et suiv. qui cependant ne donne pas d'arguments décisifs.

² V. Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 254-255. — D'après Messineo, *op. cit.*, p. 191-194, le caractère essentiel se détermine par le contenu de la déclaration, système simple, mais peu d'accord avec la souplesse que doit présenter la pratique : une clause expresse peut fort bien être secondaire.

³ V. Cass. Civ. 28 févr. 1912. *Gaz. Pal.* 1912, I, 853.

⁴ V. Messineo, *op. cit.*, p. 295. — Rapp. Ruggiero, *Istituzioni*, qui en ce cas rejette la nullité, I, p. 236.

Quand il s'agit de l'erreur obstacle, M. Giorgi soutient ici aussi qu'elle doit être excusable. Il remarque avec raison que les auteurs admettent la nullité et la réparation. Il lui semble que cela forme un ensemble peu logique, car si on est inexcusable, pourquoi accorder la nullité¹. Nous admettons ici une théorie voisine. Cherchant à tenir compte surtout des nécessités pratiques, nous dirons qu'ici le juge peut maintenir le contrat, ou annuler avec indemnité : accorder la réparation en nature ou en argent.

En tous cas, il est inacceptable que la faute ne soit pas sanctionnée. Si dans une vente aux enchères, j'enchéris sur le 2^e lot, croyant enchérir sur le 3^e si je me suis mal renseigné, on ne peut me donner pleine protection².

250. — L'erreur ne se présume pas. Elle doit être prouvée par celui qui l'invoque³. En effet il est normal quand on fait un acte qui par lui même serait valable de présumer qu'on connu la situation de fait. Au contraire, quand un acte est nul comme ne pouvant pas atteindre le but qu'il poursuit, on présume l'erreur des parties, autrement dit leur bonne foi, car il ne serait pas raisonnable de supposer qu'elles ont fait intentionnellement un acte pour rien. Ainsi la bonne foi se présume dans la prescription. Elle se présume aussi en cas de mariage nul⁴.

¹ III, n. 269.

² V. pour le refus de nullité, Gand, 7 mai 1911. Pas. 1911, 2, 375; achat d'actions nouvelles d'une société quand on croyait acheter des anciennes.

³ V. Giorgi, IV, n. 66. — Baudry et Barde, I, n. 67. — Cf. Bruxelles, 29 oct. 1895. Pas. 1896, 2, 97.

⁴ Cass. civ. 5 nov. 1914. D. 1914, 1, 281 avec note de M. Binet. — Demolombe, III, n. 359. — Aubry et Rau, V, 4^e éd., § 460. — Contrà Colin et Capitant, I, p. 186. — Huc, II, n. 160. — Baudry et Houques Fourcade, III, n. 1901. — Laurent, II, n. 506. — Cf. Planiol, I, n. 1069.

Revenons à la preuve de l'erreur. Elle peut être faite par tous moyens, même de simples présomptions¹.

C'est au juge du fait à apprécier souverainement si cette erreur existe².

251. — L'erreur peut-elle être une cause de nullité pour les actes de l'autorité : lois, arrêtés, décrets, etc.³.

Le conseil d'Etat rejette en principe le recours pour excès de pouvoir fondé sur l'erreur dans une décision individuelle⁴. Ceci semble exceptionnel.

Car il l'admet au contraire au cas spécial du ministre de la guerre ayant accordé un congé n° 2 à un militaire méritant un congé n° 1⁵.

Enfin un arrêt récent semble sous entendre la nullité pour erreur. Un fonctionnaire étant déclaré mis à la retraite sur sa demande, et l'intéressé établissant qu'il n'avait rien demandé, on a rejeté ce recours en disant que ce point n'avait pas été déterminant. Le Conseil semble faire état de ce que ce point n'avait pas été déterminant. Il semble donc dire qu'il en aurait peut-être été autrement dans le cas contraire.

Ici le recours pour excès de pouvoir, fait valoir l'erreur de façon toute spéciale. Ce n'est pas la personne trompée qui demande la nullité, c'est une autre personne. En tous cas, on tient compte de l'erreur.

L'erreur ne joue par contre aucun rôle à propos des règlements généraux : lois, décrets, arrêtés. Les mesures prises à la suite d'une erreur de fait restent valables et s'appliquent jusqu'à ce que des lois ou décrets contraires soient rendus.

¹ Req. 25 nov. 1895. Pand. fr. 1896, 1, 254. — Cass. belge, 28 déc. 1882. Pas. 1883, 1, 11. — Gand, 12 nov. 1892. Pas. 1893, 2, 291. — Liège, 18 janvier 1905. Pas. 1907, 2, 18. — Cass. Req. 19 janv. 1870. S. 1871, 1, 97.

² Req. 28 mai 1888. S. 1889, 1, 248. D. 1889, 1, 315. Req. 20 avril 1874. S. 1875, 1, 56. Baudry et Barde, I, n. 66 et 69.

³ V. sur ce point Jèze, *Revue de droit public*, 1911, p. 287.

⁴ 23 févr. 1906. *Rec. des arr. du Cons. d'Etat*, p. 192.

⁵ 1^{er} déc. 1899. *Rec.* p. 688 et 13 mai 1900. Dessay.

Faudrait-il tenir compte de l'erreur dans les actes où un particulier doit faire une demande ou consentir. Ainsi un engagé volontaire signe un engagement croyant qu'il pourra ensuite choisir un régiment, peut-il invoquer son erreur? Non. En cas d'erreur unilatérale, l'intérêt individuel doit souvent céder devant l'intérêt général (v. supra).

L'erreur dans les votes appelle encore une remarque. Dans les assemblées parlementaires où le vote proclamé est acquis, on ne peut tenir compte de la décision déterminée par erreur, ni de l'erreur d'expression (député qui a été indiqué comme ayant voté pour, alors qu'il a voté contre).

Mais ces solutions ne peuvent être étendues. Il faudrait décider autrement pour les votes des autres assemblées ou pour les élections.

L'erreur dans les actes de gestion paraît admissible suivant les règles du droit commun¹.

On tend aussi à appliquer le droit commun aux conventions internationales².

Erreur d'expression, de transmission ou d'interprétation

252. L'erreur peut avoir porté sur l'expression de la volonté³. Une personne a voulu une chose, mais elle s'est trompée en manifestant sa volonté de façon inexacte. En téléphonant, en écrivant pour faire une offre, elle a indiqué un

¹ V. Cass. civ. 6 janv. 1913. D. 1913, I, 511. *Rev. de dr. civil.* 1914, p. 383 (erreur dans une répartition de secours).

² V. Pradier Fodéré, *Droit international public*, II, n. 1074. — P. Fiore, *id.*, I, 471.

³ V. sur ce point. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 14. — Lerebours-Pigeonnière, *Emission des actes juridiques. Trav. de l'Université de Rennes*, IV, p. 219 et suiv. — Cf. Ihering, *Culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, II, trad. Meulenaere, p. 68, n. 30.

prix autre que celui qu'elle entendait proposer. La théorie de l'autonomie conduirait à parler ici de nullité. Mais il y a là une erreur unilatérale dont il ne faut pas faire état (v. supra n. 244).

La jurisprudence dans quelques rares décisions a admis que l'offre faite dans ces conditions reste valable et que l'autre contractant peut en profiter, fut-il même de mauvaise foi¹.

La jurisprudence incline donc ici vers les solutions qu'imposent la sécurité des transactions et le système de la déclaration de volonté². Elle va même très loin dans cette voie, en ne distinguant même pas le cas de mauvaise foi, ce qui est excessif et contraire à une autre jurisprudence sur un point voisin (v. n. 250).

Le tribunal de commerce de Liège, a jugé avec plus de modération que le contrat est nul, mais qu'on doit rendre indemne le tiers de bonne foi³.

Il a encore été jugé en un sens très défavorable à l'effet de l'erreur sur l'expression que si l'agent de plusieurs assureurs désigne par erreur l'un d'eux dans la police d'assurance voulant en désigner un autre, celui désigné est obligé envers l'assuré⁴.

Mais si l'erreur de plume peut aisément se rectifier, un chiffre étant contredit par un autre, le contrat se forme aux

¹ V. aussi Aubry et Rau, IV, p. 496. Baudry et Barde, I, n. 71. — Lyon, 9 novembre 1899. *Mon. de Lyon*, 3 janv. 1900. — Trib. de Saint-Etienne, 4 janv. 1900, le *Droit*, 11 janv. 1900. — Rapprochez Angers, 20 juin 1898. S. 1899, 2, 133, qui semble dire que s'il y a eu proclamation d'un lauréat dans un concours par suite d'erreur, les tribunaux ne peuvent la rectifier, que les auteurs de l'erreur le peuvent seuls.

² V. en ce sens Valéry, p. 333. — Cass. 13 janv. 1891. *Gaz. Pal.* 1891, 1, 129.

³ 26 avril 1907. *Jurispr. Liège*, 1907, 200.

⁴ Sentence, 28 oct. 1892, *Jurispr. Anvers*, 1893, 1, 161.

conditions que le contractant voulait indiquer¹. La cour de cassation admet même que si celui qui reçoit les pièces éprouve une hésitation, il n'a qu'à demander une explication².

253. — Une difficulté non moindre se présente lorsque l'expression de la volonté se présente sous deux formes par des actes également accessibles aux tiers : par le cahier des charges et les affiches à la main d'une adjudication. Si le prix exact des locations de l'immeuble vendu figure au cahier de charges et un prix inexact aux affiches à la main, l'adjudicataire peut se prévaloir de cette erreur pour réclamer une indemnité³. La jurisprudence n'ose pas toutefois donner cette solution en se prévalant directement de la déclaration de volonté. Elle admet que le vendeur est responsable en vertu de l'art. 1382. En tous cas la solution est exacte, car le vendeur doit répondre de l'exactitude de ses déclarations même mentionnées en des actes différents, à moins qu'il ne s'agisse d'erreurs minimales dont on n'a pas tenu compte, qui n'ont donc pas été déterminantes⁴.

En tous cas, il est certain qu'il n'y aurait pas lieu à res-

¹ V. Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 365. — V. de même, Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 4-5.

² Cass. civ. 5 déc. 1876. S. 1877, I, 414.

³ V. Trib. Seine, 9 janv. 1891 (sol. implic.), la *Loi* 21 juin. — Trib. Seine, 14 fév. 1902. *Gaz. Pal.* 1902, I, 802 et sur appel. Paris, 22 avril 1903. *Gaz. Pal.* 1903, 2, 225. *Gaz. Trib.* 1903, 2^o sem., 2, 272. (Ici le cahier des charges était muet, les affiches seules mentionnaient le total des locations). — Paris, 26 mars 1891, le *Droit*, 25 avril 1891. *Contrà* trib. Seine, 16 juin 1890, le *Droit*, 28 juin 1890. — Amiens, 14 févr. 1876. S. 1877, I, 49. — Paris, 23 juill. 1903. *Gaz. Trib.* 1903, 2^o sem., 2, 277. — En tous cas il est certain qu'une indemnité peut être réclamée s'il y a dol du vendeur. Paris, 14 fév. 1895. *Gaz. Pal.* 1895, I, 439, ou faute lourde, trib. Seine, 3 avril 1913. *Gaz. Trib.* 1913, 2^o sem., 2, 252.

⁴ Cf. Gand, 21 mars 1900. *Pas.* 1901, 2, 80 qui en cas de facture contenant deux clauses contraires, l'une imprimée, l'autre manuscrite, laisse le client libre de choisir celle qui lui plaît.

ponsabilité si les affiches à la main renvoyaient expressément au cahier des charges¹.

Dans un cas spécial, la loi prévoit une erreur d'expression de ce genre. L'art. 1327 civ. dit que si la somme exprimée au corps d'un acte est différente de celle exprimée au bon pour, on considère la moindre somme. Mais il n'y a là qu'une présomption susceptible de preuve contraire². Ce cas toutefois est plutôt une erreur dans la preuve de l'expression d'une volonté commune, que celle dans l'expression d'une volonté unilatérale. Cette erreur n'a déterminé aucune convention, elle a simplement altéré une convention.

Des principes différents ne s'appliqueraient que dans des cas exceptionnels : un particulier par exemple signant un accusé de réception d'un arrêté du conseil de préfecture et acquiescemnt à cet arrêté sur une formule préparée d'avance qu'il n'a signé que par erreur et surprise, sous menace de supporter des frais³. Mais ici il y a plutôt violence qu'erreur.

254. — Le système de la déclaration a pour but d'assurer la sécurité dans les affaires et de protéger les personnes de bonne foi et celles-là seulement. Par suite, si une déclaration de volonté contient une erreur, mais une erreur susceptible d'être rectifiée par d'autres passages de la déclaration ou par l'examen des faits, on tiendra compte de l'erreur, et la déclaration vaudra comme si elle avait été faite correctement⁴.

Cela a été fréquemment jugé pour les inscriptions hypothécaires. Une inscription prise en renouvellement indique le créancier avec un prénom inexact, cette erreur qui n'

¹ Req. 23 février 1904. D. 1904, 1, 331.

² Huc, VIII, n. 247 in fine. — Laurent, XIX, n. 252. — Demolombe, XXIX, n. 499. — Larombière, art. 1327, n. 2. — Aubry et Rau, VIII, p. 245. — Baudry et Barde, IV, n. 2335.

³ Cons. d'Etat, 29 déc. 1870. D. 1872, 3, 36. Cf. Demogue, note sous Besançon, 28 oct. 1908. S. 1911, 2, 132.

⁴ Civ. 5 fév. 1876. S. 1877, 1, 414

pu créer aucune confusion chez les tiers, sera rectifiée et le renouvellement ainsi rectifié sera valable ¹.

Même solution si une erreur sur un prénom du débiteur permet cependant de l'identifier ² ou si malgré l'absence de prénom on peut savoir de qui il s'agit ³. De même pour une erreur rectifiable sur le nom de la commune des immeubles hypothéqués ⁴.

Au contraire si l'erreur ne peut être devinée ou rectifiée aisément, on ne la rectifie pas et l'inscription se trouve nulle. Ainsi en est-il pour un numéro inexact de maison hypothéquée dans une grande ville ⁵.

255. — On peut rapprocher la jurisprudence très importante et très nette sur les erreurs de date dans les testaments. Le testament doit porter sa véritable date. S'il est prouvé qu'il porte une date inexacte, celle-ci peut être rectifiée à l'aide des autres mentions du testament ⁶. Mais s'il n'en est

¹ Req. 25 oct. 1899. D. 1900, 1, 52. S. 1900, 1, 365, 2 arr. — Req. 9 fév. 1891. S. 1892, 1, 113, avec note de Labbé et les arrêts de cours d'appel cités.

² Cass. civ. 16 nov. 1898. S. 99, 1, 277.

³ Toulouse, 24 août 1883. S. 1884, 2, 4. — Bordeaux, 19 juin 1849. D. 1850, 2, 22.

⁴ Bordeaux, 6 mai 1848. D. 1850, 2, 11.

⁵ Rouen, 27 juillet 1905. S. 1906, 2, 215.

⁶ Cass. Req. 31 mars 1896. S. 1897, 1, 408. Cass. Req. 9 janvier 1900. S. 1901, 1, 406. — Cass. Req. 13 janvier 1902. S. 1902, 1, 128. — Cass. Req. 12 févr. 1906. S. 1908, 1, 30. — Req. 8 janv. 1879. S. 1879, 1, 165. — Req. 4 févr. 1879. D. 79, 1, 228. — Aix, 16 févr. 1881. D. 82, 2, 69. Req. 10 mai 1905. Gaz. Pal. 21 juillet 1905. — Caen, 3 nov. 1904. *Droit*, 18 mai 1905. — Douai, 8 nov. 1881, eod. loc. — Amiens, 3 juillet 1912. S. 1913, 2, 73. Civ. 18 janv. 1858. S. 1858, 1, 177. Req. 5 mai 1912. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 18. — Req. 5 mars 1913. D. 1913, 1, 432. S. 1913, 1, 295. — Req. 5 nov. 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 171. D. 1914, 1, 233 avec note de M. Picard. S. 1914, 1, 363; *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 149. Req. 24 fév. 1919. *Journ. notaires*, 1919, p. 232. D. 1919, 1, 53. — Amiens, 3 juillet 1912. D. 1913, 2, 250. Trib. Seine, 8 juillet 1911. Gaz. Trib. 1911, 2^e sem., 2, 148. — Marcadé, *Revue critique*, 1852, p. 577. V. sur cette question, Saleilles, *Forme du testament olographe*, *Revue de droit civil*, 1904, p. 89.

Cf. Toulouse, 5 juin 1899. Pand. fr. 1901, 2, 142 (erreur sur un seul legs). Charmont, *Ex. doct. Rev. crit.*, 1902, p. 13.

pas ainsi, le testament ne portant pas de date exacte est nul¹. Ici toutefois il y a quelque chose de spécial. Il ne suffit pas de connaître la date à laquelle le testament a été fait, il faut que la date soit sur le testament. On ne peut rectifier à l'aide d'autres éléments².

On peut encore signaler comme découlant de la même idée la jurisprudence sur les erreurs dites matérielles³.

Ainsi une ordonnance de clôture d'ordre contient un double emploi ou une erreur matérielle. Le juge n'a pas voulu renverser les règles mathématiques et les intéressés ont pu se rendre compte de cette erreur. L'ordonnance de clôture pourra être attaquée pour rectification après les délais d'opposition⁴.

¹ Cass. Req. 21 février 1906. D. 1906, 1, 168. S. 1908, 1, 31. — Paris, 16 déc. 1898, sous Cass. 11 juin 1902. S. 1905, 1, 117. — Paris, 23 juillet 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2, 24. Cass. 13 janv. 1902 et 12 févr. 1906 précité. La jurisprudence belge est contraire. V. Cass. 14 mars 1895. Pas. 1895, 1, 119. — Cass. 26 mars 1875. Pas. 1875, 1, 207. Bruxelles, 11 oct. 1890. Pas. 1891, 2, 162. — Trib. Bruxelles, 3 juin 1879. *Belgique judiciaire*, 1881, 1502. V. en faveur de la jurisprudence française. Labbé, *Ex. doctrinal, Revue critique*, 1884, p. 655. — Lespinasse, *La fausse date dans les testaments. Revue critique*, 1881, p. 215. — *Contra* Champ communal. *Revue critique*, 1897, p. 305.

La jurisprudence italienne paraît dans notre sens. Catane, 2 avril 1886. Chironi, *Questioni*, IV, p. 255.

² V. la note précédente. Cf. Saleilles. *Formes du testament alographe. Revue de dr. civil*, 1904, p. 89 et suiv. — Colin et Capitant, III, p. 850. — Planiol, III, n. 2692. — Même la seule date dans le filigrane du papier ne suffit pas. Paris, 23 juill. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 286. *Contra* Cass. Req. 5 nov. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 568.

³ V. trib. Seine, 22 avril 1910. *Revue de dr. civil*, 1911, p. 172; 24 mai 1912. Gaz. Trib. 11 juill. 1912 et 10 juin 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 259. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 808 (patron assuré contre les accidents indiqué comme un homme quand c'est une veuve). — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 496. — Trib. comm. Seine, 21 avril 1887. *Pand. fr.* 1877, 2, 227. V. *cep.* *contra* trib. Seine, 29 juin 1905. *Revue de dr. civil*, 1906, p. 675. V. *cep.* *contra* trib. Seine, 29 juin 1905. Gaz. Trib. 1906, 1^{er} sem. 2, 126. *Revue de dr. civil*, 1906, p. 675.

⁴ Aix, 3 mai 1866. S. 66, 2, 312. — Trib. de Bagnères de Bigorre, 21 juillet 1875. S. 76, 2, 274.

De même un cahier des charges de folle enchère donne une date inexacte à la sommation faite à l'adjudicataire, celle-ci sera rectifiée, d'ailleurs il n'y a là qu'une erreur secondaire¹.

De même une erreur de calcul dans la fixation d'une indemnité d'assurance doit être rectifiée².

De même une erreur dans le chiffre d'une surenchère n'entraîne pas nullité et doit être redressée³.

La loi elle-même en disant dans l'art. 2058 civ. et dans l'art. 541 proc. que les erreurs de calcul doivent être réparées consacre cette manière de voir⁴.

256. — Par application des mêmes principes, l'erreur matérielle qui se produit dans une loi doit être rectifiée par le juge lorsqu'elle peut être facilement reconnue⁵. De même si un arrêté préfectoral vise une loi par erreur, cela n'entraîne pas nullité⁶.

De même le juge peut rectifier une erreur matérielle de son jugement⁷ et cette erreur ne donne pas lieu à cassa-

¹ Cass. civ. 22 juin 1905. S. 1906, 1, 494.

² Cass. civ. 19 juillet 1852. S. 1853, 1, 33.

³ V. sur ces articles, Rep. 6 déc. 1853. D. 1855, 1, 16 (omission de la somme). Bordeaux, 13 mai 1884. Gaz. Pal. 1884, 2, 162. — Rouen, 6 janv. 1846. D. 1846, 2, 202. — Rapp. Cass. civ. 28 février 1899. D. 99, 1, 447. — Paris, 18 mai 1900. D. 1901, 2, 215.

⁴ V. à ce sujet, Poitiers, 8 déc. 1892. D. 1893, 2, 111. — Cons. d'Etat, 3 avril 1903. D. 1904, 3, 94.

⁵ Cass. civ. 20 oct. 1891. S. 1891, 1, 505 et la note. — Nîmes, 19 mars 1896. S. 1896, 2, 136 (sol. implic.). — Dijon, 20 mars 1897. S. 1897, 2, 61. Cass. crim. 7 juillet 1854. S. 1854, 1, 742. Contra Poitiers, 31 juillet 1891. S. 1891, 2, 192. — Cf. Paul Fabre, conclusions dans S. 1866, 1, 23.

⁶ Cons. d'Etat, 26 juin 1911. D. 1913, 3, 111.

⁷ Trib. de Senlis, 25 janv. 1849. D. 1849, 3, 46. — Bordeaux, 16 oct. 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 586. — Cass. civ. 15 juillet 1903. D. 1903, 1, 352. Pand. fr. 1904, 1, 215. — Cass. Req. 13 avril 1899. S. 1902, 1, 185. D. 1901, 1, 233. — Cass. civ. 12 déc. 1882. D. 1883, 1, 468. — Cass. crim. 21 juin 1956. D. 1856, 1, 383. Bruxelles, 17 juillet 1893. Journ. Trib., 1893, 1028. — Trib. Verviers, 26 janv. 1898. Jurispr. de cours, XLVI, 745. Trib. Liège, 16 juin 1897. Pas. 1897, 3, 239. Il n'en est plus ainsi s'il y a appel formé. Trib. Anvers, 7 août 1907. Jurispr. Anvers, 1907, 1, 310. Mais la cour de cassation peut aussi rectifier ces erreurs. Cass. belge, 20 oct. 1898. Pas. 1898, 1, 309.

tion¹. Mais si un plaideur a omis de présenter des pièces au juge, cette erreur matérielle ne peut être rectifiée à raison du principe de l'autorité de la chose jugée².

De même on ne tient pas rigueur d'une erreur matérielle dans un endossement : celui-ci sera rectifié et restera valable³.

Ou même dans des offres réelles et celles-ci ne sont pas nulles, si on offre de compléter⁴.

On tient même compte de l'erreur matérielle dans une déclaration de succession et le trop perçu est restitué⁵.

Mais cela ne doit pas être étendu à d'autres cas, une clause claire d'un testament ne peut être rectifiée sous prétexte d'erreur établie par des faits étrangers au testament⁶.

La même solution a été donnée pour les erreurs dans les divers actes des expropriations pour cause d'utilité publique.

Si dans une expropriation on se trompe sur un prénom de l'exproprié, etc. mais que cette erreur n'entraîne aucune confusion possible, elle n'entraîne pas nullité. Elle sera simplement rectifiée⁷.

De même les erreurs purement matérielles dans des inscriptions d'hypothèques, les sommations de produire, n'ont

¹ Cass. civ. 26 févr. 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 27 — Cass. Civ. 12 juill. 1893. Pand fr. 1894. 7. 79 — Cass. civ. 24 mars 1902. D. 1902. 1. 136. — Cass. belge, 21 avril 1890. Pas. 1890. 1. 179.

² Trib. Seine, 17 mars 1914. Gaz. Pal. 1914, 1, 645.

³ Cass. civ. 16 juin 1846. D. 1846, 1, 378 (omission de signature)

⁴ Trib. Bruxelles, 17 juin 1891. Pas. 1892, 3, 95.

⁵ Cf. Cass. Civ., 13 déc. 1881. V. Testoud, *Revue critique*, 1883, p. 395.

⁶ Cass. civ. 9 août 1886. Gaz. Pal. 1886, 2, 552.

⁷ Cass. civ. 23 déc. 1889. S. 1890, 1, 176. — Cass. civ. 8 août 1853. S. 1853, 1, 773. — Cf. Cass. civ. 10 mars 1875. S. 1875, 1, 319. — Cf. pour des erreurs de date, trib. Bruxelles, 20 juill. 1907. Pas. 1907, 3, 285. V. de même pour les erreurs de noms ou de dates dans les exploits. Trib. Gand, 2 mai 1894. *Belgique judic.*, 1895, 141. Trib. Gand, 20 janv. 1892. Pas. 1892, 3, 398. — Trib. Anvers, 8 juin 1893. Pas. 1893, 3, 339. — Cf. Cass. belge, 18 oct. 1897. Pas. 1897, 1, 294. — Trib. Gand, 15 mars 1899. Pand. per. 1900, 617.

aucune conséquence si elles ne créent aucun doute sur l'identité des parties ¹.

Mais les erreurs d'un exploit, d'une transcription qui ne pouvait être facilement découvertes entraînent nullité ².

Ou encore les erreurs matérielles rectifiables d'un acte d'appel ou d'autres actes de procédure sont sans effet ³.

De même une erreur de poids dans des marchandises vendues et payées doit être rectifiée ⁴.

Les erreurs de compte consistant en double emploi, etc. doivent elles aussi être rectifiées (art. 541 Proc.) ⁵. Mais le demandeur doit préciser et établir dans sa demande les erreurs que l'on peut rencontrer ⁶. Et les erreurs doivent ressortir du compte même ⁷. En dehors de cela, l'arrêté de compte reste inattaquable. Par là il participe de la transaction.

Il n'en serait autrement que si les parties se réservaient le droit de rectifier toute erreur ⁸.

257. — Des erreurs matérielles peuvent également se glisser dans les loteries. Si un numéro a été omis et qu'un autre soit en double, on a admis avec raison que cela ne pro-

¹ Trib. Liège, 14 janv. 1891. Pas. 1891, 3, 183. — Liège, 14 mars 1892. Pas. 1892, 2, 222. Cass. 25 oct. 1899. *Rec. général belge*, 1900, 523. — Paris, 13 juin 1894. S. 1896, 2, 297. Rouen, 24 avril 1874. S. 1874, 2, 277.

² Gand, 23 déc. 1895. *Journ. Trib.*, 1896, 184. — V. trib. Mons, 28 déc. 1901. *Belgique judic.*, 1902, 331 (transcription). — Bruxelles, 30 juillet 1891. *Journ. Trib.* 1891. 1031. — Bruxelles, 25 janv. 1905. *Belgique judic.*, 1905, 1149.

³ Cass. civ. 13 juill. 1915. *Gaz. Trib.* 1915, 1^{er} sem., 1, 32. Bruxelles, 12 janv. 1898. Pas. 1898, 2, 383. — Trib. Bruxelles, 5 juin 1907. *Pand. per.* 1907, 862. Cass. belge, 23 janv. 1905. Pas. 1905, 1, 106.

⁴ Douai, 11 mai 1885. *Rec. Havre*, 1885, p. 189.

⁵ V. Civ. 31 janv. 1913. S. 1913, 1, 249 avec note de M. Lecourtois. Cf. trib. Anvers, 15 mars 1892. *Jurispr. Anvers*, 1894, 1, 146, en sens opposé, id., 10 juin 1897. *Jurispr. Anvers*, 1897, 1, 322. — Cf. trib. Bruxelles, 13 janv. 1892. Pas. 1892, 3, 105.

⁶ Trib. Charleroi, 10 févr. 1893. *Journ. Trib.*, 1893, 408. — V. Cons. d'Etat, 15 juin 1877. S. 1879, 2, 155.

⁷ Trib. Anvers, 3 mars 1891. *Journ. Trib.*, 1891, 531.

⁸ Cass. Req. 7 nov. 1855. S. 1857, 1, 101.

duisait aucun effet si le double numéro n'avait gagné aucun lot¹.

Mais si le billet ayant le numéro gagnant a été vendu en deux exemplaires, il a été décidé que ce fait venant d'une faute des préposés du directeur de la loterie, l'administration de la loterie était responsable et devait payer le lot deux fois².

Les mêmes principes devraient recevoir application dans tous autres tirages au sort : tirage au sort d'obligations remboursables, d'actions à rembourser, etc.

258. — En résumé, on ne tient pas compte à l'égard des personnes de bonne foi de l'erreur dans l'expression. On s'attache à ce qui a été exprimé. Le déclarant a commis une faute en s'exprimant mal. Il en subit les conséquences. Mais si l'erreur pouvait être découverte ou rectifiée par le tiers, alors elle sera rectifiée.

Mais ce sera toujours à celui qui a fait l'erreur à prouver cette erreur, à prouver la mauvaise foi du tiers. Ces solutions qui se dégagent presque toutes de la jurisprudence sont aussi les nôtres.

On peut y arriver par une autre voie détournée en disant qu'il y a bien eu erreur postérieure à la formation de volonté et dissentiment (acte bilatéral) ou déclaration contraire à l'intention³ mais que la théorie de la responsabilité atténue les conséquences rigides de ces principes.

259. — Il est cependant une catégorie d'erreurs matérielles qui sont l'objet d'une réglementation plus étroite : ce sont les omissions, dans les actes écrits, de déclarations qui auraient dues y être consignées. La loi et la jurisprudence apprécient sévèrement ces faits. Elles redoutent que sous

¹ Trib. Seine, 30 mars 1853. S. 1853, 2, 209.

² Paris, 18 mars 1853. S. 1853, 2, 209, 2 arr., avec note de Deville-neuve. Si un numéro manque, la commission de surveillance a parfois annulé le tirage et fait recommencer. Bruxelles, 4 mars 1899. Pas. 1899, 2, 277.

³ V. Messineo, *Errore ostativo*, p. 145 et suiv.

couleur d'erreur on n'arrive à compléter un acte, à y insérer une autre opération juridique.

Aussi l'art. 1341 Civ. dit qu' « il n'est reçu aucune preuve outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ».

De même, si un officier d'état civil omet dans un acte de mariage d'inscrire là reconnaissance d'enfant naturel faite par les époux, l'enfant n'est pas légitime et les époux ne peuvent prouver par la suite qu'il y a eu erreur, ce qui aboutirait à la preuve testimoniale des légitimations¹.

260. — Une erreur peut se produire dans la transmission de la volonté : une lettre est glissée par erreur dans une enveloppe au nom d'une autre personne, un télégramme est transmis inexactement par le service des Postes, un secrétaire écrit inexactement une lettre qu'on lui dicte, un messager répète mal le message, etc.

C'est la question prévue par Ihering : une dépêche ordonnant de vendre est transmise comme ordre d'acheter.

Avec Ihering, il faut admettre que le déclarant est responsable de la transmission inexacte². Sans doute dans certains cas on peut dire que le déclarant a choisi le mode de transmission : à lui de mettre la lettre sous la bonne enveloppe, de choisir un bon messenger, etc. Mais cela n'est pas toujours vrai. Si un commerçant écrit : j'ai besoin de telle quantité

¹ Req. 6 janv. 1913. D. 1913, 1, 205. Cf. art. 331 nouveau civ.

² Cf. trib. comm. Lyon, 30 janv. 1908. D. 1908, 5, 20. — Trib. Charleroi, 22 févr. 1875. Pas. 1875, III, 111. — Lyon-Caen et Renault, III, n. 23-24. Cependant il a été jugé en sens contraire, qu'un huissier ayant rédigé une assignation sur des notes du client, on ne pouvait tenir les indications inexactes de l'assignation comme un aveu judiciaire. Req. 11 juin 1912. S. 1912, 1, 576. Mais cela tient au caractère de l'aveu qui doit être personnel. V. aussi trib. Anvers, 20 mars 1876. *Jur. Anvers*, 1876, 1, 252 ; 25 mars 1877, id. 347 et 3 juillet 1879, id. 335 (d'après lesquelles l'expéditeur est lié par l'original du télégramme). Cf. Amiens, 11 mai 1854. D. 1859, 2, 147. S. 1855, 2, 186 (nullité pour erreur de transmission télégraphique). Valéry, p. 331. Cf. id., p. 338. — Larombière, art. 1101, n. 21.

de marchandise à telles conditions, télégraphiez-moi vos prix. Dira-t-on qu'ici le destinataire de la dépêche répondra de l'erreur. Non, d'après Ihering¹. Cependant il faut bien prendre les choses telles qu'elles se passent en pratique et on ne peut pas dire qu'il y a une culpa in eligendo à se servir du télégraphe. Nous pensons donc que dans tous les cas où une personne a utilisé un moyen de transmission elle doit en répondre². Et nous laissons ici de côté toute idée empruntée à la théorie du défaut d'accord entre contractants³.

Ce principe a été contesté. Sans doute on le motive faiblement (nous venons de le voir), en disant qu'il y a une culpa in eligendo, ou en assimilant la Poste à un mandataire. On le motive mieux en parlant avec Windscheid d'une garantie tacite de l'expéditeur⁴. Mais d'un autre côté on motive bien faiblement la responsabilité du destinataire en disant qu'en tenant compte de la missive il approuve le moyen choisi⁵.

Au fond, les arguments spéciaux sont très faibles dans un sens comme dans l'autre. Il faut nettement ici affirmer le principe général qu'on préfère dans la vie sociale. Est-on pour la sécurité dynamique, c'est-à-dire pour favoriser les situations apparentes et leur faire produire effet. En ce cas il

¹ *Culpa in contrahendo*. Œuvres choisies, trad. Meulenaere, II, p. 76, n. 35 et p. 95, n. 40.

² V. trib. Nivelles, 15 juillet 1893, Pas. 1894, 3, 86. Rapprochez sur une question analogue, le paiement par mandat envoyé par la poste, les décisions qui déclarent que l'expéditeur doit être responsable si le mandat ne parvient pas au destinataire. Trib. comm. Seine, 9 février 1912. Gaz. Pal. 1912, 1, 451. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 510. Req. 1^{er} juin 1857. S. 1859, 1, 28. — Lyon, 16 mars 1854. D. 55, 2, 141. — Aix, 4 janv. 1821. S. chr. — Valéry, *Contrats par correspondance*, n. 466. — Contrà trib. comm. Seine, 27 juillet 1909. Gaz. Pal. 1909, 2, 450.

³ V. cep. Messineo, *Errore ostativo*, p. 154 et suiv.

⁴ *Pandekten*, par. 308. — Becoué, *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 258.

⁵ Serafini, *Della concluz. dei contratti fra assenti*, § 52. — Hedd, *De la corresp.*, n. 116. — Mittermaier, *Das Telegraphenrecht*. *Archiv. für Civil praxis*, 1863. — Trib. comm. Nantes, 17 janv. 1885. *P. Nantes*, 1885, 1, 241. — Cf. Vivante, *Dr. comm.*, trad. Escarré, IV, p. 145.

faut se prononcer pour la responsabilité de l'expéditeur, même s'il n'a pas commis de faute. Sinon il faut la rejeter dès qu'il prouve avoir agi sans faute.

Sans doute il y aurait une dernière conception : la conception solidariste. Sans faute, dans une affaire commune, il se produit un dommage, que la perte s'en partage entre les intéressés. Mais nous sommes encore trop peu habitués à ces idées solidaristes pour accepter cette solution. En attendant, nous accepterons donc la responsabilité de l'expéditeur¹.

Ainsi se trouve tranchée la question de savoir si une personne en adressant sa réponse se sert du même moyen de transmission que celui qui a fait une proposition, elle répond de l'inexactitude de transmission². Ici le répondant sera responsable de l'erreur dans la transmission.

Les nécessités pratiques nous conduisent donc avec la jurisprudence à tenir compte plutôt de la déclaration de volonté que de la volonté même, à moins que le destinataire n'ait connu par ailleurs la véritable volonté du déclarant⁴.

Cependant en fait, ceci pourra être atténué, si le mandant revient aussitôt sur l'erreur de son représentant et si le tiers ne proteste pas³.

261. — Ces principes doivent produire des conséquences importantes ne ce qui concerne la remise de blanc seings⁵.

Si une personne commet l'imprudence de signer un blanc seing et qu'un tiers s'en empare et inscrive un reçu avec lequel il ira reprendre de l'argent chez le banquier ou un

¹ V. cep. Coviello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 366 qui dit ce sera une question de fait, n'osant pas ici déroger au principe de la volonté limitée par la responsabilité.

² Cf. sur ce point, Ihering, *op. cit.*, p. 73, n. 33.

³ V. Rouen, 19 mars 1902. D. 1903, 2, 109.

⁴ Rappr. Barassi, *Notificazione*, p. 58.

⁵ V. sur ce point, Ihering, *op. cit.*, n. 35, p. 77.

débiteur du signataire, le débiteur sera valablement libéré¹.

Il en est de même si un endossement en blanc a été fait².

262. — En serait-il de même si des titres au porteur ayant été fabriqués par la Société qui les émet se trouvaient entre les mains de tiers de bonne foi avant l'émission parcequ'un voleur ou un mandataire de la société les lui a remis ?

D'après M. Wahl, le titre volé avant l'émission n'est qu'une simple feuille de papier³. Mais l'opinion opposée peut être admise soit en se fondant sur l'idée d'obligation par volonté unilatérale, soit dans le cas où on constaterait une faute de l'émetteur qui n'a pas surveillé suffisamment ses titres.

Pour les titres hors de circulation, la même question pourrait se poser, mais d'ordinaire ils porteront un timbre constatant leur situation⁴.

263. — Lorsqu'une déclaration de volonté est parvenue à destination, des erreurs peuvent se produire dans son interprétation par le destinataire. Celui-ci peut n'avoir pas tiré de ce texte ses conséquences naturelles⁵. Quel effet vont produire ces erreurs ?

Ihering a cité de nombreux cas où l'erreur peut se produire. Une personne fait une proposition pour un certain prix énoncé en monnaie de son pays, l'autre personne la comprend comme visant sa propre monnaie. On fait une

¹ V. Thaller, *Droit commercial*, n. 1058. A plus forte raison en est-il ainsi lorsque l'abus de blanc seing émane du mandataire. Cass. Req. 29 déc. 1800. S. 1894, 1, 342. — Req. 13 fév. 1883. S. 1884, 1, 103. — Bordeaux, 20 août 1872. S. 1873, 2, 48. — Lyon, 13 août 1851. S. 1853, 2, 59.

² V. contra Demolombe, XXIX, n. 362. — Aubry et Rau, VIII, par. 756, note 8. — Laurent, XIX, n. 201.

³ *Titres au porteur*, I, n. 373.

⁴ V. Wahl, *op. cit.*, I, p. 503 et suiv.

⁵ V. sur le principe de l'interprétation. Dereux, *Conceptions actuelles du contrat*. *Rev. critique*, 1901, p. 527.

commande pour Janvier (Janv.) le destinataire comprend Juin¹.

Lorsque la proposition était suffisamment claire, pour que le tiers en réfléchissant puisse la comprendre correctement ou même rectifier l'erreur matérielle qui s'y trouve, si le destinataire la comprend mal, il en sera responsable : ainsi l'auteur d'une offre ne tient pas compte d'une lettre d'acceptation claire en disant l'avoir mal comprise ; le tiers saisi néglige une saisie-arrêt, disant qu'il n'avait pas compris qu'elle le visait, son nom étant mal orthographié, une personne ne rectifie pas une lettre d'acceptation qui contient un simple lapsus².

Si la déclaration est obscure, et que le destinataire l'interprète en pleine connaissance de cause, il ne peut plus revenir sur son interprétation sous prétexte d'erreur³. On ne tiendra donc pas compte du désaccord de volontés qui a existé⁴.

Etant donné ce danger, le destinataire peut et doit demander au déclarant de préciser sa pensée, risquant s'il ne le fait pas et s'il interprète lui-même de commettre une faute⁵.

Aussi le destinataire ou celui qui a à interpréter et à appliquer une déclaration de volonté surtout si celle-ci est irrévocable comme un contrat de mariage, un testament, peut-il demander une interprétation judiciaire, dès qu'il a quel-

¹ *Culpa in contrahendo*, op. cit., p. 77, n. 34. V. Dereux, *Conceptions actuelles du contrat*, *Rev. critique*, 1901, p. 526. — Cf. Gand, 9 mai 1911. Pas. 1911, 2, 375 (texte anglais non compris).

² Bastia, 12 janv. 1874, sous Civ. 5 déc. 1876. S. 1877, 1, 414. Valéry, p. 113.

³ V. pour un testament, Cass. civ. 4 juillet 1888. S. 1890, 1, 71. D. 1889, 1, 143.

⁴ Cf. Messineo, *Errore ostativo*, p. 132-135.

⁵ Cf. Cass. civ. 5 fév. 1876. S. 1877, 1, 414. Je pense que le destinataire pourrait demander que le délai pour répondre soit suspendu le temps nécessaire pour demander et obtenir interprétation. La nécessité pratique impose cet effet donné.

que obscurité et il ne commet là aucun abus du droit d'ester en justice ¹.

Le principe que l'erreur d'interprétation du destinataire ne doit pas nuire au déclarant a été appliqué dans un cas spécial : une personne faisant le dépôt légal de deux exemplaires pour avoir la propriété littéraire, l'agent du Ministère par erreur ne prend qu'un exemplaire, le déposant n'en est pas moins légalement protégé. L'erreur de droit du destinataire ne peut lui nuire ².

264. — Que décider au cas où une déclaration a été remise par erreur à un autre que le destinataire, si par exemple une offre a été remise par erreur à un tiers qui l'accepte ³. Le contrat est-il formé? Je le pense. La sécurité doit ici l'emporter ⁴. On peut d'ailleurs analyser ce cas comme celui d'erreur unilatérale en disant : il y a nullité, mais obligation d'indemniser et celle-ci peut consister à refuser la nullité. Les juges apprécieront s'ils doivent indemniser en argent ou en nature (v. supra).

Ainsi la sécurité des relations sociales l'emporte. Mais le tiers serait responsable de son dol s'il s'était substitué par dol au destinataire : utilisant par subterfuge l'offre qu'il a connue.

265. — Le destinataire commet-il une erreur d'interprétation l'exposant à responsabilité lorsqu'il ne tient pas compte d'une déclaration de volonté, à lui remise, qui ne contient pas la preuve absolue de l'identité de l'expéditeur, en se disant qu'elle peut venir d'un faussaire? Ainsi une personne reçoit un télégramme, un mot non signé, peut-elle prétendre qu'elle est en droit de n'en pas tenir compte, car elle est peut-être en face d'une déclaration émanant d'un imposteur.

¹ Cass. civ. 23 oct. 1906. *Pand. fr.*, 1906, I, 338. *S.* 1909, I, 358. *Revue de droit civil*, 1907, p. 109.

² Cass. 17 nov. 1904. *Bulletin criminel*, n. 476.

³ V. cep. contra Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 138.

⁴ Valéry, p. 116.

En matière criminelle, la cour de cassation a déclaré un journaliste obligé de tenir compte d'une réponse par lettre recommandée dont un télégramme annonçait l'envoi¹.

La même question s'est posée pour les congés envoyés par lettre recommandée à un bailleur. Celui-ci doit en tenir compte². Il commet donc une faute en les refusant comme pouvant émaner de faussaires.

Mais il a été jugé qu'un propriétaire pouvait ne pas tenir compte d'un congé donné par télégramme³. Et cette solution est impliquée également par d'autres décisions jugeant qu'une personne n'était pas en principe obligée par l'envoi d'un télégramme ou d'un message téléphonique portant son nom⁴.

Le destinataire est donc en droit de tenir pour non avenu un télégramme qu'il reçoit, même portant le nom d'une personne avec qui il est en rapport d'affaires. Cette solution qui se dégage de la jurisprudence est excessivement grave. Elle aboutit à ne pas traiter humainement les choses humaines.

On peut l'atténuer en disant qu'on tiendra compte des télégrammes confirmés par le courrier suivant et s'il y a un délai à respecter, il suffira que la dépêche arrive dans les dé

¹ Cass. crim. 13 mars 1908. S. 1908, 1, 297 avec note de M. Roux. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 695. *Contrà* Angers, 8 nov. 1907. D. 1908, 2, 46. S. 1908, 2, 39 arrêt cassé. *Rev. de droit civil*, 1908, p. 358. — Paris, 26 juin 1897. D. 99, 2, 265.

² Trib. Bordeaux, 25 juillet 1900. *Rec Bordeaux*, 1901, 3, 1. — Trib. paix Lectoure, 23 févr. 1900. *Rev. des Just. de paix*, 1900, p. 311. — Trib. de paix, Campagne-les-Hesdin, 6 avril 1900. *Rev. des just. de paix*, 1900, p. 380. — Caen, 24 déc. 1902. S. 1904, 2, 59.

³ Trib. de la Seine, 12 mai 1905, *le Droit*, 22 décembre 1905. *Revue de droit civil*, 1906, p. 171. — *Contrà* pour une déclaration de sinistre. Lyon, 14 mars 1913. Simonin, *Jurispr. des assurances*, 3, 325.

⁴ Trib. comm. Seine, 29 février 1912. *Gaz. Pal.* 1912, 1, 600. Ici le banquier spécifiait qu'il ne tenait pas compte d'ordre par dépêche non confirmée par le courrier suivant. — V. trib. civ. Bordeaux, 20 nov. 1894. *Gaz. Pal.* 1895, 1, suppl. 5. (Ce jugement refuse d'assimiler à un écrit le message téléphonique, où l'employé a écrit les paroles de l'expéditeur, mais il déclare tenir compte des dépêches dont l'original reste au bureau.)

lais. Mais que décider si le télégramme doit être exécuté de suite, comme un télégramme de Bourse envoyé le matin pour être exécuté à l'ouverture de la Bourse à midi ?

Ici encore, bien que ce soit très grave, il me semble qu'il faut plutôt se fier à l'apparence, dès que le banquier a reçu dans des conditions normales (du domicile habituel, d'un client qui fréquemment employait ce procédé), un télégramme de Bourse (A).

C'est en ce sens conforme aux nécessités pratiques que s'est récemment prononcé la cour de Paris¹ à propos d'une lettre non signée dont l'origine n'était pas douteuse. Sa doctrine doit être approuvée.

266. — Quand une erreur a été commise dans l'expression, dans la transmission ou dans l'exécution, c'est ici comme ailleurs à celui qui l'a commise à la prouver et il ne suffit pas de l'alléguer². Et le point de savoir si cette preuve est rapportée est souverainement tranché par les juges du fait³.

La preuve de l'erreur peut se faire par tous moyens, même par simples présomptions⁴.

267. — Les principes sur l'erreur ne sont pas sans comporter certaines limitations qui résultent soit de la nature du contrat, soit de la volonté des parties.

La transaction ayant comme but principal d'éteindre les procès (art. 2044), la loi a voulu restreindre ici l'application de la nullité pour erreur. Sans doute l'art. 2053 rappelle le

(A). Formule à placer sur les correspondances, imprimés, etc.

Les ordres de Bourse envoyés par dépêche ne sont valables que confirmés par lettres reçues au courrier postal suivant. (Ceci permet d'annuler par un ordre contraire les dépêches non suivies de lettres.)

¹ 16 novembre 1916, S. 1920, 2, 11. *Revue de Droit civil* 1921, p. 257.

² V. Cass. civ. 2 mars 1881, S. 82, 1, 363. Amiens, 21 nov. 1900. D. 1902, 2, 115. V. Baudry et Barde, I, n. 67. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 81.

³ Req. 16 mai 1888. D. 1889, 1, 315.

⁴ Req. 19 janv. 1870. S. 1871, 1, 97. D. 1870, 1, 802. — Demolombe, XXX, n. 90. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 368. — Contra Laurent, XIX, n. 480. — Baudry et Barde, IV, n. 2571.

droit commun en visant la rescision lorsqu'il y a « erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation »¹.

Par application du droit commun, il y a nullité s'il y a erreur sur l'objet : par exemple sur une responsabilité dont on n'est pas tenu². Un arrêt a paru assimiler l'objet à la substance³, c'est aller un peu loin. Il est vrai qu'il admet en fait que l'erreur sur l'étendue du droit n'est pas substantielle.

De même il y a nullité lorsque la transaction « a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité » (art 2054)⁴. De même lorsqu'elle a été faite « sur des pièces qui depuis ont été reconnues fausses » (art. 2055) ou lorsqu'elle a porté sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée dont les parties, ou l'une d'elles n'avaient point connaissance (art. 2056)⁵. De même si la transaction n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté par des titres nouvellement découverts que la partie n'avait aucun droit (art. 2057 al. 2). Enfin l'erreur de calcul doit se réparer (art. 2058). Mais il est dérogé au droit commun de l'erreur en ce que l'erreur de droit est exclue (art. 2052)⁶. S'il y avait entre les

¹ V. Cass. belge, 4 mai 1893. Pas. 1893, 1, 212. — Cass. belge, 21 mai 1895. Pas. 1895, 1, 134. Larombière, art. 1110, n. 18. — Demolombe, XXIV, n. 120. — Aubry et Rau, § 422, et note 2. — Beudant, n. 108. — Baudry et Barde, I, n. 64. — Colmet de Santerre, v. n. 17 bis II.

² Cass. civ. 29 juillet 1901. D. 1902, 1, 297 (accident). Trib. Rethel, 6 janvier 1904, la Loi 18 janvier (délict pénal dont on est déclaré innocent).

³ Paris, 7 juin 1851. S. 1851, 2, 638.

⁴ Trib. Gand, 15 juin 1892. Pas. 1892, 3, 306 (transaction sur un relevé inexact).

⁵ V. Bufnoir, p. 534 qui montre qu'il y a là application du droit commun.

⁶ Sur ce qu'il faut entendre par erreur de droit. V. Cass. civ. 25 octobre 1892. D. 1893, 1, 17 (l'erreur sur la nationalité est une erreur de droit).

V. sur ces textes, Larombière, art. 1110, n. 26. — Baudry et Wahl, *Transaction*, n. 1251, 1253 et 1257. — Guillouard, 152 et suiv.

parties un jugement ignoré susceptible d'appel, la transaction reste valable (art. 2056 al. 2). Enfin la transaction générale reste valable même si des titres sont postérieurement découverts, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait d'une des parties (art. 2057 al. 1).

En second lieu, l'aveu n'est pas révocable pour erreur de droit (art. 1356 al. 4) ¹.

Dans le partage, à raison du silence de l'art. 887 al. 1, l'application de l'erreur est controversée en cas de partage amiable ou judiciaire. Son admission acceptée par la jurisprudence ² paraît nécessaire au moins dans deux cas : si on a appelé au partage un non héritier ou un héritier ayant une part moindre que celle à lui attribuée, ou si on a mis dans le lot de l'héritier un bien lui appartenant déjà ³.

268. — La volonté des parties peut également exclure toute erreur pourvu qu'il ne s'agisse pas des cas exceptionnels où il y a nullité absolue ⁴ (A). Ainsi une entente entre la

¹ V. Larombière, art. 1110, n. 25. — Baudry et Barde, IV, n. 2723.

² V. Bourges, 16 févr. 1912. S. 1917, 2, 122, avec note de M. Hugueney. Civ. 17 nov. 1858. S. 1859, 1, 234. — Baudry et Wahl, *Succession*, III, n. 3597. — V., cep. Colin et Capitant, III, p. 567. — Aubry et Rau, X, 5^e éd., p. 221.

³ Aubry et Rau, X, p. 223.

⁴ V. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 22.

(A). Formule de fixation définitive des conséquences d'un accident.

Je soussigné, reconnais avoir reçu la somme de
convenue de gré à gré à forfait, à titre d'indemnité définitive et pour
solde en réparation des blessures, contusions, frais de maladie et de
médecin, tous dommages quelconques résultant ou devant résulter de
l'accident à moi causé le par, déclarant dès à pré-
sent être fixé sur les conséquences dudit accident, quelles qu'elles puis-
sent être. Au moyen du paiement de ladite somme, je tiens et recon-
nais les dits bien et valablement quittes et déchar-
gés envers moi de toute réclamation en répétition quel qu'en soit la
nature, me désistant de toute action, plainte ou poursuite et renon-
çant pour l'avenir à en exercer devant quelque juridiction que ce soit,
pour le fait dont s'agit, le tout convenu après débat respectifs, sans
avoir égard aux circonstances qui ont accompagné l'accident qu'elles
soient en défaveur ou en faveur de l'un ou de l'autre. (Emprunté à
Cass. civ. 23 févr. 1892).

victime d'un accident et l'auteur responsable peut exclure formellement toute erreur tenant à ce que les suites de l'accident pourraient s'aggraver¹.

Une assurance contre les accidents peut contenir des clauses du même genre². Une personne peut s'exonérer de l'erreur de livraison après la fin du transport³. Un vendeur peut convenir avec l'acheteur que la vente de marchandise est faite de marchandises à transporter par tel navire désigné sauf erreur télégraphique⁴, ou qu'il ne sera rien dû pour erreur de désignation ou vices susceptibles d'être découverts par un examen attentif de l'objet vendu⁵.

La volonté des parties d'exclure l'erreur peut être tacite. Ainsi un antiquaire vend un tableau ancien, il n'y a pas nullité pour erreur si plus tard l'acheteur y découvre une signature de maître, celle de Ruysdaël⁶. Une vente sans garantie de contenance exclut l'erreur sur la contenance⁷.

¹ Cass. civ. 23 novembre 1892. S. 1892, 1, 313. Limoges, 10 mai 1899. *Rec. Riom*, 1900, p. 481. — Cass. civ. 28 mai 1906. *Gaz. Pal.* 1906, 2, 16. Au contraire, il y a révision possible de l'indemnité s'il n'a rien été spécifié. Paris, 11 août 1868. D. 68, 2, 106. S. 69, 2, 72. — Caen, 15 mai 1865. S. 1865, 2, 264. — V. aussi Amiens, 10 août 1881. S. 1882, 2, 244. — Trib. Seine, 21 janv. 1913. *Gaz. Trib.* 1913, 1^{er} sem., 2, 191. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 628. — Trib. Bruxelles, 3 fév. 1906. *Pas.* 1906, 3, 207.

² Cass. 23 déc. 1907. *Gaz. Pal.* 1908, 1, 299. Elles sont même parfois sous-entendues. Cass. 23 février 1892. S. 92, 1, 313. — Cass. civ. 29 juillet 1901. D. 1902, 1, 297. Paris, 7 nov. 1901. *Gaz. Pal.* 1901, 2, 735.

³ Trib. Anvers, 10 mai 1897. *Journ. Trib.*, 1897, 632.

⁴ Trib. comm. Marseille, 1^{er} mai 1906. *Rec. Marseille*, 1906, 1, 252. (B). Formule excluant l'erreur dans les contrats.

Par devant M^e

Ont comparu, etc.

Le dit M. N., acquéreur, a déclaré avoir parfaite connaissance de l'immeuble à lui vendu, toutes facilités lui ayant été précédemment données pour le visiter par lui-même, le faire visiter par ses architectes, en examiner toutes les parties. En conséquence il a déclaré être seul responsable de toute erreur de désignation ou autre qui pourrait résulter du présent acte, renoncer à toute action de ce chef.

⁵ Paris, 22 avril 1903. *Gaz. Pal.* 1903, 2, 225.

⁶ Trib. Saint-Brieuc, 23 février 1908. D. 1909, 2, 223.

⁷ Liège, 16 nov. 1843. *Pas.* 1844, 2, 219.

Une vente des produits d'un sous-sol a un certain caractère aléatoire exclusif de l'erreur¹.

268 bis. — Dans les polices d'assurances, les compagnies obligent l'assuré à leur faire certaines déclarations à peine de déchéance, indiquer s'il a eu des sinistres antérieurs, s'il y a des hypothèques, etc. En cas de silence de l'assuré, la déchéance peut être invoquée. Elle équivaut à la nullité pour erreur, à cela près que l'assureur garde les primes. C'est donc une sorte de réglementation conventionnelle de l'erreur². Elle présente encore cet autre trait que la compagnie ne peut se voir reprocher de ne pas s'être renseignée, les polices posant ce principe que l'assureur n'a pas à se renseigner et que c'est à l'assuré à l'instruire par ses déclarations. Mais a-t-elle éliminé la théorie ordinaire de l'erreur au point que si la compagnie a en fait connu les faits énoncés, elle peut encore se prévaloir de l'absence de déclaration? Non. Car la déclaration doit être appréciée d'après son but : renseigner l'assureur, fixer l'opinion du risque. Si le but est atteint, la déclaration omise est sans importance. De même serait sans effet l'omission d'une déclaration sans utilité aucune. C'est un abus de droit que d'exiger de tels renseignements et un piège tendu à l'assuré³.

Les polices d'assurances réglementent aussi l'effet de l'erreur causée par une déclaration inexacte. Ici il s'agit de l'erreur unilatérale.

Les polices portent : « La police est rédigée d'après les déclarations de l'assuré. »⁴ Par suite de déclarations inexactes, il peut y avoir erreur unilatérale venant de ce que

¹ Milan, 26 août 1919. *Mon. dei tribunale*, 1919, 785.

² Vivante, *Assurances maritimes*, n. 92, — V. cep. Thaller et Ripert, *Dr. maritime*, II, n. 2198.

³ V. cep. Cass. civ. 29 avril 1914. *Gaz. Pal.* 1914, I, 675. — Cass. civ. 30 mars 1892. S. 1893, I, 13.

⁴ Art. 8 des nouvelles polices. V. sur cette clause : Droz, *Commentaire des polices d'assurances contre l'incendie*, p. 43.

la compagnie n'a rien voulu contrôler. Quelle en est la conséquence ?

D'après les anciennes polices, l'assuré doit déclarer, « sous peine de n'avoir droit en cas de sinistre à aucune indemnité » etc.

D'après les nouveaux modèles de polices, si « l'inexactitude est constatée avant tout sinistre, la compagnie a le droit de résilier par lettre recommandée à huit jours de date. Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après sinistre, l'assuré n'aura droit à aucune indemnité si l'inexactitude a été commise intentionnellement. Quand l'assuré est de bonne foi, l'indemnité est réduite... »

Ainsi, par ces clauses qui peuvent être généralisées et étendues à d'autres contrats, ou arrive à se donner le droit de tout ignorer pour le moment, et la faculté de se prévaloir ensuite de son erreur unilatérale.

On peut aussi convenir en recevant une indemnité d'un assureur qu'on la reçoit définitivement, sans recours possible pour erreur sur les effets du sinistre.

On peut aussi réglementer l'erreur dans les assurances par une clause spéciale : la clause d'incontestabilité, en vertu de laquelle l'assureur renonce à discuter l'assurance au point de vue validité après un certain délai. Cette clause qui est licite¹ limite la durée de l'action pour dol ou erreur à un bref délai et elle supprime, passé ce délai, toute action. C'est donc une abréviation de prescription².

269. — L'effet normal de l'erreur, quand il en est tenu compte, est de faire annuler la déclaration de volonté, il résulte de là une nullité relative, dont les effets seront précisés plus loin. Mais cette nullité n'empêche pas que le déclarant ne doit rendre ou payer ce qu'il a reçu³. S'il ne peut res-

¹ V. infra, n. 825.

² Montpellier, 9 déc. 1911. S. 1911, 2, 21. *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 133.

³ Ainsi abonnement au gaz signé par erreur. On doit le gaz consommé. Trib. Seine, 6 juin 1899. *Gaz. Trib.* 1900, 1^{er} sem., 2, 26.

tituer les choses telles qu'elles étaient, il ne pourra invoquer la nullité¹.

Lorsque l'acte est annulé pour erreur, on ne peut plus non plus tenir compte des déductions que l'on en pouvait tirer. Ainsi un paiement fait à un commissionnaire ignorant qu'il fut contre-partiste n'emporte pas renonciation à la nullité². Un encaissement par erreur d'un supplément de prime par un assureur n'emporte pas renonciation à une déchéance encourue par l'assuré³.

Dans les cas exceptionnels où il est tenu compte de l'erreur dans l'expression ou la transmission de la volonté, alors on rectifie la déclaration d'après l'intention du déclarant. Mais cela peut avoir pour conséquence d'annuler l'opération si on constate que désormais la déclaration rectifiée ne concorde plus avec celle de l'autre partie : l'une ayant voulu dire : j'achète à 100 et l'autre ayant compris : j'achète à 110.

270. — Quels rapports y a-t-il entre la théorie de l'erreur et celle de la garantie ?⁴

Ces deux théories se sont développées séparément, l'une à propos du consentement, l'autre à propos du paiement. Mais la théorie de l'erreur tend à s'élargir et à prendre cette forme générale : il y a nullité quand une personne n'a pas pu par suite d'une erreur, tirer de son acte l'avantage qu'elle croyait. Elle tend donc à se confondre avec la théorie de la garantie qui fonctionne soit en cas d'éviction, soit en cas de vice redhibitoire lorsque le garanti n'a pas tiré

¹ Paris, 26 mars 1891. *Le droit* 15 avril 1891 (cheval auquel on a fait subir une opération qui le dénature).

² Cass. Req. 28 oct. 1903. S. 1904, 1, 436.

³ Besançon, 4 mars 1882. S. 1883, 2, 60. — Rappr. Colmar, 7 mai 1850. D. 1855, 2, 229 (acquiescement par erreur).

⁴ V. Larombière, art. 1110, n. 5 (qui parle de vices pouvant ou non être découvert de suite). — Bufnoir, p. 604. — Demolombe, XXIV, n. 107. — Laurent, XXIV, n. 278. — Beudant, n. 113 (qui paraît considérer le vice caché comme visant des qualités secondaires). Cf Baudry et Barde, I, n. 61.

de la chose livrée (à la suite de vente ou de tout autre acte : dation en paiement, etc.) tout l'avantage qu'il pensait en tirer : paisible jouissance, usage auquel la chose était destiné, car ce sont bien là des qualités essentielles ou substantielles.

Dans une législation bien faite, les deux théories devraient donc se confondre¹.

Les auteurs très timides ici ont regardé de très près pour tâcher de trouver des différences entre les deux systèmes².

Laurent oppose d'un côté une vente annulable (erreur) et une vente valable mais résoluble (garantie). Demolombe qui voit bien l'unité des deux théories les oppose en donnant ici une notion étroite de la substance. M. Fubini cherche à distinguer les effets des deux actions : le vice redhibitoire ne produisant pas toujours la nullité³.

Sans guide, la jurisprudence a admis l'action pour erreur

¹ V. trib. de St-Amand, 17 mars 1911. D. 1913, 2, 48, qui dit que la garantie n'est qu'une application de l'erreur. V. Giorgi, IV, n. 70. — Fubini, *Rev. dir. commerciale*, 1918, II, p. — Maury, *Notion d'équivalence*, I, p. 108. — Cf. trib. paix Rennes, 19 juin 1912. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 985.

² M. Fubini, *Resp. du vendeur pour les vices cachés. Revue de droit civil*, 1903, p. 300, explique bien que l'erreur étant fondée sur l'état du contractant, le délai pour agir ne commence que du jour de la découverte de l'erreur, que dans l'erreur on désire faire annuler le contrat, et non dans la garantie. Mais cette seconde observation est trop générale : on peut faire annuler pour vice caché. Quant à la première elle est vraie, mais ne faut-il pas tenir compte de la faute de celui trop lent à découvrir son erreur? M. Fubini lui-même reconnaît qu'il est parfois difficile de distinguer les deux actions. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 14, à la suite de Vareilles-Sommières, *Erreur*, p. 170, dit que l'erreur vise une qualité que la chose pourrait avoir, le vice redhibitoire une qualité qu'elle devait avoir. C'est exact. Mais il serait exagéré de dire que l'erreur sur les qualités obligatoires d'après une simple intention commune (car on peut en connaissance de cause vendre un animal atteint de vices graves) n'est pas aussi une erreur sur la substance. En réalité celle-ci absorbe et rend inutile la théorie des vices. Cf. Lenel, *Der Irrthum. Iherings Jahrbucher*, 1902, p. 7, qui ne donne aucun critère de distinction. — Bianchi, *Azione di nullità per errore et az. per vizi redibitori. Riv. per le scienze giurid.*, 1891. — Trescartes, *De l'erreur*, ih. Aix, 1909, p. 110. — Fubini, *Vizi redibitori*, p. 132.

³ Fubini, *Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance. Revue de droit civil*, 1902, p. 326.

à côté de celle pour vice rédhibitoire, lorsqu'elle a trouvé la législation sur ces vices trop étroite¹. Par suite on pourrait croire que la première action subsiste dans notre droit en face des législations spéciales visant les animaux domestiques. Toutefois récemment la cour d'Amiens a admis que pour les vices rédhibitoires la législation spéciale excluait le droit commun de la théorie de l'erreur de sorte que le délai de l'action rédhibitoire étant passé, l'action pour erreur ne subsiste plus². C'est une première tentative pour harmoniser les deux théories.

Mais au fond, la jurisprudence dans ses arrêts paraît confondre vice rédhibitoire et erreur³ ou encore garantie des qualités et erreur⁴.

Toutefois la garantie pour éviction, surtout totale, étant réglementée de façon spéciale par le code, on doit admettre qu'elle reste distincte de la théorie de l'erreur.

270 bis. — Il y a lieu de distinguer l'erreur à effet positif et l'erreur à effet négatif.

Il y a erreur à effet positif lorsqu'une personne à la suite d'une erreur fait un acte qu'elle n'aurait pas fait sans cela. Ainsi une personne achète une œuvre d'art parcequ'elle la croit de tel maître. C'est de cette catégorie d'erreur que nous nous sommes occupés exclusivement jusqu'ici.

¹ Roanne, 5 janv. 1905. Gaz. Pal. 1905, 1, 444. Pand. fr. 1905, 2, 366. Paris, 29 avril 1898. D. 1898, 2, 381. — Cass. Req. 1^{er} mars 1899. S. 1899, 1, 221. Paris, 19 juillet 1890. S. 1891, 2, 81.

² 8 octobre 1915. Gaz. Trib. 1915, 2, 379. *Revue de dr. civil*, 1916, n^o 3 et 4.

³ Cass. Req. 16 novembre 1853. S. 1853, 1, 673 et la note. — Cass. Req. 13 févr. 1907. D. 1910, 1, 471 (sol. implic.). Cass. civ. 14 mai 1909. S. 1910, 1, 364. Req. 18 juillet 1900. Gaz. Trib. 1901, 1^{er} sem., 1, 35.

⁴ Trib. Seine, 5 févr. 1913. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 321. (Vente « d'un pastel signé Greuze » où le marchand garantit implicitement l'authenticité, et où il y a nullité pour erreur. — V. cep. cass. Rome, 30 janv. 1917. *Giur. ital.*, 1917, 1, 348 qui voit dans l'erreur l'absence de qualité propre à un objet et dans la garantie la conséquence d'une différence de qualité.)

Mais l'erreur comme d'ailleurs les autres vices du consentement (v. infra, n. 296 pour la violence) peut avoir un effet négatif. Par erreur on s'abstient d'un acte que l'on aurait fait si l'on avait connu la vérité. Ainsi je m'abstiens de répondre dans le délai fixé à une offre qui m'est faite, parce que la lettre d'offre s'est égarée. Je m'abstiens de réclamer pour les vices de la chose vendue par ce que j'ignore encore ces vices, etc.

Faut-il tenir compte de cette erreur ?¹

Il faut distinguer. En principe on tiendra compte de cette erreur. Mais tout d'abord il faut qu'elle ne soit pas fautive. Si c'est par faute que l'on a ignoré une chose, on ne peut invoquer son erreur. Ainsi un assuré garanti par une police contre certains accidents néglige de se faire examiner par un médecin à la suite d'une commotion violente. Plus tard son état s'aggrave. Il ne pourra pas opposer à la compagnie qu'il n'a pu faire la déclaration d'accident dans les délais, si le fait de ne pas appeler un médecin a constitué une négligence.

En second lieu, il faut apprécier si l'erreur a été déterminante, c'est à dire s'il est à peu près certain que l'intéressé ayant connu la vérité eut fait tel ou tel acte. Ainsi on admettra volontiers que celui qui a un droit aurait fait les actes conservatoires de ce droit s'il avait connu la vérité. Nous en verrons l'application pour les déchéances dans les assurances. Au contraire, en fait les tribunaux hésiteront, plus s'il s'agit d'acquérir un droit. Ainsi j'ai ignoré telle offre faite, telle adjudication, on n'admettra guère que je vienne dire : si j'avais su, j'aurais acheté telle chose. Les tribunaux

¹ Parfois la loi tient compte de l'ignorance d'un fait en ne faisant partir le délai pour agir que du jour où on connaît ce fait. Ainsi le délai pour désavouer un enfant ne court que du jour où on connaît sa naissance (arg. art. 316).

n'aiment pas à tenir compte des choses incertaines. Ils le montrent pour les dommages intérêts¹.

Enfin il faut tenir compte de ce que la loi ou la convention en enlevant un droit à celui qui ne l'a pas utilisé dans un certain délai a pu considérer comme d'ordre public qu'une affaire ancienne ne puisse plus à nouveau être soulevée. Elle a pu vouloir dire : tranchons dans le vif. Passé tel délai tout sera fini. Ainsi en est-il d'abord dans les cas où la relation de cause à effet entre un dommage et un contrat ne peut plus avec le temps se distinguer facilement. Je citerai l'art. 1972 sur la responsabilité des architectes et entrepreneurs², l'art. 5 de la loi du 2 août 1884, sur les vices rédhibitoires³, l'art. 41 du code rural (loi du 25 février 1905) sur la nullité des ventes d'animaux atteints de maladies contagieuses⁴.

En dehors de ces cas, faut-il considérer facilement qu'il y a ordre public à ce que l'action soit intentée nécessairement dans le délai. Non, en général. Ainsi le délai de trois jours de l'art. 105 Comm. peut être prolongé s'il y a erreur de même que s'il y a force majeure⁵.

Mais dans certains cas il n'en sera pas aussi. Par exemple

¹ V. Nancy, 10 octobre 1912 et Bordeaux, 15 juillet 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 525. — Rouen, 8 août 1903. S. 1904, 2, 282. D. 1904, 2, 175.

— Limoges, 24 mars 1896. D. 1898, 2, 259. — Poitiers, 11 novembre 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 645 (transport de chevaux de courses, refus injuste de les laisser courir).

² V. Cass. chr. réunies, 2 août 1882. S. 1883, 1, 5. D. 1883, 1, 30. — Req. 17 févr. 1896. S. 1900, 1, 127. Aubry et Rau, V, p. 676, note 30. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n. 3946, qui admettent cela implicitement en disant que l'action même doit être intentée dans les dix ans. Souvent en fait dans ces cas, comme dans les deux suivants, il y aura faute parce qu'on n'aura pas examiné de près la construction dans le délai. Alors la solution sera simplifiée.

³ V. Aubry et Rau, V, 5^e éd., p. 116. — Guillouard, I, n. 470. — Cass. civ. 10 juillet 1839. S. 1839, 1, 859, qui admettent cela implicitement en disant que l'action doit être intentée et le vice découvert dans le délai.

⁴ Cf. trib. Dijon, 31 déc. 1901. S. 1902, 2, 249. D. 1902, 2, 401. Baudry et Saignat, n. 452.1 qui voient là une prescription.

⁵ Cf. Thaller et Josserand, n. 684. Cass. 5 nov. 1906. D. 1909, 1, 273.

en procédure les délais de voies de recours qui partent de signification à personne ou à domicile sont expirés même si l'intéressé en fait n'a pas reçu l'acte remis à son domicile ou à la mairie.

En effet, ce qui domine ici c'est un intérêt public à ne pas permettre des recours contre des décisions trop anciennes¹.

La distinction est donc en fait délicate à faire entre les délais établis dans un intérêt public et non susceptibles d'être prolongés pour erreur et les autres. Aussi quelquefois la loi s'en tire par une formule vague. Ainsi l'art 1648 exige que l'on réclame contre les vices cachés dans un bref délai.

Lorsque l'on est en face d'une erreur à effet négatif, cette erreur doit présenter les caractères ordinaires pour être efficace. Notamment elle peut être une erreur de droit, dans le cas où l'erreur de droit est excusable. Mais sans cela elle est sans portée.

Si l'erreur a déterminé à un acte positif d'effet négatif, il semble aussi que l'acte reste irrévocable. Ainsi par erreur on a refusé d'acheter tel objet parcequ'on lui attribuait tel défaut, on ne peut revenir sur ce refus².

270ter. — Faisons application de ce principe aux déchéances dans les polices d'assurance. Une personne assurée contre la responsabilité des accidents ignore que l'accident causé par elle a eu une suite dommageable ou bien elle croit cette suite sans importance. Peut elle être déchue de l'assurance si elle n'a pas fait dans les délais la déclaration prescrite par la police.

Il a été jugé avec raison qu'il n'y avait pas déchéance si l'accident paraissant bénin, avait ensuite des conséquences

¹ Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 11 en a conclu à tort que dans le silence des textes l'erreur à effet négatif est inefficace. Ce système, nous le voyons, est exagéré. Cf. de Vareilles-Sommières, p. 295.

² Cf. cep. Messineo, *Errore ostativo*, p. 127-129 (sol. implic.).

graves imprévues¹. En effet il faut tenir compte de toute erreur excusable. D'ailleurs le délai pour la déclaration vise seulement à protéger contre des réclamations contre des sinistres très anciens. Or ce danger n'existe pas, si l'assuré fait sa déclaration dans le délai commençant après que la gravité de l'accident est apparue.

La loi suisse du 2 avril 1908 sur l'assurance donne un principe sage qui précise quand l'erreur nuira à l'assuré (art. 6). C'est lorsqu'il a commis une déclaration inexacte sur un point qu'il connaissait ou aurait dû connaître. On peut s'inspirer en droit français de cette idée.

Mais une disposition expresse peut stipuler que le délai de déclaration fonctionnera comme un délai préfixe, ne comportant ni prolongation pour erreur, ni prolongation pour tout autre cas de force majeure. Ceci est possible si on admet que le délai peut être considéré non comme un simple moyen pour assurer le contrôle commode des sinistres et de leur cause, mais comme un moyen pour débarrasser l'assureur de réclamations sur affaires trop anciennes. Cela pourra particulièrement se concevoir pour le délai d'agir en justice contre l'assureur.

A plus forte raison il n'y a pas déchéance si on est en face d'une erreur, d'une ignorance qui ont le caractère d'une véritable force majeure, si un assuré a été dans l'impossibilité de faire connaître le nom de la personne qui l'a blessé² ou si l'accident dont on est responsable n'a été connu que tardivement³.

De même il n'y a pas déchéance si l'assuré tenu de trans-

¹ Trib. Seine, 4 déc. 1893. Simonin, *Jurispr. des assur. terrestres*, 3, 286. — Paris, 28 mars 1895, id., 2, 346. — Toulouse, 20 mars 1892, id., 2, 287.

² Trib. comm. Seine, 22 fév. 1893, Simonin, 3, 264.

³ Cass. civ., 12 févr. 1900, id., 1, 229. — Req. 29 juillet 1902, id., 1, 296.

mettre les pièces de procédure n'a pas transmis une pièce remise à la mairie¹.

Mais sous ces réserves, on peut considérer les points objets de questionnaires ou de déclarations manuscrites dans la police comme essentiels et l'erreur commise sur eux emporte normalement nullité². Et la jurisprudence applique ce principe même si l'ignorance de l'assureur n'a pas influé sur l'opinion du risque³.

SECTION II.

Théorie de l'erreur dans des matières d'ordre public.

271. — Dans deux domaines importants en pratique la théorie de l'erreur se trouve exclue ou tout au moins déformée, parceque tenir compte de l'erreur dans les conditions normales serait aller à l'encontre de certaines nécessités jugées d'ordre public.

Cela se présente principalement pour l'application des tarifs de chemin de fer où l'égalité des expéditions est considérée comme capitale.

Cela a lieu encore à propos des cas où la sécurité sociale impose de ne pas tenir compte de l'erreur et des nullités qui devraient logiquement en résulter. Ici on applique la maxime *error communis facit jus*.

Ces deux théories peuvent se ramener à une idée générale. Toutes les fois qu'une loi d'ordre public, et il faut y faire rentrer les textes fixant les tarifs des diverses concessions,

¹ Caen, 8 février 1911. S. 1912, 2, 134.

² Vivante, *Dr. commercial*, trad. Escarra, IV, p. 522.

³ Cass. civ. 29 avril 1914. Gaz. Pal. 1914, 1, 675. — Cass. 30 mars 1892. S. 1893, 1, 13.

a été violée soit par erreur, soit même volontairement, l'ordre public impose la destruction ou la rectification de l'acte accompli. Mais celle-ci n'a lieu que sous deux réserves : 1° le respect du principe de l'autorité de la chose jugée : tout jugement même entaché d'erreur doit être respecté, sauf les cas très limités où il y a lieu à requête civile¹ — 2° l'application de la maxime : *error communis facit jus*. Et encore ce dernier principe n'est-il qu'en partie la consécration des principes sur l'erreur. Il impose en effet le respect de situations de fait. Or celles-ci sont quelquefois respectables qu'elles soient ou non connues comme telles. Les actes émanant d'un pouvoir de fait : gouvernement insurrectionnel, fonctionnaire de fait sont valables même si ce gouvernement est connu comme tel. Il y a alors une sorte de nécessité de s'adresser à lui. Le principe *error communis facit jus* et le respect des pouvoirs de fait sont donc comme deux cercles sécants entre eux et dans un certain domaine commun ils se fortifient mutuellement.

De l'erreur dans l'application des tarifs de chemin de fer.

272. — La théorie de l'erreur se trouve déformée lorsqu'elle se heurte à certains principes d'ordre public.

Cela se présente notamment pour l'application des tarifs de chemin de fer. Le droit commun s'applique dans les transports par chemin de fer jusqu'à un certain point.

Si la C^{ie} a reçu de l'expéditeur une déclaration inexacte sur la nature du colis et a appliqué de ce chef un tarif inférieur, il y a fausse déclaration et l'expéditeur devra une sur-

¹ Sur le principe rapp. pour le droit romain en cas de jugement. Savigny, III, p. 331.

taxe, sans compter s'il y a lieu des dommages intérêts¹. C'est l'application normale des principes de l'erreur incidente. La Cie aurait forcément contracté, mais à un autre prix. Il y a bien erreur incidente.

Par erreur l'expéditeur a pu déclarer une marchandise de telle façon qu'elle paie un tarif supérieur : il déclare comme dentelle une imitation. En ce cas encore, il y a erreur incidente. L'expéditeur pourra solliciter une détaxe.

Et dans ces divers cas, je ne pense pas qu'il y ait à tenir compte de la faute du transporteur à n'avoir pas vérifié les colis ni inversement de l'expéditeur à avoir ignoré la nature de l'objet transporté. Pour cela je tirerai surtout argument de l'égalité devant les tarifs.

On a considéré qu'il importait au plus haut point d'assurer l'égalité complète entre les expéditeurs. Cette solution est consacrée par les art. 48 al. 4 du cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général et 47 al. 4 du cahier des charges des chemins de fer d'intérêt local. « La perception des taxes devra se faire indistinctement et sans aucune faveur² ». Il y a là un principe d'ordre public que la jurisprudence a appliqué scrupuleusement. Il en résulte que, dès que des marchandises ont été remises au chemin de fer, elles voyagent nécessairement aux conditions et prix fixés par le tarif.

Si les deux parties : expéditeur et compagnie se sont trompées et ont appliqué inexactement le tarif, celle qui souffre de cette erreur peut en demander la rectification sous forme

¹ V. Thaller et Josserand, *Transports*, n. 299 et suiv. Cf. Lyon-Caen et Renault, III, n. 613.

² V. sur ces questions, Lyon-Caen et Renault, III, n. 737 et suiv. — Thaller et Josserand, *Transports*, n. 150 et 213 à 262. — Dereux, *Nature juridique des tarifs de chemin de fer*, thèse de Paris, 1906. — Lamé Fleury, *Code annoté des chemins de fer*, note p. 909. — Fernand Giraud, *Code des transports*, II, n. 659 et suiv.

de demande en détaxe ou en surtaxe¹. Et aucune distinction n'est faite suivant l'importance de l'erreur ; qu'il soit démontré que l'expéditeur aurait passé le contrat quand même le tarif qu'il avait cru légal eut été le véritable tarif, ou qu'il soit démontré qu'il n'aurait pas expédié s'il avait su le prix véritable du transport, peu importe.

De même peu importe que l'expéditeur demandant le transport, se soit figuré qu'un tarif lourd ou plus favorable lui était applicable, il sera obligé de subir le tarif établi² ou il en profitera, lorsqu'il paiera les frais de transport et il pourra à ce moment s'il connaît le véritable tarif faire rectifier les erreurs qu'il contient.

Il est donc tenu compte de toute croyance inexacte sur le tarif en ce sens que la taxe sera rectifiée d'après celui-ci. Mais où la jurisprudence devient particulièrement grave, c'est que l'action en dommages intérêts contre celui qui a commis une erreur coupable, action qui pourrait aboutir soit à prononcer une indemnité pécuniaire, soit à maintenir les conditions qu'on avait affirmé exister dans le tarif n'est pas admise³.

Par suite il n'est tenu aucun compte de la faute commise par l'employé, préposé de la Compagnie en donnant un

¹ V. note Cass. civ. 13 fév. 1895. S. 95, 1, 190. D. 1896, 1, 76. — Cass. civ. 6 juillet 1904. S. 1905, 1, 293. — Cass. civ. 3 nov. 1909. S. 1910, 1, 44. — Cass. civ. 15 nov. 1876. S. 1877, 1, 32. — Cass. civ. 21 déc. 1874. S. 1875, 1, 128. — Cass. civ. 25 juin 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 106.

² V. not. Cass. civ. 27 mars 1905. S. 1906, 1, 285 (expéditions de merée, pour lesquelles la compagnie n'est pas tenue d'aller plus vite).

³ Cass. civ. 30 mars 1915. S. 1920, 1, 277. — Cass. civ. 20 fév. 1878. S. 1878, 1, 470. — Cass. civ. 13 fév. 1895. S. 1895, 1, 190. — Cass. civ. 5 nov. 1890. S. 1891, 1, 227. — Cass. civ. 8 juillet 1903. D. 1905, 1, 288. S. 1904, 1, 140. — Limoges, 19 janvier, 1895. D. 1898, 2, 182. — Cass. civ. 26 janv. 1898. S. 1898, 1, 238. Pand. fr. 1898, 1, 221. — Bordeaux, 13 mai 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 581. S. 1914, 2, 119. — Cass. civ. 13 mai et 25 juin 1913. D. 1914, 1, 182.

renseignement inexact¹ ou de ce que la compagnie a refusé de restituer à l'amiable le trop perçu².

Il n'est pas tenu compte davantage de ce que la compagnie a affiché un tarif non homologué promettant certaines facilités de transport³.

De même il n'est pas tenu compte de ce que la Compagnie n'aurait pas toujours appliqué ses tarifs aussi rigoureusement qu'ils devaient l'être⁴.

De même on ne tient pas compte de ce que les agents de la compagnie ont déclaré renoncer à telle clause des tarifs⁵ ou promettre tel avantage⁶. Inversement on ne tient pas compte du fait du voyageur renonçant à une disposition du tarif⁷.

On synthétise souvent ces solutions en disant que les tarifs sont censés connus des intéressés⁸. C'est une formule

¹ Cass. civ. 21 janv. 1901. S. 1901, 1, 365. Pand. fr. 1901, 1, 136. — Cass. civ. 6 mai 1903. S. 03, 1, 421. D. 04, 1, 238. Pand. fr. 1904, 1, 270. — Cass. civ. 12 juin 1901. S. 1901, 1, 525. — Cass. civ. 5 nov. 1890. D. 1892, 1, 427. Pau, 13 juillet 1894. S. 1897, 2, 125. — Cass. civ. 25 déc. 1886. D. 1887, 1, 472. — Cass. civ. 27 mai 1913. S. 1913, 1, 575. — Cass. civ. 13 fév. 1878. S. 1878, 1, 325. — Cass. civ. 6 juill. 1904. S. 1905, 1, 293.

² Cass. 25 juin 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 121. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 106.

³ V. not. Cass. 27 mai 1905. S. 1906, 1, 285. — Cass. ch. réunies, 31 janvier 1906. S. 1906, 1, 357. S. 1909, 1, 348. — Cass. 10 nov. 1903. S. 1904, 1, 93. D. 1905, 1, 411. Pand. fr. 1904, 1, 223. — Cass. civ. 2 mars 1903. S. 1903, 1, 190. *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 650.

⁴ Cass. civ. 26 janv. 1898. S. 1898, 1, 238. D. 1900, 1, 80. — Cass. civ. 5 février 1900. S. 1900, 1, 237. — Toulouse, 10 juin 1887. S. 87, 2, 245. — Cass. civ. 25 juin 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 117. — Angers, 18 déc. 1912. Gaz. Trib. 1913, 1^{er} sem., 2, 116. — Cass. civ. 4 août 1913. S. 1914, 1, 46.

⁵ Cass. civ. 1^{er} déc. 1896. D. 97, 1, 563. — Cass. 3 nov. 1909. S. 1910, 1, 44. — Cass. 27 déc. 1909. S. 1910, 1, 590. — Cf. Cass. civ. 30 janv. 1907. Pand. fr. 1907, 1, 209.

⁶ Cass. civ. 23 oct. 1912. S. 1913, 1, 165. — Trib. comm. Pau, 7 déc. 1910. Gaz. Pal. 1911, 1, 203.

⁷ Cass. civ. 25 janv. 1898. D. 1900, 1, 150.

⁸ V. not. Cass. civ. 26 janv. 1898. S. 1898, 1, 238. — Civ. 30 mars 1915. S. 1920, 1, 277. Cass. 6 mai 1903 et 10 nov. 1903. — Cf. une conséquence au point de vue pénal. Cass. crim. 8 nov. 1907. S. 1907, 1, 470.

peu exacte, car si la compagnie est censée connaître ses tarifs, comment peut-elle ensuite réclamer des surtaxes. En réalité il faut dire que les transports se font forcément aux conditions des tarifs et qu'on ne peut par des mesures indirectes en atténuer l'application, même sous prétexte de dommages-intérêts fondés sur l'erreur fautive.

273. — Cette jurisprudence a été approuvée par certains auteurs¹ qui admettent qu'autrement on arriverait à une réduction de tarifs. Mais certains auteurs récents² ont montré qu'il était très grave de rendre la compagnie irresponsable de sa faute et de déroger ainsi à l'art. 1382 et à l'art. 1384. Ils ont montré qu'il était très fâcheux de décider qu'un commerçant ayant établi ses conditions de vente en se fiant aux prix de transport indiqués par les agents de la compagnie, ne pourrait ensuite obtenir aucune indemnité s'il a été induit en erreur.

La jurisprudence a vu elle même la gravité de ses solutions qui dérogent à l'art. 1382, aussi dans les motifs des arrêts³, elle réserve le cas de fraude du transporteur.

Malgré la gravité de cette solution, la jurisprudence nous paraît dans son principe devoir être approuvée. Le principe d'égalité impose la solution admise. Mais l'interprétation en a exagéré la portée en l'appliquant au cas de tarifs publiés, ou de pratique constante de la compagnie. En pareil cas il est certain que plusieurs expéditeurs ont dû profiter de la faute de la compagnie, c'est violer l'égalité, sous prétexte de la protéger que de ne pas tenir compte de la faute pour refuser la surtaxe.

Sans doute avec ce système, les expéditeurs qui viendront plus tard ne pourront plus invoquer cette pratique. Mais

¹ Lyon-Caen et Renault, III, n. 741. — Sarrut, *Législ. des transports*, n. 583 et 584. — Feraud Giraud, I, n. 412 et suiv.

² Thaller et Josserand, n. 259. — Dereux, *op. cit.*, p. 125-156.

³ Cass. civ. 8 juillet 1903. D. 1905, I, 288. Cf. Cass. civ. 19 fév. 1909. S. 1909, I, 523. — Bordeaux, 13 mai 1913. S. 1914, 2, 119. — Civ. 30 mars 1915. S. 1920, I, 277.

la raison de l'égalité des tarifs, c'est d'assurer la même situation à des expéditeurs contemporains et non à des expéditeurs de périodes différentes, car les expéditeurs contemporains sont seuls en concurrence. Ensuite toute modification régulière du tarif rompt l'égalité entre les expéditeurs successifs.

En tous cas, l'égalité étant la seule raison d'être pour écarter l'art. 1382, la jurisprudence a agi très logiquement en admettant l'action en dommages-intérêts contre la Compagnie qui a violé les tarifs, lorsqu'elle est exercée par des tiers victimes de cette violation¹. En effet ici l'action en indemnité vise à rétablir l'égalité entre les concurrents et non plus à la détruire².

274. — La jurisprudence donnée pour les tarifs de chemin de fer nous semble devoir être généralisée et étendue à tous les cas où sous le contrôle de l'autorité publique il est établi des taxes ou tarifs ayant pour but de maintenir l'égalité³, par exemple, les taxes d'abattoir⁴, les taxes pour mesurage d'étoffes à un bureau de mesurage municipal, les taxes pour concession d'eau par une ville, etc.⁵.

Mais les mêmes principes s'appliqueraient-ils à l'erreur tenant à l'oubli de règlements privés comme un contrat collectif de travail ? L'ouvrier qui s'est engagé à un prix inférieur au tarif collectif peut agir en nullité pour une erreur déterminante. Mais s'il a consenti à un salaire peu

¹ Cass. Req. 21 avril 1868. D. 68, 1, 430. — Cass. Req. 3 fév. 1869. S. 69, 1, 222. D. 69, 1, 371. — Cass. Req. 18 janv. 1870. D. 70, 1, 267. Cass. civ. 15 nov. 1871. D. 71, 1, 206. — Toulouse, 7 nov. 1910. Gaz. Pal. 1911, 1, 204.

² V. en ce sens, Thaller et Josserand, n. 255. — Lyon-Caen et Renault, III, 737 bis.

³ Rappr. sur l'idée que l'autorité doit traiter les particuliers de façon très égalitaire. Paris, 20 nov. 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 446. *Revue de dr. civil*, 1913, p. 184. — Trib. de Rethel, 30 janvier 1908. Gaz. Pal. 1908, 1, 535. *Revue de dr. civil*, 1908, p. 354.

⁴ V. sur la possibilité de répéter ce qui a été payé en vertu d'une taxe d'abattoir illégale. Cass. req. 10 nov. 1908. S. 1910, 1, 435.

⁵ Cf. pour les douanes, Cass. civ. 11 mars 1873. D. 1873, 1, 206.

inférieur à celui du tarif, on peut dire que l'ouvrier peut sur un point secondaire. Il nous semble qu'il est plus exact de dire que l'ouvrier peut encore réclamer le tarif collectif. La théorie de l'erreur ne permet pas de le dire. Mais le but du contrat collectif qui est de réglementer le travail de façon égalitaire conduit à cette solution. La loi du 25 mars 1919, art. 319 impose aujourd'hui expressément cette solution¹.

275. — De même en cas d'erreur ayant empêché l'application d'une loi d'ordre public, l'erreur doit être rectifiée et la convention modifiée pour permettre l'application de la loi. Ainsi un ouvrier victime d'un accident du travail ayant passé pour n'être atteint que d'une incapacité temporaire et le paiement du demi salaire ayant au besoin cessé, l'ouvrier peut prétendre qu'il y a eu erreur et peut demander la révision pour incapacité permanente².

Et il ne semble pas que ce droit pourrait être atténué par la faute commise en ne demandant pas de suite une rente. Car le droit d'invoquer des solutions d'ordre public ne peut pas être restreint par la menace de l'art. 1382 Civ.

Nous donnerons la même solution si un ouvrier victime d'un accident du travail a demandé par erreur moins que la rente à laquelle il a droit³.

De même il faudrait rectifier la convention sans allouer d'indemnité, si un ouvrier par erreur promettait un travail dans des conditions contraires aux lois d'ordre public qui réglementent le travail.

¹ V. sur les contrats particuliers en opposition avec le contrat collectif. Demogue, note sous Cass. civ. 23 déc. 1908. S. 1911, 1, 369. — Cf. infra *Contrats de réglementation*.

² Lyon, 9 février 1912. Gaz. Trib. 1912, 2^e sem., 2, 217. — Cass. civ. 12 avril 1905. D. 1905, 1, 225. — Cass. civ. 16 mai 1905. D. 1907, 1, 458. — Cass. civ. 13 fév. et 29 mai 1906. Gaz. Pal. 1906, 1, 320 et 2, 46. — Cass. civ. 31 juill. 1906. D. 1907, 1, 458. — Cf. Sachet, *Acc. du trav.*, II, n. 1358.

³ Cass. civ. 15 janv. 1908. Gaz. Pal. 1908, 1, 142. V. Sachet, *Accidents du travail*, II, n. 1236.

De façon plus générale tout acte dressé contrairement à des principes d'ordre public est nul ou doit être rectifié.

Ainsi on annulera les actes de l'état civil qu'un maire a dressé par erreur pour des personnes étrangères à sa commune¹.

Il n'y a à ce principe que deux exceptions : Si un jugement définitif est entaché d'erreur, il reste irrévocable, sauf si on est dans les cas limités indiqués par l'art. 480 Proc. où il y a lieu à requête civile.

Ensuite il y aurait maintien de l'acte en cas d'erreur commune.

De la maxime : *error communis facit jus*.²

276. — La seconde limitation à l'effet de l'erreur vient de la maxime : *error communis facit jus*³.

Cette maxime venue du droit romain, transmise par notre ancien droit⁴ n'est consacrée dans le droit moderne par aucun texte. Seul un avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 en parle assez nettement dans un cas très spécial. Avant de voir si cette formule est encore admissible aujourd'hui, il faut examiner dans quelles conditions son application peut être proposée : cela fera ressortir son utilité.

A prendre cette maxime à la lettre, il n'y aurait presque pas d'effet juridique attaché à l'erreur : la théorie en serait

¹ V. trib. Reims, 9 avril 1914. Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem., 2, 399.

² V. Répertoire alfab. du dr. français, v^o *Erreur*, n. 79 et suiv.

³ V. à ce sujet. Valabrègue, *La maxime error*. *Rev. critique*, 1890. p. 30. — Loniewski, *La maxime error*, thèse d'Aix, 1905. — Morin, *A propos de la maxime. Error*. — *Annales d'Aix*, t. II, n^o 1. — Algin, *Etude sur la règle: Error communis facit jus*, thèse de Paris, 1912. — Wahl, *Revue de dr. civil*, 1908, p. 125.

⁴ V. not. Algin, thèse citée, p. 12-23.

pour ainsi dire étouffée. Cette opposition apparente signalée par les auteurs ¹ a besoin d'être expliquée.

Quant une erreur a été le fait non d'une personne isolée, mais des divers participants à un acte juridique et d'un très grand nombre de tiers, surtout si cette erreur est excusable, la sécurité dynamique, le besoin de se fier à certaines apparences font que l'on doit se préoccuper de protéger les victimes de l'erreur ². La maxime a donc raison d'intervenir. Mais deux situations de fait sont à distinguer.

Si l'application de cette maxime ne lèse aucun intérêt : si le fait de l'erreur n'a causé de préjudice à personne, la maxime ne rencontrant aucun obstacle s'appliquera. Ce sera le cas où il s'agira d'une simple règle de forme (erreur sur la capacité d'un témoin, etc.).

Si au contraire l'application de cet adage se heurte à des intérêts très sérieux : désir légitime de consacrer la vérité, désir de protéger le véritable propriétaire, on ne l'appliquera pas toujours. Les textes, ou à défaut la jurisprudence fixeront son étendue d'application. C'est le cas lorsqu'il s'agit de la possession d'état, ou de la possession, spécialement pour l'ayant cause de l'héritier apparent.

277. — Quelles conditions l'erreur commune doit elle remplir pour avoir un effet juridique ? ³

L'erreur doit d'abord, comme son nom l'indique, être partagée par un grand nombre de personnes, non seulement les contractants, mais le public. En second lieu, il faut com-

¹ V. Planiol, 6^e éd., I, p. 107, note 1.

² Il faut même aller plus loin parfois et protéger la situation de fait connue comme bl. Cart. ce qu'on fait pour les représentants permanents, les fonctionnaires de fait. V. sur ce dernier cas : Théodule Rousseau, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, thèse Lille, 1914. — Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*. *Revue de droit public*, 1914, p. 48 et *Princ. de dr. admin.*, 2^e éd., p. 441 et suiv.

³ V. à ce sujet Loniewski, *Rôle actuel de la maxime : error communis facit jus*, thèse d'Aix, 1905, p. 104-166.

me le dit Pothier¹ que « le public ait un juste sujet de croire. » Certains auteurs ont conclu de là qu'il fallait un titre de l'autorité compétente pour expliquer l'erreur commise, ce qu'ils appellent un titre coloré². Mais la plupart des auteurs et la jurisprudence³ ne formulent pas cette exigence. On a argumenté en ce sens de l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 qui a déclaré jouir de l'authenticité les extraits des actes de l'état civil délivrés par les secrétaires de mairie qui se croyaient investis du droit de les délivrer sans rien exiger de plus. Mais cet argument a été contesté, car les secrétaires de mairie ont été l'objet d'une nomination.

On doit surtout invoquer ce fait que l'erreur peut dans certains cas être plausible⁴, presque invincible, sans qu'il y ait acte de l'autorité pour l'expliquer. Un notaire peut par erreur prendre comme témoin un parent d'une partie en cause, sans avoir pour cela demandé à ce témoin de produire sa généalogie, ce qui est inusité.

278. — L'erreur commune est efficace lorsque c'est une erreur de fait. En est-il de même si c'est une erreur de droit?

On a prétendu que l'erreur de droit ne permettait pas d'invoquer l'adage : *error communis*, parceque nul n'est censé ignorer la loi. On a donc opposé au brocard sur l'erreur commune un autre brocard plus célèbre. Mais celui-ci, nous l'avons plus haut, n'a pas en matière civile la force absolue qu'on veut ici lui prêter. Cette force n'existe qu'en matière

¹ *Traité de la puissance maritale*, 2^e partie, n. 28.

² V. trib. Vervins, 1^{er} fév. 1901. Gaz. Trib. 1901, 2^e sem., 2, 371. Merlin, Rep. v^o *Témoins testamentaires*, § 2, n. 3.

³ Montpellier, 17 avril 1847. S. 47, 2, 441. — Douai, 26 mars 1873. S. 73, 2, 258. Cass. Req. 6 mai 1874. S. 74, 1, 471. Cass. Req. 1^{er} mai 1874. S. 75, 1, 254. Cass. Req. 12 déc. 1882. S. 83, 1, 459. — Paris, 16 janv. 1874. S. 1874, 2, 137. — Huc, V, n. 270.

⁴ Cf. Jèze, *Princ. gén. de dr. admin.*, 2^e éd., p. 434 qui exige une investiture plausible du fonctionnaire de fait.

pénale¹. C'est d'ailleurs une façon de raisonner défectueuse que d'objecter à l'application d'un adage un autre adage sans sonder sa raison d'être.

On a dit aussi que tenir compte de l'erreur de droit, c'était admettre l'abrogation des lois par la désuétude. Mais c'est établir une confusion. Admettre l'abrogation par désuétude, c'est dire qu'une loi constamment méconnue dans le passé ne sera plus respectée dans l'avenir. Appliquer l'adage aux erreurs de droit, c'est dire que tout en permettant de faire observer la loi dans l'avenir, on sera indulgent pour les faits passés, pour les actes faits, pendant la période où en fait la loi a subi une sorte d'éclipse¹. Au contraire, non seulement on peut dire qu'il est nécessaire pour la sécurité des transactions de tenir compte d'erreurs de droit souvent faciles à commettre, mais on peut faire observer que divers textes du droit actuel prévoient précisément des erreurs communes sur la portée de la loi pour en tenir compte.

L'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 qui reconnut force authentique aux extraits d'actes de l'état civil délivrés par les secrétaires de mairie visait une erreur de droit.

Il fut de même de la loi du 4 septembre 1807. On avait pensé à tort que les bordereaux d'inscriptions hypothécaires n'avaient pas à contenir la date d'exigibilité de la créance. Cette loi a validé les bordereaux dressés précédemment, à condition de les régulariser dans les six mois. C'était tenir un certain compte de l'erreur de droit.

De même la loi du 21 juin 1843 valida les actes notariés antérieurs où par suite d'une interprétation inexacte, on s'était dispensé de la présence réelle du notaire en second, se contentant de sa signature. La jurisprudence incline plu-

¹ V. Bressolles, *De la règle : nemo legem ignorare censetur*. *Revue de législation*, tome 17 et 18, p. 602 et 158. Dereux, *Etude critique de l'adage : nul n'est censé ignorer la loi*. *Revue de droit civil*, 1907, p. 513.

² Solan, *Des nullités*, n. 381.

tôt à tenir compte de l'erreur de droit. Sans doute les deux arrêts fameux de la cour de cassation du 25 janvier et du 16 novembre 1841 qui ont annulé des actes notariés dressés sans la présence réelle de notaire en second ou des témoins ont rejeté implicitement l'effet de l'erreur de droit ¹.

Mais d'autres arrêts ont consacré implicitement l'effet d'une fausse interprétation de la loi ².

De même si des profits ont été perçus par un officier ministériel plus ou moins légitimement, mais en vertu d'une erreur commune, si la loi interdit ensuite ces profits, on ne peut pour cela diminuer le prix de vente de l'office établi en en tenant compte ³.

279. — Lorsque les conditions précédentes se trouvent remplies, faut-il admettre que l'adage *error communis* a un certain rôle.

Les textes du code civil sont muets sur cet adage. Mais le droit romain l'avait admis à propos d'un esclave qui avait été nommé prêteur ⁴. De là l'adage fut consacré par les glossateurs, puis en France, il passa dans la jurisprudence dès le XVI^e siècle ⁵ et chez les auteurs ⁶.

Mais au XIX^e siècle seul l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 le consacre nettement. « De tout temps et dans toutes les législations, dit-il, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu prévoir ni empêcher. »

¹ Civ. 25 janv. 1841. S. 1841, 1, 105. — Req. 16 nov. 1841. S. 1842, 1, 128.

² Cass. civ. 15 germ. an XII, Dall. Rep. v^o Lois, n. 533, note 1. — Douai, 17 août 1822.

³ Bourges, 28 janv. 1853. D. 53, 2, 1. Lyon, 8 mai 1884. D. 84, 2, 219. Cass. 3 juin et 29 juin 1885 (2 arr.). D. 86, 1, 25.

⁴ Dig. loi 3 l. I, titre XIV. *De offic. praet.*

⁵ V. Loniewski, p. 22-26, et le rapport de M. le conseiller Monod. Scr., 1884, 1, 13. Valabrègne, *op. cit.*

⁶ Furgole, *Testament*, chap. 3, sect. 1^o, n. 7. — Ricard, *Donations*, 1^{re} partie, n. 1357. — Pothier, *Introd. à la coutume d'Orléans*, titre XVI, n. 14.

Laurent en a conclu que la maxime était inadmissible aujourd'hui¹ faute de texte. Mais pour la justifier, on peut outre l'avis du Conseil d'Etat, qui prouve que la maxime ne répugne pas au législateur² invoquer des arguments rationnels sérieux.

M. Morin³ propose de rattacher la maxime à l'idée de risque ou d'abus du droit. Le propriétaire véritable est tenu de respecter l'aliénation faite par l'héritier apparent parce que son inaction à réclamer son bien a créé un risque dont il est responsable. L'individu est tenu envers la société de ne pas gêner le crédit⁴.

Cette explication qui est séduisante ne peut nous suffire ici, car elle ne peut être utile que dans un cas d'application de la maxime : celui d'actes faits par un propriétaire apparent.

La justification de la règle *error communis facit jus*, se trouve dans les nécessités des affaires, dans la sécurité dynamique. On a besoin pour agir d'avoir une certaine sécurité, dès que l'on s'est conduit prudemment. On est obligé pratiquement de se fier à certaines apparences, à certaines vraisemblances, car nous ne savons jamais le tout de rien. Quand

¹ XIII, n. 281 et suiv. V. aussi Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 22. Contrà Demolombe, XXI, n. 220. — Larombière, art. 1317, n° 4 et 7. Cf. Aubry et Rau, VII, 4^e éd., p. 121, notes 27 et 28. — Baudry Lecontinerie, II, n. 800, XI, n. 2007 et 2205, XIV, n. 2174.

² Il ne faut pas en exagérer d'ailleurs la portée. M. Wahl remarque avec raison qu'on ne peut donner force de loi à un simple motif d'avis, alors que les motifs des lois n'ont pas cette valeur. V. note sous Cass. 17 juillet 1907. S. 1907, I, 403.

³ *A propos de la maxime : error...* Ann. des Facultés d'Aix, II, n. 1, p. 27 et suiv.

⁴ V. de même, Algin, thèse citée, p. 104 et suiv. V. déjà cette idée en germe dans Iozon, *Aliénation par l'héritier apparent*. Revue pratique, XIV, p. 377 qui invoque l'art. 1382.

nous avons agi avec prudence, nous devons être protégés, même si nous nous sommes trompés¹.

Et cela est surtout vrai lorsque le maintien des actes faits intéresse non pas quelques personnes, mais des collectivités étendues. Ici il est vrai de dire que l'on tient compte de la croyance générale, que celle-ci est au fonds la base du droit. Ainsi se fixe la limite entre l'application de notre règle et la théorie ordinaire de l'erreur dans les actes juridiques.

Coviello² a critiqué l'admission de notre maxime en disant qu'on ne pouvait la fonder sur la protection de la bonne foi, qui est exceptionnelle. Mais ce n'est pas une raison pour ne pas la fonder, dans le silence des textes sur les nécessités sociales qui font protéger la bonne foi.

Il a dit aussi qu'on ne pouvait faire reposer cette théorie sur la protection de l'erreur non fautive, car d'ordinaire l'erreur même non fautive entraîne nullité. Cela est vrai lorsque cet erreur n'est partagée que par quelques personnes. Mais la question est différente lorsqu'il s'agit d'une erreur générale.

D'ailleurs lui-même tout en rejetant la maxime reconnaît la nécessité de valider les actes des fonctionnaires irrégulièrement nommés jus'qu'à annulation de leurs titres. Il se fonde pour cela sur une raison qui valide les actes de ces fonctionnaires même hors le cas d'erreur : le devoir de considérer comme tel tout officier public qui a un titre. Mais cette nécessité de fait qui justifie plus que la règle *error communis*... loin de la faire rejeter, doit plutôt contribuer à la faire admettre.

Dans un domaine très voisin de celui de l'erreur commune et se mêlant en partie avec lui, on peut faire remarquer que

¹ V. Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^e éd., p. 441-527. — Loniewski, *thèse précitée*, p. 80-89. — Cf. sur la sécurité dynamique nos *Notions fondamentales*, p. 70 et suiv. Rappr. Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 36 et suiv.

² *Dir. civile italiano*, I, p. 326-328.

toutes les fois qu'il y a un acte fait par un fonctionnaire de fait, un gouvernement de fait, cet acte doit être maintenu que les intéressés aient connu ou non l'irrégularité de la nomination de celui qui exerce le pouvoir. Parfois il y a nécessité de s'adresser au fonctionnaire de fait. En tous cas, il y a de tels intérêts à ne pas détruire les actes du pouvoir irrégulier que ce serait une opinion bien téméraire que de les déclarer nuls, soit s'il y a erreur, soit s'il n'y en a pas.

280. — Dans quel cas pratique la maxime error communis est-elle applicable ? Elle l'est lorsqu'il s'agit d'une simple règle de forme qui n'a pas été observée. Pour les actes solennels, il n'y a pas nullité si les témoins instrumentaires n'ont pas les qualités requises et qu'ils aient passés aux yeux de tous pour les avoir. Ainsi il a été jugé fréquemment qu'un témoin en matière de testaments, se trouvant incapable à l'insu de tous il n'y avait pas nullité¹. Cette solution doit être généralisée et étendue à tous les actes pour lesquels la présence de témoins est requise, par exemple une donation², un contrat de mariage³. De même lorsque par suite d'une erreur commune un acte a été passé devant un officier ministériel incompétent, cet acte est valable.

Cela a été jugé pour un notaire recevant un testament hors de son ressort, à une époque où ceux-ci étaient moins bien délimités qu'aujourd'hui⁴.

¹ Cass. Req. 18 janv. 1830. S. chr. Aix. 30 juillet 1838. S. 39, 2, 85. Cass. Req. 24 juillet 1830. S. 39, 1, 653. D. Rep. v^o *Disposition*, n. 3216. — Cass. Req. 1^{er} juillet 1874. S. 75, 1, 254. D. 75, 1, 157. Paris, 16 janvier 1874. D. 1875, 2, 39. — Cass. Req. 6 mai 1874. S. 74, 1, 471. D. 74, 1, 412. — Valabrègue, n. 40 et suiv.

V. Demolombe, *Don.*, IV, n. 220. — Laurent, XIII, n. 281. — Aubry et Rau, VII, § 670, note 28. — Baudry et Colin, II, n. 2205. Mais l'erreur doit être explicable par certaines pièces présentées. Trib. Vervins, 1^{er} fév. 1901. Gaz. Trib. 1901, 2^o sem., 2, 371.

² Douai, 13 août 1884. S. 1884, 2, 189. P. 1884, 1010. — Cass. Req. 12 déc. 1882. P. 1883, 1153. S. 1883, 1, 459.

³ Cass. 28 juin 1831. P. chr. Algin, p. 53.

⁴ Angers, 30 mai 1817. S. chr. D. Rep. v^o *Obligations*, n. 3245. *Contrà* Hue, VI, n. 283. — Baudry et Colin, n. 2007. — Valabrègue, n. 26. —

La même solution doit être donnée lorsqu'en fait une personne a exercé les fonctions d'officier public sans avoir été régulièrement nommée¹ ou était suspendue, destituée².

La question s'est surtout posée en pratique pour des conseillers municipaux auxquels le maire avait irrégulièrement délégué les fonctions d'officier d'état civil.

La Cour de cassation, malgré les conclusions du procureur général Barbier et le rapport du conseiller Monod a évité de se prononcer sur la maxime³.

Dans une question voisine d'état civil, des textes spéciaux ont consacré cette solution : la loi du 6 janvier 1872 a validé les actes reçus après le 4 septembre 1870 par les personnes qui avaient l'exercice public des fonctions municipales ou celles d'officier d'état civil à quelque titre et sous quelque nom que ce soit. La loi du 19-23 juillet 1871 après avoir dit que les actes reçus à Paris par les fonctionnaires de la commune seraient bâtonnés, ne les considère pas cependant comme non avenus.

Il faut ajouter que dans tous les cas où un acte a été fait ou reçu par un fonctionnaire de fait, cet acte peut être parfois validé en vertu de l'idée d'état de nécessité. Il y a des cas où il était en fait impossible de s'adresser à une autre personne que l'autorité de fait. Quand il n'y a que des fonctionnaires nommés par l'insurrection, ou par l'ennemi en état d'occupation, à quelle personne autre s'adresser si on a un acte à faire rédiger ?

¹ Valabrègue, *op. cit.*, n. 25. Larombière, art. 1312, n. 7. Aubry et Rau, VIII, p. 200. Algin, p. 40. Bonner, II, n. 471, contra Laurent, XIX, n. 107.

² Valabrègue, n. 28, contra Turin, 21 avril 1807. P. Chr.

³ Cass. civ. 7 août 1883. S. 84, 1, 5 avec note de M. Labbé. D. 84, 1, 5 avec note de M. Ducrocq. Paris, 20 août 1883. S. 84, 2, 20. Trib. de La Roche-sur-Yon, 13 mars 1883. D. 83, 2, 49 avec note de M. Ducrocq. S. 84, 220 qui déclare seulement les mariages annulables suivant les circonstances. Bastia, 21 janvier 1846. S. 1847, 2, 110. P. 46, 1, 343. — Cf. Cass. crim., 28 avril 1883. S. 84, 1, 46. D. 83, 1, 273. — V. Beudant, I, n. 99. Baudry et Honques Fourcade, II, n. 800. — Jèze, *Princ. gén. de dr. admin.*, 2^e éd., p. 474.

De même lorsqu'un fonctionnaire a fait des actes qui excédaient sa compétence, ses actes sont valables, s'il y a erreur commune ¹.

Dans le même cas d'erreur commune est valable la nomination d'un tuteur par un conseil de famille irrégulièrement composé ². De même sont valables les actes faits par un tuteur en vertu d'une délibération de conseil de famille irrégulière ³ ceux faits par un syndic irrégulièrement nommé ⁴.

281. — Mais dès qu'une règle de forme n'est plus une formalité assez arbitraire, et que la forme donne plus de garantie à l'acte, l'application de la maxime est plus discutable.

Ainsi il a été jugé que l'erreur commune sur la nationalité d'une personne appelée à un conseil de famille n'empêche pas la nullité ⁵. Cela est assez discutable, bien que le membre du conseil en soit pas un simple témoin et ait à prendre la parole.

Mais quand une femme mariée passe aux yeux de tous pour veuve, la jurisprudence tend avec plus de raison à tenir compte de cette erreur commune ⁶ et elle déclare les héritiers de la femme non recevables à demander la nullité. Cette solution suppose une croyance générale partagée ou non par la femme sans que l'on constate une faute de celle-ci ayant consisté à tromper les tiers par des manœuvres frauduleuses.

Elle est conforme à la tradition : déjà Pothier admettait

¹ Alger, 22 février 1858. S. 58, 2, 549. — Contrà Rouen, 4 janv. 1844. S. 44, 2, 454.

² Colmar, 27 avril 1813. P. chr. Montpellier, 12 mars 1833. P. chr. S. 1834, 2, 42. Valabrègue, *op. cit.*, n. 55. — Algin, p. 57.

³ Cf. Cass. Req. 3 avril 1838, P. 38, 1, 451. S. 1838, 1, 368. — Grenoble, 4 juin 1836. S. 1837, 2, 109. — Douai, 1^{er} août 1838. S. 40, 2, 21. — Valabrègue, *op. cit.*, p. 59.

⁴ Cass. Req. 25 mars 1823. P. chr. S. chr.

⁵ Paris, 21 mars 1861. S. 61, 2, 209, et le rapport du conseiller qui refuse d'étendre la maxime aux actes ne se suffisant pas à eux-mêmes, mais sans en donner de raison.

⁶ Req. 28 mars 1888. S. 91, 1, 294. D. 88, 1, 361. — Agen, 8 nov. 1822. S. 32, 2, 563. — Cass. Req. 30 août 1808, S. chr.

ici l'adage : *error communis*...¹ Mais elle paraît contestée par les auteurs modernes².

La tendance à accepter comme valable l'acte d'une femme qui passait pour capable pourrait-elle être généralisée ? Si par hasard un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, un mineur dont on ignore l'âge passaient universellement pour capables, on ne pourrait à notre avis considérer les actes passés par eux comme valables. Car derrière l'incapacité légale, il y aurait un principe d'ordre public qu'il serait dangereux de méconnaître

282. — Dans une catégorie spéciale de cas au contraire, l'erreur commune aura pour conséquence de faire maintenir les actes par la jurisprudence. Lorsque l'acte accompli en vertu d'une erreur commune produit non pas un simple contrat, mais une institution permanente, l'application des principes ordinaires de l'erreur amènerait de tels cataclysmes que la règle *error communis* devra être admise sans difficulté. Cela peut se produire dans divers ordres de cas plus spécialement en matière de représentation et de société.

Quand un représentant permanent a accompli des actes qu'il paraissait avoir le droit de faire, il est admis que ces actes sont valables, malgré l'erreur commise : le représenté est obligé, par suite le tiers ne peut demander la nullité d'un acte qui ne lui préjudicie pas⁴.

La même solution doit être donnée pour les organes de personnes morales irrégulièrement désignés. Une erreur, une irrégularité ont fait proclamer administrateurs, président de société des personnes qui n'avaient pas obtenu la

¹ Puissance de mari, n. 28 et 54. Tome VII, éd. Bugnet.

² Baudry et Houques Fourcade, III, n. 2382. Cf. Planiol, I, n. 901. *Contra* Demolombe, IV, n. 332. Valabrègue, n. 67. — Algin, p. 59.

³ *Contra* Valabrègue, n. 69.

⁴ Rappr. en droit public la théorie sur les actes des fonctionnaires de fait. V. à ce sujet : Théodule Rousseau, *Essai d'une théorie générale de la fonction et des fonctionnaires de fait*. Thèse Lille, 1914, p. 90 et suiv.

majorité des voix, ou qui avaient été élues dans une assemblée irrégulièrement convoquée ou tenue. Les actes fait par eux avant que la nullité de leur nomination ne soit demandée seront valables. Les tiers ne pourront se prévaloir de l'erreur commise¹.

De même si un tuteur légal se trouve exclu et a cependant exercé ses fonctions et plus généralement toutes les fois qu'il a eu tutelle de fait²; les actes sont valables³ ou si les autorités d'une association irrégulièrement nommés admettent de nouveaux membres⁴. Ainsi s'explique la théorie de la tutelle de fait dans des cas nombreux⁵. Ces solutions concordent avec la plus récente jurisprudence du conseil d'Etat qui annule les nominations irrégulières de fonctionnaires en tant qu'elles préjudicient aux droits des demandeurs⁶.

On peut rattacher dans une certaine mesure à ces idées l'art. 196 Civ. qui permet à la possession de l'état d'épouse de couvrir les nullités de l'acte de mariage⁷. Mais cet article dépasse de beaucoup notre solution. Il protège même les personnes de mauvaise foi. Mais par ailleurs il est plus étroit. Il ne couvre que certains vices : ceux de l'acte de mariage.

En dehors du droit civil, on peut y rattacher cette idée

¹ Rappr. sur les cas voisins en droit public, Théodule Rousseau, thèse précitée.

² V. sur ce point : Sumien, *Les tuteurs de fait*. *Revue de dr. civil*, 1903, p. 781, qui rattache la tutelle de fait à la nécessité de protéger le mineur, mais n'examine pas la nécessité de protéger aussi les tiers.

³ Colmar, 25 juillet 1812. P. chr. cité par Valabrègue, n. 57.

⁴ V. cep. contrà trib. paix Paris, 16 janv. 1913. D. 1913, I. 93. *Revue de droit civil*, 1913, p. 435.

⁵ Les monographies manquent souvent d'explication sur cette théorie. V. Lory, *La tutelle de fait*, Poitiers, 1909.

⁶ V. Cons. d'Etat, 20 déc. 1912 et les observations de M. Jèze, *Rev de droit public*, 1913, p. 85.

⁷ V. sur cette question, Crémieu, *De la possession d'état d'époux*. *Revue critique*, 1909, p. 564.

qu'un État est tenu des dettes assumée en son nom par un gouvernement de fait ¹.

283. — Lorsqu'une société se constitue, elle peut être entachée d'irrégularités qui la rendent nulle. En fait, le public, même les personnes qui traitent avec la société ignorent la cause de nullité. Souvent même les associés, les gérants ignoreront eux aussi l'irrégularité commise. Donc pratiquement nous serons en face d'une erreur commune.

Les tiers qui auront traité avec les gérants de la société bénéficieront du droit de poursuivre les biens mis en société dans les mêmes conditions que si la société était valable. Ils ne pourront donc invoquer la nullité pour erreur sur la personne, puisqu'ils seront traités comme si l'acte était valable. La règle *error communis* va donc supprimer ici une action en nullité.

De même les associés entre eux bénéficieront de l'erreur commise en ce sens qu'ils liquideront la société d'après le pacte social. Sans doute la société ne pourra plus subsister dans l'avenir, car autrement on arriverait à aborger les textes établissant des nullités, mais la société sera respectée dans le passé.

Ainsi la théorie de la société de fait qui repose sur les besoins de la sécurité dans les transactions concorde parfaitement avec la règle *error communis*, inspirée elle aussi par la nécessité pratique de tenir compte des apparences sérieuses. Ainsi se trouve expliquée une jurisprudence très abondante sur ces sociétés, jurisprudence qu'il est difficile à première vue de rattacher à des principes ².

¹ V. Robinet de Cléry, *Des emprunts par des souverainetés de courte durée. Revue pratique*, IXL, p. 419.

² V. sur cette jurisprudence Henry Loubers, *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait* (qui l'explique par la réalité de la personne morale). Thèse Paris, 1908. — Delucenay, *Des sociétés de fait*, thèse de Dijon, 1910. — Hemard, *Des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, p. 383 et suiv. — Manara, *A propos des sociétés comm. irrégulières. Ann. dr. comm.*, 1912, p. 339. — Cass. civ 15 juin 1910 D:

Ainsi s'explique que la nullité de la société ne puisse être opposée par les actionnaires à qui on réclame leur complément de versement¹ que les intérêts courent de droit au profit de l'associé qui a prêté de l'argent à la société, et cela dès le jour du prêt² que les intérêts stipulés pour ces avances soient dus par la société³.

Mais dans les rapports entre les associés et les créanciers sociaux, ou dans les rapports entre les tiers, la jurisprudence est beaucoup moins nette. Les tiers ont le choix de considérer la société comme valable ou comme nulle⁴ et les tiers entre eux peuvent s'opposer la nullité⁵. Mais cela n'empêche pas la société d'obtenir un concordat par abandon d'actif⁶.

En tous cas, conformément aux idées que nous avons exposées, la jurisprudence déclare valables les négociations d'actions des sociétés nulles⁷ ce qui est bien, entre les tiers considérer la société comme ayant eu une certaine existence.

284. — En dehors de ces cas, pour des motifs analogues,

1913, 1, 35 et les renvois. — Cf. Bonelli, *Sulla teorica delle societe irregolare. Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. 9 et 112. — Bonelli, id. *Archivio giuridico*, 1897. — Lacour, n. 214 et 502 et suiv. — Arthuys, *Ex. doctr. Revue critique*, 1898, p. 350. — Thaller, *Ex. doctr. Rev. critique*, 1886, p. 276.

¹ V. not. Cass. civ. 18 juillet 1906. D. 1908, 1, 21.

² Cass. civ. 26 mars 1901. D. 1901, 1, 384. — Bruxelles, 1^{er} déc. 1893. Pas. 1894, 2, 203.

³ Paris, 4 déc. 1899. D. 1900, 2, 271.

⁴ V. Lacour, n. 503. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 786. — Req. 28 févr. 1859. S. 60, 1, 157. D. 59, 1, 408. — Trib. comm. Seine, 7 janv. 1887, la Loi 21 juillet 1887.

⁵ Cass. 17 mai 1870. Cf. Lyon-Caen et Renault, II, n. 786. — Contra Lacour, n. 504. — Thaller, n° 548 qui rejette cette solution pour le cas de défaut de publicité (n. 371, v. de même Lacour, n. 267).

⁶ Lyon, 18 mars 1884. *Journ. des Faillites*, 1884, p. 195. — Thaller, *Ex. doctrinal. Revue critique*, p. 296.

⁷ Paris, 28 avril 1887. S. 91, 1, 321. Orléans, 24 juillet 1890. S. 91, 2, 154. — Cass. civ. 9 nov. 1892. S. 93, 1, 361, 2 arr. Lyon, 23 janv. 1884. S. 84, 2, 49, note Lyon-Caen. V. Lacour, n. 509. — Thaller, n. 618 et *Rev. crit.*, 1883, p. 319. — Lyon-Caen, et Renault, II, n. 787. V. cep. trib. Seine, 8 janv. 1897. *Gaz. Trib.* 17 février 1897, où l'affaire se compliquait d'escroquerie.

la nullité pour erreur ou pour tout autre motif a encore été écartée par la jurisprudence : 1° pour les actes faits entre les tiers de bonne foi et un héritier apparent de bonne foi ou non¹ ; 2° pour l'hypothèque consentie par les prête-noms d'une congrégation non autorisée sur les biens de cette congrégation².

285. — Mais il ne faut pas aller plus loin dans l'application de la maxime. La même multiplicité de personnes menacées n'existe pas si un acte est fait par le propriétaire apparent d'un immeuble³ ou elle est plus rare s'il s'agit d'actes faits par un failli dont la faillite n'est pas terminée ou

¹ V. not. Cass. Req. 3 août 1815. S. chr. Cass. civ. 26 août 1833. S. 33, 1, 737. Cass. civ. 16 janv. 1843. S. 43, 1, 98. Req. 4 août 1875. S. 76, 1, 8. — Req. 3 juill. 1877. S. 78, 1, 38. D. 77, 1, 429. Cass. civ. 13 mai 1879. S. 80, 1, 26. D. 79, 1, 41. — Req. 4 août 1885. S. 86, 1, 120. D. 86, 1, 110. — Cass. civ. 26 janv. 1897, 2 arr. S. 97, 1, 313, et la note de M. Pascaud. D. 1900, 1, 33, et la note de M. Sarrot. — Charmant, *Rev. crit.*, 1902, p. 16. — Morin, *De la maxime error*, etc., p. 4. — Loniewski, *De la maxime error*, p. 184 et suiv. — Algin, p. 69. — Milliet, *La propriété apparente*, thèse Paris, 1901, p. 92 et suiv. — Crémieu, *De la validité des actes de l'héritier apparent*. *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 39, qui règle la maxime et invoque l'utilité sociale dont elle n'est qu'une traduction. Demolombe, XIV, n. 241 et suiv. — Jozon, *Aliénation par l'héritier apparent*. *Revue pratique*. XIV, p. 377. Contra Huc, V, n. 270 et I, n. 452. — Laurent, IX, n. 555 et suiv. — Planiol, III, n. 2060. — V. aussi Delacave, thèse de Grenoble, 1899. — Mailland, thèse Paris, 1904. — Baléster, thèse de Toulouse, 1909. — Cf. Baudry et Rau, VI, par. 616, note 2. Contra Wahl, S. 1907, 1, 403. — Baudry et Wahl, I, n. 936. — Wahl, *Revue de droit civil*, 1908, p. 127. — Championnière, *Revue de législation*, XVII, p. 239. — Satanescio, thèse de Paris, 1912. V. aussi de Berardinis, *Condizione giuridica dell'erede apparente*. *Archivio giuridico*, 1904, II, p. 247. Contra Wahl S. 1907. 1403.

² Cass. civ. 17 juillet 1907. D. 1908, 1, 11. S. 1907, 1, 403 avec note de M. Wahl. — Cass. Req. 17 déc. 1907. *Gaz. Pal.* 1908, 1, 102. S. 1908, 1, 396. — Paris, 5 juin 1905. S. 1907, 2, 275. — Paris, 12 juillet 1905. *Gaz. Pal.* 1905, 2, 158. — trib. Seine, 19 juillet 1905. *Gaz. Pal.* 1905, 2, 119. — Paris, 7 déc. 1907 et Aix, 9 déc. 1907. S. 1908, 1, 225 avec note de M. Wahl. Cf. Aix, 20 mars 1905. D. 1906, 2, 372.

³ Cf. Paris, 5 juin 1905. D. 1908, 2, 130 et la note de M. de Loynes (propriétaire en vertu d'un acte simulé). V. sur les actes faits par le propriétaire apparent supra n.

n'a été close que pour insuffisance d'actif¹. Ici la jurisprudence avec sagesse n'applique pas la maxime et juge le tiers assez protégé avec les règles de la prescription ou de l'article 2279.

De même la possession d'état d'enfant légitime ne crée d'après l'art. 322 Civ. qu'une preuve de filiation susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

Nous nous contentons d'indiquer ces questions, car le point de savoir si les cas dans lesquels un contrat est inefficace comme portant sur la chose d'autrui ne sont pas des cas de nullité pour erreur a été étudié plus haut. Mais l'erreur ne produit d'effet que pour valider le passé. Elle ne peut en général donner de droit pour l'avenir.

Si une erreur dans le chiffre de la population a fait nommer dans une commune plus de conseillers municipaux que la loi n'autorise, le conseil n'a pas pour cela le droit pour l'avenir de nommer des délégués sénatoriaux en proportion avec le nombre des conseillers².

De même nous avons vu que les sociétés nulles étaient considérées comme ayant eu une existence dans le passé, mais qu'elles étaient dissoutes pour l'avenir.

La même solution doit être donnée pour tous les autres cas.

Conclusion.

285 bis. — Est-il possible de construire sur ces règles si diverses de l'erreur une théorie générale ou au moins de donner aux esprits des directions générales sur l'effet de l'erreur. Savigny se contente de dire qu'on tient compte de l'erreur excusable seulement. De Vareilles Sommières essaye davantage. Il dit qu'il n'y a pas en principe à tenir

¹ Nîmes, 15 janv. 1881. D. 83, 2, 108. — Dijon, 25 mars 1905. D. 1908, 2, 57, avec note Perceren.

² Cons. d'Etat, 30 janv. 1885. *Rec.* 1885, p. 127.

Wallon, *Ex doct. Revue critique*, 1885, p. 641.

compte de l'erreur, qu'on n'en tient compte que dans des cas exceptionnels, soit pour annuler, soit pour vivifier certains actes ¹.

Dans un sens tout opposé, nous pensons que du point de vue individualiste, il convient de tenir compte en principe de l'erreur. Celui qui a voulu, agi, omis d'agir par erreur doit en principe obtenir de sortir indemne de l'opération où il s'est fourvoyé. Cela est trop naturel à condition bien entendu que son erreur soit excusable. Aussi dans la théorie des obligations, où le point de vue individualiste est si fort, l'erreur a une grande importance. Mais l'erreur justifie l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi qui sans cela ne serait pas indemné. Pour la même raison, celui qui achète d'un héritier apparent ou encore du liquidateur nommé à tort à une congrégation ² ne peut être inquiété. Ainsi la même conception mène suivant les cas à la destruction ou à la consolidation des situations de fait.

L'erreur n'est pas toujours aussi efficace, elle vient naturellement se heurter à des intérêts sociaux qui sont divers. Tantôt le respect de la chose jugée. Ce qui a été jugé par erreur ne comporte comme recours que la requête civile. Les erreurs à effets négatifs sont sans conséquences en face de l'intérêt à clore certaines réclamations après un certain délai. L'intérêt de la circulation des biens fait que les paiements aux possesseurs des créances sont toujours libératoires, que le mariage putatif produit les effets du mariage valable, parcequ'ici une institution fondamentale est en jeu. Pour la même raison, l'intérêt social, on tient compte de la bonne foi pour la prescription acquisitive, ou de l'erreur commune. Ici il s'agit d'intérêts individuels, mais aussi sociaux jusqu'à un certain point : la sécurité de la propriété, la sécurité en cas d'erreur invincible.

¹ V. Savigny, *Dr. romain*, III, appendice VIII. — Vareilles-Sommières, p. 358.

² Caen, 22 avril 1913. *Rec. Caen*, 1913, 182.

Enfin une nouvelle théorie d'ordre social : la déclaration de volonté vient encore limiter l'effet de l'erreur, au moins en pratique dans le domaine des erreurs d'expression et de transmission.

L'intérêt des tiers ne suffit pas à empêcher de tenir compte de l'erreur. L'art 1299 Civ. le dit pour celui qui par erreur excusable paie une dette éteinte par compensation.

Dans leurs effets, ces solutions ont une règle commune, elles aboutissent au maximum à conserver une situation de fait, qu'elles fassent ou non acquérir un droit. La sécurité sociale n'exige rien de plus.

Est-il possible de fixer en étendue le champ réservé au maintien de l'acte entaché d'erreur ? Nous ne croyons pas ici à la possibilité de tout enfermer dans une formule. On peut seulement dire ceci : que simplement dans certains cas c'est l'intérêt des tiers qui fait maintenir la situation créée : comme au cas de paiement au possesseur d'une créance, de mariage putatif, d'erreur commune. Ailleurs c'est le besoin de la sécurité entre les parties après certains événements jugement irrévocable, expiration de délais, prescription, volonté déclarée et non rectifiée de suite.

286. — DROIT COMPARÉ.¹ Le droit de l'Europe occidentale a dégagé nettement la nullité pour erreur sur la personne et sur la chose, même il donne à cette dernière idée une portée large, y comprenant ce que les parties avaient normalement en vue. Mais il y a plus d'hésitation à propos de l'erreur de droit ou de l'erreur unilatérale. Cette dernière admise par le Code allemand est rejetée en droit portugais. L'erreur de calcul donne lieu à rectification soit en vertu de textes, soit par interprétation.

L'erreur dans l'expression et la transmission de volonté prévue seulement en droit allemand, suisse, tunisien, et

¹ Le code néerlandais (art. 1358) reproduit l'art. 1110 civ. De même l'art. 1895 reproduit l'art. 2052 et l'art. 142 notre crit. 180.

marocain est généralement admise. Par contre l'admission de la règle *error communis facit jus* ne semble discutée qu'en Italie. Ailleurs cet aspect de la théorie de l'erreur semble laissé dans l'ombre.

286 bis. — DROIT ITALIEN ¹. En Italie l'art. 1110 Civ. reproduit l'art. 1110 français, mais l'art. 1109 tient compte de l'erreur de droit motif unique et déterminant de la convention. Cette erreur est rejetée dans la transaction et l'aveu ².

Certains auteurs précisent que la substance doit s'entendre dans le sens subjectif. Mais la jurisprudence est incertaine ³. L'erreur sur la personne est largement entendue, notamment dans le mariage ⁴. La doctrine italienne et la jurisprudence tiennent compte de l'erreur unilatérale, à condition qu'elle soit excusable. Elles admettent en général que la victime de l'erreur unilatérale peut être condamnée à indemniser l'autre partie. Mais cette solution est contestée par M. Giorgi ⁵.

La jurisprudence admet que les erreurs de calcul n'emportent pas nullité, mais donnent lieu à de simples rectifications ⁶.

¹ V. Corte Enna, *Le conseguenze dell' errore nella formazione dei contratti*. Filangieri, 1904, p. 241, 419, 459. — Giorgi, *Del errore di fatti e del errore di diritto*. Filangieri, 1878, p. 327. De façon générale les auteurs italiens inclinent vers la solution qu'admet la jurisprudence française, ce qui montre qu'elle est dans la vie composé par les besoins pratiques. V. *Enciclopedia giuridica italiana*, v^o *Errore* et v^o *Contratto*, n. 46. — Barassi, *Istituzioni*, p. 162.

² Art. 1772 et 1360. V. Lomonaco, I, p. 127.

³ V. Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 51-52. Cf. Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 473. — Coviello, *Diritto civile*, I, p. 368. — Fubini, *La dottrina del errore, nel diritto civile*.

⁴ V. Ascoli. Note sous Crome. *Parte generale del diritto fiancese*, p. 262. Cf. Alzeri, *Dell' errore sulle qualita della persona nel contratto di matrimonio*. *Melanges Fadda*, IV, p. 173. — Gabba, *L' errore sulla qualita personali del conjuge*. *Nuove questioni*, II, p. 1.

⁵ Cass. Naples, 5 janv. 1914. Corte d'Appello, 1914, p. 37.

Pour la théorie de l'erreur commune Rappr. Hémar, *Régime des sociétés de fait et sociétés irrégulières en dr. commercial italien*. *Ann. dr. comm.*, 1909, p. 81.

Pour le mariage (art. 105 et 106) il y a des règles spéciales dont l'effet est controversé¹.

Pour les acceptations de successions, le testament, le mariage, le partage, la transaction, l'aveu, les art. 942, 828, 836, 103, 1038, 1772 et 1360 donnent des règles particulières².

La théorie de l'erreur commune est très controversée. Certains auteurs admettent l'adage *error communis facit jus*³, mais nombre d'autres la rejettent⁴.

La nullité du legs de la chose d'autrui (art. 837) est un véritable cas d'erreur, la nullité étant exclue si on savait que la chose était à autrui⁵.

De façon générale, les auteurs italiens inclinent vers les solutions qu'admet la jurisprudence française, ce qui montre qu'elle est dans la voie imposée par les besoins pratiques⁶.

287. — DROIT PORTUGAIS. Le code portugais (art. 656-665) a nettement exposé la théorie de l'erreur. Il admet la nullité pour erreur sur l'objet ou ses qualités « si la partie trompée a déclaré ou s'il résulte des circonstances également connues de son co-contractant, qu'elle ne contractait qu'en vue de cet objet. » (art. 661) Il faut donc une erreur déterminante et bilatérale. Les mêmes principes s'appliquent à l'erreur sur la personne. Le code vise encore l'erreur sur la cause qui peut être une erreur de fait ou une erreur de droit. L'erreur de fait sur la cause n'est efficace que si on a contracté

¹ V. Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 122. — Guiseppe, *L'errore virginitatis*. Filangieri, 1900, p. 161.

² V. Lomonaco, I, p. 107 et 120. — Cf. sur l'erreur dans le mariage. Trib. Naples, 21 sept. 1910. *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 577. — Gênes, 9 mars 1915; id., 1916, p. 254. — Chironi, *Questioni*, IV, p. 475.

³ V. Landucci, *Dir. civ.*, I, p. 624.

⁴ Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 324. — Lomonaco, *Obbligazioni*, III, p. 93. — Fubini, *Dottrina dell'errore*, n. 221.

⁵ Pacifici Mazzone, *Istit.*, II, 5^e éd., p. 394.

⁶ *Enciclopedia giuridica italiana*, v^o *Errore* et v^o *Contratto*, n. 46. — Barassi, *Istituzioni*, p. 162.

en vue de cette cause et si cela a été déclaré et formellement accepté par le co-contractant. (art. 660) ¹

Ces principes s'appliquent à la transaction (art. 1719) à la répétition de l'indu. (art. 758).

Le code rejette formellement la nullité en cas d'erreur commune et générale (art. 664) ².

Quant à l'erreur de plume ou de calcul, elle doit être rectifiée (art. 665) ³.

Enfin ce code a eu le mérite de faire rentrer la théorie des vices redhibitoires dans celle de l'erreur. L'art. 1582 n'admet la résiliation pour vices redhibitoires que si ces vices supposent l'existence d'une erreur qui rende le consentement nul, ou si le contraire a été expressément convenu ⁴.

288. — DROIT ESPAGNOL ⁵. Le code civil espagnol reproduit les principes français, mais en les élargissant. L'art. 1266 déclare le consentement vicié si l'erreur porte « sur la substance de la chose qui forme l'objet du contrat ou sur les conditions qui ont principalement donné lieu à sa formation. » Les auteurs espagnols voient là un critère subjectif ⁶. L'erreur sur la personne n'invalidera le contrat que s'il a eu cette personne pour objet principal.

L'erreur d'expression est présentée par M. Valverde y Valverde comme emportant nullité ⁷.

¹ Ferreira, *Código civil português*, II, p. 162, entend largement le mot cause et en fait le synonyme de motif.

² Ferreira, *op. cit.*, II, p. 173, voit là plutôt une erreur d'appréciation des qualités d'une chose.

³ V. à ce sujet la jurisprudence citée par Ferreira, II, p. 173.

⁴ M. Ferreira, *op. cit.*, IV, p. 48, rattache surtout cet article à la théorie de la lésion bien que le code ne parle de la lésion que comme d'un cas d'erreur.

⁵ V. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 485. — V. Sur le droit antérieur au code. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 193. 2^e éd.

⁶ V. Manresa y Navarro, *Código civil espanol*, VIII, p. 647. — V. cep. Valverde y Valverde, III, p. 248.

⁷ *Der. civ. espanol*, I, p. 487.

En matière de transaction, il n'est dérogé au droit commun que si on a transigé sur un point sur lequel il y avait décision définitive (art. 1819). Pour le surplus le droit commun est consacré (art. 1817 et 1818) ¹.

La jurisprudence admet que les erreurs de calcul sont simplement rectifiées ².

L'erreur de quantité importante peut donner lieu à nullité.

L'art. 101 annule le mariage contracté par erreur sur la personne. Il semble que ce passage doit être interprété d'après le droit canonique ³.

289. — DROIT ALLEMAND. Le code civil allemand s'est occupé de l'erreur dans la déclaration de volonté aux art. 119 et 120. D'après l'art. 119, le déclarant «qui était en état d'erreur sur le contenu de la déclaration ou qui n'avait nullement voulu émettre une déclaration dont le contenu fut ce qu'il est en réalité peut attaquer sa déclaration lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il ne l'aurait pas faite s'il avait eu connaissance du véritable état des choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation.» On ne tient compte des erreurs sur les qualités que si au point de vue de la pratique des affaires elles sont considérées comme essentielles ⁴. L'erreur est donc importante dès qu'elle a porté sur un point contenu dans la déclaration et pour savoir si la nullité en résultera il faut se placer à un point de vue mi objectif : il faut voir si sans l'erreur on aurait fait la déclaration. Quand il s'agit de qualités essentielles d'après

¹ V. en ce sens Manresa y Navarro, XII, p. 126.

² Sentence du 7 févr. 1899, cité par Manresa y Navarro, VIII, p. 649.

³ Manresa y Navarro, I, p. 449.

⁴ V. sur cet article. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 11. — *Traduction officielle*, I, p. 123. — Planck, I, p. 212. — Endemann, I, § 71, p. 342. — Dernburg, I, § 144, p. 482. — Crome, I, p. 419 et suiv. — Kohler, I, p. 505. — Leonhard, *Irrthum*. — Lenel, *Der Irrthum über wesentlichen Eigenschaften*. *Iherings Jahrbücher*, tome 44, p. 1. — Danz, *Verhältnis der Irrthum*, etc. *Iherings Jahrbücher*, tome 46, p. 381.

l'usage des affaires, on en tient compte, même non prévues dans la déclaration. L'erreur de droit peut comme l'erreur de fait être en considération¹. Enfin d'après l'art. 120, on tient compte de l'erreur dans la transmission et dans l'expression, peut-on ajouter, dans la même mesure que l'erreur sur le contenu.

Ce qui caractérise encore le code allemand, c'est qu'il a réalisé ce progrès de mettre sur le même pied l'erreur sur les qualités de la chose et de la personne. Il a vu l'inutilité de la distinction. L'erreur sur les motifs n'est prise qu'exceptionnellement en considération², par exemple à l'art. 2078 al. 2 pour le testament, à l'art. 2281 pour l'institution contractuelle, à l'art. 2301 pour la promesse de donation.

L'art. 1949 annule l'acceptation de succession faite par erreur sur le titre héréditaire.

290. — DROIT SUISSE³. — En Suisse, le code fédéral révisé des obligations déclare (art. 23 que « le contrat n'oblige pas celle des parties qui étaient dans une erreur essentielle ». Le principe posé correspond donc à celui de la jurisprudence française ». Les articles suivants donnent une liste de cas qui n'est pas limitative : erreur in negotio, in corpore, in quantitate, mais ces erreurs sont considérées subjectivement.

On a fait disparaître le passage visant l'erreur telle que la chose appartient à une catégorie de marchandises différentes et on l'a remplacé par l'erreur « sur les faits que la loyauté commerciale permet de considérer comme des éléments essentiels du contrat » expression beaucoup plus souple mais qui place la théorie de l'erreur sur le terrain objectif⁴.

¹ V. Crome, I, p. 110. — Endemann, I, p. 487, n. 6.

² V. Crome, I, p. 339.

³ Cf. sur le code non révisé. Sirkoff, *Erreur, dol et violence dans les actes juridiques*, thèse Lausanne, année 1902, p. 13 et suiv.

⁴ V. Oser, *Obligationenrecht*, p. 102 et suiv. — Schneider et Fick, *id.*, p. 68.

La partie qui a commis l'erreur « est tenue de réparer le dommage résultant de l'invalidité de la convention si l'erreur provient de sa propre faute, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître l'erreur. Le juge peut allouer des dommages-intérêts plus élevés si l'équité l'exige » (art. 26). Le code accepte donc et dépasse la théorie du *Negative Vertragsinteresse*¹.

L'art. 27 assimile l'erreur de l'intermédiaire, messenger ou autre, à l'erreur sur le contenu. Le code n'est pas très favorable à la nullité dans ces divers cas. D'après l'art. 25, si l'adversaire est disposé à exécuter le contrat en tenant compte de la volonté rectifiée², on est obligé d'accepter cette proposition. Pour l'erreur de droit, pour l'erreur sur la personne, quand on s'est engagé principalement en considération de la personne, le système français est suivi³. L'erreur de calcul est simplement rectifiée³.

L'art 469 du Code civil étend implicitement tout ce système aux donations à cause de mort. L'art. 479 fait de même pour les exhéredations. Les art. 124 et 126 le font même pour le mariage⁴.

D'après l'art 31 du code révisé des obligations, le contrat entaché d'erreur « est tenu pour rectifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir ou sans répéter ce qu'elle a payé. Le délai court dès que l'erreur... a été découverte. » La résolution a donc lieu par volonté unilatérale. Si on ratifie tacitement il ne peut être question de demander une indemnité à la personne qui n'est pas en

¹ V. Oser, *op. cit.*, p. 115. — Schneider et Fick, *op. cit.*, art. 26, n. 7. — Rossel, p. 55.

² V. Rossel, *Code révisé des obligations*, p. 50 à 55.

³ Oser, *op. cit.*, p. 111.

⁴ V. Curti Forrer, *Code civil suisse*, art. 7, n. 3. — Cf. Rossel et Mentha, I, p. 188.

faute, aussi le par. 2 de l'article qui parle de ce droit en cas de dol n'en parle pas au cas d'erreur¹.

291. — DROIT AUTRICHIEN. Le code autrichien de 1811 plus large déjà que le code français annule en cas « d'erreur sur la substance de la chose ou une qualité essentielle sur laquelle l'intention a été spécialement dirigée » (art. 871)². L'erreur sur les circonstances accessoires est inefficace à moins qu'on n'ait « déclaré la circonstance accessoire comme étant le but principal. » (art. 872.) Le texte précise l'effet de l'erreur unilatérale sur la circonstance accessoire en disant que « l'auteur de l'erreur est tenu à des dommages-intérêts » (art. 872). Dans les autres cas d'erreurs unilatérales, l'art 876 dit que si la partie qui promet a été seule cause de son erreur, la nullité n'est pas encourue.

L'erreur sur la personne est efficace lorsque sans cette erreur l'obligation n'eut pas été contractée.

Si la cause de l'erreur émane d'un tiers, le contrat est valable (art. 875.)

Le code fait allusion à l'erreur d'expression en disant que celui qui pour préjudicier à une autre se sert d'expressions ambiguës est tenu à indemnité (art. 869 al. 2.)

L'art 1385 renvoie à ces principes pour la transaction.

D'après l'art. 1388, l'erreur évidente de calcul ne peut préjudicier à aucune des parties contractantes dans la transaction.

Pour le testament il est tenu compte de deux sortes d'erreurs : l'erreur essentielle sur la personne (art. 570) et le motif erroné déterminant. (art. 572.)

¹ V. Oser, *op. cit.*, p. 127. — Schneider et Fick, p. 79. — Rossel, p. 62.

Sur l'erreur dans les transactions, v. Descoullages, *De la transaction*, thèse Lausanne, 1903, n. 42-46.

² V. à ce sujet, Kirchstetter, *Commentar*, p. 454. — Unger, *Oester. Privat Recht*, II, p. 51, mais surtout p. 32 et suiv. — Krainz, *System.*, 4^e éd., I, p. 279.

Pour le mariage, on ne tient compte que de l'erreur dans la personne. (art. 58.)

291 bis. — DROIT LUXEMBOURGEOIS. Le Luxembourg resté sous l'empire du Code Napoléon a précisé l'effet de l'erreur dans l'assurance par la loi du 16 mai 1891, art. 8.

« Toute réticence, toute fausse déclaration de la part du preneur d'assurance même sans mauvaise foi rendent l'assurance nulle lorsqu'elles diminuent l'opinion du risque ou en changeant le sujet, de telle sorte que l'assureur s'il en avait eu connaissance n'aurait pas contracté aux mêmes conditions. » On tient donc compte d'une erreur même incidente.

La prime n'est restituée que si l'assuré est de bonne foi. (art. 9.)

291 ter. — DROIT BELGE. En matière d'assurances terrestres, l'art. 9 de la loi du 11 juin 1874 dit que toute réticence, fausse déclaration même sans mauvaise foi rendent l'assurance nulle si elles diminuent l'opinion du risque, en changent le sujet de telle sorte que l'assureur s'il en avait eu connaissance n'aurait pas contracté aux mêmes conditions.

L'assureur doit restituer la prime (art. 10) sauf en cas de dol, fraude ou mauvaise foi de l'assuré. (art. 11.)

Pour les ventes d'engrais, la loi du 21 décembre 1896 atteint plus directement l'erreur. Le vendeur doit indiquer certaines qualités de la chose vendue sur la facture, art. 1^o et 2. Toutes les qualités visées par la facture sont réputées substantielles et donnent lieu à une réduction de prix ou à l'action en nullité au choix du demandeur (art. 5).

En outre, la lésion de plus du quart donne lieu à réduction (art. 6.) Les deux actions sont intentées dans un bref délai que précise l'art 7. (v. infra n. 461.)

291 quater. — DROIT ANGLAIS ¹. En principe on ne tient pas compte de l'erreur de droit. En *equity* on est cependant un peu moins sévère.

L'erreur de fait peut avoir porté sur l'objet. Elle peut porter sur son identité, son existence, sur ses qualités. Mais ce dernier cas comporte des réserves par suite de principes indiqués plus loin.

L'erreur sur la personne n'est prise en considération que si l'acte s'adresse à une personne déterminée.

L'erreur doit avoir eu une importance essentielle et directe. Il faut que celui qui l'invoque n'ait aucune faute à se reprocher, n'ayant pu se renseigner, ou que l'autre partie ayant dû le renseigner ne l'ait pas fait.

D'après la common law, en cas d'erreur, il y a rescision, ou encore exception pour empêcher l'exécution. En vertu de l'*Equity*, le contrat est parfois rectifié soit par la cour si l'erreur est bilatérale, soit par le juge du consentement de la partie qui n'a pas fait erreur, si l'autre lui donne ce qu'elle voulait lui promettre.

291 quinquies. — DROIT TUNISIEN ET MAROCAIN. Le code tunisien et le code marocain se sont occupé longuement de l'erreur. Il y a lieu à nullité pour erreur soit de droit soit de fait. L'erreur de droit est admise : 1° lors qu'elle est la cause unique ou principale de l'obligation, 2° lorsqu'elle est excusable. (art. 44 et 40) L'erreur de fait donne lieu à nullité si elle porte « sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement. (art. 45 et 41.)

L'erreur sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à action sauf le cas où la

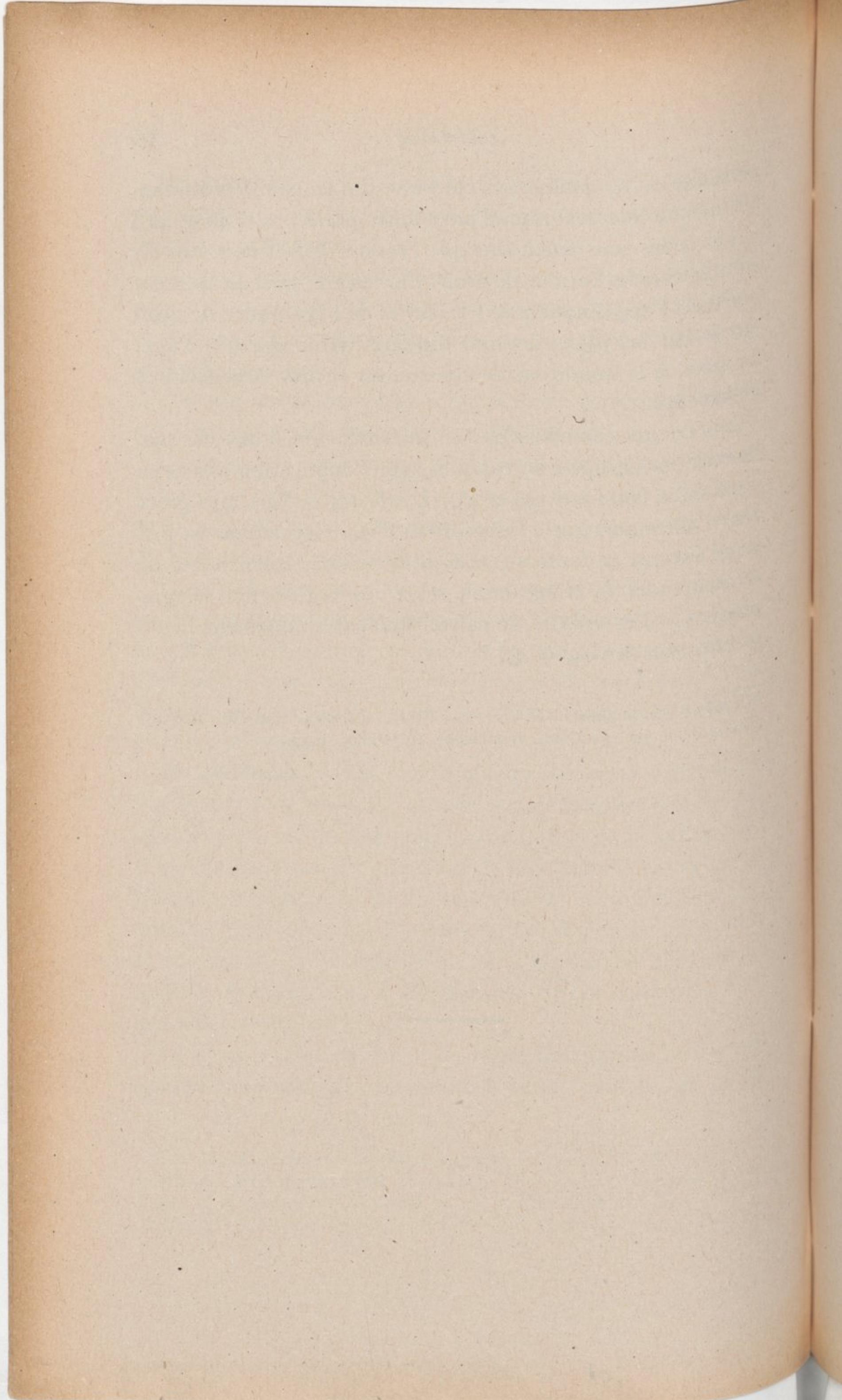
¹ V. Lehr, *Éléments de droit anglais*, II, p. 127. — Stevens, *Éléments de droit commercial anglais*, p. 113. — *Encyclopædia of the Laws of England*, v° *Contract*, n. 7. — *The Laws of England*, v° *Mistake*. — Pollock, *Principle of Contracts*, p. 419. — Jenks, *Digest*, I, p. 37.

personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie. (art. 46 et 42.)

Les codes sous entendent que l'erreur de fait doit être excusable comme l'erreur de droit. Car les art. 48 et 44 ajoutent que dans l'appréciation de l'erreur et de l'ignorance de droit ou de fait les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et aux circonstances de la cause.

Les erreurs commises par un intermédiaire d'une des parties entrent en ligne de compte, sauf l'application des principes de la faute (art. 49 et 45). L'art. 457 et l'art. 430 précisent d'autre part que « l'expéditeur d'un télégramme est présumé exempt de faute s'il a eu soin de faire collationner ou recommander le télégramme selon les règlements télégraphiques. » Les erreurs de calcul donnent simplement lieu à rectification (art. 47 et 43) ¹.

¹ Adde, sur la théorie de l'erreur ; Célice, *L'erreur dans les contrats* (Etude de la jurisprudence française), th. Paris, 1922.



CHAPITRE VI

De la violence ⁽¹⁾.

I. — Théorie générale de l'absence de liberté et de ses conséquences.

292. — Lorsqu' une personne a exprimé son assentiment à un acte juridique par des paroles ou une signature, si cet assentiment ne correspond pas à sa volonté parce qu'en réalité elle avait perdu toute liberté d'esprit ou toute liberté matérielle d'agir autrement, il n'y a pas d'acte juridique, l'acte est inexistant. Tel serait le cas d'une personne dont on aurait conduit de force la main, pour la faire signer². Que l'absence complète de volonté vienne de la violence matérielle ou de toute autre cause : folie momentanée, etc. il n'y a pas de volonté, il n'y a pas d'acte juridique³. On dit parfois en ce cas qu'il y a violence absolue⁴. Bien que

¹ V. *Rép. gén. du droit français*, v^o *Violence*. — Dalloz, *Rép.* v^o *Obligations*, n^o 168 et suiv. Suppl. eod. v^o n. 51 et suiv. — *Pand. fr. Répertoire*, v^o *Obligation*, n. 7194 et suppl. n. 694. *Pandectes belges*, v^o *Violence*. Colin et Capitant, I, n. 70. — Planiol, II, p. 356. — Capitant, 3^e éd., p. 270. — Savigny, *Droit romain*, trad. Guenoux, III, p. 103.

² V. Larombière, art. 1111, n. 3. — Baudry et Barde, I, n. 73 *in fine*. — Bufnoir, p. 482. — Beudant, n. 120. — Capitant, p. 270. — Giorgi, *Obligazioni*, IV, n. 75. — Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 485.

³ V. à propos de la volonté en cas d'hypnotisme. Beudant, *Obligations*, n. 119.

⁴ Simoncelli, *Istituzioni*, p. 307.

La théorie de la déclaration de volonté ait pris une certaine importance depuis une vingtaine d'années, on n'a jamais osé heurter si nettement la théorie classique de la volonté dans ces conditions. Le code civil allemand même ne l'a pas admis.

293. — Dans les autres cas où un acte a été fait sous l'empire de la violence, les idées qui ont cours aujourd'hui remontent dans leur origine au droit romain.

A Rome, en principe, toute volonté exprimée même sous l'empire de la violence produisait effet. *Quamvis si liberum essem, noluissem, tamen volui*, dit Paul¹.

Cette solution fût atténuée par l'action et l'exception *quod metus causa* et par la *restitutio in integrum ob metum*. La première et la seconde par la possibilité pour le créancier de se faire absoudre, en accordant la satisfaction fixée par le juge, la dernière en faisant considérer l'acte comme non venu, aboutissaient à la résolution pratique de l'acte juridique².

Ces idées influèrent beaucoup sur notre ancien droit³ spécialement sur Grotius⁴. Elles influèrent également sur Pothier⁵ qui reproduit les idées romaines qu'il résume ainsi : Le consentement existe en cas de violence, mais il est vicié. Celui dont le consentement a été extorqué par violence peut le faire rescinder.

La rescision a lieu que la violence ait été exercée par celui qui profite du contrat ou par un tiers, sauf que les anciens auteurs ont discuté pour savoir si, dans ce dernier cas, la nullité était naturelle ou dérivait seulement de la loi civile.

¹ Dig. 4, 2, l. 21, 5.

² V. Girard, *Dr. romain*, p. 409. — Cf. Cuq, *Inst. jurid. des Romains*, II, p. 355. — *Dict. des antiquités gr. et romaines*, v^o *Metus*, (Baudry).

³ V. Brissaud, *Hist. du dr. français*, p. 1404 et 1421.

⁴ *Dr. de la guerre et de la paix*, II, p. 138

⁵ *Obligations*, n. 21 à 27. — Rappr. Domat, *Lois inclus*, livre I, titre XVIII, sect. I, n. 13. — Merlin, *Quest. de dr.*, v^o *Crainte*, § 2.

La violence doit être une violence capable de faire impression sur une personne courageuse. — Il faut que l'on ait été intimidé par la crainte d'un grand mal, soit en sa propre personne, soit en celle de ses enfants ou de quelque autre de ses proches. — La crainte de déplaire à un père à une mère ou autres personnes à qui l'on doit des égards n'est pas non plus une crainte qui rende vicieux le contrat.»

Pothier emprunté tous ses principes au droit romain, ajoutant seulement que « l'on a égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes » pour savoir s'il y a violence viciant le consentement. Le code civil a reproduit fidèlement ces solutions dans les articles 1111 à 1115 civ. Il n'y a ajouté que celle de l'art. 1116 qui reproduit les règles ordinaires sur la ratification expresse ou tacite.

Les idées romaines influent encore les auteurs modernes.

Le code a voulu dans une certaine mesure protéger le violenté, mais cette protection a des limites. Notamment le violenté ne peut être considéré comme ayant agi de bonne foi. Un mariage contracté par violence ne peut être putatif².

294. — Il nous paraît possible de dégager de ces solutions du Code et de celles admises sur la force majeure et le cas fortuit soit dans la loi, (art. 1148 et 1302 Civ.) soit dans la pratique, des vues d'ensemble sur l'influence violente des éléments ou de la volonté humaine dans tous les actes juridiques : conclusion d'actes juridiques créateurs de droits, modification ou exécution d'actes juridiques antérieurs.

Quand une personne agit suivant son propre caractère, opérant un triage parmi les circonstances extérieures qui peuvent peser sur elles, ce qu'elle fait en passant des actes juridiques, créateurs ou extincteurs d'obligations ou en s'abstenant d'assumer des obligations ou de les exécuter, produit ses conséquences normales, soit en sa faveur, soit contre elle. Peu importe que, parmi ces circonstances, extérieures, cer-

¹ V. Huc, VII, n. 28.

² Cass. Palerme, 16 janv. 1915. *Riv. dir. civile*, 1915, p. 250.

taines aient un caractère injuste, que l'on agisse par crainte d'un événement assez éloigné, fût-ce d'une grève, d'une insurrection, d'une guerre, de malversations, de fraudes, etc. pourvu que ceux-ci agissent de façon lente, laissant à l'esprit la réflexion, la maîtrise de soi. L'état normal de l'humanité est de vivre dans un milieu qui l'encadre, l'opprime même, pèse sur elle, et non dans une liberté illimitée.

L'appréciation des intérêts en présence qui a été faite dans ces circonstances malheureuses reste calme, murie et a des chances d'être conforme aux nécessités sociales¹.

Au contraire, lorsqu'une personne agit ou s'abstient sous la *pression brutale* soit des événements, soit des faits naturels : (naufrages, inondation, etc.) soit des actes violents de tiers : particuliers isolés ou insurgés, grévistes, belligérants, l'appréciation qu'elle fait, les choix qu'elle exerce entre son intérêt proche et son intérêt plus éloigné n'ont plus socialement la même valeur. Ce choc extérieur diminue la valeur de la décision qu'elle prend. De là on peut tirer pratiquement les conséquences suivantes.

295. — Toutes les fois que la violence a un effet positif, détermine à un acte, celui-ci est nul.

Si le fait des hommes se traduisant par une violence physique ou morale me fait assumer une obligation, par acte unilatéral ou par contrat, l'acte juridique n'est pas valable.

De même si une situation de dépendance, des circonstances spéciales empêchent de se procurer la preuve écrite d'un droit, on pourra prouver celui-ci par témoins, contrairement aux règles ordinaires². L'impossibilité de se procurer une

¹ Rappr. trib. comm. Gand, 20 nov. 1908. Pas. 1909, 3, 113.

² Ainsi en est-il de la religieuse cloîtrée que sa dépendance envers la supérieure a empêchée de se procurer une preuve écrite de ce qu'elle a apporté à la congrégation. Req. 4 fév. 1914. Gaz. Pal. 1914, 1, 529. Il en est de même du maître qui n'a pu se procurer la preuve écrite du paiement des gages à ses domestiques. (Req. 1^{er} mai 1911. Gaz. Pal. 1911, 1, 582. *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 446.) du médecin qui n'a pu se procurer près de son client la preuve écrite des visites faites à celui-ci.

preuve écrite se rattache donc dans certains cas à la violence lato sensu, elle n'en est qu'un des aspects.

Il en sera de même si, dans ces conditions, j'ai accepté de modifier mes obligations ou d'éteindre mes droits, par exemple en renonçant à une succession, en accordant une novation, une remise de dette, en consentant une compensation conventionnelle, ou encore en modifiant les instructions d'un mandataire, en consentant à une dation en paiement, etc.

Il en est de même si dans ces conditions j'ai accompli un acte d'où résulte déchéance¹.

296. — Il faut encore donner la même solution si les mêmes faits de violence physique ou morale au lieu d'avoir un effet positif ont un effet négatif, empêchent d'agir.

Ce sera, d'abord, le cas s'ils empêchent d'exécuter une obligation. Cette inexécution ne produit pas ses effets ordinaires : obligation à dommages-intérêts (art. 1148 Civ.) Le débiteur peut même se trouver libéré. (art. 1302 Civ.) Ce qu'on nomme d'ordinaire force majeure n'est donc ici qu'un aspect de la violence lato sensu.

En logique la même solution devrait encore être admise si la violence a empêché de conclure un contrat, de faire en temps un acte juridique. On m'a empêché de faire appel d'un jugement dans les délais, de faire à mon assureur une déclaration imposée avant un certain moment à peine de déchéance, je n'ai pu aller à une adjudication où j'étais dis-

Req. 27 mars 1907. Gaz. Pal. 4 mai 1907. Trib. Rennes, 18 janvier 1909. Gaz. Pal. 1909, 1, 437. Paris, 5 mai 1903. S. 1904, 2, 32. *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 421. — Paris, 15 mars 1905. D. 18 juin 1905. *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 652. — Cf. sur la preuve de marchés passés en foire, trib. Lorient, 5 juin 1893. D. 1897, 2, 52 et 11 juill. 1905. D. 1906, 2, 83. — V. Charmont, *Rev. critique*, 1909, p. 518 et 527.

¹ V. pour le service militaire forcé à l'étranger comme cause de perte de la nationalité. Req., 10 mars 1913. Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 1, 59. — Cass. civ. 15 janv. 1912. Gaz. Trib. 1912, 1^{er} sem., 1, 215. — Trib. Seine, 27 juillet 1897. D. 1897, 2, 518. La doctrine est en ce sens.

posé à enchérir jusqu'à n'importe quel prix, mon débiteur a empêché la condition sous laquelle j'étais créancier de s'accomplir. (art. 1178.) Mais ici la logique rencontre dans les nécessités pratiques des limites. Lorsqu'il s'agit de faire un acte conservatoire d'un droit, on admet par une présomption assez sage que le titulaire aurait conservé son droit s'il n'en avait pas été empêché et si sa volonté de le conserver apparaît sérieuse¹. Au contraire une personne n'a pu acquérir un droit, par suite de la violence d'un tiers. Ainsi il y a eu entrave à la liberté des enchères, entrave à mon droit de surenchérir du sixième ou du dixième, entrave à des pourparlers de vente au moment où une personne était disposée à vendre. En un mot, on a empêché d'acquérir un droit que l'on n'avait même pas en germe, comme droit conditionnel ou éventuel. Ici il serait excessif de tenir compte de la violence. Tout est douteux. Non seulement on ne sait pas toujours de façon certaine si l'acte eût été fait. Mais surtout on ne sait pas à quelles conditions on aurait finalement accepté de le faire. Jusqu'à quelle somme aurait on enchéri, à quelles conditions aurait-on accepté de passer le marché, on l'ignore et la situation est tellement incertaine que les tribunaux, très éloignés de tenir compte des dommages incertains, feraient ici comme partout ailleurs lorsqu'il y a un effet incertain² et ne tiendraient pas compte de la violence³.

¹ V. Cass. civ. 24 janv. 1815 et civ. 20 janv. 1816. S. chr. Cass. civ. 21 juin 1815. S. chr. Cass. civ. 7 mars 1849. S. 1849, 1, 343 (pourvois empêchés par des troubles politiques). Nancy, 10 nov. 1909. S. 1910, 2, 103 (appel empêché par une grève des Postes). Riom, 8 mars 1897. S. 1897, 2, 97. Cf. trib. de Bazas, 14 nov. 1904. D. 1907, 2, 225 avec note de M. Cezar Bru.

² V. cette tendance des tribunaux même dans les cas où l'estimation de l'incertain s'imposerait plus : à propos de la lésion dans les contrats aléatoires. — Cf. les arrêts rendus à propos du préjudice causé en refusant irrégulièrement à un cheval de participer à une course, notamment, Nancy, 10 oct. 1912 et Bordeaux, 15 juillet 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 525. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 198. Cf. Rouen, 8 août 1903. S. 1904, 2, 282. D. 1904, 2, 175. — Limoges, 24 mars 1896. D. 1898, 2, 259. — Poitiers, 11 nov. 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 645.

Dans un cas de ce genre, des violences ayant empêché une personne

Une fois de plus, le respect de la volonté individuelle cède devant les nécessités de la sécurité. Dans le doute on préfère le maintien du *statu quo*. De même la guerre empêche un locataire de donner congé, il ne pourra considérer le congé comme donné¹.

297. — Les mêmes solutions doivent s'appliquer quand on a été déterminé à agir ou à s'abstenir par suite du jeu anormal des événements naturels. Les actes juridiques positifs qui sont résultés de là sont nuls.

Ainsi et c'est une hypothèse fréquente en pratique, un capitaine de navire menacé d'un naufrage immédiat promet une somme excessive pour être remorqué au port.

De même la maladie, une inondation, le dénûment actuel peuvent pousser à faire des promesses excessives. Tous ces engagements sont attaquables.

Il en serait d'emême des actes extinctifs d'obligation consentis dans ces conditions.

De même les abstentions imposées par les événements naturels ne nuisent pas. Aucune charge spéciale ne pèse sur un débiteur, il peut même se trouver libéré, si un fait matériel, inondation, incendie, etc. l'empêche de remplir son obligation ou détruit la chose due. (art. 1148 et 1302 Civ.)

Enfin, sous les limites précédemment indiquées, on doit tenir compte de ce qu'un événement de ce genre a empêché une personne de conserver ou d'acquérir un droit².

de faire un testament, la cour de Toulouse (16 mai 1865. S. 1865, 2, 156) a admis une action en dommages-intérêts de celui qui aurait dû être légataire contre l'auteur de la violence. V. Colin et Capitant, III, p. 839. V. en sens contraire, déniant toute action Montpellier, 22 mai 1850. S. 1853, 2, 609 avec note de Gilbert.

³ V. cep. trib. Pontoise, 11 avril 1905. Pasier, 1906, 4, 130 qui a annulé une adjudication où il y avait eu entrave à la liberté des enchères.

¹ Trib. Seine, 12 juill. 1871. D. 1872, 2, 17.

² Req. 9 déc. 1903. Simonin, *Jurispr. des assur. terrestres*, 1, 351, (absence de déclaration d'accident dans les délais par un assuré gravement malade). Il en est de même si un assuré n'a pu, ayant été arrêté après l'incendie, faire dans le délai la déclaration prévue par la

Il en résulte de ces observations et sous les réserves qui précèdent un principe général : *Un fait violent quelconque, fait de l'homme ou de la nature, ayant déterminé à un acte juridique quelconque ou empêché un acte ou fait juridique quelconque, le droit s'efforce d'annihiler les conséquences de cet événement.*

Si la force majeure a empêché un droit conditionnel de se réaliser, le droit ne devient pas pour cela pur et simple. C'est ce qui résulte a contrario de l'art. 1178 Civ. Ceci d'ailleurs est conforme à l'intention des parties.

Cet effet de l'acte extérieur peut être rapproché de l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio* que consacre la jurisprudence. Cet adage est jusqu'à un certain point l'application du principe général ci dessus.

297 bis. — La violence présente encore en droit de l'importance au point de vue de la possession. Celle-ci entachée de violence ne peut conduire à la prescription. (art. 2229 et 2233.) Et il faut entendre par là la possession acquise ou maintenue par la violence¹.

La prescription acquisitive est par essence la consécration d'un empiétement, donc d'un acte contraire au droit. Mais la loi veut que cet acte contraire au droit ne se produise pas de façon violente. Elle oppose donc nettement ici l'injustice (au point de vue individuel) du but et l'injustice du moyen.

police. Douai, 24 mars 1896. Simonin, 2, 476. — Trib. Seine, 24 avril 1894. Simonin, 3, 312. — Trib. Chambéry, 6 avril 1892, id. 3, 239 qui parle d'interruption de prescription. — Cf. Nancy, 11 juin 1894, id. 2, 382, contra trib. du Puy, 15 mars 1886, id. 3, 100. — De même on a tenu compte de la force majeure ayant empêché de donner congé d'un bail. Paris, 17 janv. et 29 avril 1872. S. 1872, 2, 238. — Guillaud, *Louage*, I, n. 436. — Contra Baudry et Wahl, *Louage*, I, n. 948. Mais le fait d'un tiers choisi par l'intéressé, ou sa négligence ne sont pas un cas de force majeure. Civ. 23 juill. 1917. D. 1917, 1, 112 (négligence de l'avoué chargé de transcrire un divorce).

¹ V. Bufnoir, p. 207. — Baudry et Tissier, n. 251 et suiv. — Aubry et Rau, III, 5^e éd., p. 131. — A. Colin et Capitant, I, p. 873. — Planiol, I, n. 2278.

Il y a là le germe d'une distinction entre le but et le moyen dont nous trouverons d'autres applications.

298. — Mais ces solutions comportent une importante réserve. Si la violence est conforme dans son but au bon ordre social, elle ne produit pas les conséquences précédentes. Ainsi l'acte violent par lequel le créancier se fera remettre ce qui lui est dû et rien que cela, n'entraînera pas en général nullité de la remise 1 : cela tient à ce qu'ici la résistance opposée est fautive.

Mais il ne faut pas aller plus loin la violence légale exercée, c'est à dire l'acte régulier de l'autorité publique produit les effets ordinaires de la violence lorsque l'on n'est pas en face d'une résistance fautive. Aussi un débiteur de marchandises est libéré envers son créancier si celles-ci sont prises par le gouvernement par mesure de réquisitions militaires et de façon générale, lorsqu'il y a eu fait du prince 1. Un employé est libéré d'un contrat à durée déterminée par un ordre de mobilisation. Au contraire un débiteur de marchandises ne serait pas libéré si celles-ci avaient été confisquées comme ayant été introduites par lui en fraude. En un mot, la violence ne cesse de produire ses effets ordinaires que si la personne qui l'invoque n'est pas en faute. Pour apprécier si les règles ordinaires s'appliquent, il faut examiner non la légitimité de l'acte violent, mais voir s'il y a quelque reproche à adresser à celui qui en a été victime. Ainsi donc, ce que l'on atteint dans l'acte violent ou anormal (comme un fait de nature) c'est moins la violence (que tout droit contient en germe 2) que le résultat injuste, anti-social poursuivi 3.

Il faut donc poser un second principe. *La violence et les événements naturels produisent des conséquences qui ne*

1 Req. 21 févr. 1876. D. 1877, 1, 367. — Req. 27 oct. 1908. D. 1910, 1, 311. S. 1910, 1, 230. — Cass. Req. 5 nov. 1894. S. 1896, 1, 143.

2 V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 658 et suiv.

3 V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 1 et suiv.

sont efficaces en droit que s'ils se sont produits sans faute antérieure de la personne violentée¹.

299. — Dans tous les cas où soit un acte de violence, soit un événement naturel, ont déterminé à passer un acte juridique, à violer une obligation, celui qui a ainsi agi par contrainte, sous la pression des circonstances, est donc traité comme s'il avait fait ce qu'il eût fait agissant librement. On ne tiendra compte ni de sa promesse, ni de la libération accordée par lui, ni de l'inexécution de son obligation, etc.

Une autre personne va souffrir de cette situation : le bénéficiaire de la promesse, de la libération, le créancier dont la créance s'éteint en vertu de l'art. 1302.

Si cette autre personne, co-contractant proprement dit ou bénéficiaire d'un acte unilatéral, est elle-même l'auteur de la violence, elle supportera très légitimement les conséquences qu'elle a déchainées : sa violence se retournera contre elle et elle subira les suites de sa faute. Il n'y a là rien que de très satisfaisant. Mais le cas le plus délicat, et dont les anciens auteurs avaient vu la difficulté², est celui où la violence vient d'un tiers. Si elle est légale, si c'est un acte régulier de l'autorité, aucun recours ne sera possible. Si le gouvernement empêche certains actes, réquisitionne des marchandises, personne ne peut en principe lui en demander compte, sinon d'après les règles spéciales du droit administratif. Si au contraire, la violence est illégale, celui qui, par répercussion, en subit le préjudice, c'est-à-dire le co-contractant de la personne violentée, se retournera contre l'auteur de la violence ; il lui réclamera des dommages-intérêts et se fera indemniser si cette personne est solvable. Cela n'empêche pas que cette personne innocente supporte les risques de l'absence de recours, ou de recours inefficace.

¹ Ainsi le débiteur déjà en retard qui ensuite a été mis dans l'impossibilité d'exécuter n'est pas libéré (art. 1302 civ., al. 1^{er}).

² V. dans Pothier, *Oblig.*, n. 23, les opinions de Pufendorf, de Barbeyrac et de Grotius.

Le système légal en matière de violence et de force majeure consiste donc à décharger le violenté, la victime directe des circonstances des suites normales de ces actes ou inactions et à faire peser les risques (risques d'absence de recours et d'insolvabilité du coupable) sur son co-contractant.

Le système du droit actuel dont nous allons montrer un des aspects, celui qui touche à la formation des actes juridiques se ramène donc aux idées suivantes.

Le risque résultant des actes violents ou des événements anormaux ne pèse pas sur celui qui les a subis directement. Il n'y a d'exception qu'au cas où il est en faute.

L'autre partie qui supporte le risque a parfois un recours, c'est lorsqu'il y a eu acte violent et injuste d'un tiers.

Actuellement ce système perd beaucoup de terrain à l'étranger. Lors de la préparation du code civil allemand, on avait proposé d'assimiler le dol et la violence. Et plus récemment le Code suisse révisé des obligations a donné une action en indemnité au tiers innocent à l'égard de qui la nullité est invoquée contre son cocontractant.

300. — Dans la mise en œuvre, ces principes simples comportent cependant des variantes.

En cas d'empêchement à l'exécution d'une obligation, de plein droit, le débiteur est libéré ou exempté de dommages-intérêts. (art. 1148 et 1302 Civ.)

De plein droit aussi, une personne peut, après les délais légaux, exécuter les actes conservatoires qu'un événement de force majeure l'a empêchée d'accomplir.

Mais si, par violence, on a contracté une obligation, ou plus généralement fait un acte juridique, il n'y a ici qu'une nullité relative. « La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision » dit l'art. 1117 Civ. Ainsi, sans raison précise, il y a une exception aux règles ordinaires. Les solutions romaines de l'action *quod metus causa* continuent à peser sur nous.

301. — Pourquoi le système actuel existe-t-il avec les traits que nous avons décrit ? Historiquement on a réagi contre la violence en punissant celui qui l'avait commise, ce qui allait de soi, puis on lui a donné comme complice présumé celui qui en avait profité, admettant ici une sorte de : *is fecit qui prodest*, d'un genre spécial ; mais on n'a pas scruté attentivement les bases des solutions lorsque la violence n'émane pas du co-contractant. On a obéi à cette force qui pousse à étendre les solutions de proche en proche, sans voir si leurs raisons d'être ne leur assignent pas des limites.

Le problème en réalité se pose ainsi en cas de violence émanant d'un tiers : une violence illégitime, un cas de force majeure s'est produit. Qui en supportera le risque ? Est-ce la victime directe ? Sont ce d'autres personnes même innocentes ? On a forcé un tiers à m'acheter. Est-ce mon acheteur, est-ce moi vendeur qui supporterai le risque ? Le code admet la seconde solution. Il y a là un sentiment peu raisonné ou plutôt exagéré d'hostilité contre l'emploi de la force.¹ Il y a un sentiment de pitié contre qui en est victime. On ne voit pas que parfois on ne fait que déplacer le poids du dommage pour le faire peser sur une autre personnel également innocente.

On ne voit pas assez qu'au cas de violence, il y a une hypothèse de ce que les criminalistes nomment état de nécessité². La victime a choisi de deux maux le moindre pour elle. N'est il pas raisonnable qu'elle reste au moins débitrice dans la mesure du dommage qu'elle s'est évitée³

¹ V. l'influence des mêmes tendances dans l'hostilité contre l'exécution privée. Consultez nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 640 et suiv.

² V. Moriaud, *Du délit nécessaire*. — Sermet, *L'état de nécessité*. — Garçon, Code pénal annoté art. 64, n. 114 et suiv. et les auteurs cités.

³ Par ces raisons nous croyons refuter les arguments en sens contraire (v. Demolombe, XXIV, n. 158) tirés de ce que l'auteur de la violence est souvent insolvable. Est-ce une raison pour que le bénéficiaire de l'acte en souffre ? De même suffit-il absolument de dire que

Faudrait-il transformer la théorie de la violence et appliquer les principes de la déclaration de volonté? On tiendrait compte de la volonté déclarée, sauf si la personne qui reçoit la déclaration est l'auteur de la violence. Celle-ci ne serait plus qu'un vice comme le dol, ou la base d'une action en dommages intérêts.

Faudrait-il au contraire, laisser au juge le soin de partager la perte entre deux personnes innocentes? Prises dans une mauvaise affaire, elles s'en tireraient en s'associant pour supporter le dommage. Ce serait une application des idées solidaristes.

Il y a en tous cas un problème qui pourrait attirer l'attention.

302. — De ces observations peut dès maintenant se tirer une conséquence pratique. Les principes admis législativement sur la responsabilité définitive de la violence ou de la force majeure ne sont pas très certains. Il en résulte que les conventions pour en déplacer le poids ne sont pas complètement interdites. L'art. 1772 et l'art. 1773 prévoient une convention expresse faisant passer du bailleur au fermier les risques des cas fortuits. L'art. 1302 fait allusion au déplacement des cas fortuits.

On peut donc convenir qu'une personne répondra des violences, des événements fortuits dont elle sera victime, sauf le cas où il s'agirait de permettre au bénéficiaire de cette promesse d'exercer lui-même des violences, ce qui serait contraire à l'ordre public aussi bien qu'à l'intention des parties.

Aussi une compagnie d'assurance, une compagnie de transports peuvent stipuler que l'action en responsabilité contre elle sera intentée dans un délai préfixe, qui ne pour-

la violence est socialement grave. Si elle trouble la société entière, que l'Etat à défaut du coupable répare la mal causé. Baudry et Barde, I, n. 94. Il ne suffit pas non plus de dire avec Beudant que dans l'erreur l'innocent peut subir une perte, car cela n'est pas exact (Beudant, n. 122). Cf. sur la faiblesse des arguments présentés, Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 61, n. 16 et 17.

ra être prolongé pour quelque cause que ce soit, même de force majeure.

303. — Au point de vue exclusivement pratique, la théorie de la violence pourrait elle être remplacée par celle de l'engagement sans cause ? En fait on n'a jamais l'occasion d'annuler dans des cas où une personne a passé un contrat au prix normal, forçant à vendre à sa valeur ce qu'elle voulait garder. On annule toujours lorsque la violence a produit une extorsion. Aussi les tribunaux parlent parfois de promesses sans cause¹. Pratiquement, à condition d'entendre largement la cause, pour y faire rentrer la lésion qui vise un engagement partiellement privé de cause, on pourrait donc remplacer la théorie de la violence par celle de la cause sans qu'il y ait inconvénient très sérieux².

La violence ne conserve qu'une importance pour le cas où on aurait forcé une personne à vendre à sa valeur une chose dont elle ne voudrait pas se défaire : ou pour des cas semblables, où il y aurait atteinte à la liberté de contracter ou de ne pas contracter³.

On pourrait être tenté d'hésiter dans certains cas. Ainsi révéler à une fiancée un passé fâcheux de son fiancé pour l'amener à retirer sa promesse est en soi licite. Mais si celui qui veut faire les révélations en menace le fiancé, la promesse d'argent qu'on lui fait pour payer son silence est nulle. Cependant si le tiers disposé à parler par pur sentiment des intéressés acceptait de se taire, moyennant récompense, on serait tenté de dire : cela est licite, car on pouvait à son choix parler ou ne rien dire. Mais s'il est vrai qu'on peut ici parler ou se taire, il ne faut pas que le choix soit déterminé par une promesse d'argent, cela est immoral. Donc ici même, ce qui est critiquable, c'est moins la violence que la promesse

¹ V. not. Bastia, 6 août 1892. D. 1893, 2, 359.

² Huc, VII, n. 28 semble dire que dans ces cas la violence existe mais qu'il y a cause valable.

³ Cf. sur la nullité qui est radicale en cas d'absence de cause et relative en cas de violence. Bufnoir, p. 535.

de se taire contre argent. Ainsi même dans ce cas la théorie de la violence n'a qu'un rôle surérogatoire.

Cependant nous verrons que pratiquement la théorie de la violence n'est pas absolument sans utilité. Si la théorie du but injuste la domine et l'absorbe, il y a une certaine hostilité contre la violence en elle-même, hostilité du magistrat placide qui pense que tout dans la vie doit se résoudre pacifiquement. La violence pour réclamer une chose juste ou pour fortifier une dette par des garanties, des preuves, peut être objet de l'hostilité du juge. Au point de vue théorique, la théorie de la violence apparaît comme ayant son utilité car c'est un cas exceptionnel où la loi tient compte du motif. La violence a voulu, mais pour un motif qui est cause d'annulation¹.

II. — La violence dans la formation des actes juridiques.

304. — Le code tient compte de la violence à propos de la formation des conventions (art. 1111 à 1115.) Mais les règles qu'il établit doivent être généralisées et étendues à tous les actes juridiques de droit privé, que la loi parle expressément de violence, comme l'art. 887 pour le partage ; ou qu'elle garde le silence ; qu'il s'agisse d'actes bilatéraux ou d'actes unilatéraux, comme l'acceptation de succession, le testament, la ratification, etc., d'actes sans forme ou solennels comme le mariage. En droit public, la violence n'a cependant qu'un effet plus limité ; les traités de paix ne sont pas nuls pour violence² en ce sens qu'ils ne seront annulés que

¹ Crome, *Allg. Theil.*, par. 27.

² V. sur le rôle de la violence dans les conventions internationales. Pradier Fodéré, *Droit international public*, II, n. 1075. De Martens, *id.*, I, p. 528.

si on a la force de les faire reviser. Il en est de même des lois, des actes de gouvernement faits sous la pression du peuple agissant directement¹. Mais il est plus sage de la part des gouvernements de ne pas paraître avoir cédé à la violence et d'avouer ainsi leur faiblesse. Il vaut mieux modifier, rapporter pour l'avenir les actes faits sous la pression de la force et maintenir les situations qui dans l'intervalle se sont produites sur la foi de ces actes. Si le mouvement populaire reste victorieux, ils sont valables. C'est le premier acte du nouveau gouvernement².

304 bis. — La théorie de la violence que nous allons exposer vise la violence sur la personne capable, ou encore la violence sur celui qui autorise un incapable seul (mari, conseil judiciaire) ou encore la violence sur l'habilité seul. La nullité n'en peut toutefois être demandée que par l'incapable. L'autorisation faisant corps avec son consentement.

305. — Etymologiquement, le terme de violence fait songer à l'emploi de la force (vis). Mais quand on l'emploie à propos de la formation des actes juridiques, on entend donner à ce mot un sens bien plus large et viser toute pression anormale et injuste qui s'exerce sur la volonté d'autrui pour l'amener à passer un acte³. Il désigne donc la pression exercée non seulement sous la forme de brutalité, mais encore sous la forme de ruse, situation bien plus fréquente aujourd'hui. C'est en effet un principe connu de l'évolution de la criminalité que cette dernière surtout sanglante et brutale dans les civilisations primitives tend à se déve-

¹ Ainsi les décrets rendus dans la première partie de la séance de la Convention du 1^{er} prairial, an III, ne figurent pas au *Bulletin des lois*, v *Bull.*, n. 145. — Cf. Réimpression du *Moniteur universel*, XXIV, p. 561 et suiv.

² Cf. *Déclaration du corps législatif*, 4 septembre 1870, 1^{re} séance à la Présidence. Sirey, *Lois annotées*, 1870, p. 512, col. 2.

³ Beudant, *Obligations*, I, n. 119, aurait préféré l'expression de contrainte.

lopper sous forme de tromperie ou de fraude dans les civilisations plus avancées.

Il résulte de cette largeur de la notion de violence qu'il n'y a aucun rapport à établir entre elle, soit avec le délit pénal de coups et blessures, volontaires ou involontaires (art. 309 et suiv. 319 et suiv. Pén.) ou la contravention de violences légères (art. 605 code 5. Brumaire an IV.), soit avec tout autre délit pénal. Peu importe qu'il n'y ait pas d'infraction criminelle¹ ou de volonté saine et raisonnable², ou que le fait n'ait pas rapport avec une infraction quelconque. Comme l'a dit la cour de Caen, les juges pénaux et civils examinant les faits chacun à leur point de vue et peu importe qu'il y ait eu acquittement³. Les juges civils ont seulement l'avantage, s'il y a eu poursuite pénale, de pouvoir utiliser la procédure criminelle qui a été faite⁴ comme d'ailleurs ils ont le droit de le faire pour tous les cas où la preuve testimoniale est admise.

306. — La violence peut consister non seulement dans un acte positif, mais encore dans une abstention de la part des personnes seules à même de rendre à une autre les services dont-elle a besoin. — Ainsi il y a violence dans le fait d'une servante qui laisse intentionnellement son maître âgé et infirme manquer du nécessaire, pour l'amener à lui faire

¹ Ceci est impliqué parce que nous dirons plus loin à propos des promesses par les personnes en péril.

² Dijon, 17 juillet 1872. D. 1873, 2, 10 (testament fait sous l'empire de la violence).

³ Caen, 9 avril 1853. S. 1854, 2, 30. D. 1854, 2, 189. — Cf. Demolombe, XXIV, n. 145. — Larombière, I, art. 1111 et 1114, n. 13. — Baudry et Barde, I, n. 95. — Planiol, *Dol civil et dol criminel*. Rev. crit., 1893, p. 650, n. 45. — Saleilles, *Déclaration de volonté*, n. 57. — Aubry et Rau, IV, § 343 bis, note 11 bis. — Demolombe, XXIV, n. 145.

⁴ Req. 15 juillet 1878. S. 1879, 1, 393 avec note Labbé. D. 1879, 1, 22.

un legs ¹. Il en est de même si un père, ayant enlevé ses enfants à l'étranger, refuse de les ramener en France, à moins que la mère qui en a la garde ne consente à renoncer à ce droit ².

On tient donc compte ici de ce que le droit criminel appelle la commission par omission ³.

La cour de cassation tenant compte du côté psychologique, qui est le véritable aspect de la question, a même été plus loin et vu une violence morale dans le fait de craindre une campagne de presse si on fait une réclamation légitime. Ainsi la seule situation subjective fondée sur les antécédents d'un tiers a été qualifiée contrainte ⁴.

307. — La violence peut être une violence physique : résulter de mauvais traitements ⁵ et la crainte de voir ces actes continuer ou s'aggraver a pu enlever toute liberté d'esprit à un promettant. Le plus souvent, la violence est une violence morale résultat de menaces. Tantôt on a été menacé d'un mal physique ⁶. Plus fréquemment, les menaces ont surtout une portée sociale ou morale. Ainsi un directeur

¹ Cass. Req. 19 juin 1877, S. 1878, 1, 271. D. 1878, 1, 160. — Bruxelles, 22 août 1808. S. chr. (mère qui menace d'abandonner sa fille enfermée dans une chambre, lors de ses couches). Rapp. trib. Bruges, 17 déc. 1902. *Journ. Trib.*, 1903, 919. V. cep. trib. Seine, 2 août 1890. *Pand. fr.* 1891, 2, 66 (menace par une servante de quitter son maître malade. Mais celui-ci semblait avoir persisté dans sa volonté.)

² Trib. Seine 28 mai 1892, la *Loi* 24 juin 1892. — Il a de même été jugé. Crim. 27 juill. 1912, S. 1913, 1, 339 qu'il pouvait y avoir violence morale si on donnait une quittance non justifiée par crainte de campagne de presse si on voulait prouver certaines fraudes.

³ V. Gand, *Délit de commission par omission*, thèse de Paris, 1900. — LereboursPigeonnière, *Délit de commission par omission*. (*Revue pénitentiaire*, 1901.)

⁴ Cass. crim. 27 juill. 1912. S. 1913, 1, 338. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 808.

⁵ V. Cass. Req. 19 juin 1877 précité. — Dijon, 17 mai 1872, S. 1873, 2, 10. — Trib. Seine, 5 déc. 1890. *Gaz. Pal.* 18. 1, 14. — Cf. Demolombe, XXIV, n. 132 qui paraît voir là une absence de volonté.

⁶ Dijon, 17 mai 1872 précitée. — Cf. Besançon, 8 mai 1875. D. 1876, 2, 60 (menace par une armée ennemie si on n'accepte pas le dépôt de certains objets. — Cass. civ., 22 janv. 1877. D. 1877.1.321.

menace ses agents de révocation s'ils n'apposent pas leur signature sur des billets¹. Un père parti à l'étranger avec ses enfants refuse de les ramener en France si la mère divorcée qui en a reçu la garde ne renonce à cet avantage². Un confesseur abuse des craintes d'un malade pour faire faire un legs à un tiers³. Parfois les faits de violence consistent dans la menace de révélations à une fiancée contre la personne qu'elle va épouser⁴.

De même il y a vice de violence s'il y a menace de diffamation⁵ ou de faillite⁶.

Ou encore dans le fait d'un artiste de refuser de continuer une représentation si on ne signe pas une promesse⁷.

Ou si l'on peut légitimement redouter une campagne de presse⁸.

Ou si l'on assure à une personne enfermée dans un établissement d'aliénés qu'elle ne sortira que si elle signe un contrat⁹.

308. — Une des questions les plus agitées devant les tribunaux, à propos de la violence, est celle de savoir s'il y a nullité pour violence lorsqu'une personne n'a obtenu

¹ Bastia, 6 août 1892. D. 1893, 2, 359.

² Trib. Seine, 28 mai 1892, la *Loi* 24 juin 1892.

³ Trib. de Pont-Lévêque, 22 janv. 1861 sous civ. 23 juin 1863. D. 1863, 1, 310. — Cf. encore trib. Toulouse, 4 janv. 1907. *Gaz. Trib. Midi*, 24 févr. 1907.

⁴ Trib. Seine, 21 nov. 1893. *Gaz. Pal.* 1893, 2, 604. — Paris, 28 fév. 1912. *Gaz. Pal.* 1912, 2, 230. *Gaz. Trib.* 1912, 1^{er} sem., 2, 233. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 975. — Limoges, 23 avril 1901. D. 1902, 2, 474. Cf. Bordeaux, 14 août 1876 sous Req. 15 juill. 1878. S. 1879, 1, 393 avec note de Labbé. D. 1879, 1, 22 (menace de révélation d'adultère).

⁵ Baudry et Barde, I, n. 76. — V. cep. trib. Bruxelles, 22 juillet 1891. *Pas.* 1891, 3, 354.

⁶ Douai, 5 juillet 1894 sous Cass. civ. 26 juillet 1897. D. 1901, 1, 28. — V. sur ces points Demolombe, XXIV, n. 140. — Huc, VII, n. 31. — Bufnoir, p. 607. — Baudry et Barde, I, n. 76. — Beudant, *Oblig.*, n. 119. — Giorgi, *Obligazioni*, IV, n. 76.

⁷ J. de paix de Borgerhout, 5 juin 1891. *Jurispr. des trib. de 1^{re} instance belges*, XXXIX, p. 595.

⁸ Cass. crim., 27 juill. 1912. S. 1913, 1, 338.

⁹ Douai, 28 mars 1914. *Gaz. Trib.* 1914, 2^e sem., 112

d'une autre un acte juridique qu'en la menaçant de commencer ou de continuer contre elle des poursuites soit civiles, soit pénales : saisie, dépôt de plainte, refus de retirer une plainte, de consentir à la libération d'une personne contrainte par corps, etc.

La cour de Cassation a à ce sujet une solution très nette, indiquée dans sa jurisprudence depuis longtemps et exposée très clairement dans ses derniers arrêts. « Les voies de droit employées par l'une des parties contre l'autre ne constituent point par elles mêmes la violence dans le sens de la loi et ne peuvent en principe motiver l'annulation de la convention qui en est la suite. Mais cette règle n'a pas un caractère absolu. Il y a lieu d'examiner si en fait le créancier n'a fait qu'user régulièrement de son droit, ou s'il en a abusé. Suivant les cas, les juges peuvent voir dans les procédés employés pour extorquer au débiteur des promesses excessives, une violence illégitime de nature à vicier le consentement »¹.

Et ces règles s'appliquent même si une personne est surprise en flagrant délit².

Ainsi il ne faut pas regarder la gravité de la menace, l'importance de la poursuite annoncée, ni l'impression qu'elle pouvait faire sur le débiteur. Il faut examiner seulement si l'on réclamait une chose juste : la réparation adéquate d'un

¹ Rennes, 20 juillet 1912. Gaz. Pal. 1912, 2, 497. Req. 10 nov. 1908. S. 1909, 1, 76. D. 1909, 1, 16. Gaz. Pal. 1908, 2, 505. — Req. 19 fév. 1879. S. 1880, 1, 62. D. 1879, 1, 445. Paris, 27 juin 1881 et Rouen, 15 juillet 1881. S. 1881, 2, 243. Cf. civ. 25 fév. 1879. S. 1879, 1, 273. D. 1879, 1, 158. — Req. 17 août 1865. S. 1865, 1, 399. — Cass. Req. 29 messidor, an XI. S. chr. Colin et Capitant II, p. 300. Larombière, art. 1111 et 1114, n. 10 et 11. — Laurent, XV, n. 516 et 517. — Demolombe, XXIV, n. 146 à 149. — Baudry et Barde, I, n. 82 et 83. — Beudant, n. 128. — Aubry et Rau, IV, § 343 bis texte et note 11 ter. — Huc, VII, n. 29. — Colmet de Santerre, V, n. 22 bis III. — Planiol, II, n. 1074. — Thiry, II, p. 563. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 390. — Giorgi, *Oblig.*, IV, n. 81. — Chironi e Abello, *Dir. civ. ital.*, I, 489. — Saleilles, *Déclar. de vol.*, p. 58.

² Caen, 9 avril 1853. S. 1854, 2, 30. D. 1854, 2, 189. Larombière, Demolombe, Laurent, *loc. cit.*, Baudry et Barde, I, n. 84.

délict, ou au contraire une chose excessive : une libération, un paiement sans motif, la promesse d'une somme bien supérieure à celle due, ou d'une somme qu'on avait promis de ne pas réclamer¹.

En principe, la menace d'une poursuite même pénale est une arme dont le créancier peut légitimement se servir pour assurer le recouvrement de sa créance.

Certains arrêts pour soutenir la même opinion ont, il est vrai, paru s'attacher un peu trop exclusivement à cette idée que l'emploi des voies légales ne constituait pas une violence, car en justice, la présence des juges est une garantie contre les demandes abusives. Mais en fait cela a été dit dans des espèces où la promesse faite sous menace de poursuites n'avait rien d'excessif.

Si on menace d'une poursuite injustifiée, il y aura donc violence seulement parce qu'on réclame ce qui n'est pas dû².

Le point de savoir si l'usage des voies de droit a dans l'espèce constitué une violence parce qu'il y avait réclamation abusive est souverainement tranché par les juges du fait³.

309. — En vertu de ces principes il a été reconnu qu'il y avait violence si pour obtenir le retrait d'une plainte en adultère une femme avait libéré son mari de ce qu'il lui devait⁴; ou si pour obtenir le désistement d'une plainte pour faux, on avait signé une promesse plus de dix fois supérieure au

¹ V. pour ce dernier cas Cass. civ. 31 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 187. S. 1914, 1, 267.

² Civ. 9 avril 1913. D. 1917, 1, 103. *Contra* Demolombe, XXIV, n. 143.

³ Cass. civ., 31 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 187. Cass. Req. 6 avril 1903. S. 1904, 1, 505. D. 1903, 1, 301. Pand. fr. 1904, 1, 231. *Rev. de dr. civ.*, 1904, p. 853, et les arrêts cités à la note précédente. — *Contra*, Aubry et Rau, IV, § 343 bis, note 15 bis. — Baudry et Barde, I, n. 96. — Crepon, *Pourvoi en cass.*, III, n. 937.

⁴ Cass. Req. 6 avril 1903, précité avec note de M. Naquet.

préjudice¹ et si on s'était servi de la promesse de désistement dans une poursuite peu fondée pour obtenir une transaction excessive²; ou si l'on s'était servi d'une menace de poursuite pour incendie volontaire contre le père de l'assuré, pour faire renoncer ce dernier à toute indemnité³.

Il y a encore nullité si on a obtenu, sous menace de plainte pour détournement, qu'un employé ne se place jamais chez un concurrent⁴ ou si l'on a obtenu du capitaine, en mettant l'embargo sur son navire en partance, qu'il accepte une transaction où il promettait des indemnités injustifiées⁵ ou si l'on a obtenu l'acquiescement à un jugement par défaut et la ratification d'engagements pris en minorité en exécutant une saisie chez la mère du débiteur avec qui ce dernier habitait⁶ ou si l'on a obtenu une promesse par des voies de droit contraires à un jugement rendu dans le pays où la question de violence s'agite⁷ ou si l'on a fait par dol déclarer une personne en faillite⁸.

Surtout il y a nullité si on s'est fait faire une promesse excessive⁹.

Au contraire il n'y a pas violence si le créancier n'a cherché en employant les voies de droit qu'à obtenir ce qui lui était dû normalement.

Ainsi il n'y a pas violence si une femme voyant son mari menacé de poursuites bien fondées s'engage comme sa cau-

¹ Req. 10 mars 1908. S. 1909, 1, 76. D. 1909, 1, 16. Gaz. Pal. 1908, 2, 505. Gaz. Trib., 1909, 1^{er} sem., 1, 137. — V. de même, Paris, 31 juillet 1907. Gaz. Trib. 1907, 2^e sem., 2, 340.

² Cass. Req. 17 août 1865. S. 1865, 1, 399. — Bruxelles, 28 mai 1812. S. chr.

³ Rouen, 15 juillet 1881. S. 1881, 2, 243. Gaz. Pal. 1882, 1, 197.

⁴ Paris, 31 janvier 1896. Gaz. Pal. 1896, 1, 398.

⁵ Req. 19 fév. 1879. S. 1880, 1, 62. D. 1879, 1, 445.

⁶ Bruxelles, 29 avril 1857. Pas. 1857, 2, 192. Laurent, XV, n. 516.

⁷ Trib. Seine, 5 juillet 1893. Gaz. Pal. 1893, 2, 124.

⁸ Bruxelles, 2 avril 1891. Pas. 1891, 2, 414. — Civ. 31 déc. 1913. Gaz. Pal. 1914, 1, 187 (menace de faillite), S. 1914, 1, 267

⁹ Trib. Seine, 16 fév. 1906. Mon. Lyon, 9 août 1906.

tion¹, ou si le créancier menace de faire valoir une prétention justifiée² et d'user simplement des voies légales pour faire tenir un engagement³ ou si le débiteur a fait une promesse très normale dans son taux⁴.

Si on a menacé un débiteur de faillite⁵.

D'autres décisions ont une formule plus large et disent : il n'y a pas violence si la personne qui a menacé de poursuite pouvait croire au bien fondé de sa demande⁶ ou a menacé de poursuite sans aucun esprit d'intimidation⁷.

De même en principe l'engagement d'un plaignant de se désister d'une plainte⁸ ou d'un tiers de réparer le dommage si un délinquant est acquitté⁹ ou si une plainte est reti-

¹ Cass. civ. 25 févr. 1879. S. 1879, 1, 273. D. 1879, 1, 158.

² Caen, 17 juillet 1899, *Rec Rouen*, 1899, 2, 136. — Trib. Lisieux, 5 juillet 1901. *Gaz. Pal.* 1901, 2, 599. Cf. trib. Seine, 5 avril 1913. *Gaz. Trib.* 1913, 2^e sem., 2, 142. — Liège, 8 avril 1865. *Pas.* 1865, 2, 168.

³ Trib. cimm. Orthez, 27 fév. 1892, la *Loi* 31 mai 1892. — Trib. Seine, 25 août 1881. *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 167 (sol. impl.). — Paris, 1^{er} déc. 1896. *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 15 (ici il y avait promesse excessive, mais il y avait eu fraude et légèreté de la victime).

⁴ Trib. Bordeaux, 20 avril 1896. *Gaz. Pal.* 1896, 1, suppl. 41. — Cf. Lyon, 4 juin 1908, la *Loi* 13 juin 1908 (billets signés d'un faux nom remplacés par des billets avalisés par la famille du faussaire pour obtenir le retrait d'une plainte). Paris, 5 août 1853. D. 1855, 2, 317.

⁵ Cour Lucques, 6 mai 1904. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 734.

⁶ Trib. Seine, 5 juin 1896. *Gaz. Pal.* 1896, 2, 344 (renonciation à un legs sous menace d'un procès contenant des révélations scandaleuses). Cf. Trib. Bourg, 26 déc. 1905, la *Loi* 5 avril 1906. Trib. Bruxelles, 22 juillet 1891, *Pas.* 1891, 3, 364.

⁷ Paris, 27 juin 1881. S. 1881, 2, 243. — V. aussi trib. Seine, 7 août 1890. *Pand. fr.* 1890, 2, 269.

⁸ Trib. Seine, 16 déc. 1896, le *Droit* 12 mars 1897. — Trib. Seine, 16 avril 1884. *Gaz. Pal.* 1884, 2, suppl. 187. — Cf. Riom, 12 déc. 1898. *Rec. Riom.*, 1898, 322 (simple promesse d'indemniser jugée valable).

⁹ Contrà trib. Pau, 31 oct. 1901, la *Loi* 12 nov. 1901. — Trib. Seine, 10 nov. 1887. *Gaz. Pal.* 1888, 1, 127. Trib. Seine, 9 juill. 1888, le *Droit*, 2 août 1888. — Trib. Bourgoin, 4 févr. 1882. *Gaz. Pal.* 1883, 2, 2^e partie, 40.

⁹ Trib. Seine, 7 nov. 1899. *Gaz Trib.* 1900, 2, 61. Il en est ainsi à moins que le désir de paralyser l'action publique par cette condition ne soit manifeste. Bordeaux, 20 févr. 1839. S. 1839, 2, 462.

rée¹ ou n'est pas déposée² ne sont pas illicites. En vertu de ces idées, d'anciens arrêts ont souvent reconnus valables, les promesses faites par un débiteur subissant la contrainte par corps pour sortir de prison³.

Quelquefois en présence de menace de poursuites, les tribunaux disent il y a nullité pour fausse cause, ce qui est évidemment très juste, puisque l'on n'annule que les promesses excessives⁴.

Cette argumentation permet plus nettement d'expliquer la solution donnée par les arrêts qui annulent l'obligation dans ce qu'elle a d'excessif et la maintiennent dans ce qu'elle a de raisonnable⁵.

Cette jurisprudence civile est en harmonie avec la jurisprudence criminelle qui n'admet pas qu'il y a chantage si on n'a fait qu'agir pour réclamer une juste réparation⁶ au débiteur lui-même⁷.

¹ Trib. Seine, 13 janv. 1887, la *Loi*, 21 janv. 1887. — Req. 11 nov. 1911. *Gaz. Trib.* 22 nov. 1911. *Riom*, 15 mai 1912 inédit.

² Trib. Louvain, 22 mars 1900. *Pas.* 1900, 3, 202. — Cf. Anvers, 19 mars 1880. *Pas.* 1880, 3, 265. — V. cep. Lomonaco, I, p. 130. Bordeaux, 20 févr. 1819. *S.* 1839, 2, 462, arrêt fondé sur l'idée de cause.

³ Paris, 12 févr. 1806. *S. chr.* — Paris, 9 prairial, an XII, *S. chr.* — Douai, 11 juillet 1835. *S.* 1836, 2, 224. *D.* 1836, 2, 63. — V. cep. Anvers, 9 sept. 1856, *Jurispr. d'Anvers*, 1856, 1, 309 (emprisonnement à l'étranger en vertu d'une décision contraire à un jugement belge). Bruxelles, 29 avril 1857. *Pas.* 1857, 2, 192 (même cas).

⁴ Trib. Pau, 31 oct. 1901, la *Loi* 12 nov. 1901. — Paris, 31 juillet 1907. *Gaz. Trib.* 1907, 2^e sem., 2, 340. Trib. Seine, 16 févr. 1906. *Gaz. Trib.* 1906, 2^e sem., 2, 269 (ce jugement invoque uniquement la fausse cause). Cf. Trib. Seine, 21 nov. 1893. *Gaz. Pal.* 1893, 2, 604. — Trib. comm. St-Etienne, 24 janv. 1894. *Gaz. Pal.* 1894, 1, 299. — Douai, 11 juillet 1835. *S.* 1836, 2, 224. *D.* 1836, 2, 63. Cf. Larombière, art. 1111, n. 42. — Demolombe, XXIV, n. 146.

⁵ Cass. 10 nov. 1908 précité. Trib. Seine, 16 févr. 1906 précité.

⁶ V. Cass. crim., 2 avril 1897. *S.* 1898, 1, 111. — Cass. crim., 20 mars 1885. *S.* 1885, 1, 185 (sol. implic.). — Cf. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 400, n. 67 et suiv.

⁷ V. au contraire si c'est à un tiers. Cass. crim., 26 fév. 1897. *Bull. crim.*, n. 74.

310. — Les actes de violence doivent toujours être suffisamment caractérisés pour influer sur la volonté de celui qui fait l'acte juridique ¹.

Les tribunaux ont sur ce point un pouvoir d'appréciation absolu ². Ainsi il a été admis qu'il n'y a pas violence dans des menaces vagues ³ ou dans le fait de profiter de l'état de gêne d'un créancier pour obtenir un escompte en cas de paiement au comptant ⁴ ou dans des réclamations vives d'une dette reconnue en principe ⁵ ou dans le fait d'un directeur de théâtre qui, pour jouer une pièce, impose une collaboration fictive pour partager les droits d'auteur ⁶.

Dans les testaments, les tribunaux admettent qu'il faut se montrer plus facile pour affirmer la violence ⁷.

Pacifici Mazzoni propose ce critère qu'il y a menace grave en général dès que le dommage dont on est menacé est plus grand que celui résultant du contrat ⁸.

311. — Une question délicate est celle de savoir s'il y a nullité au cas où une personne ayant intérêt à passer un contrat, on lui a refusé de le passer à moins qu'elle n'accepte des conditions très onéreuses.

Nous avons vu que l'on n'avait pas admis le vice de violence au cas où un directeur de théâtre imposait à un dram-

¹ Si la violence est faible, Giorgi, propose d'admettre la nullité pour dol. (*Oblig.*, IV, n. 91.) Ceci nous paraît critiquable. Cf. Demolombe, XXIV, n. 135. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 238. — Larombière, art. 1114, n. 9.

² Cass. Req., 4 nov. 1835, S. 1836, 1, 948. D. *Rep.*, v^o *Oblig.*, n^o 180. — Req., 19 fév. 1879, S. 1880, 1, 62, D. 1879, 1, 445. — Req. 24 janv. 1822 et 25 juillet 1826. D. *Rep.*, v^o *Oblig.*, n^o 173. — Lomonaco, I, p. 126. Cf. Baudry et Barde, I, n. 96.

³ Pau, 22 août 1833, sous Req., 4 nov. 1835, S. 1836, 1, 948.

⁴ Bastia, 3 avril 1845, D. 1845, 2, 76.

⁵ Montpellier, 19 déc. 1892. Gaz. Pal. 1893, 1, 216 (réclamation et menace de dénonciation à la Chambre des notaires).

⁶ Trib. Seine, 13 nov. 1905. Gaz. Trib. 1906, 1^{er} sem., 2, 372. Peut-être cependant aurait-on pu plaider ici la violence incidente et la fraude à l'égard du traité avec la Société des auteurs.

⁷ Bordeaux, 8 mai 1860, S. 1860, 2, 433. D. 1860, 2, 129.

⁸ V. contra Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 501.

⁸ II, p. 391, 5^e éd. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 307.

turge une collaboration fictive¹. Mais on a jugé qu'un propriétaire de lavoir n'ayant obtenu la concession d'eau qu'en acceptant de payer l'arriéré dû par son prédécesseur, il pouvait ensuite répéter la somme ainsi payé sous l'influence de la violence morale². Cette solution nous semble plus juste. Il serait ici naturel de tenir compte de la violence incidente. Il y a une véritable violence à exploiter le besoin où se trouve une personne de passer un contrat pour lui imposer des conditions exorbitantes³.

De même le médecin qui abuse de sa situation pour imposer un prix exorbitant pour une opération à un malade alors qu'il a le monopole d'un certain sérum pourrait voir le contrat annulé, sauf à obtenir une juste indemnité⁴.

Mais la pression résultant de conditions économiques générales ne serait pas une violence. Ainsi en serait-il du contrat collectif raisonnable obtenu par des grévistes ou par des ouvriers menaçant de grève. Ou encore du contrat passé à un salaire trop bas par l'ouvrier pressé de s'embaucher. Le seul état de nécessité sans pression extérieure visible ne constitue pas la violence⁵.

¹ Trib. Seine, 13 janv. 1905. Gaz. Trib., 1906, 1^{er} sem., 2, 372. — Cf. Huc, VII, n. 28, qui fait observer qu'il n'y a pas violence si on choisit entre deux choses agréables, (ou acceptables dirai-je). Rappr. trib. Gand, 5 mars 1901. Pas. 1901, 3, 107.

² Trib. Seine, 16 déc. 1910. Gaz. Trib. 1911, 1^{er} sem., 2, 68. — *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 444. — Cf. trib. Gand, 21 fév. 1905. Pas. 1906, 3, 131.

³ V. sur la violence incidente, *infra*, n. 325 et Giorgi, IV, n. 79. — Cf. trib. Bruxelles, 11 mars 1890. *Journ. Trib.* 1890, 954, qui semble défavorable à cette idée.

⁴ V. trib. Seine, 23 févr. 1907. Gaz. Trib. 1907, 1^{er} sem., 2, 387, qui en fait a admis le contraire, la violence morale n'étant pas établie. V. les observations de M. Ripert, *Revue critique*, 1907, p. 193.

Cf. trib. Toulouse, 6 mars 1911. Gaz. Trib. Midi, 17 juin 1911. V. aussi trib. Seine, 1^{er} avril 1914. Gaz. Trib. 1914, 1^{er} sem., 2, 375, qui a aussi rejeté la violence vu qu'en l'espèce malgré l'état grave du malade il n'y avait pas pression abusive.

⁵ V. Barassi, *Giusto salario et salari anormali*. Extrait de la *Riv. di diritto commerciale*, XV, p. 26.

312. — Mais l'art 1114 limite un peu le pouvoir des juges en disant : « La seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée ne suffit point pour annuler le contrat. » Il faut entendre par là qu'il n'y a pas violence lorsqu'on cède simplement en vertu du respect et de l'habitude d'obéissance que l'on a envers ses ascendants.

Les auteurs sont d'accord pour étendre cette solution à tous les cas où l'on a cédé à une personne ayant une légitime autorité¹.

En effet, il est très normal et très légitime que dans les rapports entre parents, on s'accorde des conditions que l'on ne ferait pas à des étrangers, non seulement par affection, mais par habitude d'obéissance². Mais aujourd'hui la crainte révérentielle n'est pas beaucoup à craindre. On est trop indépendant pour cela. L'art. 1114 a donc peu d'intérêt pratique.

Cette idée de l'inefficacité révérentielle ne doit pas être exagérée. Lorsqu'il n'y a plus la seule crainte révérentielle, mais une véritable violence, il y a nullité³.

C'est le cas pour une mère qui menace d'abandonner sa fille enceinte lors de ses couches⁴, pour un père qui profite de ce que son descendant vit chez lui et, se trouvant sans ressource, est par là même, dans sa dépendance absolue⁵.

¹ Pothier, *Oblig.*, n. 27. — Domat, 1^{re} partie, XVIII, sect. 2, n. 9. — Aubry et Rau, 5^e éd., IV, p. 501, note 17. — Larombière, I, art. 1111 à 1114, n. 14. — Demolombe, XXIV, n. 154 à 156. — Laurent, XV, n. 514. — Baudry et Barde, I, n. 87. Il en est ainsi des parents vis-à-vis d'une Association maritime qui a un navire école. Cf. trib. Bruxelles, 27 juillet 1908. Pas. 1908, 3, 241 et trib. Charleroi, 25 avril 1898, *Journ. Trib.*, 1898, 926.

² V. Bigot-Praemeneu, Fenet, XIII, p. 224, qui a dit qu'il fallait ne pas entraver les contrats entre ascendants et descendants. — Cf. les observations de Huc, VII, n. 33.

³ Demolombe, XXIV, n. 153. — Larombière, art. 1111 à 1114. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 502. — Baudry et Barde, I, n. 88. — Planiol, II, n. 1074.

⁴ Trib. Albi, 18 juillet 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 536.

⁵ Bruxelles, 22 août 1808, S. chr.

De même, il peut y avoir violence dans certaines menaces faites à un prêtre par ses supérieurs ecclésiastiques¹ ou de façon plus générale dans des menaces de révocation à l'égard de fonctionnaires subalternes.

313. — Pour apprécier s'il y a violence suffisante, le code a prétendu guider les juges. L'art 1112 dit : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable » Mais il ajoute immédiatement : « On a égard en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Il y a là deux conceptions contradictoires. L'une se place au point de vue objectif, l'autre au point de vue subjectif. Cela s'explique historiquement. Les anciens auteurs et spécialement Pothier, après avoir reproduit les textes romains d'un caractère objectif, affirmaient le point de vue subjectif pour écarter la tradition². Par inadvertance, les rédacteurs ont copié les deux textes à la fois.

On est d'accord en pratique pour se placer au point de vue subjectif. Ainsi les motifs des tribunaux soulignent que l'engagement de payer une opération à un prix élevé a été pris par un malade dans un état de grande faiblesse³ ou qu'un ouvrier blessé était sous l'influence de la morphine quand il a signé l'acceptation d'une somme comme indemnité⁴ ou qu'une donation a été faite par une concubine affaiblie par les excès alcooliques et préoccupée par l'approche des ses couches⁵. Inversement si une personne est au courant des affaires, on a jugé qu'une menace vaine de poursuite correctionnelle ne pouvait influencer sur sa volonté et la vicier⁶. De

¹ Trib. Toulouse, 14 août 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 10 nov. 1889.

² V. Pothier, *Obligations*, n. 25. Cf. Domat, liv. I, titre XVIII, sect. 2, qui se place aussi au point de vue subjectif.

³ Trib. civ. du Havre, 16 janv. 1897, *Gaz. Trib.*, 17 août 1897. *Pand. fr.*, 1898, 2, 75.

⁴ Lyon, 6 févr. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 6. — V. cep. Huc, VII, n. 31.

⁵ Trib. Seine, 5 déc. 1890, *Pand. fr.*, 1891, 2, 152.

⁶ Baudry et Barde, I, n. 74. — Capitant, I p. 71. Rapp. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 500. — Planiol, II, n. 1072.

même il n'y a pas violence si une personne âgée a été, pour la conclusion d'un contrat, accompagnée de son conseil¹. Parmi les auteurs, les uns acceptent avec raison de se placer uniquement au point de vue subjectif² à raison de l'inadvertance des rédacteurs. Les autres essayent de concilier les deux textes en disant que le premier est un maximum : on n'exigera jamais plus même s'il s'agit de quelqu'un de très courageux. Mais on pourra exiger moins s'il s'agit d'une personne faible, âgée³.

L'appréciation subjective qui sera faite a cette conséquence qu'il n'y a pas à exiger une crainte raisonnable, puisque le raisonnable ne s'apprécie pas ici de façon uniforme⁴.

314. — L'art. 1112 qualifie encore l'acte de violence en disant qu'il y a nullité si la violence envers une personne « peut inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. »

Il faut non seulement que le mal soit important, mais qu'il soit présent. Cela veut dire non pas qu'il doit être en train de se réaliser, mais qu'il doit être susceptible de se réaliser à brève échéance. Le terme : imminent, traduirait donc mieux la pensée de la loi. Le tribun Favart disait : « Il faut surtout qu'on ait été menacé de l'endurer sur le champ. » ce qui est un peu étroit⁵.

¹ Trib. Arlon, 23 juill. 1885, *Jurispr. des trib. de 1^{re} instance belges* XXXIV, p. 373.

² Trib. comm. du Havre, 22 déc. 1890, *Rec. du Havre*, 1891, 1, 47. (Ici le fait se mêlait du dol).

³ Colmet de Santerre, V, n. 22 bis, I. — Demolombe, XXIV, n. 137. — Bufnoir, p. 606. — Cf. Laurent, XV, n. 513. — Larombière, art. 1111 à 1114, n. 4 à 6.

Colin et Capitant, II, p. 300. — Thiry, II, p. 563. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 378. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 239.

⁴ V. cep. Lomonaco, I, p. 127. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 391.

⁵ Fenet, XIII, p. 314. — Cf. Pothier, *Oblig.*, n. 25.

Il n'y aurait donc pas nullité si le mal était éloigné¹ ou subordonné à plusieurs conditions devant se réaliser plus tard.

Simoncelli a assez bien traduit ces idées en disant que la menace devait être d'un mal probable².

La loi se plaçant à un point de vue subjectif, il importe peu que la menace soit véritable. Elle peut être l'œuvre d'une personne qui la fait par plaisanterie, pourvu que sa réalité apparaisse comme étant une supposition raisonnable du menacé³.

315. — La violence est une cause de nullité, qu'elle vise la personne ou les biens. La menace d'incendie, de pillage ou même de grève immédiate est donc une cause de nullité⁴. Le texte de l'art. 1112 l'indique nettement. Ainsi il y a nullité si des musiciens d'un théâtre imposent au directeur un contrat sous menace de grève immédiate au moment où la représentation va commencer⁵.

316. — Il importe peu que la personne violentée se soit trouvée dans cette situation par sa faute.

En droit pénal, on admet qu'une personne ne peut invoquer la contrainte que si on ne peut lui reprocher de faute antérieure l'ayant exposé à cette contrainte⁶.

Il n'en est pas de même en droit civil. On peut invoquer la violence même si les faits du violenté qui ont permis à la

¹ Pau, 22 août 1833, sous Cass., 4 nov. 1835, S. 1836. I. 948. — Colmet de Santerre, V, n. 22 bis-II. — Bufnoir, p. 607. — Demolombe, XXIV, n. 139. — Larombière, art. 1112, n. 7. — Planiol, II, n. 1073. — Baudry et Barde, I, n. 75. — Beudant, n. 130. Thiry, II, p. 564. D'après Huc, VII, n. 31, il suffit que la crainte soit présente le mal fut-il éventuel. V. de même Laurent, XV, n. 512. — Larombière, art. 1111, n. 7. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 497, note 11. — Bufnoir, p. 607. — Capitant, p. 272. — Planiol, II, n. 1073.

² *Istituzioni*, p. 307.

³ Cf. Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 238.

⁴ V. Bufnoir, p. 607. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 238. V. cep. Alger, 22 févr. 1911, *Mon. Lyon*, 10 fév. 1912.

⁵ Trib. Marseille, 9 mars 1912, *Rec. Marseille*, 1912, 2, 145. Aix, 11 mars 1913, id., 1917, 2, 56.

⁶ V. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 64. — Garraud, I, n. 273.

violence de se produire sont fautifs. Ainsi en est-il au cas où une personne attirée par une femme mariée a été surprise par le mari est obligée de promettre de l'argent¹ ou au cas où l'auteur d'un délit a promis des sommes excessives². Car ce qui produit la nullité, c'est surtout le fait qu'une obligation est sans raison plausible, ou excessive. Mais il faut avoir fait son possible pour éviter la violence. Cette idée de peu d'intérêt pour la formation des actes juridiques peut en avoir davantage pour les cas où on se prétend libéré d'une obligation par la violence, il faut n'avoir rien à se reprocher³.

Il est un peu délicat d'accorder cette solution avec ce que nous avons dit plus haut sur la faute antérieure à la violence. Mais on peut le faire cependant en disant qu'il y a ici une responsabilité certaine de l'amant, du délinquant, mais que la transaction sur son chiffre, fait indépendant a été viciée par violence.

On pourrait aussi dire que pour partie la promesse est sans cause. Mais l'étude de ce système se rattache plus directement à l'étude de la cause partielle. Nous ne faisons que la mentionner ici.

Il n'y aurait pas violence si le prétendu violenté se trouvait amené à passer un contrat à certaines conditions à raison d'un acte juridique antérieur auquel il a donné son approbation. Si par exemple un legs ou une donation ont été faits à charge par le bénéficiaire de vendre tel objet à telle person-

¹ Bordeaux, 14 août 1876, sous Req., 15 juillet 1878, S. 1879, 1, 393 avec note de Labbé, D. 1879, 1, 22. — Cass. Req., 6 avril 1903, S. 1904, 1, 505. D. 1903, 1, 301, Pand. fr., 1904, 1, 231 (adultère de la femme, menaces de poursuite du mari).

² V. not. Req., 10 nov. 1908, D. 1909, 1, 16, S. 1909, 1, 76, Gaz. Pal., 1908, 2, 505.

³ Ainsi l'Etat transporteur de valeurs n'est pas libéré à la suite d'un vol à main armée s'il n'a pas pris toutes les précautions pour faire protéger le transport. Cass. civ., 18 juill. 1899, D. 1899, 1, 537. — Aix, 30 déc. 1909, Gaz. Trib., 1910, 1^{er} sem., 2, 194, *Rev. de dr. civ.*, 1910, p. 440. — Cf. Cass. civ., 11 juin 1899, S. 1900, 1, 260. — Trib. de Cognac, 8 juin 1900, S. 1904, 1, 13.

ne à tel prix, de s'associer avec telle autre. Le bénéficiaire était en effet libre de ne pas accepter cette libéralité¹.

317. — La violence doit avoir un caractère injuste. Cette solution, qui n'est pas expressement formulée dans la loi, peut avoir deux sens : on peut considérer la violence en elle-même, ou dans son but.

Elle signifie d'abord que le but de la violence doit être d'obtenir un avantage illicite, que rien ne motive². Nous avons vu l'application de cette idée à propos des menaces de poursuite. Il n'y a violence que si l'on a voulu obtenir des indemnités excessives, des sommes auxquelles on n'avait pas droit.

Mais y aurait-il violence si on cherchait simplement à fortifier un droit juste en lui-même ?

Il a été jugé qu'il n'y avait pas violence si par des menaces de poursuites contre le mari pour une dette incontestable, on obtenait le cautionnement de la femme ou d'un tiers³. Ceci peut être généralisé. Il n'y a pas violence dans le fait de menacer de poursuite pour obtenir des sûretés du débiteur lui-même ou d'un tiers : constitution de gages, d'hypothèques, cautionnement, engagement solidaire⁴.

De même il n'y a rien d'injuste à faire pression sur la volonté d'autrui pour convertir une obligation naturelle en une obligation civile.

Bien que les plaideurs ne semblent pas avoir soulevé ce côté de la question devant les tribunaux, la femme délaissée

¹ Cf. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n. 39.

² Baudry et Barde, I, n. 81. — Capitant, p. 272. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 238.

Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 379. Trib. Toulouse, 6 mai 1911. Gaz. Trib. Midi, 18 juin 1911. Contrà, Cass. Turin, 15 déc. 1901, *Pas.* 1901, 4, 109.

³ Civ. 25 fév. 1879, S. 1879, I, 273, D. 1879, I, 158. — Paris, 31 mars 1906. D. 1907, 2, 366. Gaz. Trib., 1906, 2^e sem., 2, 386. *Rev. de dr. civ.*, 1906, p. 904. — Cf. Paris, 31 juillet 1907, Gaz. Trib., 1907, 2^e sem., 2, 340.

⁴ V. Baudry et Barde, I, n. 80.

par son amant qui l'a rendue mère, la maîtresse abandonnée après de longues années de vie commune et qui sont créancières d'une obligation naturelle¹, peuvent insister pour voir cette obligation transformée en une obligation civile raisonnable². La demande n'a rien de plus illicite que celle d'obtenir une hypothèque ou une caution.

Il n'y a rien d'injuste non plus à obtenir un titre écrit là où il n'y avait pas d'acte dressé, ou un titre contenant renonciation à toutes les exceptions possibles, ou un titre fixant à un chiffre équitable l'indemnité due à la suite d'un délit ou d'un dommage quelconque.

318. — Si dans son but l'acte n'est pas injuste, c'est-à-dire contenant un avantage excessif, ne peut-il y avoir injustice par les moyens par lesquels il a été obtenu.

Quand y aura-t-il injustice à ce second point de vue ? L'acte sera évidemment régulier si la loi elle-même l'a permis. Ainsi il a été jugé autrefois qu'un paiement fait en assignats au moment où cela était autorisé est valable³. On ne peut tenir compte de la violence légale faite au créancier en l'obligeant à recevoir un paiement par un mode déprécié ; de même en est-il d'un mode spécial de règlement autorisé par une loi particulière et que le créancier a accepté⁴.

En sens inverse l'acte sera évidemment irrégulier s'il est en lui même un délit pénal : une diffamation, un abus de blanc seing. Une fille-mère abandonnée ne pourrait pour obtenir une pension raisonnable menacer son amant de le diffa-

¹ V. not. sur le premier cas, Paris, 18 févr. 1910, S. 1910, 2, 220. *Rev. de dr. civ.*, 1910, p. 623, et sur le second, Rennes, 7 mars 1904, S. 1907, 2, 241, avec note de M. Hemard, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 416. Trib. Seine, 22 juin 1910. *Gaz. trib.*, 1910, 2^e sem., 2, 380 et 5 avril 1913. *Gaz. Trib.*, 1913, 2^e sem., 2, 142.

² Rapp. Paris, 28 février 1912. *Gaz. Trib.*, 1912, 1^{er} sem., 2, 233. *Gaz. Pal.* 1912, 2, 230. — Trib. Seine, 21 nov. 1893; *Gaz. Pal.* 1893, 2, 604. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 975, où cet argument aurait peut-être pu être invoqué. V. encore trib. Seine, 2 août 1890. *Pand. fr.*, 1891, 2, 66. Cf. Amiens, 1^{er} déc. 1881, S. 1882, 2, 149.

³ Req., 29 messidor, an XI, S. chr. Baudry et Barde, I, n. 85.

⁴ Trib. Seine, 29 nov. 1882. *Gaz. Pal.* 1882, 2, 170.

mer dans sa vie privée, inscrire un acte d'obligation sur le blanc seing qu'elle possède, faire des menaces de mort.

Mais pourrait-elle, toujours pour obtenir une somme modérée, parler de révéler la situation à la fiancée de son amant, révéler ces relations à une personne dont dépend l'avenir de l'inconstant, ou employer tel autre de ces moyens non punissables dont l'emploi peut rendre intenable la vie du don Juan devenu ermite ?

La question peut se généraliser. Est il vrai qu'en se tenant en deçà de la limite des infractions, on peut employer tout moyen pour obtenir ce à quoi on a droit. Nous l'avons affirmé en matière d'exécution des obligations¹.

Ici nous donnerons une solution analogue, mais avec plus de modération. Il ne s'agit plus d'exécuter une obligation purement et simplement, mais de la perfectionner par des garanties, des instruments, etc. Il ne faudrait donc considérer comme n'étant pas violences injustes, que les actes ne dépassant pas une certaine limite². Ce serait sans doute l'avis des tribunaux³. Dans la vie comme au théâtre, la scène la plus violente n'est pas la meilleure. Il y a dans la théorie de la violence la répulsion instinctive de l'homme calme pour le fait trop brutal. La modération et le calme dans l'énergie sont donc en pareil cas les armes les plus conformes au droit pour faire sentir à ceux qui rompent l'union dite libre le lourd poids des responsabilités civiles qui peut peser sur eux. Mais en réalité la violence qui ne porte atteinte au droit d'autrui ni en faisant obtenir un avantage excessif, ni en portant atteinte à la liberté de contracter ou de

¹ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 658 et suiv. La jurisprudence décide même que le bris de clôture par le propriétaire empêche la possession d'un tiers d'être paisible et de conduire à la prescription. Cass. civ., 22 juillet 1856. D. 1856, 1, 306.

² Trib. Seine, 5 avril 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2, 142. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 123, rente réclamée par des lettres véhémentes après séduction.

³ V. Caen, 9 avril 1853, S. 1854, 2, 30. — Trib. Seine, 5 avril 1913, Gaz. Trib. 1913, 2^e sem., 2, 142. Amiens, 1^{er} déc. 1881, S. 1882, 2, 149.

ne pas contracter n'est pas illicite. Il suffit qu'elle ne porte pas atteinte au principe qu'on ne peut se faire justice à soi-même dans les cas où il est acceptable¹

319. — Il est tenu compte de la pression qui s'est exercée sur l'auteur de l'acte juridique soit lorsqu'elle émane de celui qui profite de cet acte (cocontractant, créancier de la succession acceptée par violence) soit lorsqu'elle vient d'un tiers.

La première solution est peu importante, car entre l'auteur et la victime, l'action de l'art. 1382 Civ. serait arrivée au même résultat. La seconde l'est bien plus. Par là la théorie de la violence se sépare de celle du dol. L'art 1111 a affirmé cette solution en disant que « la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

La violence émanant d'un tiers désintéressé est rare en pratique dans les contrats. La jurisprudence a eu cependant à juger en ce sens à propos du testament qu'il y avait nullité d'un legs fait par le testateur sous la pression d'un tiers.

Peu importe que le contractant ne fût pas complice ou ignorât la violence².

320. — Il y a également violence lorsque la pression exercée sur la volonté vient non du fait des hommes, mais des événements extérieurs eux-mêmes

Bien que la loi ne dise rien à ce sujet, le point de vue

¹ V. à ce sujet nos *Notions fondamentales*, p. 638 et suiv. La distinction de la violence dans les moyens et de l'injustice du but peut être comparée à celle entre la violence dans la cause et celle dans l'effet que font les Italiens sur l'art. 7 de la loi sur les accidents. V. Carnelutti, *Causa violenta*. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I, p. 415.

² Trib. Pont-Lévêque, 22 janv. 1861. D. 1863, I, 310. — Besançon, 26 août 1856. D. 1857, 2, 138 (violence et captation de la part d'un tiers). Bordeaux, 8 août 1860, S. 1860, 2, 433. D. 1860, 2, 129.

V. sur le principe, Baudry et Barde, I, n. 94. — Planiol, II, n. 1075. — Capitant, p. 273. — Demolombe, XXIV, n. 157-158. — Larombière, art. 1111, n. 17. — Beudant, n. 122.

³ Huc, VII, n. 32.

psychologique adopté ici a conduit la jurisprudence à faire de nombreuses applications de cette idée au sujet des sommes promises à des sauveteurs par les capitaines de navires en détresse.

Toutes les fois que le navire est exposé à un péril imminent et grave : étant menacé d'être coupé en deux au moindre choc, étant échoué sur des sables mouvants, après avoir vainement essayé de s'en sortir par ses propres moyens, étant dans l'impossibilité de manœuvrer à la suite de la rupture d'un arbre de couche, étant menacé d'une perte presque certaine, les tribunaux déclarent qu'il y a nullité de la promesse faite sans volonté libre. Mais en même temps, ils ne se refusent pas à donner aux sauveteurs une récompense raisonnable de leurs peines¹.

Mais conformément aux principes ordinaires, les tribunaux rejettent toute nullité si le danger n'était pas très grave de sorte que le capitaine gardait sa libre volonté² : un grand port étant proche, ou le navire ayant seulement une rupture d'arbre de couche et pouvant encore avancer à la voile. De même il n'y a plus nullité, si le capitaine, après la fin du péril, a ratifié ou exécuté³.

¹ Cass. Req., 27 avril 1887. *Pand. fr.*, 1887, 1, 238. S. 1887, 1, 372. *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 853. D. 1888, 1, 263. Rennes, 28 mars 1882. *Gaz. Pal.* 1883, 1, 529. — Trib. comm. du Havre, 22 oct. 1888. *Rec. du Havre*, 88, 1, 237. — Rouen, 10 déc. 1886. *Rec. Marseille*, 87, 2, 190. — Trib. de Dunkerque, 27 juill. 1886. *Rec. dr. maritime*, 1886, 294. — Trib. Rouen, 13 oct. 1886, *Rec. du Havre*, 1886, 2, 299. — Aix, 19 avril 1893. *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 2, 52. — Trib. comm. Marseille, 20 nov. 1891. *Rec. Marseille*, 1892, 1, 52. — Trib. comm. Marseille, 20 juin 1892. *Rec. Marseille*, 1892, 1, 266. — Aix, 30 janv. 1890. *Rec. Aix*, 1890, 1, 131. Trib. comm. Havre, 21 févr. 1905. *Pand. fr.*, 1906, 2, 304 et les observations de M. Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1906, p. 528. — Rouen, 21 mars 1906. *Gaz. Trib.*, 1906, 1^{er} sem., 2, 397. — Rennes, 13 avril 1894. *Rec. Nantes*, 94, 1, 112. — Trib. Anvers, 12 juin 1890. *Journ. Trib.*, 1890, 956. — Bruxelles, 15 mai 1879. *Pas.* 1879, 2, 241.

² Trib. comm. Marseille, 21 juillet 1891. *Rec. Marseille*, 1891, 1, 246. — Aix, 3 août 1892, id., 1893, 1, 58. — Trib. comm. Marseille, 22 oct. 1889. *Rec. Marseille*, 1890, 1, 41.

³ Rouen, 24 avril 1901, *Rec. du Havre*, 1901, 2, 206. — Trib. du Havre, 22 oct. 1888. *Rec. du Havre*, 1888, 1, 237.

Dans la doctrine, ces solutions sont très discutées. La plus grave raison en est que le Code ne prévoit pas cette question. Cependant, la jurisprudence est conforme à la tradition. Pothier l'adoptait déjà¹. Ensuite elle découle logiquement du point de vue subjectif qui domine actuellement la théorie de la violence. N'est-il pas juste d'annuler tout consentement vicié ? On objecte que le sauveteur n'aurait pas risqué sa vie s'il avait su n'obtenir qu'une faible somme. C'est exact. Mais pourquoi hésiter à sacrifier le sauveteur qui n'a rien à se reprocher, mais qui sait cependant qu'il y a un péril, et qui profite de la situation, alors qu'au cas de violence commise par un tiers, on n'hésite pas, en vertu de l'art. 1111, à sacrifier le contractant innocent et peut être ignorant de la violence. Sans s'en douter, c'est l'opposabilité à tous les vices du consentement qu'on critique ici².

321. — On s'est demandé comment, annulant la promesse du capitaine, on pouvait accorder une récompense raisonnable au sauveteur.

On a proposé de lui donner l'action de gestion d'affaires³. Mais on a objecté que cette action ne peut faire restituer que les déboursés⁴. Cela est vrai. Mais nous verrons plus tard que l'on tend aujourd'hui à élargir un peu cette solu-

¹ *Oblig.*, n. 24. — En ce sens, v. Bourdillon, *Rapport à la comm. de révision du Code civil. Bull. Soc. Et. législ.*, 1910, p. 80 qui assimile le péril imminent à la violence.

² V. en faveur de la jurisprudence Lyon-Caen et Renault, VI, n. 1070. — Desjardins, *Dr. marit.*, I, n. 98. — Planiol, II, n. 1076. — Beudant, n. 123. — Giorgi, *Oblig.*, IV, n. 85. — Chironi et Abello, *Dr. civ. ital.*, I, p. 487. — Simoncelli, *Istituz. Contrà, Demolombe*, XXIV, n. 150. — Colmet de Santerre, V, n. 20 bis. — Laurent, XV, n. 519. — Huc, VII, n. 30. — Baudry et Barde, I, n. 77. — Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 59. — Larombière, art. 1111 à 1114, n. 3. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 501. — Bufnoir, p. 608. — Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 379 (sauf s'il y avait devoir de sauvetage). — Thaller et Ripert, *Dr. maritime*, II, n. 1963. — Lomonaco, I, p. 124. — Pacifici Mazzoni, 5^e éd., II, p. 389.

³ Demolombe, XXIV, n. 151. — Colmet de Santerre, V, n. 20 bis. — Laurent, XV, n. 519. — Huc, VII, n. 30.

⁴ Baudry et Barde, I, n. 78.

tion lorsque le gérant a fait un acte professionnel, comme un entrepreneur qui fait une réparation.

Demolombe a dit que l'on était responsable par une sorte de culpa in contrahendo¹. Mais c'est une faute bien singulière que celle de promettre une récompense excessive, parce qu'on n'a comme alternative que de périr corps et biens.

On pourrait aussi essayer d'invoquer la théorie de la cause et dire qu'à concurrence de ce qui excède la récompense raisonnable, il y a fausse cause². Cela paraît critiquable. Cela aboutit sans doute à faire de tout excès dans les promesses une promesse sans cause et au fonds à admettre la lésion dans tous les contrats. La jurisprudence y incline cependant dans quelques-uns tout au moins. Mais ceci rentre encore dans la théorie que nous ne faisons qu'indiquer, de la cause partielle. On peut dire aussi que la violence a déterminé, non pas à contracter, mais à contracter de façon désavantageuse. Il y a une sorte de violence incidente, comme il y a un dol incident et elle a simplement pour effet de modifier le contrat.

M. Ripert³ a aussi proposé de permettre la réduction du contrat en vertu d'une idée d'ordre public. Le contrat de sauvetage étant un contrat innommé, le juge doit le déclarer nul si la promesse est excessive et attribuer une récompense au sauveteur comme s'il y avait sauvetage spontané. Mais il est bien hardi d'annuler ainsi un contrat simplement pour lésion.

Au fonds notre droit privé pétri d'individualisme ne trouve pas de bonne solution. La solution profonde est celle fondée sur la gestion d'affaires qui prend le problème d'un côté beaucoup plus social, comme nous le verrons plus loin.

Aujourd'hui la question se trouve réglée au point de vue

¹ *Loc. cit.*, n. 151. — Bufnoir, p. 608.

² V. supra n. 303 les rapports de la fausse cause et de la violence. Rappr. Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 239, qui parle ici d'obligation illicite pour avoir tiré profit du péril du déclarant.

³ Thaller et Ripert, *Dr. Maritime*, II, n. 1963.

international par la convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 sur l'Assistance et le sauvetage, dont l'art. 7 déclare : « Toute convention d'assistance ou de sauvetage, passée au moment et sous l'influence du danger peut à la requête d'une des parties être annulée ou modifiée par le juge, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables. Dans tous les cas où... la rémunération est excessive, la convention peut être annulée ou modifiée par le juge à la requête de la partie intéressée ¹ ». Cette solution est reproduite par la loi du 29 avril 1916 (art. 7) dont l'art. 8 énumère les éléments à considérer.

322. — Les solutions admises en jurisprudence avant 1916 doivent être données au cas plutôt théorique de la promesse faite par une personne attaquée ou au cas d'une personne à qui on représente une opération indispensable à sa vie et qui promet des honoraires trop élevés à un chirurgien pour y procéder ², ou de la promesse pour faire un sauvetage dans un incendie.

322 bis. — La pression résultant des circonstances extérieures appelle une remarque au cas de dépôt nécessaire. Le dépôt nécessaire que définit l'art 1949 Civ. est un « dépôt forcé par quelque accident tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu. » Le consentement du déposant a pu être atteint doublement dans sa liberté. L'événement l'a obligé à faire un dépôt à des personnes se trouvant à proximité. Parfois même il n'a pas eu le choix. Il n'a trouvé qu'un seul voisin ou ami pouvant

¹ Cf. Thaller et Ripert, *Dr. maritime*, II, n. 1965. — V. sur la façon de calculer la rémunération. Trib. comm. du Havre, 10 nov. 1915. Gaz. Trib. 1918, 2, 25. — Rouen, 26 juin 1918. Gaz. Trib. 1919, 2, 73.

² Trib. civ. du Havre, 16 janv. 1897. Pand. fr., 1898, 2, 75. Gaz. Trib., 17 août 1897. (L'affaire se compliquait de l'état de faiblesse de la personne). Cf. trib. Seine, 1^{er} avril 1914. Gaz. Trib., 16 mai 1914. V. contra les auteurs cités au par. précédent, not. Demolombe, XXIV, n. 150. — Thiry, II, p. 566.

recevoir ses objets. Ce dernier caractère qui ne se rencontre pas toujours a surtout frappé les auteurs ¹.

Si l'on se place au point de vue psychologique, on devrait déclarer ce contrat entaché de violence. Mais comme le déposant n'a aucun intérêt à en demander la nullité, qui ne modifierait pas les conséquences de la situation, il faut le tenir pour valable, même il convient de se montrer plus facile pour sa preuve, vu l'impossibilité matérielle ou tout au moins morale de s'en procurer une preuve écrite. (art. 1950 Civ.)

323. — La violence s'exerce d'ordinaire sur le promettant lui même. Mais l'art. 1113 dit que « la violence est encore une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur l'époux ou sur l'épouse, sur les descendants ou les ascendants ² ». Les auteurs étendent d'ordinaire cette solution aux enfants naturels ³ et même adoptifs ⁴. Ceci en effet est assez conforme avec le sens usuel du terme descendant, et avec l'affection qui peut exister entre ces personnes. Dans tous ces cas, il y a une présomption juris et de jure de la gravité de la menace ⁵.

MM. Baudry et Barde admettent même qu'en fait la même solution peut être donnée lorsque la violence s'est exercée sur un autre parent, mais que le juge doit constater qu'elle

¹ V. Huc, XI, n. 253. — Laurent, XXVII, n. 132. — Guillouard, Dépôt, n. 121. — Baudry et Wahl, Dépôt, n. 1182. — Planiol, II, n. 2216.

² V. l'application de cette règle. Rouen, 15 juillet 1881. S. 81, 2, 243. — Trib. Seine, 5 juillet 1893. Pand. fr., 1894, 2, 194.

³ Demolombe, XXIV, n. 160. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 500, note 14. — Baudry et Barde, I, n. 91. — Planiol, II, n. 1072. — Huc, VII, n. 31. — Larombière, art. 1111, n. 15. — Thiry, II, p. 564. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5^e éd., II, p. 392.

⁴ Aubry et Rau, *loc. cit.* — Demolombe, XXIV, n. 161. — Larombière, art. 1111, n. 15. — Pacifici Mazzoni, *loc. cit.* — Contra Baudry et Barde, n. 90.

⁵ Simoncelli, *Istituzioni*, p. 308.

a eu une influence décisive sur le consentement. Cela est exact¹.

Si la violence a été exercée contre un ami ou une amie², la cour de Paris a jugé qu'il ne pouvait en être tenu compte³. On a craint de glisser sur une pente dangereuse.

L'art. 1113 est donc limitatif en ce sens qu'on doit présumer dans les cas qu'il indique qu'il y a eu violence décisive, dans les autres cas, il faudrait le prouver.

Peu importe, lorsqu'il y a violence, que la menace se soit adressée seulement au parent du contractant, ou qu'on ait menacé le contractant de nuire à son parent⁴.

324. — Qu'arriverait-il si une personne menaçait de se tuer si on ne lui concédait pas tel avantage. Demolombe⁵ estime qu'il pourrait y avoir nullité si la menace est faite par un fils à son père. En effet il y a là un fait de nature à vicier la volonté. Ceci pourrait être généralisé avec raison. Il faudrait décider de même si on menaçait de commettre un délit contre un tiers et de causer ainsi soi-même un scandale qui vous déshonorerait, ou de s'exposer à une mort presque certaine en partant pour une guerre, une expédition dans de pays insalubres ou en faisant de l'aviation, etc... Mais si la menace était faite par un parent éloigné ou un ami, il faudrait pour accepter la même solution admettre au préala-

¹ Baudry et Barde, I, n. 89, 92 et 93. — Demolombe, XXIV, n. 162. — Larombière, art. 1111, n. 16. — Beudant, n. 125. — Bufnoir, p. 607. — Planiol, II, n. 1072. — Contra Huc, VII, n. 31. — Laurent, XV, n. 520. — Aubry et Rau, IV, p. 500, note 14. — Coviello, I, p. 378.

² 31 mars 1906. Gaz. Trib., 1906, 2^e sem., 2, 386. D. 1907, 2, 366. *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 904. — Huc, VII, n. 31. — Aubry et Rau, IV, § 343 bis, note 14. — Contra Beudant, n. 125. — Colinet de Sarterre, V, n. 23 bis. — Larombière, art. 1111, n. 16. — Demolombe, XXIV, n. 162.

³ Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., II, p. 392. — Cf. Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 777.

⁴ V. cette dernière hypothèse dans l'arrêt de Rouen du 15 juillet 1881 précité.

⁵ XXIV, n. 163.

ble que l'art. 1113 n'est pas limitatif, ce que nous avons admis un peu plus haut.

325. — Il faut que la violence ait été la cause de l'acte juridique. Il n'y aurait donc pas nullité s'il y avait eu des scènes violentes vers l'époque du contrat mais que rien n'établisse qu'elles ont déterminé le consentement¹. Les tribunaux doivent donc avoir soin de constater ce rapport de causalité entre la violence et l'acte juridique².

Si la violence n'a été la cause que de certaines dispositions ou modifications du contrat, cette violence fera modifier seulement l'acte juridique³. Elle ne donnera pas lieu à une simple action en indemnité sans portée contre les tiers⁴. La théorie de la violence incidente n'est donc qu'une application de l'art. 1382 Civ.⁴.

326. — La preuve de la violence incombe naturellement à celui qui l'invoque⁵.

Il peut faire cette preuve par tout moyen⁶. Il faut étendre à ce sujet l'art. 1353 qui ne parle que de fraude ou de dol, car il est impossible de se ménager à l'avance la preuve de la violence.

327. — La violence comme les autres vices du consentement donne lieu à une action en nullité relative. Cette action

¹ Dijon, 24 mai 1865. S. 1866, 2, 64. — Cf. trib. comm. St-Etienne, 24 janv. 1894. Gaz. Pal., 1894, 1, 299. Pand. fr., 1894, 2, 343.

Baudry et Barde, I, n. 79. — Demolombe, XXIV, n. 144. — Laroombière, I, art. 1111 à 1114, n. 3. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 500. — Giorgi, IV, n. 78.

Contra Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 79. Cf. Molitor, *Oblig.*, 121. — Mainz, *Oblig.*, § 34.

² V. Paris, 31 juillet 1907. *Gaz. Trib.*, 1907, 2^e sem., 2, 340. — Req. 10 nov. 1908. S. 1909, 1, 76.

³ V. trib. comm. Seine, 24 janv. 1894. Pand. fr., 1894, 2, 343. Gaz. Pal., 1894, 1, 299.

⁴ Cf. sur la violence incidente *infra* n. 327.

⁵ Caen, 17 juillet 1899. *Rec. de Rouen*, 1899, 2, 136. — Cass. Req. 6 avril 1903, D. 1903, 1, 301 (sol. implic.). — Aubry et Rau, IV, p. 503, note 18^e bis, 5^e éd. — Baudry et Barde, I, n. 97.

⁶ Cass. 5 févr. 1828, S. chr. — Rouen, 1^{er} mars 1826, S. chr. — Req., 6 avril 1903, D. 1903, 1, 301. — Baudry et Barde, I, n. 97. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 502.

fait annuler en principe l'acte tout entier. Il y a là toutefois une question de fait. Ainsi un testament entaché de violence révoquant un testament précédent et faisant de nouveaux legs, on pourrait prétendre que la clause révocatoire est valable, bien que les legs soient nuls. En effet il peut y avoir une violence incidente, comme il y a un dol incident ¹.

La nullité de l'acte une fois prononcée, elle réagit contre les tiers suivant le droit commun.

328. — Lorsqu'il y a violence, celle-ci empêche toute ratification valable tant qu'elle dure.

En fait, les tribunaux apprécient parfois largement la durée de la violence. Ainsi on a jugé que la menace de révélations a pu constituer une violence durant toutes les sept années où la rente promise avait été payée ² si pendant ce délai il y avait eu des lettres de réclamation très vives.

Une fois la violence terminée la ratification est possible ³. C'est ce que dit l'art 1115. « Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi. » Mais la ratification faite sous l'empire de la violence serait nulle ⁴.

329. — La théorie de la violence visant des faits graves s'applique même aux actes conditions, c'est-à-dire aux actes qui créent une institution comme l'association, la société ou

¹ V. note sous Cass. 10 juillet 1883, S. 1884, I, 377, colonne 3. *Contrà* Demolombe, XXII, n. 207. — Cf. sur la violence incidente, *supra*, n. 325.

² Paris, 28 fév. 1912. *Gaz. Pal.* 1912, 2, 230. *Gaz. Trib.* 1912, 1^{or} sem., 2, 233. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 975. — V. aussi trib. Seine, 21 nov. 1893. *Gaz. Pal.* 1893, 2, 604. *Rappr. Req.*, 15 juillet 1878, S. 1879, I, 393. — Cass. civ. 22 janv. 1877, D. 1877, I, 321. — Il a été jugé plus sévèrement qu'il y avait ratification si un amant avait continué de payer la rente promise au moment de la rupture, après qu'il y avait eu mariage. Limoges, 23 avril 1901, D., 1902, 2, 474.

³ V. Trib. de Lyon, 20 fév. 1889, *Mon. Lyon*, 28 juin 1889. Trib. de Dôle, 15 fév. 1900. *Gaz. Pal.* 1900, I, 756.

⁴ Besançon, 27 nov. 1862. D. 1862, 2, 214.

les actes visant l'état des personnes comme l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, le mariage.

Spécialement les auteurs ont admis que la violence soit physique, soit morale, était une cause de nullité du mariage¹. L'art. 180 Civ. le suppose d'ailleurs en disant que le mariage exige « le libre consentement des deux époux ». Même, étant donné la gravité de l'acte, des auteurs estiment que le consentement est vicié si la violence ne présente pas la gravité exigée par les art. 1111 à 1114 Civ.². Mais il a été jugé que la seule crainte révérentielle n'était pas une cause de nullité³.

La nullité dure dans les conditions ordinaires⁴.

La violence ferait également annuler le consentement des parents au mariage⁵.

330. — La théorie de la violence est applicable même aux actes unilatéraux. Cela a été jugé notamment pour le testament⁶ où on admet même que la violence sera admise plus facilement⁷.

Elle s'appliquera à une acceptation ou renonciation à

¹ V. un cas de nullité pour violence rapporté dans un arrêt d'Agen, 14 juin 1890. S. 1893, 2, 4.

² Aubry et Rau, VII, p. 97, note 4, 5^e éd. — Baudry et Houques Fourcade, III, n. 1715. — Laurent, II, n. 303. — Huc, II, n. 68. — Contrà Demolombe, III, n. 248. — Demante, I, n. 262 bis-IV. — Planiol, I, n. 1058. — Beudant, I, n. 225. — A. Colin et Capitant, I, p. 165.

³ Rouen, 25 mai 1813 sous Cass. 13 août 1816. S. chr.

⁴ Cass. 4 nov. 1822, S. chr.

⁵ Gand, 17 mai 1902. Pas. 1903, 2, 197.

⁶ Dijon, 17 juillet 1872, S. 1873, 2, 10. — Bordeaux, 8 mai 1860, S. 1860, 2, 433. Req., 19 juillet 1877, S. 1878, 1, 271. D. 1878, 1, 160. — Trib. Seine, 5 déc. 1890. Gaz. Pal., 1891, 1, 14. Req., 28 oct. 1895, S. 1897, 1, 326. D. 1896, 1, 36. — Laurent, XI, n. 129. — Baudry et Colin, I, n. 264. V. Caporali, *Della violenza come motivo del testamento. Rivista per la scienze giuridiche*, 1887, II, p. 3.

⁷ Bordeaux, 8 mai 1860 précité. — V. Capitant, 3^e éd., p. 273. — Baudry et Colin, I, n. 264. — Demolombe, XVIII, n. 380. — Aubry et Rau, VII, § 654.

succession¹, à une acceptation ou renonciation à communauté², à la renonciation à prescription, à la renonciation à servitude, à la déclaration d'option du créancier ou du débiteur en cas d'obligation alternative, etc...

331. — La violence a-t-elle effet lorsqu'elle s'est exercée sur des votes d'assemblées.

En droit public, on admet que tout vote d'assemblée une fois proclamé est acquis. Les rectifications de vote ne changent pas le résultat. Par suite, le fait que par violence, par force majeure, un membre du Parlement a été empêché de voter ou a voté contre son désir, est inopérant. Mais ceci ne doit pas être étendu en droit privé à des votes d'assemblées d'actionnaires, de créanciers, d'assemblées d'associations, etc. Le droit commun s'applique ici. Il faut même étendre cette solution aux assemblées administratives : conseils municipaux, etc...

332. — *Droit comparé.* Le droit étranger s'inspire des solutions du droit français³. Toutefois il y a une tendance à consacrer plus nettement le caractère injuste que doit présenter la violence, et l'appréciation subjective qui doit être faite. Ce point apparaît surtout dans le code suisse. On ne peut révéler comme solutions originales que la loi suisse qui admet une obligation d'indemniser pour celui qui invoque la nullité en cas de violence émanant d'un tiers, et le droit anglais qui prolonge la théorie de la violence par celle de l'indue influence.

La violence ne semble pas étudiée en dehors de son effet positif sur la conclusion des contrats.

¹ Demolombe, XIV, n. 536. — Aubry et Rau, VI, p. 381, 4^e éd. — Laurent, IX, n. 357. — Huc, V, n. 173. — Vigié, II, n. 188. — Planiol, III, n. 1980. — Bufnoir, p. 622. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1661.

² Laurent, XXII, n. 390. — Huc, IX, n. 291. — Planiol, III, n. 1235. — Guillouard, *Contrat de mariage*, III, n. 1275. — Aubry et Rau, V, 4^e éd., p. 416, note 18. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1018.

³ Les art. 1359 à 1363 hollandais reproduisent nos art. 1111 et suiv.

332 bis. — *Droit autrichien.* Le code autrichien est assez succinct sur la violence. Mais il distingue suivant qu'elle émane ou non d'un tiers. L'art. 870 du code de 1811 indique que « la violence exercée à l'aide d'une crainte injuste et réelle causée par l'autre partie est une cause de nullité¹ ». La question de la réalité de la crainte est une question de fait. L'art. 55 applique ces règles au mariage. Si la violence émane d'un tiers, celle-ci comme les autres vices de consentement est ici sans effet, à moins que le contractant n'ait connu la violence ou n'en ait été l'instigateur (art. 875)².

La violence, pour être juridiquement efficace, doit toujours être contraire au droit, de nature à faire impression, elle doit être faite par une pression contraire au droit, elle doit menacer la liberté ou l'honneur, la vie, les biens³.

A cette lésion s'oppose naturellement la vis absoluta qui entraîne l'inexistence de l'acte⁴.

333. — *Droit italien*⁵. Les art. 1111 à 1114 du code italien reproduisent les solutions du code français en les modifiant toutefois en ce qu'en cas de violence exercée contre d'autres personnes que les descendants ou ascendants, « il appartient au juge de prononcer sur la nullité suivant les circonstances » (art. 1113.) On n'exige pas non plus que le mal dont on est menacé soit présent. Les auteurs interprètent d'ailleurs ces textes comme en France⁶. La théorie exposée

¹ Unger, *Privatrecht*, II, p. 44, reprend à ce sujet la vieille théorie : *coactus voluit, sed tamen voluit*, et admet qu'il y a simple nullité relative. L'art. 870 révisé dit : « Quiconque a été amené à un contrat par l'autre partie par ruse ou crainte contraire au droit et fondée est à tenir pour non lié. »

² L'art. 875 révisé dit : « si un contractant a été amené à un contrat par ruse ou crainte contraire au droit et fondée,le contrat est valable. »

³ Unger, *op. cit.*, p. 49.

⁴ Unger, *op. cit.*, p. 50.

⁵ Cf. Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 485 ; Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 237.

⁶ Chironi et Abello, I, p. 487 ; Giorgi, *Obbligazioni*, I, n. 85 ; Pacifici Mazzoni, *Dir. civ. ital.*, II, 136, note 6. — V. cep. Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 141 ; Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 379.

par le code à propos des contrats est étendue à toute déclaration de volonté¹.

Les auteurs italiens penchent beaucoup plus que les nôtres à admettre que l'état de nécessité permet de réduire les obligations excessives contractées envers le sauveteur en remarquant que la violence n'a pas besoin d'être positive². Mais cette difficulté a été dans le cas le plus important réglementée de façon précise dans l'art 127 du Code de la marine marchande qui déclare que la convention de récompense conclue lors du sinistre n'est pas obligatoire³.

La jurisprudence a le même système que la nôtre pour le cas d'abus des voies de droit⁴. Elle n'y voit pas de violence si on a usé des voies de droit pour obtenir simplement son dû. Pour le mariage, l'art. 105 exige que le consentement ait été libre, ce que les auteurs interprètent en tenant compte ici plus facilement de la violence⁵.

334. — Droit portugais. Le code portugais (art. 666) annule le contrat extorqué par la violence d'un contractant ou d'un tiers, par violence physique ou morale, par « crainte raisonnable d'un mal pour la personne, l'honneur ou les biens d'un contractant ou d'un tiers. » La formule est très large et ne vise plus seulement la violence envers quelques proches.

Les considérations vagues et générales sur les avantages ou désavantages d'un contrat ne constituent pas la violence. (Art. 667.)⁶.

¹ V. Lomonaco, *Obbligazioni* I, p. 141-151 ; Chironi et Abello, *Diritto civile*, I, p. 485 ; Giorgi, *Obbligazioni*, V, p. 101 ; Coviello, *Diritto civile*, I, p. 377.

² V. *Encyclopædia giuridica italiana*, v^o *Contratto*, n. 45.

³ Cf. sur la question en droit comparé, Sacerdoti : *Sulle convenzione fatte durante il pericolo* (*Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, p. 343)

⁴ Cass., Florence, 10 juin 1906 ; Cass., Turin, 15 déc. 1900. — V. Lomonaco, I, p. 145. — Chironi et Abello, I, p. 489 ; Giorgi, IV, n. 81.

⁵ Lomonaco, *op cit.*, I, p. 142.

⁶ D'après Ferreira, *Codigo Civil portuguez*, II, p. 174, ce qui caractérise l'avantage accessoire, c'est de dépendre de la volonté des parties.

On ne peut renoncer d'avance à se prévaloir de la violence, mais on peut ratifier l'acte après que celle-ci a cessé (art. 668). L'action en rescision pour violence se prescrit par un an depuis la fin de la violence (art. 690) par dérogation aux délais de l'art. 547. Le droit commun s'applique à la transaction (art. 1719) à l'acceptation de succession (art. 2036) au testament (art. 1742).

Le code prévoit le fait d'empêcher quelqu'un de tester et ordonne en ce cas aux autorités administratives d'intervenir (art. 1750). Enfin l'art 634 Comm. permet de réduire la promesse excessive faite en cas de péril de mer.

335. — *Droit espagnol.* Le code civil espagnol reproduit brièvement les solutions françaises dans ses articles 1267 et 1268 opposant seulement la violence et l'intimidation¹, Il y a violence lorsqu'on emploie une force irrésistible. « Il y a intimidation lorsqu'on inspire la crainte raisonnable et fondée de souffrir un mal imminent et grave dans sa personne ou dans la personne de son époux de ses descendants ou de ses ascendants. » On doit tenir compte de l'âge, du sexe et de la condition de la personne. Et les auteurs admettent que la menace d'une poursuite justifiée n'est pas une violence². « La crainte de déplaire aux personnes auxquelles on doit soumission et respect n'annulera pas le contrat. » Il y a là une formule plus générale et plus générale et plus heureuse que celle de l'art. 1114 français. La violence ou l'intimidation exercées par un tiers peuvent emporter nullité (art. 1268).

L'art. 101 fait allusion à ces théories en annulant le maria-

¹ C'est à peu près la distinction française de la violence physique et de la violence morale. V. Manresa y Navarro, *Código civil español*, VIII, p. 651. — Cf. Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 139, note 2. — Valverde y Valverde, I, p. 502.

² V. Manresa y Navarro, *op. cit.*, VII, p. 351. — Sur le droit antérieur, Sanchez Roman, IV, p. 195, 2^e éd.

³ Manresa y Navarro, *Código*

ge contracté « par force ou par une crainte grave viciant le consentement. »

L'art. 997 y fait aussi allusion pour l'acceptation et la répudiation des successions¹ ; il en est de même de l'art. 675 pour le testament.

Enfin l'art 674 proclame la responsabilité de celui qui par violence a empêché de tester et le prive de sa part héréditaire.

336. — *Droit allemand.* L'art 123 Civ. décide que « celui qui a été déterminé... d'une façon contraire au droit, par menaces, à émettre une déclaration de volonté peut attaquer par voie d'annulation la déclaration. »

Les auteurs allemands distinguent à ce sujet la déclaration inexistante faite sans volonté par la personne contrainte, et la déclaration faite sous la menace qui est annulable².

Dans ce dernier cas, peu importe que la mesure vise les personnes ou les biens, peu importe qu'elle émane d'un tiers ou du destinataire de la déclaration (bien que l'assimilation au dol ait été proposée par des amendements, qui furent rejetés) qu'elle soit ou non un délit pénal

Mais la menace doit être contraire au droit et pour savoir s'il en est ainsi, on considère le but qu'elle poursuit et non la menace en elle-même. Ainsi il n'y a pas nullité si on emploie la violence, si on frappe pour obtenir le paiement d'une dette échue. Au contraire il y a nullité si on menace pour obtenir la récompense d'une dénonciation de crime³. Mais ces solutions sont très contestées par certains auteurs.

¹ Valverde y Valverde, *Der. civ. espagnol*, I, p. 498.

² Trad. offic., t. I, art. 123, II. — Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 59, n. 9 ; Crome, t. I, § 95 ; Endemann, I, § 72, note 17 ; Dernburg, *B. R.*, t. I, p. 495. V. encore Kohler, *B. R.*, t. I, p. 515. — Cf. Savigny, *Droit romain*, III, trad. Guenoux, p. 101 et suiv.

³ V. Crome, t. I, § 95, texte et notes 24 et suiv. — Saleilles, p. 58. V. cep. *Contrà*, Endemann, t. I, § 72, p. 360. — Planck, t. I, art 123, 3, c.

Pour apprécier s'il y a eu violence déterminante, on se place au point de vue objectif ¹.

La crainte est cause de nullité même si celui qui l'exerce n'est pas responsable, ou n'agit pas sérieusement, bien qu'il y ait doute sur ce point.

Si ce sont les circonstances qui ont déterminé à consentir, comme au cas du capitaine menacé de naufrage, il semble qu'il ne faut pas admettre la nullité pour violence ², sauf en cas de péril de mer, car ici l'art. 751 Comm. de 1897 permet au juge de réduire la promesse excessive.

337. — *Droit suisse.* — Le code fédéral des obligations révisé ³ (art. 27 ancien, art. 29 et 30 nouveaux) traite de la crainte fondée. En substituant ce terme à celui de violence, on a voulu indiquer qu'il fallait nettement se placer à un point de vue subjectif.

« La crainte est réputée fondée, lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave ou imminent la menaçait elle-même ou l'un de ses proches dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens » (art. 30).

Ce texte résout de la façon la plus large les questions sur l'existence de la crainte fondée. Les auteurs l'entendent comme visant la crainte imminente d'un mal éloigné : comme la crainte actuelle d'un incendie volontaire.

La crainte doit être inspirée sans droit. L'art. 30 al. 2 précise à ce sujet que l'usage des voies de droit n'a d'influence que « si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs ⁵. La

¹ V. Dernburg, p. 496.

² V. Saleilles, p. 59.

³ V. sur le code de 1883, Schkoff, *De l'erreur du dol et de la violence*, thèse-Lausanne, 1902, p. 100.

⁴ Rossel, *Obligations*, p. 58. — Cf. Oser, *Obligationenrecht*, art. 29, n. 2.

⁵ V. des exemples dans Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, art. 30, n. 14 et 15 et dans Oser, *Obligationenrecht*, p. 123.

théorie proposée par nous en France est donc expressément consacrée.

Malgré le silence du code, les auteurs n'assimilent pas à crainte révérentielle à la violence.

Quelque soit l'auteur de la crainte fondée, on n'est point obligé (art. 29).

Mais la revision de 1911 a ajouté un paragraphe important.

« Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractants qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige. »

Ainsi pour la première fois un code ne permet plus au tiers innocent de supporter toujours l'annulation de l'acte sans se plaindre. Il y a ici une sorte d'application détournée de la *culpa in contrahendo*.

Le texte qui parle de crainte inspirée par l'autre partie où un tiers exclut par là même le danger venant des éléments¹.

Les solutions ainsi données doivent s'étendre à tous les actes juridiques, notamment aux renonciations², au mariage pour lequel l'art. 126 parle de menace de danger grave, imminent de la vie, au testament qui exige une volonté libre (art. 519).

Comme pour les autres vices du consentement, il faut déclarer dans l'année après la fin de la violence sa volonté de résilier. Mais la ratification tacite pour dol ou violence n'enlève pas le droit de réclamer des dommages intérêts (art. 31).

¹ V. Oser, *op. cit.*, p. 122.

² Schneider et Fick, art. 29, n. 14. — V. art. 469 et 519 civ. (testament). — Cf. Curti Forrer, *Code civil suisse*, sur les art. 265 (adoption) ; 303 (reconnaissance d'enfant naturel).

337 bis. — *Droit anglais*¹. — Le droit anglais admet des solutions voisines de celles reçues sur le continent.

« Par *duress* on étend la violence sous laquelle une personne agit par crainte de souffrance personnelle en cas d'injure, de menaces ou de contrainte. »

Le contrat obtenu par violence d'une partie sur l'autre est annulable² si la violence a eu lieu au temps du contrat. On tient également compte de la violence exercée sur un tiers (parent, etc.) ou par un tiers.

Si l'influence des supérieurs n'est pas présumée avoir vicié le consentement, la preuve contraire est cependant possible.

Le contrat passé pour soustraire un tiers à des violences ne peut être nul que pour absence de *considération* (cause); celui passé pour obtenir restitution de biens retenus par l'autre partie n'est nul que s'il y a absence de cause et si l'acte ne peut être qualifié transaction.

A côté de la contrainte, le droit anglais connaît aussi l'influence indue qui peut se définir « un usage inconscient du pouvoir né des circonstances et de la situation respective des parties ». Le cas se présentera pour un médecin et son client, un solicitor et son plaideur, un *trustee* et *cestui que trust*. Ici l'*indue influence* se présume. Ailleurs il faut la prouver³. Le contrat est alors considéré comme frauduleux. Il peut donner lieu à une action délictuelle ou on peut opposer une fin de non recevoir à la demande d'exécution et obtenir la résiliation du contrat. La ratification n'est possible que si l'influence indue a cessé.

Au cas de mortgage, à raison de ce que le mortgageur est peu indépendant à l'égard du mortgagiste, le contrat, quoi-

¹ V. Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, II, p. 139. *Encyclopædia of the Laws of England*, voy. *Coercion et Contract*. — *Laws of England*, v^o *Contract*. — Stevens, *Eléments de droit commercial anglais*, p. 117. — Pollock, *Principles of Contracts*, p. 576.

² Cf. Jenks, *Digest.*, I, p. 34 et 35.

³ *Encyclopædia of the Laws of England*, v^o *Contract*, p. 544 et *Undue Influence*. — Jenks, *Digest.*, t. I, p. 35-36.

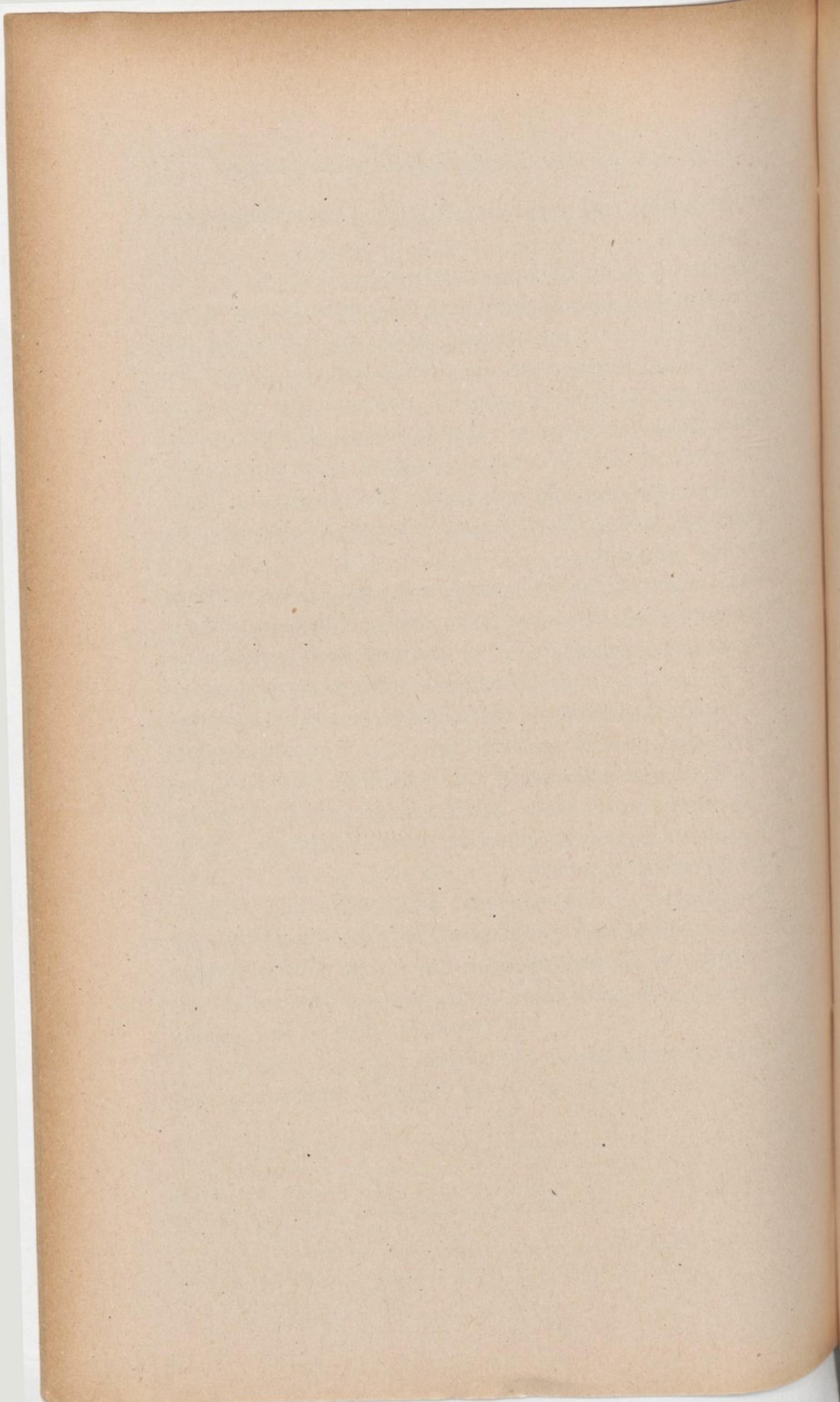
que valable est facilement annulé s'il y a contestation entre les parties ¹.

337 ter. — *Droit tunisien et marocain.* — Le Code tunisien et le code marocain ont donné des précisions sur la violence. La violence n'est cause de nullité que « 1° lorsqu'elle a été la cause déterminante de l'obligation ; 2° lorsqu'elle est constituée de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable en égard à l'âge, au sexe, etc. (art. 51 et 57.) Le critérium de gravité est donc nettement subjectif.

L'art. 52 et l'art. 48 prévoient le cas pratique des menaces de poursuites ou autres voies de droit. Elles ne peuvent « donner lieu à action que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus à moins que ces menaces ne soient accompagnées de violences au sens de l'art. 51. Le but de la poursuite doit donc être injuste. La voie de droit n'est donc pas en elle-même une violence. L'art. 50 (art. 46, Code marocain) dit d'ailleurs que celle-ci est « une contrainte exercée sans l'autorité de la loi ».

On assimile à la violence sur le débiteur celle sur les personnes qui lui sont étroitement liées par le sang (art. 54 et 50.) Pour la violence émanant d'un tiers, pour la crainte révérentielle, le code adopte les solutions ordinaires.

¹ Lehr, *Droit civil anglais*, t. I, p. 390.



I
T
n
o
d
p
d
a
a
d

CHAPITRE VII

Le dol et la fraude en général ¹

338. — De façon générale, on appelle dol un acte nuisible à autrui qui a été accompli avec l'intention de nuire tantôt par pure méchanceté, plus souvent par désir de réaliser un gain.

339. — Quand on veut être plus précis, on l'oppose à la fraude. (cf. art. 1353 in fine.) Le dol a comme caractère de s'exercer à l'égard de l'un des contractants, la fraude est exercée par des personnes qui contractent, ou par une personne isolée pour nuire à un tiers². Ainsi le vendeur qui trompe l'acheteur sur la qualité de l'objet vendu commet un dol, un vendeur qui vend la chose à un second acheteur

¹ V. Rép. gén. du droit français, v^o *Dol* et suppl. *eod. verbo*. — Dalloz, Rép. v^o *Obligations*, n^o 198 et suiv. et suppl. n^o 62 et suiv. — Pandectes français, Rép. v^o *Obligations*, n^o 7262 et suiv. et suppl. n^o 704 et suiv. Pandectes belges, v^o *Dol en matière civile*. — Bedaride, *Du dol et de la fraude*. — Chardon, *Du dol et de la fraude*.
Cf. Rép. Guyot, v^o *Dol*. — Digesto italiano, v^o *Dolo* (dir. civile).

² Cette opposition est finement faite par M. Ascoli, *Riv. dir. civile*, 1914, p. 452 sous un arrêt (Cass., Rome, 21 fév. 1914) qui a déclaré qu'un père autorisé par justice à vendre un certain prix l'immeuble de son fils et ayant obtenu un supplément de prix qu'il s'était approprié l'acte était nul pour dol. M. Ascoli remarque avec raison que si le père avait trompé le tiers, ou trompé même le tribunal, il y aurait dol. Ici on a trompé le fils étranger au contrat, ou plutôt à ce pacte adjoint et dissimulé établissant un supplément de prix, il y a fraude à son égard. Le père est responsable et le tiers l'est aussi ayant été de mauvaise foi. Mais un tiers de bonne foi ne saurait répondre des fraudes du père contre le fils.

commet à l'égard du premier une fraude. La fraude viserait donc surtout l'exécution des contrats, le dol leur conclusion¹. Mais le code lui-même n'observe pas toujours cette terminologie, l'art. 889 parle de fraude pour viser ce qui est un dol, d'après ce qui précède (v. n. 426.)

Mais en dehors des contrats cette distinction devient très fugitive bien qu'on emploie plutôt l'expression de fraude². Celui des plaideurs qui trompe le juge par de faux renseignements commet-il un dol ou une fraude ? Le juge qui intentionnellement fait perdre son procès à un plaideur qui a raison commet-il un dol ou une fraude ? Dès lors comment tenir compte des prétendues oppositions entre les deux choses : le dol supposant des manœuvres, la fraude n'en exigeant aucune³, oppositions dont on ne voit pas l'étendue d'application, et dont on recherche aussi vainement le fondement. Il est donc plus simple de les étudier successivement pour chercher à les distinguer.

Nous allons voir que soit le dol, soit la fraude supposent l'intention mauvaise, le but illicite, la plupart du temps un acte positif, exceptionnellement seulement une réticence. Le but illicite doit avoir été le résultat principalement visé dans l'acte.

Mais le dol suppose en outre qu'on a en face de soi une personne que l'on cherche directement à tromper, soit un contractant, soit l'auteur d'un acte unilatéral : testament, jugement, etc. Alors la loi n'aura à s'inquiéter de ce dol que s'il a réussi. Le dol pourra seulement avoir des consé-

¹ V. en ce sens Planiol, *Dol civil et dol criminel*, *Revue critique*, 1893, p. 550. — Demolombe, XXIV, n. 169. — Lomonaco, *Obbligazioni*, t. I, p. 154.

² V. Chardon, *Traité du Dol*, t. I, p. 4.

³ V. Bedarride, *Du Dol et de la fraude*, t. I, n. 12. Dans ces quatre volumes on ne trouve pas de distinction nette du dol et de la fraude. Baudry et Barde, t. I, n. 106. — Huc, VII, n. 34. — Larombière, art. 1116, n. 4. — Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n. 1069. — *Ca-*
ant, 3^e éd., p. 267, note 1. — Cf. Demolombe, XXIV, n. 109.

quences s'il a été déterminant, s'il en est résulté une erreur. On n'a pas à s'inquiéter du dol inefficace, qui est une sorte de délit manqué. Au contraire, la fraude se présente de telle sorte qu'elle soit dirigée contre telle personne ou contre la loi, qu'elle est toujours dangereuse et qu'il faut l'atteindre sévèrement.

340. — Nous allons constater dans la fraude presque tous les caractères que l'on indique comme étant ceux du dol et que nous retrouverons de façon plus précise en étudiant le dol dans la formation des contrats. La fraude se caractérise surtout par l'intention de nuire aux tiers. Il faut tout d'abord l'intention, c'est-à-dire qu'il faut avoir agi en pleine connaissance de cause, sachant le résultat auquel on allait aboutir, et même le désirant, le poursuivant. Ainsi il n'y a pas fraude dans le fait d'héritiers qui partagent assez rapidement une succession, sans d'ailleurs penser à mal, si en fait cela a laissé peu de temps à un créancier d'un héritier pour faire opposition

Mais de quel résultat, de quel but faut-il avoir conscience pour être coupable de dol ou de fraude ?

341. — On peut dire qu'il y a dol ou fraude quand on n'a pas veillé simplement à protéger ses droits, mais qu'on a cherché à les développer exagérément.

Ainsi il n'y a pas fraude de la part d'un acquéreur d'immeuble qui ayant appris qu'un autre contrat a été passé sur le même immeuble se hâte de transcrire pour primer toute autre personne¹. Et il en est de même si on remplit hâtivement les formalités de publicité, si on arrête par dépêche

¹ Cass. civ., 28 avril 1900, S. 1900. I. 277, sol implic. Req., 4 fév. 1870, S. 1870. I. 294, D. 1871. I. 21.

V. cep. civ., 17 nov. 1890, S. 1894. I. 399, qui déclare que le dol est exclu en matière de partage. — Cf. Baudry et Wahl, *Successions*, t. III, n. 3251.

² Orléans, 4 mars 1896, S. 1898. 2. 25, avec note de M. Balleydier. *Pand. fr.* 1898. 2. 49, avec note de M. Chesney.

des marchandises expédiées à un commerçant tombant en faillite, pour profiter de l'art 576 Comm.

De même un tiers prêteur qui avance de l'argent à un tuteur régulièrement autorisé à emprunter pour son pupille, alors qu'il sait que le tuteur va employer cet argent à son profit ne commet pas de fraude. En effet le tiers exécute son contrat, il n'a pas à s'occuper de ce que fait le tuteur¹.

De même si le créancier d'un associé voit celui-ci signer l'obligation de la signature sociale, il n'y a pas fraude².

Le dol suppose-t-il essentiellement l'intention de nuire, de sorte qu'un acte accompagné de manœuvres serait valable accompli dans un but licite ? Oui.

Un propriétaire emploie le dol pour rentrer en possession de ce qu'il a déposé chez un dépositaire peu honnête. Une personne emploie le dol pour décider un débiteur à s'acquitter. Il nous semble qu'ici il n'y a rien qui doive entraîner la nullité de la restitution, du paiement qui ont eu lieu³ si la loi pénale ne considère pas ces faits comme des infractions.

342. — La fraude peut se réaliser par un moyen quelconque positif ou négatif. Presque toujours elle se réalisera par un moyen positif : par un acte. Mais pourrait-elle se

¹ Alger, 15 juin 1866, S. 1866. 2. 327.

² Req., 22 avril 1845, S. 1845. 1. 341. — Cass. civ., 11 mai 1836, S. 1836. 1. 711. — Req., 7 mai 1851, S. 1851. 1. 321. Mais il en est autrement si on veut s'enrichir indûment aux détrimens d'autres créanciers. Req., 24 janv. 1853, S. 1853. 1. 241.

³ V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 659. Nous ne visons ici que les simples particuliers. Car pour les officiers publics agissant comme tels, on est avec raison plus sévère. La jurisprudence admet que si un huissier pénètre par dol chez un particulier, le constat qu'il dresse ainsi sans mandat de justice est nul.

De plus, on a déclaré non utilisable en justice une correspondance qu'on s'était procuré par dol. Cass. civ., 13 juin 1897, S. 1898. 1. 220. — Paris, 24 juin 1893, S. 1895. 2. 108. Req., 25 mars 1890, S. 1890. 1. 168. — Req., 11 juin 1888, S. 1888. 1. 376. Mais ceci ne devrait pas être étendu à d'autres modes de preuve, où n'intervient plus le principe du secret de la correspondance : ainsi un acte dont on se serait procuré la preuve par un dol.

réaliser par un moyen négatif ? Cela sera rare, mais non pas impossible. Le possesseur d'un terrain l'a vendu. Pour permettre à son acheteur de prescrire, étant lui même l'objet d'une poursuite en revendication, il ne dit rien, puis au dernier moment seulement, il prouve qu'il n'est plus possesseur. Il y a là une fraude¹. De façon plus générale, dans tous les cas où une personne avait le devoir d'agir, de parler, il peut y avoir fraude si on garde le silence, si on s'abstient dans le but de tromper autrui. Ainsi un débiteur interrogé sur le point de savoir si on lui a signifié une cession de créance ne répond pas pour tromper celui qui l'interroge et le prévient qu'il va acquérir la créance. Il y a fraude.

Mais si on estime qu'il n'y a pas obligation de parler, la nullité pour dol ou fraude ne s'applique pas.

Ainsi, il n'y a pas lieu à requête civile si on a obtenu un jugement en dissimulant une pièce décisive, dont l'adversaire avait le double².

343. — La fraude suppose-t-elle essentiellement l'emploi de moyens illicites en eux mêmes ? Le plus souvent ces moyens se rencontreront. Il y aura mensonge, machinations, dissimulation d'actes, etc. Mais ce n'est pas nécessaire. La fraude peut consister dans tout usage anormal d'un droit.

Ainsi il y a dol dans le fait d'un saisissant à proposer au tribunal un certain lotissement des immeubles saisis³ bien que ce ne soit que le fait d'user des droits conférés par l'art. 690 Proc.

Il y a dol à user d'une ordonnance surprise à la bonne foi des magistrats pour faire une saisie gagerie⁴.

¹ Cass. civ., 5 juin 1812, S. chr. L'arrêt semble cependant admettre que la prescription subsiste et qu'il n'y a qu'une action en indemnité contre l'auteur de la fraude.

² Trib. comm. Seine, 23 févr. 1905. Pand. fr., 1905. 2. 376.

³ Pau, 1^{er} sept. 1884, S. 1886. 2. 211.

⁴ Dijon, 18 mars 1879, S. 1879. 2. 179.

Il a de même été jugé souvent que le fait entre cohéritiers de faire un partage rapidement pour éviter l'intervention des créanciers pouvait être considéré comme un dol cause de nullité, s'il y avait une hâte mettant les créanciers dans l'impossibilité d'user de l'art 882 Civ.¹.

Il suffit donc que le but poursuivi soit illicite pour que l'acte en apparence permis constitue une fraude. Si le moyen est en lui-même licite, en pareil cas la fraude ne sera qu'un cas spécial d'abus du droit.

344. — Mais pour que le dol ou la fraude produise ses effets ordinaires, il faut que l'acte n'ait comme raison d'être que la fraude. S'il a un but licite, mais contient accessoirement une fraude, on tiendra compte de celle-ci, mais l'acte toutefois restera debout. Si au contraire l'acte ne vise qu'à la fraude, celle-ci étant établie il tombe tout entier.

Nous dirons donc que *le dol et la fraude consistent essentiellement à employer certains moyens répréhensibles ou non en eux-mêmes uniquement dans un but illicite d'enrichissement propre ou de préjudice à causer à autrui*. Mais dès que le dol ou la fraude doivent agir sur l'esprit d'une personne donnée (ce qui est alors le dol, au sens précis fixé par nous) et que c'est en cela que consiste le préjudice, il faut quelque chose de plus. Le dol doit avoir été déterminant. C'est ce qui est admis notamment lorsque la requête civile est présentée pour dol².

¹ Cass. civ., 17 nov. 1890. Pand. fr., 1891. I. 220, S. 1894. I. 399. D. 1891. I. 25. Cass. civ., 28 avril 1900, S. 1900. I. 277. — Req., 14 févr. 1870, S. 1870. I. 294, D. 1871. I. 21. — Req., 4 fév. 1857, S. 1858. I. 47.

Baudry et Wahl, *Successions*, t. III, n. 3251 et les arrêts d'appel cités. — Planiol, t. III, n. 2441. — Demolombe, XVII, n. 243. — Demante, t. III, n. 224 bis. — Laurent, t. X, n. 540.

² Cass. civ., 30 déc. 1896. Pand. fr., 1898. I. 161, avec note de M. Buchère. — Rennes, 26 mars 1896. Pand. fr., 1896. I. 310. — Req., 29 janv. 1894, S. 1896. I. 168. — Alger, 29 avril 1874, S. 1876. 2. 327. — Req., 7 fév. 1855, S. 1856. I. 428. — Glasson et Tissier, *Procédure*, t. II, n. 1059.

345. — Lorsqu'un acte a un caractère frauduleux, ce qui domine la jurisprudence et la loi, c'est que cet acte étant socialement dangereux, on doit lutter énergiquement contre lui.

De là découlent des solutions importantes au point de vue de la preuve et des effets de l'acte dolosif.

Au point de vue de la preuve, il est admis que la fraude peut être prouvée par n'importe quel moyen de preuve, et notamment par témoins, par présomptions graves, précises et concordantes¹, c'est ce que dit l'art. 1353 Civ. Ceci ne comporte guère qu'une limitation à propos de l'emploi des lettres missives confidentielles qu'on ne peut utiliser sans la volonté du destinataire².

Dans cet esprit on admet même que le secret des affaires peut céder pour permettre la preuve de la fraude.

Ainsi dans une participation, les sous participants peuvent par exception demander la communication des pièces de comptabilité de la participation³. De même dans la commission, le commissionnaire est tenu de donner le nom du tiers

¹ Req., 26 juill. 1904, D. 1908. 5. 46. — Req., 17 juill. 1906, D. 1907. 1. 247. — Paris, 13 mars 1906, sous Cass., S. 1911. 1. 137. — Pau, 21 fév. 1912, S. 1912. 2. 120. — Cass. civ., 29 déc. 1902, S. 1903. 1. 186. — Cass. Req., 13 juillet 1900, S. 1901. 1. 359. — Cass. Req., 3 juillet 1900, S. 1900. 1. 461. — Cass. civ., 8 janv. 1889, S. 1891. 1. 156. — Cass. civ., 25 mars 1884, S. 1886. 1. 341. — Cass. req., 28 juin 1881, S. 1882. 1. 105. — Cass. civ., 28 août 1877, S. 1878, 1. 270. — Cass. civ., 29 janv. 1867, S. 1867. 1. 245. — Cass. belge, 19 avril 1909, Pas. 1909. 1. 210. Cass. crim., 2 nov. 1863, S. 1864. 1. 244. — Gand, 17 déc. 1902, Pas. 1903. 2. 139. Gand, 14 janv. 1905, Pas. 1905. 2. 307. Cass. belge, 21 sept. 1891, Pas. 1891. 1. 236. Bruxelles, 28 nov. 1832, Pas. 1832. 2. 78. — Rouen, 21 mai 1913, Gaz Trib., 1913, 2^e sem., 2. 394. — Cf. Baudry et Barde, t. IV, n. 2634 et 2635. — Larombière, art. 1348, n. 15 et suiv. — Demolombe, t. XXX, n. 178.

² Cass. civ., 5 mai 1858, D. 1858. 1. 209. — V. Geny, *Lettres missives*, t. II n. 198 et suiv. Cf. Cass. civ., 31 déc. 1913, S. 1914. 1. 267.

³ Orléans, 25 mai 1888, Pand. fr. 1888. 2. 204.

avec qui il a traité, s'il y a lieu de suspecter l'exactitude de ses affirmations et de craindre une fraude de sa part¹.

On admet également que l'inscription de faux sera inutile pour prouver le dol et la fraude commis par un notaire en ajoutant une mention à son acte à l'insu des parties².

346. — Quant à l'effet de l'acte entaché de dol ou de fraude, il faut ici poser un principe général essentiel dominant l'ensemble des actes juridiques. Tout acte entaché de dol ou de fraude contre un contractant, contre des tiers, contre le fisc, contre l'ordre public en cherchant à tourner la loi, est un acte nul. Les tribunaux, dès que le but de l'acte est établi, doivent prononcer cette nullité. Il est inadmissible que l'acte qui poursuit un but antisocial soit maintenu et que les juges en ordonnent l'exécution.

La jurisprudence s'en est bien rendu compte, et placée près des nécessités pratiques, elle n'a pas manqué de le consacrer dans des espèces nombreuses. Depuis longtemps la cour de cassation a proclamé ce principe capital : la fraude fait exception à toutes les règles³. Il faut entendre par là que les actes faits dans une pensée dolosive ou dans une pensée de fraude (car la fraude n'est que le dol tourné vers des personnes étrangères à l'acte) étant en eux-mêmes blâmables, il faut non seulement en faciliter la preuve, mais en détruire les effets. Tout intéressé pourra donc en principe l'attaquer.

En procédure, après une saisie, si le saisissant propose par dol un certain lotissement des immeubles saisis, le tribunal n'en tiendra pas compte⁴. De même si des personnes

¹ V. Thaller, *Droit commercial*, n. 1129. — Lacour, n. 905. — Req., 15 nov. 1898, S. 1900. I. 326, D. 1900, I. 317. — Cass. 30 mars 1859, S. 1859. I. 676, D. 1859. I. 175. Req., 7 déc. 1858, S. 1859. I. 305, avec note de Massé. D. eod. loc.

² Rouen, 21 mai 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^o sem., 2. 394.

³ Cass. civ., 26 mars 1855, S. 1855. I. 481.

⁴ V. Pau, 1^{er} sept. 1884, S. 86. 2. 211.

pour modifier la compétence dans un procès en interdiction ont par fraude fait changer de domicile à un faible d'esprit ce changement est sans effet. On ne tiendra pas compte de la situation de fait ou de la situation juridique créée par l'acte dolosif.

Ainsi un vendeur ayant droit d'agir en rescision et laissant plusieurs héritiers, l'acheteur qui peut demander que tous le poursuivent simultanément ne le pourra pas s'il s'est entendu frauduleusement avec l'un d'eux¹.

S'il a été usé de dol pour composer le conseil de famille, il y aura nullité de ses délibérations².

Si lors d'une vérification de créances après faillite, des créanciers pour se faire admettre ont usé de dol ou de fraude, on annulera leur admission³.

Le mandat donné avant faillite dans un but de fraude est considéré comme annulé par la faillite⁴, même s'il a été donné pour une affaire commune au mandant et à des tiers.

Si des élections dans une association ont eu lieu à la suite d'un dol consistant à présenter une liste opposante de candidats, où on avait inscrit en tête une partie du bureau sor-

¹ Besançon, 20 févr. 1895, D. 95. 2. 486.

² Chambéry, 19 janv. 1886, S. 1888. 2. 16. — Cass. req., 7 févr. 1893, S. 1896. 1. 351. — Trib. de Pont-Lévêque, 16 mai 1895, S. 1896, 2, 34. — Trib. civ. de Caen, 23 déc. 1895, S. 1897. 2. 37. — Orléans, 29 janvier 1896, S. 1896. 2. 144. — Req., 4 nov. 1874, S. 1875. 1. 52. — V. encore pour un dol dans une signification de divorce, Paris, 19 mars 1920, Loi du 3 mars 1921.

³ Cass. Req., 21 nov. 1881, S. 82. 1. 82. — Cass. Req., 14 janv. 1885, S. 85. 1. 159. — Cass. Req., 23 févr. 1885, S. 85. 1. 337, avec note de Labbé. Cass. Req., 15 déc. 1863, S. 64. 1. 86. — Cass. Req., 21 juillet 1868, S. 69. 1. 77. — Cass. civ., 3 juillet 1872, S. 72. 1. 367. — Cass. civ., 19 mars 1879, S. 79. 1. 271. — Cass. Req., 28 nov. 1894, S. 95. 1. 405, D. 95. 1. 240. — Cass. Req., 28 nov. 1894, S. 95. 1. 405. — Lyon-Caen et Renault, t. VII, 540 bis. — Thaller et Percerou, t. II, n. 1255 et Req., 21 juillet 1868, S. 1869. 1. 77. — V. cep. civ., 8 mars 1882. Gaz. Pal. 1883. 1. 164.

⁴ Cass., 31 juillet 1912, S. 1913. 1. 84.

tant pour créer une confusion, il y a nullité des élections¹.

Si une assemblée d'actionnaires a été composée avec une majorité factice en faisant passer des tiers pour actionnaires, afin d'avoir plus de voix, il y a nullité². Même il y a nullité si le vote d'une assemblée n'a pas eu lieu dans des conditions de sincérité suffisante³.

Si un paiement a eu lieu par dol pour arriver ainsi à couvrir les déchéances d'une police d'assurance, il est nul⁴.

Si un compte de tutelle est dressé dolosivement, il est nul⁵.

Si un héritier renonce à la succession pour frauder les légataires ou les créanciers de la succession, il y a nullité⁶.

De même, si une saisie gagerie n'a été faite qu'en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue par dol, elle est nulle.

Si par fraude on a substitué à une société en nom collectif une société en commandite, l'associé devenu commanditaire reste responsable indéfiniment⁷.

347. — On va même jusqu'à dire que si par le dol d'une autre personne on n'a pu user d'un délai, celui-ci sera prorogé.

Il faut reproduire ici à propos du dol ce que nous avons dit pour la violence à effet négatif. Celui qui par dol a été empêché de se servir d'un droit pendant le délai imparti peut obtenir une annulation⁸. Il faut supposer que le dol émane

¹ Trib. paix Paris, 2^e arr., 18 nov. 1912, D. 1912. 2. 380. Gaz. Pal., 1912. 2. 555. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 211.

² Cass. civ., 31 déc. 1913, S. 1914. 1. 267, D. 1917. 1. 143.

³ Cass. civ., 31 déc. 1913. Gaz. Pal., 1914. 1. 187.

⁴ Paris, 19 avril 1882, S. 1883. 2. 138.

⁵ Trib. Lyon, 20 mai 1887. *Moniteur Lyon*, 15 juillet 1887.

⁶ Dijon, 24 juill. 1885, S. 1887. 2. 227. — Cass. Req., 15 mars 1859, S. 1859. 1. 506. — Aubry et Rau, t. VI, § 615, note 33. — Planiol, *Ex. doct. Rev. critique*, 1888, p. 715. — Massigli, *Ex. doct. Revue critique*, 1887, p. 364.

⁷ Req., 25 nov. 1913, D. 1917. 1. 168.

⁸ Cf. Cass. civ., 5 juin 1812, S. chr.

de celui contre qui on devait utiliser un droit dans un certain délai.

Même dans ces limites, ce principe comporte des applications importantes.

Ainsi, des pièces ayant été retenues par dol, de sorte qu'on n'a pu exercer une action en réclamation d'état dans les prévenus par l'article 329 Civ., l'action peut encore être intentée¹.

Même si par dol on a empêché la Régie des contributions indirectes de réclamer certaines redevances, la prescription annale de l'art. 50 du décret du 1^r germinal an XIII ne s'applique pas². De même le délai de reméré sera prolongé si par dol on a été empêché de l'utiliser³.

Il faudrait logiquement généraliser cette solution et neutraliser les divers délais prévus dans nos lois par le principe la fraude fait exception à toutes les règles. Il faut dire de même que si un dol empêché d'employer les formes légales, l'acte sera tenu pour valable⁴.

Mais ces principes ne sont vrais que sous certaines limitations que nous indiquerons plus loin à propos du dol (v. n. 383).

348. — Si un acte n'a été passé que pour nuire frauduleusement à des tiers, il est nul vis à vis de ces tiers.

Ainsi le bail fait par l'usufruitier de façon dolosive pour nuire au nu propriétaire sera annulé⁵. De même le partage fait frauduleusement entre héritiers, de manière à ne

¹ Angers, 29 mai 1852, D. 1855. 2. 264.

² Req., 29 déc. 1897. Pand. fr., 1898. 1. 178.

³ Req., 17 mars 1914. Gaz. Pal., 1914. 1. 676.

⁴ V. sol implic. Besançon, 7 nov. 1894, S. 1895. 2. 8 (réclamation verbale à une C^{te} de chemins de fer).

⁵ Poitiers, 23 avril 1863, S. 63. 2. 169. — Orléans, 31 décembre 1868, S. 1869. 2. 51. Req., 11 mars 1824, S. chr. — Douai, 6 juin 1854, S. 1855. 2. 74. — Cf. pour une cession de créance en fraude du premier cessionnaire. — Cass. civ., 7 juillet 1897, S. 1898. 1. 113.

pas laisser aux créanciers le temps de faire opposition n'est pas opposable à ceux-ci ¹.

De même si le propriétaire d'un immeuble hypothéqué représente les créanciers hypothécaires dans les procès qu'il soutient, il en est autrement en cas de dol de sa part ².

Enfin signalons que si la fraude a été dirigée contre les créanciers, l'acte est nul à leur égard dans des conditions spéciales plus étroites que détermine l'art. 1167 Civ.

349. — Il faut en outre décider que lorsqu'une convention a été conclue frauduleusement entre deux personnes en vue de nuire à des tiers, que non seulement les tiers pourront en demander la nullité, mais que les coparticipants eux-mêmes le pourront. C'est qu'en effet il importe de remettre les choses dans leur ancien état pour que la fraude ne puisse réaliser ses effets. On pourrait, il est vrai, objecter le principe : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Mais la jurisprudence avec beaucoup de raison ne donne à cet adage qu'une portée limitée ³. Elle tend à l'admettre ou le rejeter, selon que l'une ou l'autre solution est le meilleur moyen pour lutter contre les conventions illicites et le plus conforme à la dignité de la Justice. Cette manière de voir doit recevoir ici son application. On rejettera la maxime, car la remise de toutes choses en l'état antérieur sera la meilleure solution pour empêcher que des tiers ne soient frustrés par fraude.

Pour admettre que l'acte frauduleux peut être annulé à la demande même des signataires, nous ferons surtout remarquer qu'il importe que cet acte disparaisse. Il constitue un véritable délit civil, il est un piège tendu à la bonne foi des tiers. Si ceux qui l'ont dressé veulent eux-mêmes le refer-

¹ V. Cass. civ., 28 avril 1900 et les autres arrêts cités supra, n. 343.

² Cass. civ., 13 déc. 1864, D. 1865. 1. 142. — Toulouse, 7 mars 1855, D. 1856. 2. 110.

³ V. sur ce point *Revue de droit civil*, 1911, p. 453, et 1912, p. 739. V. infra, *Théorie de l'objet et de la cause*.

mer, pourquoi les en empêcher? Faut-il pour punir le demandeur peu digne d'intérêt que l'on sacrifie l'utilité générale? Mais le demandeur qui veut effacer la fraude n'est-il pas plus à encourager que le défendeur qui veut la maintenir¹ ?

La jurisprudence aura l'occasion de suivre cette ligne de conduite dans deux ordres de cas.

Il peut y avoir un contrat ayant eu pour but de frauder la loi². Cela se présente d'abord pour les conventions en vue de frauder le fisc. Il faut déclarer que ces actes sont nuls. Ainsi une convention de location de cave qui n'a pour but que de frauder le fisc est nulle³. Il en est de même de la convention en vue de déterminer un acheteur à faire une déclaration fautive à l'Enregistrement et à supporter les risques qui en découlent⁴. Mais pour que la nullité pour fraude puisse être invoquée soit entre les parties, soit entre elles et les tiers, il faut avoir cherché à frauder une loi actuelle et non une loi future même prévue⁵. Ensuite la fraude doit être le seul but de l'acte. Ainsi n'est pas nulle la vente où pour frauder le fisc on a inscrit un prix inférieur au prix véritable, ou un règlement d'intérêts contenant une fraude à l'enregistrement⁶, sauf au cas prévu par la loi du 27 fév. 1912 (art. 6 et 7).

Sont encore nuls les actes qui n'ont d'autre but que de

¹ V. en ce sens notre note sous Cass., 23 déc. 1908, S. 1911. 1. 370, col. 1 et 2.

² V. sur la nullité en ce cas Bédarride, t. III, n. 943.

³ Pau, 11 mars 1907. Gaz. Trib., 29 mars 1907.

⁴ Trib. comm. Seine, 15 oct. 1901. Gaz. Trib., 1902, 1^{er} sem., 2. 91. (V. d'autres exemples, infra). Cf. Pau, 16 décembre 1875, S. 1878. 2. 331, D. 1876. 2. 223. — Req., 13 mars 1872, S. 1872. 1. 443. Toulouse, 30 janv. 1864, S. 1864. 2. 136.

⁵ Cass. civ., 26 mars 1810 et 3 févr. 1813, S. chr. contra Turin, 27 juill. 1810, S. chr.

⁶ Cass. Req., 10 avril 1900. Gaz. Trib., 12 avril 1900. — V. cep. trib. Louhans, 23 déc. 1904 sous Dijon, 6 fév. 1905, D. 1908. 2. 83 (Promesse de vente avec clause de dissimulation partielle du prix).

tourner une règle légale. Ainsi des époux ont vendu de concert des biens dotaux, dans l'espèce une rente, de connivence avec un tiers, de façon à tourner l'incapacité dotale de la femme et à consommer sa ruine, l'acte est nul¹. De même sont nuls les renvois postérieurement ajoutés à un testament qui n'ont pas été datés parce que le testateur était alors incapable². De même tous autres actes faits pour frauder la loi sont nuls³. Ainsi sont encore nuls les actes faits par un prodigue avec un tiers en vue de rendre sans utilité la dation de conseil judiciaire dont il est menacé⁴.

Sont inutilisables en justice les lettres que l'on s'est procuré par dol⁵.

Sont nulles et donnent lieu à répétition les répartitions de secours faites par suite d'un concert dolosif, par une commission, sur les fonds votés par un conseil général⁶.

D'autre part il faut admettre que si un contrat a été fait pour frauder des tiers, les contractants peuvent en demander la nullité.

Ainsi, un débiteur a fait un contrat frauduleux pour frauder ses créanciers, il pourra en demander la nullité⁷.

¹ Caen, 5 avril 1892, S. 1894. 1. 489 en sous-note. — Paris, 15 mars 1895, S. 1896. 2. 265. Cass. civ., 26 mars 1855, S. 1855. 1. 481. V. de même pour un achat pour faire échec au régime dotal. Paris, 23 déc. 1902. Gaz. Trib., 1903, 1^{er} sem., 2. 433. — Trib. de Villefranche, 4 août 1892, sous Cass., S. 1894. 1. 489. — Paris, 11 déc. 1895, S. 1895, S. 1898. 2. 9, avec note de M. Tissier.

² Orléans, 3 juillet 1858, S. 1859. 2. 139.

³ Poitiers, 16 juillet 1846, D. 1846. 2. 195.

⁴ Cass. Req., 14 juillet 1875, S. 75. 1. 463. — Paris, 16 juillet 1859, S. 60. 2. 307. — Paris, 10 mars 1854, S. 1854. 2. 597. — Req., 15 juillet 1903, S. 1904. 1. 446. — Req., 24 juin 1896, S. 1897. 1. 113, avec note de M. Lyon-Caen. — Req., 26 juin 1888, S. 1888. 1. 469.

⁵ Cass. civ., 13 juin 1897, S. 1898. 1. 220. Req., 25 mars 1890. 1. 168. Nous estimons toutefois que ceci ne peut être étendu à un écrit ordinaire qu'on s'est procuré par dol, car ici le secret de la correspondance n'intervient plus.

⁶ Cass. civ., 6 janv. 1913, Gaz. Trib., 1913, 1^{er} sem., 1. 113.

⁷ V. Cass. civ., 25 avril 1887, S. 87. 1. 149. — Amiens, 17 mars 1826, D. v^o *Contr. de mariage*, n^o 1823. — Pau, 21 février 1912, S. 1912. 1. 120. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 742. V. cep. contra Chambéry,

Si un contrat est entaché de fraude, un des contractants ne pourra pas utiliser la clause de garantie qu'il contient¹ ou faire considérer ce contrat comme valable².

350. — Ainsi donc l'acte entaché de dol ou de fraude sera annulé à la demande de tout intéressé.

Toutefois il ne faut pas aller trop loin dans cette voie. La tendance très légitime à arrêter les effets du dol ne va pas jusqu'à permettre de tenir pour existants des actes qui ne le sont pas ou sont incomplets.

Ainsi le fait d'avoir par dol déterminé un arbitre à ne pas signer un arbitrage peut bien donner lieu à indemnité, mais ne peut faire considérer que la formalité essentielle de la signature d'un des arbitres a été remplie³. Il en a été jugé de même pour les agissements dolosifs pour empêcher de résilier un contrat d'assurance⁴. Mais cette solution est critiquable. Elle est en opposition avec le principe établi

6 mai 1861, S. 1861. 2. 563. — Nîmes, 20 nov. 1829, D. v^o *Intervention*, n. 82, 1^o. — Chambéry, 6 mars 1864, D. 1866. 5. 450. — Trib. Seine, 15 déc. 1893, *Journ. Enregistr.*, 94, n. 24378. V. aussi trib. comm. Bruxelles, 31 déc. 1906. *Journ. Trib.*, 1907. 1. 54. — Trib. comm. Bruxelles, 21 oct. 1908. *Pas.* 1909. 3. 352. Rapp. Bruxelles, 26 mars 1909, *Jur. comm. Bruxelles*, 1909. 171. — Les auteurs (Baudry et Barde, t. I, n. 733. — Planiol, t. II, n. 327. — Laurent, t. XV, n. 494. — Demolombe, XXV, n. 269. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 236. — Lerombière, art. 1167, n. 57. — Cf. Huc, VII, n. 227. — Planiol, *Revue critique*, 1882, p. 494) à propos de l'action paulienne développent cette idée qu'elle n'entraîne pas nullité de l'acte entre les parties. Cette opinion, inspirée du désir de donner aux actes aussi peu d'effet que possible à l'égard des tiers, idée toute individualiste que nous aurons plus tard à apprécier, n'empêche pas les contractants ne puissent entre eux demander la nullité. C'est ce qu'a admis la cour de cassation en 1887.

¹ Amiens, 27 juin 1882. *Gaz. Pal.*, 1883. 1. 503. — Rapprochez trib. corr. Seine, 12 nov. 1910, D. 1913. 2. 59 qui déclare nulle les distributions de récompenses faites par une organisation d'exposition purement fictive faite pour tromper le public. — Cf. Cass. civ., 17 nov. 1903. *Gaz. Trib.*, 1904, 1^{er} sem. 1. 125 (promesse de vente).

² Poitiers, 16 juill. 1846, S. 1846. 2. 526. — Bruxelles, 16 juin 1852, *Pas.*, 1854. 2. 69.

³ Req., 28 déc. 1892, D. 1895. 1. 81 et la note de M. Pic.

⁴ Trib. Seine, 3 août 1897, D. 1898. 2. 51.

plus haut, d'après lequel on doit permettre à celui qui par dol n'a pu utiliser un délai, de faire l'acte en question même après l'expiration du délai.

Il y a toutefois une limite. Dans les institutions où les règles de dates et de délais ont été établies pour la sécurité des tiers, dans un intérêt de crédit, on ne peut même sous prétexte de fraude nuire aux droits des tiers.

C'est ce qu'on a admis au cas où un débiteur a été amené par dol à consentir à la radiation de son hypothèque, il a le droit de la faire rétablir, « sans pouvoir l'opposer toutefois aux tiers qui auraient pris des inscriptions ou fait opérer des transcriptions dans l'intervalle écoulé entre la radiation et ce rétablissement¹.

351. — Enfin, quand la fraude a consisté à établir une contre lettre, l'art 1321 Civ. déclare la contre lettre valable entre les parties contractantes, mais inopposable aux tiers. C'est une application de cette idée que les tiers doivent pouvoir se fier aux apparences sérieuses. Or, les apparences sérieuses, c'est le contrat ostensible, lui seul compte donc pour eux et ils ne peuvent se voir opposer autre chose. La peine de la fraude ici sera donc non la nullité, mais le fait de prendre les contractants à leur propre piège : la situation apparente créée par eux, (ceci sauf leurs rapports entre eux contractants) solution mieux adaptée aux circonstances². D'ailleurs il ne faut pas que le rétablissement de la situation vraie admis pour la vérité en elle-même et pour protéger les tiers puisse aboutir à leur nuire.

Ayant précisé que l'acte frauduleux doit être annulé, il faut maintenant voir les rapports entre ce principe et celui

¹ Cass. civ., 26 juin 1895, S. 1896. I. 481, avec note de M. Wahl. — Cass. civ., 31 déc. 1895, S. 1898. I. 211. Cass. civ., 22 nov. 1893, S. 1894. I. 337, avec note Dalmbert. — (Contra Laurent, n. 232. — Colmet de Santerre, IX, n. 138 bis, VIII.)

Aubry et Rau, t. III, § 281, note 12. — Baudry et de Loynes, III, n. 1894 et 1895.

² V. Bedarride, *Dol et fraude*, t. III, 997. — Cf. supra, n. 161.

établi par nous que la simulation est licite (v. supra n. 160.) La simulation peut avoir une simple raison de convenance. Ainsi un séducteur signe un billet pour indemniser la fille qu'il a séduite, et il le rédige comme si on lui avait prêté de l'argent, ne voulant pas avouer au public la cause de la promesse. Cela est licite.

Mais la simulation peut cacher une fraude. Si la fraude est partielle, l'acte n'est pas nul. Ainsi un prix de vente est dissimulé partiellement pour éviter des droits d'enregistrement et la partie de prix dissimulée dans l'acte est promise par un billet causé valeur prêtée. Il n'y a pas nullité¹.

Si au contraire la simulation cache un acte illicite en lui-même, une donation faite pour récompenser une concubine étant présentée comme une vente payée comptant, il y a nullité, moins pour fraude que pour but illicite de l'opération véritable. Car la fraude est ici la fraude à la loi, c'est-à-dire, qu'il s'agit de but illicite, de cause illicite.

La simulation peut aussi cacher un acte ayant pour but de frauder un tiers : par exemple un donateur de biens à venir faisant à une seconde personne une donation présente du bien déjà promis pour l'avenir, et la dissimulant sous forme de vente au comptant, pour le faire échapper au donataire de biens à venir, il y a nullité à raison du but illicite visé, but qui n'a été atteint que par la simulation, laquelle dans l'espèce est un moyen frauduleux. En résumé la simulation n'est qu'un vêtement donné à un acte. Il est donné parfois par convenance, souvent c'est le moyen commode pour dissimuler un but illicite qui n'aurait pu être facilement atteint sans cette apparence contraire à la vérité. Mais ce qu'on atteint ici, ce n'est pas la simulation, c'est la fraude qu'elle dissimule. ,

¹ V. Planiol, t. II, n. 1192. — Cf. à propos du recel dans un partage pour dissimuler une somme au fisc. Req., 2 juin 1897. Pand. fr., 1898. I. 22.

352. — Il faut maintenant à l'aide de ces observations sur le dol ou la fraude en général contruire une théorie technique du dol et de la fraude.

Bien qu'il y ait une tendance générale du droit à traiter aujourd'hui de même façon les actes nuisibles à autrui, qu'ils résultent d'une imprudence, d'une légèreté, ou d'une intention mauvaise, (v. les art. 1382 et 1383 Civ.) il faut constater que dans l'ensemble, des différences importantes séparent encore le dol des simples imprudences.

Nous allons relever les principales d'entre elles. Toutes les fois qu'un dol a été commis, il doit y avoir possibilité d'agir contre son auteur. Et tandis que les magistrats de l'ordre judiciaire sont en principe irresponsables de leurs simples fautes, ils sont toujours soumis à la responsabilité pour leur dol et on peut en ce cas employer contre eux la procédure de la prise à partie. (art. 505. Proc.)¹. Ensuite le dol personnel est une cause de requête civile. (art. 480, 1^o Proc.) Ainsi la simple faute d'un plaideur à l'égard de l'autre, même si elle a déterminé la décision du tribunal ne donne pas lieu à requête civile².

De plus l'intention dolosive est nécessaire pour encourir certaines peines privées. Cela est admis pour le recel (art. 792 Civ.) que la cour de cassation définit : « toute manœuvre dolosive, toute fraude, qui a pour but de rompre l'égalité du partage »³. La même solution a été donnée par un arrêt⁴ pour la déchéance du bénéficiaire d'inventaire, par extension de l'art. 801 qui exige ce dol dans un cas (déchéance pour avoir omis sciemment des effets de la succession dans l'inventaire).

¹ V. sur les conditions de la prise à partie. Glasson et Tissier, t. II, p. 208 et suiv. — Garsonnet et Cézair Bru, *Traité de procédure*, 2^o éd., t. I, § 144.

² V. sur la requête civile pour dol. Glasson et Tissier, t. II, p. 150. — Garsonnet, *op. cit.*

³ Cass. Req., 5 fév. 1895, D. 1895. 1. 200.

⁴ Rennes, 24 juin 1840. P. 1843. 1. 549.

L'art. 955 Civ. et l'art 1046 impliquent la même solution pour les révocations de donations ou legs à la suite d'actes d'ingratitude¹.

Le dol présente encore ce trait, qui lui est commun avec la faute lourde, de n'être pas susceptible d'assurance² ni même de clause de non responsabilité³. Il est un fait trop grave, trop nuisible au point de vue social pour que l'on puisse en s'assurant ou en insérant dans un contrat une clause générale de non responsabilité, le commettre impunément.

Le dol ou la fraude dans les actes juridiques nous apparaissent donc déjà comme un délit civil traité sévèrement. On peut avec cette idée expliquer non seulement la facilité de preuve, mais la nullité de l'acte. Car la réparation accordée au tiers intéressé peut consister non dans une indemnité pécuniaire, mais dans une réparation plus directe et nulle n'a ce caractère à un plus haut degré que la nullité⁴.

Mais ceci ne pénètre pas encore au fonds des solutions admises. Il faut présenter le dol et la fraude comme des actes socialement dangereux et, par suite, les actes entachés de

¹ Cf. Baudry et Colin, *Donations*, t. I, n. 1600 et suiv. V. sur le dol et la peine privée. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904, p. 103. Cf. Germette, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel en matière de responsabilité*, th. Paris, 1903, p. 162. — Chardon, *Du dol et de la fraude*, t. II, p. 573. — Sjögoren, *Jahrbucher de Ihering*, 1896, p. 411, note 45.

² V. Cass. Req., 12 déc. 1893, S. 96. 1. 91. Civ., 15 mars 1876, S. 1876. 1. 337 avec note de Labbé. — Cf. Req., 17 juin 1912, Gaz. Pal. 1912. 2. 104. — Cass. Req., 18 avril 1882, S. 82. 1. 245. — Dijon, 27 mars 1882, S. 83. 2. 201. — Rouen, 4 mars 1887, S. 87. 2. 109. — Lyon, 17 févr. 1882, S. 82. 2. 247. — Boutaud, *Clauses de non responsabilité*. La question sera étudiée complètement à propos de l'art. 1382 civ.

³ V. Cass. civ., 28 oct. 1903, S. 1904. 1. 437, et Req., 17 avril 1896, en sous-note et Boutaud, *op. cit.* — Lyon, 9 mai et 5 juin 1912, Gaz. Trib., 1912, 2^e sem., 2. 70.

⁴ La cour de cassation tient compte de cette idée en disant que l'action de dol est personnelle et suit les règles de compétences des actions personnelles. Req., 12 avril 1897, D. 1897. 1. 222, S. 1901. 1. 454. Req., 17 mai 1898, D. 1899. 1. 415, S. 1902. 1. 494.

ces vices, doivent pouvoir être annulés, et cela même dans les rapports entre les intéressés. Ensuite la nullité prononcée a effet même à l'égard des tiers. Enfin en principe quel que soit celui qui a ourdi le dol ou la fraude, la nullité doit être prononcée. Tout ceci se résume d'un mot : il faut organiser la lutte contre le dol et la fraude. La fraude fait exception à toutes les règles, dit la cour de cassation¹.

Les principes ci-dessus comportent cependant des réserves à propos du dol dans la formation des actes juridiques.

Dol dans la formation des actes juridiques

353. — Arrivons maintenant au dol dans la formation des actes bilatéraux. La théorie que nous allons établir vise la formation des contrats dont l'art. 1116 parle seul. Elle vise tous les contrats, même un contrat de mariage², même une donation³. Toutefois ici la jurisprudence échappe à l'application du droit commun en disant que la donation n'est valable que si l'on est sain d'esprit⁴. Cela lui permet de dire qu'il n'y a pas à s'occuper de savoir qui est l'auteur du dol. Mais cette théorie vise aussi tout autre acte bilatéral : un acquiescement, un quitus donné à un administrateur, qui est l'acceptation d'un compte présenté⁵, un compte de tutelle

¹ Cass. civ., 26 mars 1855, S. 1855. I. 481. — Besançon, 6 juin 1894, D. 1895. 2. 412.

² Cass. Req., 2 mars 1852, S. 1852. I. 262. — Baudry et Barde, t. I, n. 107. I. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 503. — Larombière, art. 1116, n. 13. — V. spéc. Guenard, *Sanction du dol entre futurs époux*, thèse de Paris, 1911, p. 53 et suiv.

³ V. cep. contra Baudry et Colin, t. I, n. 267. — Demolombe, t. XVIII, n. 383. — Laurent, t. XI, n. 131 et 132. — Aubry et Rau, t. VII, p. 57. — Colin et Capitant, t. I, p. 69. — Capitant, p. 269, qui ont ici assimilé trop facilement la donation et le testament.

⁴ Req., 27 juin 1887, S. 1887. I. 419. Contra Planiol, *Ex. doctrinal. Revue critique*, 1887, p. 713.

⁵ Cf. trib. comm. Seine, 16 juill. 1888, la Loi, 14 août 1888.

qui doit être présenté et accepté, une dation en paiement, etc., une majoration d'apport qui doit être approuvée par l'assemblée des actionnaires¹, un ordre amiable², des élections dans une association³.

A propos de la formation des contrats, l'art. 1116 Civ. donne du dol une théorie restrictive. « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

La théorie du dol qui, à la suite de cet article, s'est formée en doctrine et en jurisprudence se ramène aux idées essentielles suivantes.

Le dol est envisagé au plus haut point par la pratique comme un vice de la volonté. C'est-à-dire que la jurisprudence s'attache moins à une définition étroite du dol qu'à voir si, étant donné les usages des affaires de s'informer plus ou moins près des tiers au sujet de tel contrat, de vérifier soi-même telles affirmations, était donné l'état d'esprit : ignorance, vieillesse de la personne, les actes dolosifs dont elle a été l'objet pouvaient réellement fausser sa volonté. C'est donc en principe la théorie de l'autonomie de la volonté qui triomphe ici.

Mais cette théorie comporte deux correctifs qui la rapprochent de la théorie de la déclaration de volonté.

D'abord, comme pour l'erreur, on tient compte de la faute de la victime. Si celle-ci a commis des légèretés en se laissant tromper, on lui refuse volontiers l'action, ce qui est assez grave car on tient compte de la culpa in contrahendo dans la mesure la plus grande, tandis qu'on n'attache aucune sanction à la faute plus évidente cependant de l'auteur du

¹ Cf. Cass., 19 févr. 1889, *Rec. Marseille*, 1889. 2. 69.

² Req., 11 juin 1912, D. 1913. 1. 186.

³ Trib. paix Paris, 18 nov. 1912, D. 1912. 2. 380 *Revue de droit civil*, 1913, p. 211.

dol. La pratique a donc négligé ici, nous le verrons, la théorie de la faute commune.

Ensuite l'art. 1116 lui-même fait sans s'en douter une concession importante à la théorie de la déclaration de volonté. Il exige que le dol émane du cocontractant. Ainsi, le cocontractant de bonne foi peut avoir confiance dans la validité de la déclaration qu'on lui adresse. Cette tentative d'explication rationnelle de l'art 1116 ne concorde d'ailleurs pas avec son origine historique. L'art. 1116 consacre une tradition qui vient du droit romain. A Rome, le système s'expliquait à raison de la technique qui ne donnait à la victime que l'action de dolo contre l'auteur du dol et l'action du contrat contre le cocontractant en cas de contrat de bonne foi¹.

Le système passa dans l'ancien droit² et de là au code civil. Les auteurs cherchant à toute force une explication, disent qu'il est relativement facile de se défendre contre le dol qu'on peut mieux éviter que la violence ou encore que la violence est plus à combattre que le dol³. Mais la distinction repose sur quelque chose de bien vieilli : le cas de violence physique est rare aujourd'hui et la violence morale est bien plus fréquenté ; or on peut se défendre contre elle avec du caractère, comme on peut se défendre du dol avec de l'intelligence. Ensuite la violence morale, la seule pratique, n'est pas une cause de trouble plus grave dans la société que le dol. On objecte encore que l'auteur de la violence est d'ordinaire insolvable, tandis que l'auteur du dol ne l'est pas. C'était vrai du temps où la violence physique était plus fréquente, mais aujourd'hui il n'en est plus ainsi.

¹ V. Girard, *Droit romain*, p. 471, 6^e éd.

² Pothier, *Obliq.* n. 23 et 32.

³ V. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 507, note 20. — Capitant, 3^e éd., p. 273. — Demante et Colmet de Santerre, V, n. 26. — Laurent, XV n. 529. — Huc, VII, n. 38. — Bufnoir, p. 612. — Beudant, n. 139. — Baudry et Barde, I, n. 110. — Planiol, II, n. 1063. — Démolombe, XXIV n. 184. — Colin et Capitant, I, p. 69. — Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 159.

Au fond, on commence à s'apercevoir que la distinction a une base assez faible¹ et la jurisprudence tend à l'atténuer en tenant compte du dol du représentant, de la complicité de la connaissance du dol.

Il n'y a qu'une base sérieuse qui puisse être donnée des conditions de la nullité : il y a là une application du système de la déclaration, système fondé sur la sécurité dynamique².

Par conséquent, il n'y a aucune raison pour traiter différemment le dol et la violence. Au point de vue législatif, il faudrait tenir compte de ces deux faits quelque soit leur auteur, solution seule logique au point de vue de l'autonomie de la volonté. Ou bien avec la théorie de la déclaration, il faudrait tenir compte de ces deux faits quel que soit l'état d'esprit du contractant³.

On pourrait aller plus loin que le droit actuel dans la conception du dol dans ses rapports avec les tiers, au lieu d'en faire un vice du consentement y voir une simple action en indemnité contre l'auteur du dol : action qui dirigée contre un cocontractant trouverait sa forme la plus adéquate dans la nullité du contrat⁴. Cette conception mettrait plus d'unité dans la théorie générale du dol. Mais ne serait-ce pas aux dépens des nécessités pratiques. Elle aboutirait à faire

¹ Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 61 (n. 15 à 17). Colin et Capitant, II, p. 302. — Larombière, art. 1116, n. 8. — Huc, VII, n. 38. — Cf. Aubry et Rau, IV, p. 507, note 20, qui expliquent la différence « jusqu'à un certain point ». — Beudant, n. 139, qui dit que la meilleure raison n'est pas bonne.

² V. sur cette idée, nos *Notions fondamentales*, p. 70 et suiv. Cf. Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Rev. critique*, 1899, p. 384.

³ Cf. nos observations, supra n. 301. — Cf. Bufnoir, p. 614. V. Planiol, II, n. 1063 ; Baudry et Barde, I, n. 109 ; Capitant, 3^e éd., p. 269 ; Colin et Capitant, p. 69 ; qui disent que le système contraire nuirait à un contractant innocent. Mais n'est-ce pas ce qui arrive pour la violence ?

⁴ V. cette conception esquissée par Colmet de Santerre, V, n. 26. V. sur cette conception Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 51. C'est l'opinion de Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, t. I, p. 483, qui voient ici une application de la *culpa in contrahendo*.

rejeter la solution admise (v. plus loin) qui fait rejaillir la nullité contre les tiers. Ce serait une concession de plus faite à la sécurité dynamique. Mais elle ne serait peut-être pas à recommander, car le législateur, s'il veut donner des solutions stables, doit en face de conceptions opposées d'égale valeur adopter plutôt les solutions transactionnelles.

354. — A quelles conditions y a-t-il dol ? La chambre des requêtes de la cour de cassation et la cour de cassation de Belgique ont sur ce point une doctrine très nette : l'existence du dol est une question de fait¹. Les juges du fait constatent souverainement qu'il y a eu dol. » La constatation et l'appréciation des faits constitutifs du dol rentrent dans les attributions exclusives des juges du fond².

Mais la chambre civile a une opinion différente depuis le 4 juin 1810³. D'après elle, en matière de dol, les juges du fait examinent souverainement quels faits ont eu lieu. Mais la cour de cassation a qualité pour exercer un contrôle sur le caractère légal de ces faits, c'est-à-dire sur la question de savoir si les moyens employés par l'une des parties doivent ou non être qualifiés de manœuvres illicites⁴.

¹ Civ., 2 fructidor, an XIII, S. chr. Cass. Req., 2 mars 1840, S. 1840. I. 437. — Cass. Req., 5 août 1840, S. 1840. I. 907. Cass. Req., 18 avril 1888, Pand. fr., 1889. I. 8. Cass. Req., 21 fév. 1872, S. 1872. I. 367. — Req., 24 déc. 1889, Pand. fr., 1890. I. 255. — Cass. Req., 21 déc. 1886, S. 1887. I. 117. Pand. fr., 1888. I. 249. — Cass. Req., 7 juillet 1897, Pand. fr., 1899. I. 358. — Cass. Req., 3 mai 1899, S. 1899. I. 312, D. 1900. I. 61. — Cass. Req., 31 déc. 1901, S. 1902. I. 399, D. 1902. I. 288. Pand. fr., 1903. I. 22. — Cass. Req., 30 avril 1902, D. 1902. I. 288, S. 1906. I. 307. Req., 30 avril 1912, S. 1913. I. 40. — Cass. belge, 22 mai 1868, Pas. 1868. I. 380. — Cass. belge, 15 fév. 1906, Pas. 1906. I. 132. Il n'en a été jugé autrement qu'au cas où les faits sont qualifiés par des caractères déterminés par la loi, comme pour le dol personnel en cas de requête civile. (Req., 16 août 1852, S. 1843. I. 231.)

² Req., 30 avril 1902 précité.

³ V. cep. le rapport du conseiller Lasagni, S. 1840. I. 437, qui nie cette opposition.

⁴ Cass. civ., 4 nov. 1913, S. 1914. I. 259, D. 1914. I. 135. Gaz. Pal., 1913. 2. 514. Cass. civ., 13 janv. 1892, D. 1892. I. 157 (à propos de faute). Cass. civ., 19 mars 1888, D. 1888. I. 391, S. 1890. I.

La chambre des requêtes qui avait paru s'incliner en 1885, est revenue à sa jurisprudence dès 1886.

Les auteurs présentent à tort l'opinion de la chambre civile comme celle de la cour toute entière¹.

Quelle que soit la liberté laissée aux tribunaux et cours d'appel, la théorie du dol présente en fait certains caractères assez saillants pour qu'il soit nécessaire de les étudier.

355. — Tout d'abord signalons qu'il ne faut pas confondre le dol civil et le dol criminel² qui est le moyen employé pour commettre l'escroquerie. Sans doute ils visent au fonds toutes les catégories de tromperies, mais le dol criminel exige des manœuvres et non de simples mensonges, dont se contente le droit civil. Par là celui-ci se montre moins étroit, ce qui est une supériorité.

356. — Les caractères du dol ne dérivent pas d'une idée théorique, mais de la pratique des affaires, de l'importance qui en fait est accordée aux affirmations des contractants, de la valeur donnée à la réclame, aux paroles de celui qui fait l'article, de l'habitude pour le public, composé en partie d'ignorants, de se renseigner près des cocontractants qui sont des gens du métier³. Ainsi le seul fait de constituer un

397. — Cass. civ., 11 mai 1887, D. 1887. I. 398, S. 1887. I. 456. —

Cass. civ., 3 mars 1869, S. 1869. I. 149. — Cass. civ., 4 juin 1810.

S. chr. — Cass. civ., 6 août 1894. Pand. fr., 1896. I. 5. — Cf. Cass.

Req., 13 janv. 1885, S. 1885. I. 302. — Req., 21 oct. 1885, S. 1886. I.

173. — Cass. civ., 20 oct. 1902. Pand. fr., 1904. I. 141. — Cass. civ.,

17 oct. 1903. Pand. fr., 1905. I. 163. — Aubry et Rau, t. V, p. 508.

— Demolombe, t. XXIV, n. 174.

¹ Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 508. — Demolombe, XXIV, n. 174.

— Baudry et Barde, t. I, n. 119. — Cf. Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd.

t. II, p. 447.

² V. Planiol, *Dol civil et dol criminel. Revue critique*, 1893, p. 545

et 649 et *Traité*, t. II, n. 1062. — Larombière, art. 1116, n. 2. —

Demolombe, XXIV, n. 173. Rappr. Robert Dreyfus, *Distinction du*

dol civil et du dol criminel, thèse de Paris, 1907, p. 29. — Garçon,

Code pénal annoté, art. 405, n. 115 et suiv. Contra Baudry et Barde,

t. I, n. 107. — Huc, VII, n. 35.

³ Cf. Beudant, n. 134. — Barassi, *Istituzioni*, p. 164.

syndicat pour l'émission de valeurs n'est pas un dol¹.

La théorie du dol étant ainsi une question de mœurs, ainsi s'explique quelle ne s'applique pas en matière de mariage². Cette solution est d'ailleurs fortifiée par cette considération que la nullité du mariage est une mesure très grave, qui trouble la société et les familles et qui doit être rarement prononcée. Mais ceci ne semble pas étendu en pratique aux cas voisins et la jurisprudence a paru admettre que la théorie du dol pouvait intervenir dans une réconciliation entre époux après séparation de corps³. Ceci toutefois est discutable, car il y a aussi des raisons graves pour écarter ici la théorie du dol. Il y a intérêt social à maintenir la vie conjugale reprise comme il y a intérêt à maintenir celle commencée.

357. — Le dol suppose d'abord essentiellement l'intention⁴ de tromper. Ainsi il n'y a pas dol si des affiches ont exagéré la contenance d'un domaine, alors que le notaire de la vente a formellement invité le futur acquéreur à visiter l'immeuble⁵.

De même, en l'absence de clause spéciale de la police, l'exagération non intentionnelle de la valeur assurée ne constitue pas un dol⁶.

De même encore l'omission involontaire dans un bilan de société, ou dans un bilan présenté pour obtenir un con-

¹ Le Roy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, p. 200.

² Trib. d'Empire d'Allemagne, 13 févr. 1900, S. 1903. 4. 1. Baudry et Houques Fourcade, II, n. 1738. Beudant, *Etat et capacité*, I, n. 225. — Huc, II, n. 67. — Aubry et Rau, 5^e éd., V, p. 101. — Demolombe, III, n. 255. — Planiol, I, n. 1057. — Colin et Capitant, I, p. 164. — Capitant, 3^e éd., p. 270. — Guenard, *Sanction du dol entre futurs époux*, thèse de Paris, 1911, p. 20.

³ Cass. Req., 24 févr. 1908, S. 1908. 1. 471.

⁴ V. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 55, n. 8. — Demolombe, t. XXIV, n. 167 et 170. — Baudry et Barde, t. I, n. 105. — Amiens, 23 févr. 1912, S. 1913. 2. 102. — Coviello, *Dir. civ.*, p. 376. — Valverde y Valverde, t. I, p. 494.

⁵ Nancy, 15 mai 1869, S. 1869. 2. 179. — V. Baudry et Barde, I, n. 105.

⁶ Dijon, 5 juin 1896. *Gaz. Pal.* 1896. 2. 540. — Aix, 2 juillet 1826. *D. v^o Droit maritime*, n. 1657. Bordeaux, 20 août 1835, id. n. 1590.

cordat n'est pas un dol¹ ou le fait d'avoir dressé de façon peu exacte des états des primes et sinistres; en cas de cession de portefeuille, lorsque la comptabilité a été tenue de la même façon depuis nombre d'années².

Aussi les arrêts prennent souvent soin d'insister sur ce point que le but de tel acte n'a été que de tromper³.

De là, il résulte cette conséquence qu'il ne peut plus y avoir de dolus re ipsa. Le système romain qui admettait qu'il y avait dol à formuler certaines demandes très nuisibles à l'adversaire n'existe plus. La cour de cassation l'a décidé dès le lendemain de la promulgation du code⁴ et la doctrine est en ce sens⁵.

358. — Le dol suppose de la part de son auteur une action. Une simple réticence serait par elle-même insuffisante pour constituer un dol, dit même parfois, la jurisprudence⁶.

Ainsi le seul fait par un individu, pourvu d'un conseil judiciaire, de ne pas révéler sa situation aux tiers avec lesquels il traite ne saurait constituer un dol susceptible de faire rescinder le contrat ou d'ouvrir une action en indem-

¹ Cass. Req., 27 janvier 1874, D. 1874. 1. 452, S. 1877. 1. 376. — Bordeaux, 11 janv. 1833, S. 1833. 2. 380.

² Cass. Req., 3 janv. 1900, S. 1901. 1. 321 avec note de M. Wahl (dol incident).

³ Paris 20 déc. 1890. Senomin. *Rec. ass. terr.* 2. 244. — Amiens, 23 fév. 1912, S. 1913, 2, 102.

⁴ Cass. civ., 4 juin 1810. S. chr. D. Rep. v° *Obligations*, n. 200. Req., 7 janvier 1910, D. 1901. 1. 28 (majoration d'un immeuble sur le prix d'achat).

⁵ Aubry et Rau, t. IV, § 343 bis, note 24 et 25. — Demolombe, XXIV, n. 170. — Larombière, I, art. 1116, n. 7. — Baudry et Barde, I, n. 104. — Salvat, *Derecho civil argentino*, t. I, p. 753.

⁶ Cass. civ., 17 fév. 1874, S. 1874. 1. 249, D. 1874. 1. 193. — Cf. Req., 5 déc. 1838, S. 1838. 1. 951, D. 1839. 1. 41. — Pau, 10 nov. 1913. *Droit*, 11 déc. 1913. — Lyon, 30 juillet 1909. *Mon. jud. de Lyon*,

19 août 1910. — Rouen, 13 juin 1887 sous Cass. 9 juillet 1888, S. 1889. 1. 361. — Anvers 14 déc. 1900. *Pas.* 1901. 3. 79. — Trib. comm.

Bruxelles, 10 mars 1905, *Jurispr. Bruxelles*, 1905. 179. — Trib. Charleroi, 23 juin 1897. *Paş.* 1897. 3. 296. — Anvers, 28 févr. 1884, *Jurispr.*

Anvers, 1884. 1. 91. — V. cep. trib. comm. Gand, 22 févr. 1907, *Jurispr. comm. Flandre*, 1907, 3226. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 54, n. 7.

nité¹. De même il n'y a pas de dol à ne pas révéler les vices d'un animal vendu² à ne pas donner de renseignements précis sur l'importance d'une succession cédée³ à se contenter d'invoquer la prescription, au nom d'un pupille, sans rappeler un protêt que l'on a fait précédemment comme huissier du père du pupille, acte qui a interrompu la prescription⁴ ni dans le fait d'un associé en participation qui prend toute l'affaire pour lui sans avertir son associé d'une hausse sur les marchandises achetées⁵.

Il en est ainsi spécialement dans les cas où il s'agit de contrats de révélation de succession, ou pour le recouvrement d'une créance dont le bénéfice doit être ensuite partagé. « Il est en effet de l'essence de ce contrat que le révélateur ne déclare point avant l'engagement soit la créance, soit le moyen qu'il a de se faire payer, cette réticence est une nécessité de la situation, puisqu'en livrant son secret avant le contrat le révélateur compromettrait évidemment ses intérêts⁶. »

Faut-il conclure de ce qui précède que le silence ne peut jamais constituer un dol ?

La jurisprudence admet bien l'affirmative en général. Mais si tel est le principe, il faut déjà remarquer que la loi y déroge dans l'art. 889 et vise un dol par silence (v. infra n. 425). En outre, la jurisprudence admet des exceptions assez volontiers dès que les circonstances faisaient au

¹ Amiens, 27 juin 1877, S. 79. 2. 229. Lyon, 9 juin 1883, D. 1884. 2. 83. — Paris, 16 mars 1893. Gaz. Pal., 1893. 1. 441. Cf. Cass. civ., 31 mars 1856, S. 1856. 1. 645.

² Trib. civ. Auxerre, 30 déc. 1881. Gaz. Pal. 1882. 1. 506. Trib. Seine, 31 janv. 1900. Gaz. Trib., 1900, 2^e. 2. 37.

³ Dijon, 5 juin 1896. Gaz. Pal., 1896. 2. 540.

⁴ Cass. civ., 31 mars 1856, S. 1856. 1. 643.

⁵ Rennes, 21 juillet, 1880, D. 1883. 1. 330.

⁶ Paris, 12 août 1861 sous Cass. Req., 12 janv. 1863, D. 63. 1. 302. Dans l'espèce un contrat postérieur de cession fut annulé, le mandataire acheteur ayant gardé le silence sur les documents qu'il avait eus en cet qualité.

contractant un devoir plus strict de parler ou comme le dit un jugement, qu'il y avait des circonstances tellement graves qu'elles équivalent à des manœuvres actives¹. Ainsi la solution spéciale admise ici concorde avec la théorie générale de la jurisprudence qui est aussi la nôtre sur l'effet juridique du silence. Si, en général, le silence ne produit pas des conséquences juridiques spéciales à l'égard de celui qui se tait, il en est autrement dans certains cas, notamment lorsque celui qui n'a rien dit avait un devoir caractérisé de parler (v supra n. 186 et suiv.)

Les tribunaux ont fait de ces idées justes aussi bien dans ce cas particulier qu'en général, des applications intéressantes.

Ainsi un vendeur a un cheval vicieux qui pour cette raison lui a déjà été rendu deux fois par les acheteurs il y a dol dans le fait « d'avoir dans ces circonstances dissimulé avec soin l'existence du vice². »

De même il y a dol si une personne commettant une erreur sur la qualité d'une autre, celle-ci au cours d'une conversation de plusieurs heures ne fait rien pour la détromper³.

Où si une personne entendant faire par un tiers une déclaration inexacte sur la succession de son frère ne proteste pas⁴.

Dans un partage il y a dol à dissimuler une partie de l'actif⁵. Il y a dol de la part du mandataire chargé de recouvrer une créance qui finalement, l'achète au créancier en lui taisant les renseignements qu'il a recueillis comme mandataire⁶.

¹ Trib. Auxerre, 30 déc. 1881. Gaz Pal. 1882. 1. 506.

² Cass. civ., 17 févr. 1874 précité. — Trib. comm. Bruxelles, 20 nov. 1901. Journ. Trib., 1902, 322. Trib. comm. Alost, 22 févr. 1906, *Jurispr. comm. Flandre*, 1906, 3073.

³ Grenoble, 29 avril 1894. Gaz. Pal., 1894. 2. 103.

⁴ Cass. Req., 5 déc. 1838, S. 1838. 1. 951.

⁵ Cf. Req., 6 juin 1894, S. 1897. 1. 124. Trib. Lyon, 25 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3438.

⁶ Paris, 12 août 1861, D. 1863. 1. 302.

La jurisprudence tient donc compte ici de ce que l'on nomme en droit pénal le délit de commission par omission¹. Elle atteint non celui qui n'avait que le devoir général et vague d'agir, mais celui qui avait un devoir spécial tenant aux circonstances, à sa situation, et qui méconnaît ce devoir non par simple négligence, mais pour nuire à autrui².

359. — Lorsqu'il n'y a pas eu simple silence, mais acte positif, quand peut-il y avoir dol ?

Celui-ci peut consister simplement à dissimuler certains défauts, certains faits que l'autre contractant a un intérêt à connaître et qui influeraient sur sa décision³.

Ainsi est nulle la transaction entre un commanditaire et un liquidateur de société alors qu'il a été dissimulé par un ensemble d'agissements dolosifs qu'un autre commanditaire s'était grandement immiscé dans les affaires sociales⁴; la vente d'un animal que le vendeur a dû reprendre à cause de ses vices lorsqu'il a dissimulé ceux-ci et affirmé que l'animal n'était pas vicieux⁵.

De même il y a dol à dissimuler avec soin le défaut d'un animal⁶.

De même il y a nullité si dans la vente d'un cabinet d'affaires, le vendeur a exercé des manœuvres pour dissimuler

¹ V. Maurice Gand, *Délit de commission par omission*, thèse Paris, 1900. Lerebours Pigeonnière, *Délit de commission par omission*, *Rev. pénitentiaire*, 1901, p. 716. — Vidal, *Droit criminel*, p. 133. — He-mard, note au Sir. 1902. 2. 305, note D. 1902. 2. 81.

² Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 54, n. 6. — Rapp. pour le dol en cas de recel de l'héritier. Cass. civ., 16 juillet 1913. *Gaz. Pal.* 1913, 16 oct.

³ Cf. trib. paix de Paris, 18 juin 1913, *Mon. juge de paix*, 1913, 514, (silence d'un directeur de théâtre qui ne dit pas qu'il n'a plus que des strapotins mal placés).

⁴ Req., 25 oct. 1898, S. 1900. 1. 410. V. de même, Nancy, 1^{er} déc. 1883. *Gaz. Pal.*, 1884. 1. 54. — Paris, 27 déc. 1893. *Gaz. Pal.*, 1894. 1. 158.

⁵ Trib. civ. Bordeaux. 16 mars 1908, D. 1909. 2. 217 avec note de M. Thomas.

⁶ Cass. civ., 17 fév. 1874, S. 1874. 1. 248, D. 1874. 1. 193.

une condamnation qu'il avait encourue¹, dans celle d'un fonds de commerce si on a caché les poursuites, pour fraude dont on est l'objet².

Il y a dol de la part d'un apporteur à dissimuler les charges dont son apport est grevé³.

Ou il y a dol à se faire payer une publicité dans un annuaire qui n'a pas de souscripteurs⁴ à faire adhérer une personne à une mutuelle en lui dissimulant les obligations qu'elle assume⁵.

360. — Le plus souvent le dol consistera non pas à dissimuler des défauts, mais à faire valoir des avantages purement imaginaires d'une opération.

En pareil cas, la jurisprudence tient compte de la pratique des affaires où pour attirer les clients on affirme souvent des faits inexacts ou douteux. Elle ne réprime que les tromperies auxquelles on pouvait plus aisément se laisser prendre, parce qu'elles avaient un caractère plus accentué, s'accompagnaient de manœuvres pour employer les termes même de l'art 1116. Elle oppose par conséquent le *dolus bonus*, la simple affirmation, et le *dolus malus*, la tromperie caractérisée.

Ainsi une fois de plus les nécessités pratiques imposent une solution transactionnelle entre la théorie de l'autonomie de la volonté et celle de la déclaration de volonté, la première tenant compte de tout dol qui a été déterminant, la seconde excluant le dol. Elle ne tient compte que du cas où il était excusable d'être trompé⁶. En vertu des principes

¹ Trib. comm. Seine, 9 mars 1887. Gaz. Pal. 1887. I. 412.

² Gand, 4 juillet 1907. Pas. 1909. 2. 97. — Lomonaco, I, p. 140. — Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., t. II, p. 396. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 309.

³ Cass. crim., 6 juill. 1887, S. 1887. I. 284.

⁴ Trib. comm. Seine, 29 nov. 1902, la *Loi* 31 déc. 1902. — Rappr. Paris, 12 fév. 1913. Gaz. Trib., 1913, 1^{er} sem., 2, 240.

⁵ Trib. Abbeville, 7 mai 1913. Gaz. Pal., 1913. I. 663.

⁶ V. supra, n. 217 sur l'effet général des vices de la volonté

précédents, il y a dol caractérisé à introduire dans un acte de nomination d'experts qui est de pure forme, une clause attributive de juridiction absolument étrangère à l'objet dudit acte¹ en surprenant ainsi la bonne foi d'assurés illettrés ou à rédiger un acte autrement qu'il n'était convenu².

Il y a dol dans une émission si des dividendes fictifs ont été distribués pour l'exercice qui vient de se clore, au moment de lancer les titres; si on a présenté une société très menacée sous un jour favorable³; dans l'obtention par un directeur d'avantages pécuniaires lorsqu'il a fait naître dans l'esprit de ceux qui l'ont choisi une complète illusion sur la situation de la société qu'il dirigeait⁴; dans le fait de présenter des lettres majorant la valeur d'une chose⁵; de montrer un bilan inexact pour déterminer une personne à entrer dans une société⁶.

Il y a encore dol à présenter la transformation d'un syndicat de garantie comme nécessitée par sa prospérité et à presser des personnes d'y adhérer avant toute transformation en faisant luire des avantages imaginaires⁷.

Ou à vendre le droit exclusif de fabriquer un appareil qui va tomber dans le domaine public⁸.

Ou à présenter de fausses références⁹.

Ou à indiquer une marchandise comme ayant une marque déposée quand il n'en est rien¹⁰.

¹ Req., 30 avril 1902, S. 1906. 1. 307, D. 1902. 1. 288.

² Gand, 17 déc. 1902, Pas. 1903. 2. 139.

³ Rennes, 23 mars 1909, S. 1910. 2. 65, avec note de M. Wahl. — Cf. Gand, 3 déc. 1903, Pas. 1903. 2. 203.

⁴ Paris, 25 juillet 1893, S. 1894. 2. 45.

⁵ Req., 9 nov. 1910, D. 1910. 1. 528, S. 1911. 1. 88.

⁶ Req., 27 févr. 1906, D. 1907. 1. 252.

⁷ Rennes, 15 déc. 1910, D. 1911. 2. 211. — Req., 18 déc. 1912. Gaz. Pal., 1913. 1. 237, D. 1914. 1. 213.

⁸ Paris, 3 déc., 1902, la Loi 10 mars 1903.

⁹ Cass., 19 juin 1900. Pand. fr., 1900. 1. 526. — Trib. comm. Seine, 29 juin 1900. Gaz. Trib., 1900, 2^e sem., 2. 218.

¹⁰ Trib. comm. Seine, 23 mai 1907. Gaz. Trib., 1907, 2^e sem., 2. 447.

Ou de la part d'un agent d'affaires qui se charge de vendre un fonds de commerce, dans le fait de faire croire fausement que le vendeur ne devra rien en cas de non réussite des démarches de l'intermédiaire¹.

Ou de la part de celui qui a obtenu un jugement par défaut contre le représentant d'une maison, à lui faire signer une reconnaissance de la dette qui ne lui incombe pas².

Ou de la part de celui qui traite avec un éditeur sur des manuscrits en faisant croire que l'éditeur en aura la propriété exclusive alors qu'ils sont déposés à la Bibliothèque nationale .

Il y a dol à présenter des marchandises non au nom du vendeur, mais au nom d'une prétendue société d'une prétendue appellation qui ne correspond qu'à une marque de fabrique

Ou à faire passer un contrat au nom d'une prétendue société qui est dissoute et à garder les doubles de l'acte pour éviter tout contrôle³; à annoncer comme cotés à Londres et allant être cotés à Paris des titres n'ayant aucune consistance

Ou même à se faire promettre pour démarche, frais de publicité, etc., une somme élevée, alors qu'on s'est contenté de faire une simple annonce, car ici l'acheteur a été induit en erreur sur la nature du contrat et celui-ci n'a pu même se former⁴.

Au contraire, il n'y a pas dol si on s'est livré à ces affirmations vagues auxquelles dans l'usage courant on n'attache

¹ Trib. comm. Seine, 22 juin 1909. Gaz. Trib. 1909, 2^e sem., 2. 400.

² Cour d'appel d'Afrique occidentale, 7 fév. 1908. Gaz. Trib., 1908, 2^e sem., 2. 400.

³ Req., 31 déc. 1901. Gaz. Trib., 18 janv. 1902.

⁴ Trib. comm. Seine, 10 mai 1904, *le Droit*, 26 juin 1904. Trib. comm. Seine, 10 fév. 1911. Gaz. Trib., 8 juillet 1911.

⁵ Trib. comm. Seine, 10 fév. 1911. *Journ. trib. comm.*, 1913, 14.

⁶ Trib. civ. Seine, 29 avril 1909. Gaz. Trib., 1909, 2^e sem., 2. 241.

⁷ *Id.*, 16 fév. 1909. *Mon. Lyon*, 14 déc. 1909.

⁷ Paris, 12 fév. 1913. Gaz. Trib., 1913, 1^{er} sem., 2. 240

guère d'importance, ou s'il y a eu un simple mensonge¹.

Ainsi il n'y a pas dol dans une simple affirmation mensongère consistant à exagérer la force motrice d'une usine si l'importance de cette force n'était qu'accessoire pour l'acheteur², dans une simple inexactitude commise sans artifice³ dans le fait d'affirmer à une personne qu'on a un autre amateur pour le même objet que l'on veut vendre ou dans toute autre affirmation exagérée⁴ comme l'affirmation des bénéfices importants d'un fonds de commerce⁵.

Il n'y a pas non plus dol dans le simple fait d'affirmer sa majorité⁶, d'exagérer l'importance d'une incapacité de travail⁷.

Il n'y a même pas dol dans le fait de vendre un droit de pleine propriété alors qu'on n'a sur l'objet vendu qu'un droit temporaire lorsqu'on a agi de bonne foi et renvoyé dans l'acte au titre constituant ce droit temporaire⁸.

Il n'y a pas non plus dol si un acheteur achète des marchandises au dessous du cours à l'employé d'une maison, croyant avoir affaire à une maison dans une situation embarrassée⁹.

¹ Cf. pour ce dernier cas Paris, 11 mai 1887. *Pand. fr.*, 1889. 2. 53. — Lyon, 30 juillet 1897. *Mon. Lyon*, 8 déc. 1897, qui exige des manœuvres caractérisées. — Trib. Arlon, 23 juillet 1885, *Jur. des trib. de prem. instance*, XXXIV, n. 373. — Anvers, 19 avril 1888, *Jurispr. d'Anvers*, 1888. 1. 248. — Courtrai, 3 avril 1881. *Pas.*, 1884. 3. 149.

Cf. Bruxelles, 26 janv. 1856. *Pas.*, 1856. 2. 49.

² Amiens, 14 févr. 1876, sous Cass., 29 nov. 1876, *S.*, 1877. 1. 49.

³ Rennes, 21 juillet 1880, *D.*, 1883. 1. 330. — Amiens, 1^{er} avril 1897. *Rec. Amiens*, 1897, p. 66.

⁴ Amiens, 19 nov. 1898. *Rec. Amiens*, 1898, p. 169.

⁵ Trib. Seine, 26 nov. 1892. *Gaz. Pal.*, 1892. 2. 619. — Riom, 10 mai 1884. *Gaz. Pal.*, 1884. 2. 422. — Trib. Seine, 22 juillet 1885, *Loi* 12 nov. 1885. — Toulouse, 30 janv. 1893, *D.*, 1896. 1. 556. — Trib. Bruxelles, 26 déc. 1900. *Pas.*, 1901. 3. 41.

⁶ Trib. comm. Lille, 12 déc. 1912. *Gaz. Trib.*, 1913, 1^{er} sem., 2. 59. Rouen, 27 avril 1904, *Rec. Rouen*, 1904, 122.

⁷ Trib. Langres, 23 mars 1887. *Gaz. Pal.*, 1887. 2. suppl. 19.

⁸ Trib. Termonde, 9 nov. 1897, *Belgique judic.*, 1898, 432.

⁹ Trib. comm. Seine, 5 sept. 1874, *S.*, 1877. 2. 27.

¹⁰ Trib. Bruxelles, 11 mars 1890. *Journ. Trib.*, 1890, 954.

Le tribunal de Bruxelles a jugé de même si le vendeur a contribué à une erreur de l'acheteur sur la prospérité du fonds de commerce vendu¹.

Ainsi les renseignements et indications que des banquiers donnent à leur clientèle sur les valeurs qu'ils placent ne constituent pas un dol, car on doit savoir qu'il est prudent de prendre d'autres renseignements². De même, on contrôle d'ordinaire les dires d'un vendeur portés dans de simples affiches.

Au contraire nous l'avons vu, les rapports inexacts présentés par des administrateurs à une assemblée d'actionnaires constituent aisément un dol, car il est d'usage de se fier aux affirmations des administrateurs et de ne pas les faire contrôler surtout que la loi ne donne pour cela que des moyens limités (art. 34 et 35, loi du 24 juillet 1867.) Dans cet ordre d'idées, le tribunal de la Seine a jugé³ que les manœuvres d'un prodigue pour dissimuler la nomination de son conseil judiciaire n'étaient pas un dol, car le contractant avait un moyen légal de s'assurer de l'incapacité. C'est aller un peu loin, au cas où il s'agit de contrats courants pour lesquels on ne peut prendre de si amples renseignements⁴.

Ce qui domine la jurisprudence, c'est donc d'ailleurs beaucoup moins la constatation de manœuvres⁵ que la constatation des faits. Était-il explicable et naturel que le contractant se laissât prendre aux affirmations de l'autre partie? Voilà la question telle qu'elle se pose. Alors le dol peut résulter

¹ Bruxelles, 18 avril 1864. Pas. 1867. 2. 99.

² Orléans, 23 août 1882 et 18 janv. 1882, S. 1884. 2. 36. — Cf. Paris, 22 mars 1877, S. 1879. 2. 135. — V. cep. Bruxelles, 14 juin 1899. *Belgique judic.*, 1899. 772.

Cf. trib. Bruxelles, 1^{er} août 1857. *Belgique judic.*, 1859. 1178.

³ Trib. civ. Seine, 9 janv. 1902. *Gaz. Pal.* 1902. 1. 414.

⁴ V. infra, au chap. : sur la capacité, les observations sur les incapables qui dissimulent leur incapacité.

⁵ Ce point de vue est celui de certains auteurs : Aubry et Rau. IV. 5^e éd., p. 505, est purement théorique et en opposition avec les nécessités pratiques. Cf. Planiol.

de deux ordres de constatations. Ou bien les affirmations portaient sur des points où il est d'usage de faire créance à son cocontractant ou bien elles s'adressaient à une personne d'un état psychologique tel quelle devait être aisément influencée. En dehors de ces limites, il y a ce qu'on nomme malencontreusement dol toléré¹.

Il résulte aussi de ce que nous avons dit, que le dol comme la fraude peut se réaliser par des moyens en eux-mêmes licites : le silence, un simple mensonge. Ce qui rend le dol illicite c'est son but et c'est son effet, les moyens n'ont qu'une importance secondaire.

361. — L'effet du dol doit-il être apprécié objectivement ou subjectivement ? D'après la jurisprudence, le dol est beaucoup plus facilement admis s'il s'exerce sur une personne facile à tromper².

Il y a dol spécialement si la personne à qui on s'adressait était un esprit faible³ ou un vieillard⁴ si on a placé des valeurs à lot à des personnes ignorantes⁵ si on a vendu des marchandises avec monopole à une personne inexpérimentée⁶.

¹ V. Laurent, XV, n. 528, qui critique l'idée de dol toléré. V. cette expression chez Larombière, art. 1116, n. 5. — Demolombe, XXIV, n. 167.

² V. Laurent, XV, n. 524. — Baudry et Barde, I, n. 103. Salvat, *Derecho civil argentino*, I, p. 759. Gand, 13 fév. 1849. Pas. 1849. 2. 219. Cf. Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 482. V. cep. trib. Seine, 9 janv. 1902. Gaz. Pal. 1902. 1. 414.

³ Toulouse, 8 juillet 1867, D. 1867. 2. 118. — Req., 11 mars 1862, S. 1863. 1. 136, D. 62, 1. 538. — Cass. Req., 13 déc. 1875, S. 1876. 1. 78, D. 1876. 1. 176. — V. cep. trib. Seine, 9 janv. 1902. Gaz. Pal., 1902. 1. 414, qui paraît se placer à un point de vue objectif et voir si le fait influencerait sur une personne de prudence ordinaire.

⁴ Req., 13 déc. 1875, S. 1876. 1. 78, D. 1876. 1. 176. — Amiens, 2 août 1899. *Rec. Amiens*, 1900, p. 239.

⁵ Trib. civ. Saint-Etienne, 31 déc. 1900, D. 1902. 2. 115.

⁶ Trib. comm. Marseille, 21 mai 1906. Gaz. Pal. 1906. 2. 155, D. 1907. 5. 16; Trib. comm. Marseille, 9 févr. 1898. *Rec. Marseille*, 98. 1. 244.

Au contraire il y aura plus difficilement dol si on s'est adressé à une personne expérimentée¹, vendant à un commerçant de métaux précieux des objets non poinçonnés, ou si le dol pouvait être déjoué par une personne de bon sens²

Il importe de préciser cette idée et de la concilier avec ce que nous avons dit sur le *dolus bonus*.

La jurisprudence protège les personnes faibles d'esprit, inexpérimentées, ignorantes en affaires contre des manœuvres à l'égard desquelles elles étaient mal prémunies. Mais lorsque le dol n'a pu réussir que par suite de la sottise, la vanité à ne pas se renseigner, à ne prendre conseil de personne, alors les tribunaux sont beaucoup moins indulgents. En d'autres termes ils adoptent un point de vue mi objectif, mi subjectif. Ils ne tiennent pas compte du dol qui doit réussir sur un homme en général, mais de celui qui doit réussir sur un vieillard, un illettré, etc.

362. — Il découle de ce qui précède, que ce qui doit caractériser le dol, pour qu'il donne lieu à nullité, c'est qu'il ait pu produire effet en l'absence de toute faute grave de l'adversaire. Ici comme pour l'erreur, il faut que celui qui demande la nullité n'ait commis aucune faute sérieuse³.

Ainsi il n'y a pas nullité si une personne dénie l'existence de certaines pièces alors que l'autre partie les a entre les mains⁴, ou à les retenir alors que l'autre partie en connaît le contenu⁵ ou si on s'est laissé prendre trop facile-

¹ Trib. Seine, 2 mars 1889, la *Loi* 17 mars 1889. — Trib. comm. Seine, 12 nov. 1891. *Gaz. Pal.*, 1891. 2. 622.

² Paris, 1^{er} déc. 1896. *Gaz. Pal.*, 1897. 1. 15.

³ Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 245, rejette l'action au cas de dol réciproque, cas qui semble bien difficile à réaliser. — V. de même, Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., II, p. 398.

⁴ Cass. civ., 14 déc. 1852, S. 1853. 1. 78.

⁵ Alger, 29 avril 1874, S. 1876. 2. 327.

ment à un prospectus sans rien vérifier¹ ou à des affirmations susceptibles de contrôle².

De même si un acheteur a acheté sur échantillons purs une marchandise contenant du gravier, il n'y a pas nullité si le cahier des charges obligeait à vérifier la marchandise à peine de forclusion³.

363. — Pour que le dol soit cause de nullité, il faut encore qu'il soit établi qu'il a été déterminant, que sans lui le contrat n'aurait pas eu lieu⁴. Cela est admis par la jurisprudence et par la doctrine⁵. Celle-ci fait ressortir que la loi a des termes très énergiques. Il faut qu'il soit évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté⁶.

Il résulte de là que les seules manœuvres dolosives prises en considération sont celles antérieures ou concomitantes à la conclusion du contrat⁷.

¹ Orléans, 24 juillet 1890, S. 1891. 2. 154. — V. aussi Req., 7 janv. 1901, D. 1901. 1. 128.

² Trib. comm. Anvers, 30 déc. 1902. *Journ. Trib.*, 1903, 127. — Liège, 3 juin 1903. Pas. 1905. 2. 9, et sur pourvoi. Cass. belge, 4 mai 1905. Pas. 1905. 1. 205. — Trib. comm. Bruxelles, 14 nov. 1903. *Pand. per.* 1904, 1090.

³ Trib. comm. Bruxelles, 23 avril 1906. *Pand. per.* 1906. 434. — Cf. Anvers, 29 avril 1863. *Jurispr. Anvers*, 1863. 1. 320.

⁴ Amiens, 23 févr. 1912, S. 1913. 1. 102. — Req., 9 nov. 1910, S. 1911. 1. 88. — Rennes, 7 juin 1878, S. 1879. 2. 241. — Req., 14 jull. 1862, D. 1862. 1. 429; S. 1862. 1. 849; — S. Cass. 22 janv. 1868, D. 1868. 1. 167 (imp). — Cass. Req., 25 mai 1880 S. 1881. 1. 455; Req., 11 mars 1862, S. 1863. 1. 136. — Trib. Bruxelles, 15 janv. 1887; *Pand. fr.*, 1887, 5. 6. — Trib. Seine, 3 août 1897, D. 1898. 2. 51. — Gand, 12 nov. 1892. Pas. 1893. 2. 291. Bruxelles, 9 nov. 1903, Pas. 1904. 2. 236. — Trib. de Versailles, 5 juillet 1906. *Gaz. Trib.*, 1906, 2^e sem., 2. 286. Paris, 10 fév. 1904. *Gaz. Trib.*, 26 fév. Trib. Seine, 11 juillet 1885. *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1885. — Lyon, 13 août 1885. *Mon. Lyon*, 20 nov. 1885. — Bruxelles, 9 mars 1832. Pas., 1832. 78.

⁵ V. Huc, VII, n. 36. — Laurent, XV, n. 523. — Capitant, 3^e éd., p. 267. — Beudant, n. 142-144. — Larombière, art. 1116, n. 4. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 377. — Crome, *Allg. Theil.*, § 26, art. 932 argentin. — Salvat, *Derecho civ. argentino*, I, p. 754.

⁶ V. Huc, VII, n. 36. — Laurent, XV, n. 523. — Cf. n. 527. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 504. — Planjol, II, n. 1063. — Demolombe, XXIV, n. 175.

⁷ Amiens, 14 février 1876, sous Cass., 29 oct. 1876, S. 1877. 1. 49. — Cass. civ., 29 janv. 1896, D. 1896. 1. 556. — Cass. civ., 30 avril

363 bis. — Il est nécessaire d'indiquer deux catégories de dol fréquentes en pratique, dont l'une a même amené l'intervention du législateur.

Le dol s'est fréquemment rencontré dans la vente à tempérament de valeurs à lots, où des gens peu scrupuleux abusant de l'ignorance de leurs acheteurs leur vendaient, à des prix majorés, des valeurs à lots dont ils ne leur indiquaient même pas les numéros pour le moment et en se réservant des avantages en cas de non continuation de paiements successifs qui étaient prévus à la charge des acquéreurs. Les principes généraux du dol ne permettaient pas toujours d'attendre ces opérations¹ La loi du 12 mars 1900 est intervenue pour prescrire des formalités rendant le dol plus difficile.

En second lieu, le dol s'est souvent rencontré dans les ventes à monopole. Un industriel vend à un commerçant des marchandises sans aucun rapport avec son commerce habituel et il lui promet qu'il aura le monopole de la vente de ces marchandises dans la ville où il se trouve. Il vante les qualités de ses produits et profite ainsi de ses manœuvres pour vendre à un prix élevé des denrées sans valeur. Les tribunaux ont eu souvent dans des espèces relevées ça et là à annuler ces ventes comme entachées d'erreur sur la substance ou de dol².

364. — Pour que la personne victime d'un dol puisse demander la nullité, il faut que le dol ait déterminé une erreur préjudiciable.

Il doit pour cela n'être pas postérieur au contrat. Peu

1884, S. 1885. I. 366, D. 1885. I. 229. Trib. Huy, 25 avril 1891. *Jurispr. trib. de première instance*, XXXIX, n. 1015. — Bruxelles, 2 juin 1869. Pas., 1870. 2. 79. — Baudry et Barde, t. I, n. 115. — Huc, VII, n. 37. — Demolombe, XXIV, n. 182.

¹ V. Berlaud, Vente à crédit de valeurs à lots, thèse de Dijon, 1903, p. 24.

² V. à ce sujet Amiot, *La vente à monopole*. *Ann. de droit commercial*, 1906, p. 293 et suiv. spécialement n. 27-29.

importe qu'il soit antérieur à l'exécution du contrat et ait amené à l'exécuter¹. Il faut qu'il y ait eu une erreur. Si celle-ci est de telle importance qu'à elle seule elle aurait suffi à entraîner la nullité du contrat, la théorie du dol semble inutile². Elle a cependant un grand avantage. D'ordinaire quand l'erreur est unilatérale, étant donné la faute de celui qui s'est trompé en ne se renseignant pas près de son cocontractant, la nullité est refusée³. Ici le cocontractant ayant commis un dol on ne refusera pas la nullité. Mais la solution eut été la même sans un dol : en cas de simple déclaration mensongère du tiers. Si voyant un tableau je demande au marchand le nom du peintre et s'il l'indique comme un tableau de maître, sachant qu'il n'en est rien, je pourrai agir pour erreur, bien qu'il n'y ait pas dol.

Mais la théorie du dol est surtout utile pour les cas où on ne tient pas compte de la simple erreur⁴. Ces cas tendent toutefois à se restreindre, à mesure que la nullité dite sur la substance de la chose arrive à mieux comprendre tous les cas dans lesquels on ne peut par suite d'erreur aboutir aux résultats principaux visés dans le contrat. En fait le dol qui a déterminé à contracter ne fait que doubler la théorie de l'erreur sur la substance. Il a seulement l'avantage de se prouver en fait plus facilement⁵. Car, comme l'a montré M. Planiol, l'erreur sur les qualités non substantielles n'étant

¹ Cour Justice de Genève, 22 fév. 1913. Gaz. Trib., 30 août 1913.

² V. des cas où les deux théories peuvent s'appliquer. Req., 6 mai 1878, S. 1880. 1. 125. — Trib. civ. Nantes, 10 juillet 1894. Gaz. Pal., 1894. 2. 176. — Trib. comm. Seine, 3 août 1899. Gaz. Trib. 1899. 2^e sem., 2. 380. — Trib. comm. Seine, 16 nov. 1898. Gaz. Trib., 1899. 1^{er} sem., 2. 121. — Trib. Bayonne, 21 juillet 1903. Gaz. Trib., 1904. 1^{er} sem., 2. 59. — Trib. comm. Tarare, 3 déc. 1912. Gaz. Pal., 1913. 1. 452.

³ V. supra n. 244.

⁴ Cf. Simoncelli, *Istituzioni*, p. 309.

⁵ V. cep. Rouen, 28 mars 1908. Gaz. Pal. 1908. 2. 311, qui admet la nullité pour dol pour une qualité secondaire où l'erreur ne peut être cause de nullité. V. sur ces points, Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 52. — Huc, VII, n. 34.

pas déterminante, le dol entraînant erreur sur ces qualités n'entraîne pas nullité¹.

Mais la théorie du dol aura encore son utilité spéciale dans quelques cas : d'abord si c'est une erreur sur les motifs non déclarés².

En est-il de même s'il y a dol sur la solvabilité d'un contractant ? Non, d'après le tribunal de la Seine. Le dol qui porte simplement sur le cours d'une chose, la solvabilité d'un contractant ne peut donner lieu à nullité. La valeur des choses est en dehors de la théorie du dol comme de l'erreur³.

Le fait de tromper sur la valeur peut-il donner lieu à nullité. La Cour de cassation a admis⁴ qu'il y avait dol à produire une lettre contenant dans une mention mensongère une majoration de la valeur de la chose vendue. Nous aurons donc un cas nouveau où il y aura à tenir compte du dol, parce que l'erreur eut été ici inopérante.

De même il a été jugé implicitement qu'il pourrait y avoir dol de nature à annuler un contrat dans le fait d'obtenir d'un créancier remise de tout ce qu'on lui doit moyennant une somme minime, alors qu'on lui a dissimulé ses ressources⁵ ou de présenter comme prospère la situation d'un Syndicat de garantie ruiné ou en déconfiture⁶.

364 bis. — Le dol est encore un moyen d'éviter les règles strictes sur les vices rédhibitoires. L'acheteur ne peut se voir

¹ Planiol, t. II, n. 1066 et t. I, n. 283. — Baudry et Barde, t. I, n. 117.

² V. Baudry et Barde, t. I, n. 117. — Colin et Capitant, t. II, p. 299. — Huc, VII, n. 34. — Laurent, XV, n. 522. — Bufnoir, p. 610. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 507. — Planiol, II, n. 1065. — Colin et Capitant, t. I, p. 69. — Capitant, 3^e éd., p. 268. — Demolombe, XXIV, n. 181. — Crome, *Allg. Theil.*, § 26.

³ V. trib. Seine, 3 août 1897, D. 1898. 2. 51. Req., 7 janv. 1901, D. 1901. 1. 128. — V. cep. Gand, 21 mai 1902. Pas. 1902. 2. 364 (vendeur de marchandises trompé par de faux bilans de la société acheteur)

⁴ 9 nov. 1910. Gaz. Trib., 17 nov. 1910.

⁵ Trib. comm. Marseille, 15 sept. 1899. Gaz. Pal., 1899. 2. 605.

⁶ Req., 18 déc. 1912, 2 arrêts. Gaz. Pal., 1913. 1. 287.

opposer l'art. 1648 Civ. qui exige que l'acheteur agisse dans un bref délai, lorsqu'il invoque un dol¹

365. — Il faut en outre que l'erreur résultant du dol ait été préjudiciable². Ainsi, il n'y a pas nullité pour dol si un contrat de réassurance n'oblige cependant le réassureur à payer que dans les limites où des pièces et documents justifieront l'existence du sinistre³.

Mais le préjudice n'est pas nécessairement patrimonial, il peut être moral. Ainsi, il y aurait nullité si on avait été amené par dol à accepter d'être l'agent d'une société peu honorable⁴.

366. — D'après l'art. 1116 le dol n'est une cause de nullité que s'il a été pratiqué par l'une des parties sur l'autre.

La jurisprudence a fait de ce principe des applications importantes. Si on considère que le tiré traite directement avec le porteur, on peut citer cette règle que le tiré d'une lettre de change ne peut opposer au porteur le dol du tireur⁵.

Si des actionnaires ont souscrit leurs actions à la suite d'un dol de la société et de ses représentants, ils ne peuvent opposer la nullité au syndic de la faillite représentant des créanciers, qui leur demande de compléter les versements sur les actions⁶.

¹ Anvers, 10 mai 1878. *Jurispr. Anvers*, 1878. 1. 218. Trib. comm. Gand, 7 juin 1899. *Pand. per.* 1900. 678. — V. cep. contra pour les animaux domestiques, trib. comm. St-Nicolas, 12 mars 1901. *Pand. per.* 1901. 964.

² Paris, 11 mai 1887. *Gaz. Pal.*, 1887. 2. 174. — Bruxelles, 10 juin 1820. *Pas.* 1820. 152.

³ Req., 1^{er} déc. 1869, S. 1870. 1. 128, D. 1870. 1. 200. L'arrêt dit même : il n'y a pas de dol possible.

⁴ V. sur le principe, Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 53 (n. 5).

⁵ Cass. 25 mai 1894, S. 1894. 1. 453. — Amiens, 7 fév. 1895, S. 1896. 2. 28. Req., 15 mars 1826. S. chr.

⁶ Paris, 28 avril 1887, S. 1891. 1. 321. *Gaz. Pal.* 1887. 1. 652. Orléans, 29 fév. 1890, S. 1891. 2. 154. — Dijon, 10 avril 1867, S. 1868. 2. 342. — Req., 10 fév. 1868, D. 1868. 1. 379, S. 1868. 1. 449. — Paris, 9 mai 1877 et 26 avril 1877, S. 1880. 2. 331. — Paris, 30 juillet 1859, D. 1859. 2. 165. — Lyon, 31 janv. 1840, S. 1850. 2. 343. — Req., 26 juin 1905, D. 1906. 1. 193. — Thaller et Percerou, *Faillite*, t. II, n. 1659. — Colin et Capitant, t. II, p. 303.

Mais cette solution aboutit plutôt à admettre que la nullité est inopposable aux créanciers ce qui est en opposition avec ce que nous dirons plus loin sur l'effet de la nullité.

Si des actionnaires tiennent leurs actions d'un syndicat d'émission les fondateurs qui ont rédigé les circulaires, peuvent seuls être tenus pour le dol qu'elles constituent¹.

En quel sens précis doit-il être entendu que le dol doit émaner du co-contractant ? Il y a nullité non seulement dans le cas où toutes les manœuvres dolosives émanent de la même personne : le contractant. La nullité existe encore si un des faits admis et qui forment un ensemble indivisible est une imputation dirigée contre le contractant pour un acte qui lui est personnel². Il suffira donc qu'un des cocontractants ait exécuté lui-même partie des manœuvres, avec intention, qu'il ait été coauteur, comme on dit en droit pénal.

Il faut même aller plus loin, dans tous les cas où le contractant sera complice des manœuvres, la nullité s'appliquera³ et cela devra être admis non seulement lorsqu'il y aura un complice dans les conditions où le code pénal (art. 60) définit la complicité, mais dans des conditions plus larges. Rien n'oblige à suivre les conditions de la loi pénale. D'autre part, il est nécessaire d'atteindre le dol qui mérite sévérité.

Par suite nous dirons que, si une personne a provoqué aux manœuvres, sans avoir souligné ce fait par des promesses, menaces, etc. (condition exigée par le Code pénal pour que la provocation soit punissable) il peut se voir opposer la nullité pour dol. Par application de ces principes il

¹ Lyon, 6 mars 1912. Gaz. Trib., 1912, 2^e sem., 2. 225, S. 1913. 2. 129, avec note de M. Wahl.

² Req., 8 août 1878, S. 1879. 1. 461. — Civ. 11 mai 1887, D. 1887. 1. 398

³ Req., 20 mars 1883, S. 1884. 1. 417. — V. Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 507. — Beudant, n. 141. — Demolombe, XXIV, n. 185.

a été jugé que si un propriétaire de navire pour arriver à se faire assurer avait fait passer une police pour le compte de qui il appartiendra par un tiers avec une compagnie qui avait refusé de continuer à l'assurer, il y avait nullité¹ ou que le bénéficiaire d'un titre à ordre qui a provoqué à tromper le tiré peut se voir opposer le caractère dolosif de l'engagement².

Reste une question délicate. Le seul fait d'avoir su que des manœuvres étaient exercées et d'en profiter, emporte-t-il nullité ? En pareil cas, il y a plus qu'une faute ordinaire, il y a une véritable commission par omission en n'éclairant pas la partie sur la véritable situation. Elle équivaut à un dol, en vertu de ce principe général qu'il y a l'équivalent d'un acte positif à s'abstenir dans un but frauduleux dans le cas où on a un devoir spécial d'agir. Or ici, entre cocontractants, on a un certain devoir de se prévenir concernant la situation véritable, les qualités des objets sur lesquels on contracte³.

Nous résolvons de la même façon cette question du silence du contractant en cas de dol d'un tiers connu de lui, que la question générale du dol par réticence. Après avoir affirmé de façon générale que le silence est un dol lorsqu'il y avait obligation stricte de parler (v. supra) nous nous contentons de dire ici. Un des cas où il y a obligation stricte de parler, c'est lorsqu'un tiers a exercé un dol sur une des parties et que l'autre le sait⁴. Elle doit dire alors : on vous a raconté que mon usine avait telle force motrice, vous le croyez, vous êtes dans l'erreur, elle ne l'a pas.

¹ Bordeaux, 16 janv. 1911. *Rec. per. assur.*, 1911, p. 281. — *Rev. de Dr. civil*, 1911, p. 915. — Cf. L. Crémieu, *L'assurance pour compte de qui il appartiendra*, p. 30.

² Req., 28 mai 1888. *Pand. fr.*, 1889. I. 83.

³ Laurent, XV, n. 529. — C'est ce que précise M. Bourdillon, *Rapp. à la Commission de révision du Code civil. Bull. Soc. d'Et. législ.*, 1910, p. 80. — Pacifici Mazzone, *Inst.*, 5^e éd., t. II, p. 397.

⁴ V. Baudry et Barde, t. I, n. 109.

A défaut de jurisprudence récente, la doctrine est en ce sens¹.

366 bis. — Par exception aux principes précédents, le donataire agissant de *lucro captando*, la jurisprudence admet que dans la donation on tiendra compte même du dol émanant d'un tiers. Les arrêts disent que la libre volonté de donner ou de léguer est de l'essence des actes gratuits. C'est une solution traditionnelle fondée sur un motif très sérieux².

367. — Pour que le dol soit efficace, peu importe qu'il ait été exercé par le contractant lui-même, ou par son organe, ou par son représentant (v. *supra*, n. 137)³.

Ainsi il a été souvent jugé que le dol émanant des administrateurs ou du gérant d'une société fait annuler le contrat passé par la société⁴. Et ceci doit être étendu à tous les organes des personnes morales.

De même le dol du mandataire fait annuler aussi bien que le dol du mandant⁵. Et ceci s'applique à tout représentant légal, judiciaire ou conventionnel⁶.

¹ Aubry et Rau, t. IV, § 343 bis, p. 506, 5^e éd. — Larombière, art. 1116, n. 8. — Demolombe, XXIV, n. 186. — Laurent, XV, n. 529. — Baudry et Barde, t. I, n. 109. — Cf. Cass. Req., 5 déc. 1838, S. 1838. 1. 951.

² Req., 27 juin 1887, D. 1884. 1. 304, S. 1887. 1. 419; — Colin et Capitant, II, p. 303 et III, p. 629. — Baudry et Colin, I, n. 267. — Aubry et Rau, VII, 4^e éd., § 651, p. 57. — Demolombe, *Don.*, I, n. 383. — Laurent, XI, n. 131. — Huc, VI, n. 73. — Planiol, III, n. 2885.

³ V. cep. contrà pour un inspecteur de société, Justice de paix Bruxelles, 25 mai 1906. *Rev. belge des soc.*, 1906, 109.

⁴ Cass. 15 janv. 1872, S. 1872. 1. 9. — Req., 9 mai 1905, D. 1908. 1. 476. — Cass. Req., 7 août 1906, S. 1907. 1. 88. — Trib. Bruxelles, 17 févr. 1890. Pas. 1891. 3. 37. — Anvers, 18 juin 1896, *Journ. Trib.*, 1896, 932.

⁵ V. cep. Bruxelles, 11 déc. 1889. Pas. 1891. 2. 265.

⁶ V. Besançon, 3 déc. 1862, S. 1863. 2. 86. — Trib. comm. Tarare, 3 déc. 1912. *Gaz. Pal.* 1913. 1. 452. — Cass. civ., 4 déc. 1899. *Pand. fr.*, 1901. 1. 107. Req., 30 juillet 1895, S. 1896. 1. 288. — Planiol, II, n. 2254 et I, n. 1852. — Larombière, art. 1116, n. 10. — Demolombe, XXIV, n. 187. — Baudry et Barde, I, n. 112.

⁶ Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 506. — Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., II, p. 398. Cf. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 68, n. 24 à 26.

Ce sont les applications des principes posés plus haut sur la représentation.

Inversement, il importera peu que le dol au lieu d'être exercé sur l'autre contractant lui même ait été exercé sur son représentant. La nullité du contrat serait encore prononcée par application des principes de la représentation. (v. supra, n. 136.)

Si un acte est passé par un incapable soumis à autorisation (mineur émancipé, femme mariée) le dol commis par l'incapable sur celui qui l'autorise ou inversement n'est pas une cause de nullité. Car celui qui habilite n'est pas un contractant par rapport au tiers contractant. Cette idée technique se dégage de ce que la loi ne veut pas atteindre ce dernier s'il est innocent.

368. — Si l'on est en face d'un contrat au profit d'un tiers bénéficiaire, le dol du stipulant nuira au tiers. Mais le dol du tiers bénéficiaire nuira-t-il au stipulant ?¹. On pourrait dire au point de vue des textes que le tiers n'est pas un cocontractant. Mais étant donné la solidarité qui existe entre le tiers bénéficiaire et le stipulant, il ne nous semble pas possible de dire que le dol est inopposable au stipulant. Ainsi un propriétaire vend sa maison pour 50.000 fr., comptant et une rente viagère de 1.000 fr. au profit d'un tiers. Celui-ci trompe l'acheteur sur son âge. L'acheteur pourra demander la nullité.

En tous cas, cette solution serait indiscutable si le vendeur n'avait pas ignoré le dol du tiers. (v. supra sur la complicité en cas de dol n. 366.)

369. — De ce que la nullité n'est encourue que si le dol émane d'un cocontractant, il faut tirer une conséquence importante au cas où le contrat, comme une société, une asso-

¹ V. Salelles, *Déclar. de volonté*, p. 66, n. 21 à 23.

ciation met en présence plus de deux personnes¹. Si à côté des victimes et de l'auteur du dol, il y a des contractants de bonne foi, si le contrat est indivisible, il sera alors maintenu pour le tout, et la victime du dol sera réduite à une action en indemnité². Ceci s'applique par exemple en cas de constitution de société. Mais si le contrat est divisible, alors on annulera pour partie. Ainsi en serait-il au cas où lors d'une augmentation de capital on aurait usé de dol vis-à-vis de l'ensemble des actionnaires nouveaux. L'émission serait nulle, mais la société resterait avec son ancien capital.

Ainsi dans une société, on ne tiendra compte que sous forme de dommages intérêts d'un dol d'un associé envers un seul des autres³.

Si une assemblée d'actionnaires a été en partie victime d'un dol émanant d'actionnaires administrateurs, certains porteurs seulement ayant été circonvenus, la délibération ne pourra être annulée⁴.

369 bis. — Le dol existe non seulement si les manœuvres ont été exercées directement sur le contractant, mais même si elles se sont exercées par l'intermédiaire d'un tiers. Ainsi en matière de requête civile, il a été jugé qu'il y avait dol personnel si l'on s'était livré à une subornation de témoins⁵. Il faut décider de même qu'il y a dol si on a acheté la complicité d'un ami du cocontractant pour obtenir de celui-ci son consentement.

¹ Pour le surplus le dol suit ici les règles ordinaires. V. Hémar, *Nullités de société*, n. 75.

² Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 506. — Demolombe, XXIV, n. 183.

— Baudry et Barde, t. I, n. 111. — Contra Huc, VII, n. 38 *in fine*.

— Pacifici-Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., II, p. 449. — Cass. Turin, 11 juill. 1894.

³ Trib. comm. Bruxelles, 7 janv. 1909. *Pand. per.*, 1909, 390. — Trib. Bruxelles, 26 déc. 1900. *Fas.* 1901. 3. 41.

⁴ Ce cas est à distinguer de celui où par fraude on a composé illégalement l'assemblée, ici il y a nullité de fonds. V. *civ.*, 31 déc. 1913, 1913, D. 1917. I. 143.

⁵ Douai, 26 juin 1905, D. 1907. 2. 103 et sur pourvoi Req., 19 juin 1907, D. 1908. I. 176.

Il faut même aller plus loin. Un contractant exerce un dol sur un ami, un employé du cocontractant, sachant que celui-ci prendra conseil de ces personnes. Ce dol exercé sur un tiers de bonne foi qui a un rôle de fait doit emporter nullité du contrat. L'art 1116 qui exige des manœuvres pratiquées par l'une des parties n'impose pas qu'elles aient exécutées directement sur l'autre. Il ne faut pas retrécir à plaisir les conditions du dol nullité et admettre une solution différente de celle que nous proposons. De même le dol exercé sur celui qui a un rôle de droit et qui doit autoriser l'acte, sur un conseil judiciaire, etc. sur celui qui doit déterminer les conditions d'un contrat (art. 1592 et 1854) emporte nullité.

370. — Lorsque le dol émane d'un tiers, il donne lieu contre lui à des dommages-intérêts¹. En outre si le dol a créé une erreur de telle nature qu'elle tombe sous le coup de l'art 1110 Civ., la victime du dol pourra réclamer la nullité du contrat du chef d'erreur². Nous serions en effet en face d'une erreur unilatérale non fautive. La victime du dol ne pourrait toutefois cumuler complètement les deux actions qu'elle possède : celle en nullité et celle en indemnité pour dol. Ayant exercé la première, elle ne pourrait plus demander d'indemnité que pour le préjudice non effacé par la nullité. Ayant demandé l'indemnité, elle peut être considérée comme ayant renoncé à réclamer la nullité. Il y a donc ici deux actions qui ont des objets différents, mais qui ont un certain lien : la victime du dol a une action alternative. Mais l'alternative ne prendra pas fin par le simple choix. Il faut admettre, par analogie de l'art. 1189, que le choix ne sera définitif que par l'entière satisfaction accordée par l'un ou l'autre. Il y a ici deux obligations liées qui ne sont véri-

¹ Aubry et Rau, IV, p. 507, 5^e éd.

² Larombière, art. 1116, n. 9. — Baudry et Barde, n. 114. — Planiol, II, 6^e éd., n. 1064.

tablement ni solidaires, ni in solidum. Pour trouver une analogie, il faut examiner dans la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail le cas de l'ouvrier blessé par la faute d'un tiers et qui a deux actions différentes, l'une contre le tiers, l'autre contre le patron et dont le bénéfice ne peut exactement se cumuler (art. 7).

370 bis. — Lorsqu'un acte est fait par un incapable soumis à autorisation, on tiendra compte du dol exercé sur celui qui autorise par le cocontractant. On tient également compte du dol sur l'incapable si l'incapacité a un fondement purement social (femme mariée). Mais on ne s'en préoccupe pas si l'incapacité a une base psychologique (émancipé, prodigue), l'autorisation ayant pour but précisément d'y parer.

Généralisons : l'erreur commise par l'habilitant, la violence dont il est victime entraîneront nullité. Mais dans tous les cas l'erreur de l'habilité, la violence à son égard auront leur effet, sauf s'il s'agissait d'un incapable pour état psychologique. La violence sur l'habilité suffira toujours pour entraîner nullité, car l'autorisation ne vise pas à y parer, mais il faudra voir toutefois, si la violence a bien été déterminante.

371. — En matière de testament la jurisprudence sur la captation et la suggestion est elle une pure application des principes du dol ? La suggestion et la captation cause de nullité sont-elles de pures applications spéciales de la notion de dol ? Oui ¹.

Ici apparaît avec plus de netteté ce que nous avons affirmé. Le dol se caractérise par le but, non par les moyens. Sans doute, le testateur fait des libéralités à qui il veut, mais il faut qu'elles s'expliquent par une affection, un but raisonnable, s'il a été amené à faire tel legs parce qu'il avait été

¹ V. Ascoli, note sous *Crome, Allg. Theil.*, trad. ital., p. 266.

trompé sur la conduite d'une personne à son égard, etc. le legs est fondé sur une erreur, il y a nullité ¹.

En ce sens, la chambre des requêtes ² oppose « la simple captation, c'est-à-dire l'emploi de moyens propres à se rendre agréable au de cujus, qui ne suffit pas pour faire annuler les dispositions faites en faveur de la personne qui a l'aide de pareils moyens se serait concilié la bienveillance du testateur lors même qu'elle n'aurait agi que dans la vue de s'attirer la libéralité », et la captation « empreinte de dol, c'est-à-dire accompagnée de pratiques artificieuses ou d'insinuations mensongères » de sorte que le testateur n'eut pas disposé s'il avait connu la vérité des faits.

La jurisprudence dans certains cas a refusé de voir, en tenant compte de ces principes, une captation dolosive, là où la volonté est restée libre ³ soit dans le fait seul de concubinage ⁴, soit dans des soins donnés ⁵, les affirmations d'attachement ⁶ le fait de flatter les goûts d'une personne ⁷.

¹ Trib. Liège, 14 juill. 1900. Pand. per., 1901, 382. — Trib. Furne 22 mars 1902. Pand. per. 1903, 1409. — Trib. Gand, 26 avril 1905. Pas. 1906, 3. 101. V. contra, Baudry et Colin, I, n. 270, qui admettent ou non la nullité suivant que le moyen est illicite ou licite, ce qui méconnaît inutilement les principes ordinaires.

² 6 déc. 1909, D. 1910. I. 144, S. 1910. I. 455. — Cf. Limoges, 6 févr. 1889, S. 1889. 2. 173. — Chambéry, 10 août 1876, S. 1878. 1. 272. — V. Aubry et Rau, 1^{re} éd., VII, p. 67. — Colmet de Santerre, IV, n. 17 bis V. — Huc, VII, n. 74 (sol. implic.). — Colin et Capitant, III, p. 628. — Planiol, III, n. 2883. — Pacifici Mazzoni, *Inst.*, II, p. 396.

³ Trib. Seine, 30 nov. 1909, D. 1910. 5. 3.

⁴ Lyon, 20 juillet 1900, D. 1903. 5. 242. — Cass. civ., 22 oct. 1888, D. 1888. 5. 162. Req., 2 juillet 1866, D. 1866. 1. 378. — Grenoble, 30 avril 1858, D. 1858. 2. 164. — Dijon, 5 fév. 1863, D. 1863. 2. 53. — Agen, 7 mai 1851, S. 1851. 2. 273, D. 1853. 5. 163. — Trib. Laon, 7 juin 1887, S. 1888. 2. 167. — Huc, VI, n. 74.

⁵ Req., 2 juillet 1895, D. 1896. 1. 120. — Aix, 14 mai 1857, D. 1857. 2. 148. Req., 21 juillet 1868, S. 1868. 1. 411.

⁶ Trib. Lyon, 29 mars 1871, D. 1871. 3. 8. C'est ici une solution extrême, car le tribunal reconnaît qu'il y avait attachement non sincère. Bordeaux, 19 déc. 1854, D. 1855. 5. 151. — Pau, 14 févr. 1859, D. 1859. 2. 103. Angers, 2 juillet 1913. Gaz. Pal., 1914. 1. 97. — Agen,

Peu importe même qu'il y ait eu des manœuvres blâmables, si le testateur a agi en pleine connaissance de cause¹.

Inversement on a vu une captation dolosive en cas de calomnie contre les héritiers ayant déterminé une erreur du de cuius² ou en cas de tromperie sur des faits importants³ lorsque le captateur a éloigné la famille du testateur⁴. Mais si le caractère déterminant de la captation n'apparaît pas, il n'y a pas nullité⁵.

372. — Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé, dit l'art. 1116. C'est donc à celui qui l'invoque à en rapporter la preuve⁶.

Conformément aux principes généraux exposés par nous ci-dessus, le dol peut se prouver par tous moyens, même par de simples présomptions⁷.

18 mars 1912 sous Cass. D. 1913. I. 421. — Anvers, 8 mai 1899. Pas. 1899. 3. 329.

7 Limoges, 6 févr. 1889, S. 1889. 2. 173. — Chambéry, 9 août 1876, S. 1878. I. 272.

1 Req., 6 déc. 1909 précité. — Cf. cep. Req., 3 nov. 1908, S. 1909. I. 199. — Req., 21 juill. 1868, S. 1868. I. 411.

2 Toulouse, 26 juin 1899, D. 1899. 2. 341 et 25 juin 1901, D. 1901. I. 313. (même affaire). — Req., 19 juin 1877, S. 1878. I. 271, D. 1878. I. 160. — Caen, 28 juillet 1873, S. 1874. 2. 139, D. 1874. 5. 165. —

Rouen, 27 juin 1874, D. 1875. 2. 190. — Req., 16 mars 1875, D. 1876. I. 491. Req., 30 mai 1870, D. 1870. I. 423. — Nîmes, 30 juin 1869, D. 1872. I. 37. — Req., 28 oct. 1895, S. 1897. I. 326. Pand. fr., 1896. I. 120.

Cf. Req., 7 juin 1858, D. 1858. I. 451. — Trib. Gand, 17 mai 1893. Pas. 1893. 3. 363.

3 Req., 15 mai 1861, D. 1862. I. 327, S. 1862. I. 1049.

4 Amiens, 10 août 1875 sous Cass., S. 1876. I. 459. — Gand, 23 juillet 1892. Pas. 1893. 2. 356. Cf. Gand, 16 juillet 1894, *Belgique jud.*, 1894, 1339. — Req., 5 janv. 1920, S. 1920. I. 256.

5 Cass. civ., 22 nov. 1911, S. 1912. I. 195.

6 Liège, 19 déc. 1868. Pas. 1869. 2. 298. — Trib. comm. Bruxelles, 5 mai 1900, *Journ. Trib.*, 1900, 1106. — Liège, 5 avril 1862. Pas. 1863. 2. 355. — Colmet de Santerre, V, n. 26. — Planiol, II, n. 1068. —

Capitant, 3^e éd., p. 270. — Beudant, n. 146. — Larombière, art. 1116, n. 11. — Demolombe, XXIV, n. 188. — Baudry et Barde, I, n. 118.

7 Cass. Req., 25 nov. 1895. Pand. fr., 1896. I. 254. Req., 3 juillet 1900, S. 1900. I. 461, D. 1900. I. 412. — Civ., 29 déc. 1902, D. 1904. I. 401. — Req., 30 mai 1900, D. 1900. I. 454. — Crim., 14 juin 1906, D. 1909. I. 303. Cass. civ., 25 mars 1884, S. 1886. I. 341. — Req.,

373. — Le dol ayant été constaté dans les conditions précédentes, le contrat est frappé de nullité¹ relative.

L'art 1117 le dit : la convention contractée... par dol n'est pas nulle de plein droit, elle donne lieu seulement à un action en nullité ou en rescision. Il ne s'agit donc pas d'une simple action en réparation fondée sur l'art. 1382 Civ.

La renonciation à cette action est possible. Elle peut même être tacite et résulter de la revente en connaissance de cause des objets achetés². Ceci a été admis notamment de l'actionnaire victime d'un dol qui revend ses actions³. Il n'a pas cédé l'action pour dol qui est alors éteinte.

Mais l'exécution du contrat ou la revente faite sous l'empire du dol serait inopérante⁵.

La nullité peut donc être invoquée d'abord contre l'autre partie au contrat, mais elle peut également être invoquée contre les ayant cause de cette partie. En général, en effet, on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. Le cessionnaire de bonne foi est donc passible de l'exception de dol qui pouvait être opposée au cédant⁶.

13 juillet 1900, S. 1901. 1. 359. — Cass. civ., 5 janv. 1874, S. 1874. 1. 156. — Trib. Bruxelles, 18 janv. 1893. Pas. 1893. 3. 99. — Bruxelles, 12 août 1867. Pas. 1868. 1. 168. — Trib. Audenarde, 20 mars 1874. Pas. 1874. 3. 316. — Cf. trib. Gand, 11 déc. 1903, *Flandre judic.*, 1904. 42. — Huc, VII, n. 39. — Laurent, XV, n. 530. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 507. — Planiol, II, n. 1068. — Beudant, n. 146. — Demolombe, XXIV, n. 188.

¹ V. cep. pour les contrats mettant en jeu plus de deux personnes, n. 366.

² Cass. civ., 7 juillet 1897, D. 1898. 1. 354.

³ V. cep. Paris, 24 juin 1870, S. 1874. 1. 97 en sous-note.

⁴ Req., 25 janv. 1881, S. 1881. 1. 451. — Civ., 11 nov. 1873, S. 1874. 1. 97 avec note de Labbé. V. cep. Req., 27 mars 1878, S. 1879. 1. 24.

⁵ Req., 5 juin 1839, S. 1839. 1. 477 (à propos de requête civile).

⁶ Cass. Req., 19 juillet 1869, S. 1869. 1. 370. — Cass. Req., 5 nov. 1889, S. 1891. 1. 407. Bordeaux, 3 mai 1909. *Rec. Bordeaux*, 1909. 1. 276.

V. Demolombe, XXIV, n. 190. — Larombière, art. 1116, n. 12. — Aubry et Rau, IV, § 3. — Colmet de Santerre, V, n. 27 bis III. —

Ainsi il a été jugé qu'une personne faisant transporter des marchandises par mer et s'étant entendue avec le capitaine pour faire naufrager le navire, la compagnie d'assurance peut opposer ce dol au cessionnaire des connaissements et de l'assurance, fût-il de bonne foi ¹.

L'acte n'est donc pas simplement réductible. Ainsi un prêt usuraire ayant eu lieu sous l'influence du dol, on n'efface pas seulement la clause usuraire, on annule l'acte ². Toutefois on pourrait établir qu'il n'y a eu qu'un dol incident.

374. — La nullité une fois prononcée, produit, conformément au droit commun ses effets non seulement entre les parties, mais à l'égard des tiers. Cela résulte de la conception même du dol qui ne donne pas lieu à une simple action en indemnité fondée sur l'art 1382, mais à une nullité véritable. L'art. 1116 le dit expressément en débutant ainsi. « Le dol est une cause de nullité de la convention. » C'est la même formule que pour l'erreur et la violence (art. 1110 et 1111) ³.

Cependant on admet que le commanditaire victime d'un dol ne peut l'opposer à l'action directe des créanciers sociaux ⁴.

Mais en matière de société par application du principe

Laurent, XIX, n. 75. Il en est aussi à moins que la victime ne préfère demander une simple indemnité. — Bruxelles, 1^{er} juillet 1896. Pas. 1897. 2. 115. — En ce cas l'action se prescrit en même temps que l'action pénale. Bruxelles, 11 déc. 1889. Pas. 1891. 2. 265.

¹ Cass. civ., 31 juill. 1893, S. 1894. I. 213.

² Req., 11 avril 1905, D. 1908. I. 492. — Grenoble, 21 mars 1888. Gaz. Pal., 1888. 2. 138. V. cep. pour la possibilité de réduire, Perrin, *Réductibilité des obligations*, p. 66.

³ V. Bruxelles, 18 avril 1831. Pas. 1831. 95 sol. implic. — Trib. Bruxelles, 30 déc. 1891. Pas. 1892. 3. 353. — Cass. belge, 2 juin 1826. Pas. 1826. 193. — Bufnoir, p. 615 et suiv. — Larombière, art. 1116, n. 12. — Demolombe, XXIV, n. 190. — Thiry, II, p. 570.

⁴ Cass. Req., 25 mai 1886, D. 1887. I. 379. — 10 fév. 1868, D. 1868. I. 381. — 21 juin 1861, D. 1861. I. 435. — Cass. civ., 28 févr. 1844, D. v^o Sociétés, p. 654. — Paris, 26 avril et 9 mai 1877, D. 1879. 2. 81. Solus, *L'action directe*, th. Paris, 1914, p. 138.

que la nullité ne peut être opposée aux créanciers (principe établi par la loi du 24 juillet 1867, art. 7 et 56, al. 3)¹ les actionnaires victimes d'un dol ne peuvent être dispensés de faire leurs versements². Car la nullité ne peut être invoquée contre les bénéfices de leurs versements³.

De même en matière de titres à ordre, le débiteur ne peut opposer le dol au tiers porteur⁴.

375. — L'acte entaché de dol étant annulé, les choses sont conformément au droit commun remises en l'état antérieur⁵, mais la pratique traite sévèrement l'auteur du dol au point de vue des conséquences de la nullité et des indemnités supplémentaires à allouer aux victimes. Ainsi il a été jugé que des actionnaires ayant souscrit par suite de dol des actions pouvaient obtenir la restitution de toutes les sommes versées, plus les intérêts du jour du versement, sans être tenus de restituer les titres souscrits, la chance d'en tirer quelque profit devant être considérée comme un élément d'indemnité⁶. De même on a décidé que le dol commis dans une assurance en exagérant l'importance des marchandises chargées emporte déchéance du droit à indemnité, même pour les marchandises réellement chargées⁷. Ou le dol com-

¹ V. Thaller, *Traité élémentaire*, n. 537. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 221. — Lacour, n. 266 et 503.

² Cass. Req., 25 mai 1886, S. 1887. I. 268. Pand. fr., 1888. I. 340. — Paris, 28 avril 1887, S. 1891. I. 321. — Gaz. Pal., 1887. I. 562. — Orléans, 29 févr. 1890, S. 1891. 2. 154. — Dijon, 10 avril 1867, S. 1868. 2. 342. — Req., 10 févr. 1868, S. 1868. I. 449, D. 1868. I. 379. — Paris, 9 mai 1877 et 26 avril 1877, S. 1880. 2. 331. — Paris, 30 juillet 1859, D. 1859. 2. 165. — Lyon, 30 janv. 1840, S. 1850. 2. 343.

³ V. Thaller et Pic, t. I, n. 401. — Hémar, *Nullité de sociétés*, n. 81.

⁴ Bufnoir, p. 715.

⁵ Cf. sur les conséquences du dol. Req., 2 déc. 1901, S. 1902. I. 181 (effet du dol sur un contrat de travail. Le patron ne répond pas de l'accident).

⁶ Paris, 12 déc. 1879 et Req., 10 août 1880, S. 1882. I. 311.

⁷ Trib. comm. Seine, 1^{er} avril 1882. Gaz. Pal., 1882. I. 564.

mis à propos d'un gage peut faire annuler le contrat principal¹.

Il faut distinguer de ce cas celui où il y a plusieurs contrats similaires. Ici le dol sur un des contrats emporte nullité de lui seul mais non des autres. Mais il y a véritable nullité. Cette solution a été admise pour un assuré coupable de dol, qui avait avec l'assureur autant de contrats distincts que de connaissements séparés².

De même si un legs est nul pour dol, les autres ne le sont pas nécessairement³.

Le dol constituant en même temps qu'une cause de nullité un délit, les règles applicables aux délits seront observées ici⁴.

Ainsi les mandataires constitués à la suite d'un dol de leur part sont solidairement responsables des salaires reçus par eux⁵.

Si un tuteur commet un dol en traitant pour son pupille, il en est personnellement responsable⁶.

La nullité n'empêche pas que chaque partie ne doive à l'autre ce dont elle s'est enrichie, par exemple la rémunération du travail fait pour elle.

Mais si un mandat a été donné par suite d'un dol avec promesse de rémunération, il a été jugé un peu sévèrement que ce mandat ne constituant dès lors qu'une immixtion par le mandataire dans les affaires d'autrui faite dans son propre intérêt, il n'y avait lieu à rémunération⁷.

¹ Dijon, 9 août 1909. Gaz. Pal., 1909. 2. 535.

² Cass., 14 janv. 1890. Pand. fr., 1890. 1. 275.

³ Req., 17 juillet 1871. S. 1871. 1. 67. D. 1872. 1. 37. Cass. Req.

⁴ 5 août 1901. S. 1902. 1. 455.

⁵ V. *Rivista di diritto civile*, 1910, p. 836.

⁶ Req., 7 août 1837. S. 1837. 1. 457.

Huc, VII, n. 74.

⁷ Trib. Verdun, 28 déc. 1883. Gaz. Pal., 1884. 1. 492.

⁸ Req., 7 août 1837. S. 1837. 1. 889. D. 1837. 1. 457.

376. — Lorsque le dol ou l'erreur ont vicié le consentement, on a un délai de dix ans pour agir en nullité (art. 130 Civ.). Ce délai existe même si le dol constitue un délit pénal¹.

Le point de départ est normalement le jour du contrat. Mais si le dol ou l'erreur n'ont pas été immédiatement découverts, le délai ne court que du jour où ces vices ont été connus par celui qui en a été victime. Ainsi deux actes dolosifs ayant eu lieu et le second servant à dissimuler le dol du premier, la prescription ne court que du plus récent².

Si l'action n'est exercée que plus de dix ans après que l'acte a été passé, comme il est plus naturel de présumer qu'elle est éteinte, c'est au demandeur en nullité à établir que le dol ou l'erreur n'ont pas été découverts immédiatement par lui³.

377. — Le dol que nous avons étudié jusqu'ici est le dol dit, principal, c'est-à-dire celui sans lequel l'autre personne n'aurait pas contracté.

On lui oppose le dol incident, appelé quelquefois dol accidentel⁴. C'est celui qui n'a pas déterminé à contracter, mais qui a amené à contracter à des conditions plus désavantageuses. Ainsi on a exagéré la force motrice que l'on indi-

¹ Bruxelles, 11 déc. 1889. Pas. 1891. 2. 265.

² Cass. Req., 6 mars 1855, S. 1855. 1. 643.

³ Paris, 22 juillet 1853, S. 1854. 2. 49, D. 1855. 2. 155. Cet arrêt a toutefois jugé qu'après trente ans l'action était nécessairement éteinte. Il y aurait donc un principe d'ordre public empêchant de remettre au jour les affaires trop anciennes. Contra Violette, *Mélanges*, t. II, p. 3. — Bufnoir, p. 741. — Cass. Req., 17 oct. 1900, S. 1901. 1. 117. Gaz. Pal., 1900. 2. 547 sol. implic. — Trib. Seine, 5 juin 1897, le *Droit*, 19 août 1897. — Dijon, 9 août 1909. Gaz. Pal., 1909. 2. 535. — Dijon, 5 juin 1896. Gaz. Pal., 1896. 2. 540. — Cf. Bruxelles, 24 mai 1820. Pas. 1820. 135.

⁴ V. Capitant, 3^e éd., p. 268. — Baudry et Barde, I, n. 116. — Huc, VII, n. 37. — Thiry, II, p. 567. — Laurent, XV, n. 523 (qui rejette ici une théorie différente de Duranton). — Bufnoir qui trouve la théorie du dol incident inutile et verrait là une nullité, p. 611. — Biondo, II. *Dir. commerciale*, 1912, II. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 310.

quait à l'acheteur comme étant celle de l'usine qu'on lui proposait¹ on a exagéré frauduleusement la valeur d'un fonds de commerce² mais dans des cas où cependant l'acheteur aurait traité s'il avait connu la vérité.

Ici la seule sanction du dol commis est une action en indemnité fondée sur l'art. 1382 Civ.³. Cette action conformément aux règles ordinaires permettra d'agir pour obtenir une réduction de prix, ou la disparition des clauses que l'on n'aurait pas acceptées sans l'erreur commise⁴.

Le juge aura donc la mission délicate d'apprécier comment le contrat eût été conclu si l'on avait connu la vérité. L'action étant une action en dommages-intérêts ordinaires obéira de tous points aux règles des actions fondées sur l'art. 1382. Notamment la prescription applicable sera la prescription de trente ans⁵.

Pour que le dol incident puisse produire ces effets, il faut qu'il présente les caractères ordinaires du dol principal : qu'il y ait des actes suffisamment caractérisés, que la victime n'ait pas à se reprocher de faute évidente, de légèreté no-

¹ Amiens, 14 févr. 1896, sous Cass. 29 nov. 1876, S. 1877. I. 49.

² Douai, 16 janv. et 3 févr. 1907, D. 1908. 2. 5. — Paris, 9 nov. 1899, D. 1900. 2. 210.

³ Trib. Seine, 20 juillet 1883. Gaz. Pal., 1883. 2. 2^e partie, 246. — Demolombe, XXIV, n. 177. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 245. — Pacifici Mazzoni, *Inst.*, 5^e éd., II, p. 397. — Pothier, n^o 31. — Colmet de Santerre, V, n. 26 bis. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 504. — Planiol, II, n. 1067. — Larombière, art. 1116, n. 3. — Liège, 3 juin 1903. Pas. 1905, 2. 9. — Trib. comm. Bruxelles, 30 juill. 1903, Pand. per. 1903, 1431. — Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 484. — MM. Baudry et Barde, I, n. 116, fondent l'action sur la *culpa in contrahendo*. Il semble que cela conduirait à des indemnités très faibles d'après eux. Ceci doit être rejeté.

⁴ Cependant on a admis que si un dol incident s'est produit dans les créanciers hypothécaires qui ont adopté le prix de vente. Paris, 14 févr. 1895, D. 1895. 2. 411. Gaz. Pal., 1895. I. 439. — Cf. Paris, 5 mai 1892, D. 1893. 2. 556 (même solution pour le cas de réduction après éviction partielle).

⁵ V. Demolombe, XXIV, n. 178.

toire¹, il suffira seulement que le dol ait influé sur les conditions du contrat.

378. — La théorie ordinaire du dol s'applique en matière de transaction. L'art. 2053, al. 2 dit que cet acte « peut être rescindé dans tous les cas où il y a dol ou violence.² »

L'art. 2057 fait de ce principe une application intéressante. « Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus et qui auraient été postérieurement découverts ne sont point une cause de révision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties. » Ce texte fait une application des principes du dol³. Il tient compte du dol par abstention dans le cas où le contractant avait un devoir spécial de parler. Il confirme donc la jurisprudence exposée plus haut à propos du dol par le silence.

378 bis. — On ne peut par convention se mettre à l'abri du dol que l'on peut exercer dans le contrat⁴. Cela va de soi, car cette clause même a quelque chose de dolosif. On ne le peut même pas par un contrat déclaré aux risques et périls de la victime⁵. On ne peut même pas convenir que les affaires que l'on pourra traiter par la suite ne seront jamais annulables pour cause de dol. Il y a là une clause de non responsabilité qui est illicite (v. infra sur les clauses de non res-

¹ Aussi MM. Colin et Capitant, II, p. 300, ont-ils rejeté la distinction des deux dols comme inutile. Cela nous semble exagéré, car la sanction n'est pas et ne doit pas être la même dans les deux cas. — Cf. sur le dol incident, Salvat, *Derecho civ. argentino*, I, p. 763.

² V. trib. Bruxelles, 3 fév. 1906. Pas. 1906. 3. 209. — Trib. d'Huy, 29 mars 1903. Pand. per., 1903. 1124.

³ Guillouard, *Transaction*, n. 160. — Baudry et Wahl, *Transaction*, n. 1253. — Planiol, II, n. 2299 et 2301.

⁴ V. Schkaff, *De l'erreur, du dol et de la violence*, thèse de Lausanne, 1902, p. 86. — Trib. comm. Bruxelles, 18 fév. 1904. Pand. per. 1904, 302. — Trib. comm. Alost, 30 janv. 1908, *Jur. comm. Flandre*, 1909, 3445.

⁵ Trib. Lyon, 25 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90.

ponsabilité.) Il y a donc ici une différence avec que nous avons vu pour l'erreur. Mais on peut transiger sur une convention entachée de dol lorsque le dol est découvert¹. On peut aussi abréger le délai pour agir pour dol. C'est en ce sens que sont valables, dans les assurances, les clauses d'incontestabilité par lesquelles passé un certain délai l'assureur renonce à discuter la validité de l'assurance².

379. — Le principe suivant lequel ce qui a été fait par dol ou fraude doit en général être annulé, parce que c'est la mesure la plus adéquate nous conduit à solutionner simplement la question du dol qui a déterminé à passer un acte unilatéral. Quel que soit l'auteur de ce dol, l'acte unilatéral sera nul³.

Ceci sans doute ne cadre pas très bien avec ce que nous avons dit plus haut sur l'art 1116, concernant la personne dont le dol doit émaner⁴. Mais il faut partir de cette idée que tout acte dolosif ou frauduleux doit être annulé. Il y a à cela un intérêt d'ordre public. Par exception, pour le dol dans les contrats, une autre solution a été admise. Elle doit être respectée mais non pas étendue.

En tous cas la pratique est fixée sur le point que nous indiquons.

Ainsi il est couramment admis que le dol qui a déterminé un testateur à faire un testament entraîne nullité de cet acte quel que soit l'auteur du dol⁵. Cette solution doit être éten-

¹ Cass. civ., 18 mai 1836, S. 1836. I. 457. — Laurent, XXVIII n. 425. — Guillouard, n. 160. — Baudry et Wahl, *Transaction*, n. 2052.

² V. Montpellier, 9 déc. 1908, S. 1911. 2. 21. *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 133. — Sur les abréviations de prescription, v. infra, n. 825.

³ V. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 64, n. 19 et 20. — Colin et Capitant, 3^e éd., p. 270. — Baudry et Barde, I, n. 113. — Coviello, *Dir. civ.*, p. 377. — Pacifici Mazzoni, *Inst.*, II, 5^e éd., p. 399.

⁴ Cf. Saleilles, *loc. cit.*

⁵ Cass. Req., 16 mars 1875, S. 1877. I. 117. — Cass. Req., 2 janv. 1878, D. 1878. I. 136, S. 1878. I. 103. — Cass. Req., 27 juin 1887, S. 87. I. 419, D. 1888. I. 303. — Besançon, 26 nov. 1856, S. 1857.

que à tous les autres actes unilatéraux. Elle s'applique aux acceptations et aux renonciations de successions. L'art 783 Civ. emploie d'ailleurs une formule différente de l'art. 1110. Il admet la nullité « dans le cas où l'acceptation de l'héritier aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui » sans distinguer de qui ce dol émane¹.

Elle doit s'appliquer aussi aux acceptations ou renonciations à communauté². L'art. 1455 parle : il est vrai du « dol de la part des héritiers du mari. » Mais tous les auteurs admettent que ce texte ne peut être pris à la lettre, car le dol des créanciers de la communauté serait alors sans effet. La doctrine admet, donc la nullité quel que soit l'auteur du dol³. Il n'y a pas de jurisprudence

Il en serait de même pour une renonciation à une servitude ou à un usufruit, ou à une prescription accomplie, pour un congé donné à un locataire ou à un bailleur, pour le choix exercé en cas d'obligation alternative, pour la rupture d'un marché par le propriétaire (art. 1794 Civ.) pour la reconnais-

2. 224, D. 1857. 2. 138. — Nîmes, 30 juin 1869, D. 1872. 1. 37. — V. cep. Trib. Bruxelles, 29 juillet 1907, Loi, 28 septembre 1907. Pas., 1907. 3. 274.

Cf. Lyon, 17 juin 1896, S. 1898. 2. 124. — Cass. Req., 28 octobre 1895, S. 1897. 1. 326, D. 1896. 1. 36. — Bastia, 28 déc. 1859, D. 1862. 1. 327. — Baudry et Colin, I, n. 267. — Demolombe, XVIII, n. 383. — Laurent, XI, n. 131 et 132. — Aubry et Rau, VII, p. 57. — Huc, VI, n. 74. — Bufnoir, p. 622.

¹ Rennes, 29 août 1837, D. v° Successions, n. 520. — Trib. Vouziers, 26 mars 1886. Rec. Nancy, 1887. 101. — Demolombe, XIV, n. 533 et XV, n. 92. — Aubry et Rau, VI, § 611, note 10 et 613, note 29. — Huc, V, n. 173 et 180. — Planiol, III, n. 1979. — Vigié, II, n. 138. — Demante, III, n. 103 bis. — Baudry et Wahl, Success., n. 1658 et 1700. — Vizié, II, n. 188. — Laurent, IX, n. 354.

Beudant, n. 140 qui représente à tort ce texte comme exceptionnel. — Colin et Capitant, II, p. 303. — Chironi, Istituzioni, I, p. 99.

² Bruxelles, 11 mars 1902. Pas., 1902. 2. 268.

³ V. Aubry et Rau, t. IV, p. 505, note 26, 5^e éd. et t. V, 4^e éd, § 517, note 18. — Laurent, XXII, n. 390 et 417. — Demante et Colmet de Santerre, VI, n. 109 bis-III. — Guillouard, Contrat de mariage, III, n. 1274 et 1302. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1018. — Planiol, III, n. 1235. — Huc, IX, n. 291.

sance d'un enfant naturel¹ pour une ratification tacite². Ceci s'applique à la désignation d'un tiers expert par le président du tribunal, à la suite d'une convention privée en ce sens³ à l'agrément des marchandises⁴.

Ces solutions sont en harmonie avec la jurisprudence citée plus haut qui déclare que si le dol a amené une personne à ne pas agir dans le délai légal, elle ne sera pas forclosée.

De même en procédure, le désistement (qui d'ailleurs doit être accepté) étant fait sous l'empire du dol est nul⁵.

380. — Les mêmes solutions doivent être données pour les actes unilatéraux collectifs comme le vote d'une assemblée d'actionnaires, d'une assemblée de créanciers, les élections dans une association⁶.

Il en est de même si l'on veut exercer la requête civile pour dol personnel (art. 480). Peu importe que ce dol émane d'un expert, de la partie elle-même, de son avoué⁷.

381. — La théorie du dol est-elle applicable aux contrats concernant l'état des personnes ?

Nous avons vu (supra n. 356) les solutions admises pour le mariage. En dehors de ce cas, la question peut se poser pour la reconciliation d'époux séparés de corps (v. supra) et pour l'adoption. Dans ce dernier cas la jurisprudence tient

¹ V. sol. implic. Poitiers, 30 déc. 1907, S. 1909. 2. 313 avec note de M. Tissier, D. 1910. 2. 245. — Baudry et Cheneaux, IV, n. 659.

— Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 505, note 26.

² Besançon, 27 nov. 1862, D. 1862. 2. 214.

³ Réf. trib. Bruxelles, 21 oct. 1908. Pand. per., 1908. 1182.

⁴ Trib. Anvers, 9 janv. 1871. *Jurispr. Anvers*, 1871. 1. 163 et 11 fév. 1875 ; id. 1875. 1. 110.

⁵ Colmar, 20 mars 1863, D. 1863. 2. 104.

⁶ V. pour ce dernier cas trib. paix Paris, 18 nov. 1912, D. 1912. 2. 380. Gaz. Pal., 1912. 2. 555. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 211. Ici on a tenu compte du dol de certains électeurs sur d'autres.

⁷ V. cep. contra, Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 150.

compte du dol et admet la nullité de l'adoption faite à la suite d'un sauvetage simulé¹.

La solution donnée quant au mariage apparaît comme exceptionnelle et ne peut être étendue à la réconciliation.

Le dol s'applique également dans les actes unilatéraux concernant l'état des personnes, comme une reconnaissance d'enfant naturel² et il peut émaner de n'importe qui.

382. — La théorie du dol est-elle admissible pour les actes du droit public ?

Les contrats passés entre une Administration et un tiers sont annulables pour le dol : par exemple si un agent de l'Administration a intentionnellement donné des renseignements inexacts sur les dimensions d'un travail à entreprendre, ses difficultés, etc.³.

Inversement, les actes réglementaires : lois, décrets généraux, arrêtés, ne sont pas susceptibles d'être attaqués pour dol. Ils peuvent être par la suite modifiés, rapportés, mais ils ont existé et produit effet entre temps. La sécurité sociale l'exige. Faut-il en dire autant des actes de nomination, révocation de fonctionnaires, etc. La question est intimement liée avec celle de l'erreur que nous avons examinée plus haut et comporte les mêmes solutions⁴.

Enfin le dol peut être une cause de nullité d'opérations électorales quel que soit l'auteur de la fraude : un candidat ou un tiers.

¹ Caen, 15 mai 1867, S. 1868. 2. 17, D. 1873. 1. 158. — Cass. Req., 14 juin 1869, S. 1869. 1. 371, D. 1873. 1. 158. — Grenoble, 30 juin 1870, S. 1870. 2. 216, D. 1872. 5. 16. — Poitiers, 28 nov. 1859, S. 1861. 2. 138.

Baudry et Cheneaux, V, n. 83 et 13.

² Baudry et Barde, I, n. 113. — Aubry et Rau, IV, 5^e éd., p. 505, note 26. — Colin et Capitant, II, p. 303. — Huc, III, n. 100. — Baudry-Lacantinerie, *Personnes*, IV, n. 658-659.

³ Rapp. pour les conventions internationales, Pasq. Fiore, *Droit international public*, I, p. 474. — Pradier Fodéré, *id.*, II, n. 1074.

⁴ V. supra, n. 251 et Jèze, *Revue de droit public*, 1911, p. 287.

383. — Dans la formation des actes juridiques, de même que nous avons rencontré l'erreur à effet négatif, la violence à effet négatif, nous rencontrons le dol à effet négatif.

Il y a un dol de ce genre lorsqu'on a empêché une personne de faire un certain acte. Ainsi on fait croire faussement à une personne que telle adjudication a lieu tel jour, et on l'empêche ainsi d'y assister. On l'empêche de faire appel d'un jugement en faisant croire qu'on a un délai plus prolongé. On empêche de se dédire là où le dédit est possible. Nous donnerons ici encore la même solution. Le dol fera considérer l'acte comme ayant été accompli en temps voulu ¹.

Mais ceci comporte des réserves. Non seulement la victime ne doit pas avoir de faute à se reprocher comme d'avoir attendu le dernier jour d'un délai, de ne pas s'être renseignée, mais elle doit se trouver dans un cas où il est presque certain qu'elle aurait accompli l'acte, ce qui supposera d'ordinaire une simple mesure conservatoire : comme une réclamation à une compagnie de chemins de fer pour transport ².

Ensuite, elle doit ne pas se heurter à un délai préfixe établi dans un intérêt général. Ainsi il n'y aurait pas d'ordinaire prorogation des délais de procédure si l'adversaire par dol avait empêché d'en user ³.

Le dol, à effet négatif, peut se rencontrer à propos d'actes unilatéraux : ainsi on détourne de reconnaître un enfant naturel par dol. (Bourges 6 juin 1860, D. 1861.2.9.) En ce cas une action en indemnité sera ouverte à l'enfant ou même à l'auteur s'il ne peut plus reconnaître avec les mêmes effets.

Au contraire, il n'y aura pas d'action en nullité, s'il s'agit

¹ Req., 3 mai 1899. P. F., 1900. 1. 156.

² Cf. Besançon, 7 nov. 1894, S. 1895. 2. 8. — V. cep. contra pour une résiliation, trib. Seine, 7 août 1897, D. 1898. 2. 51.

³ Le dol à effet négatif peut se rencontrer à propos d'actes unilatéraux : ainsi on détourne de reconnaître un enfant naturel par dol. Bourges, 6 juin 1860, D. 1861. 2. 29. En ce cas une action en indemnité sera ouverte à l'enfant ou même à l'auteur s'il ne peut plus reconnaître avec les mêmes effets.

d'un acte d'acquisition incertain : comme dans une vente par adjudication, car rien ne garantit que la victime du dol eût été dernier enchérisseur.

384. — Le dol à effet négatif, peut être un dol incident, c'est-à-dire qui a empêché seulement de contracter de telle manière, d'exécuter une obligation comme on le devait. Nous ferons rentrer dans ce cas le dol de la compagnie d'assurances ou de son agent qui connaissant un sinistre dont l'assuré a été victime ne l'inscrit pas dans la police pour pouvoir après un nouveau sinistre lui opposer la déchéance¹.

Quelques arrêts ont parlé ici de contrat vicié². Il faut plutôt dire que l'absence de déclaration est inopérante. En effet si on parle de contrat vicié, l'assuré se fera restituer les primes, mais n'aura pas d'indemnité. Si, au contraire, on parle de déchéance non applicable, l'assuré sera indemnisé. Or cette solution est manifestement la seule équitable.

385. — *Droit comparé.* — Le droit étranger reste fidèle aux solutions traditionnelles, de la théorie du dol : notamment au maintien des contrats³ lorsque le dol émane d'un tiers, ou bien à la nécessité de l'intention de tromper. La tendance est aussi générale, dans l'interprétation à tenir compte du dol par réticence.

Mais partout on ne s'occupe que du dol à effet positif.

385 bis. — *Droit autrichien.* — Le code autrichien est très succinct sur le dol. L'art. 871 annule le contrat à raison de l'erreur « lorsqu'elle est occasionnée par de fausses allégations⁴ ».

¹ Cf. Cass. civ., 16 janv. 1895. Pand. fr., 1896. 1. 180. — Req. 17 mars 1897. Pand. fr., 1897. 1. 359.

² Toulouse, 10 novembre 1898. Pand. fr., 1899. 2. 228.

³ L'art. 1364 hollandais reproduit notre article 1116.

⁴ Cf. sur cet article Kirchstetter, *Commentar*, p. 456. — Unger, *Oesterreich. Privatrecht*, II, p. 54, fait remarquer avec raison qu'ici on punit moins l'erreur que la tromperie. — Krainz, *System.*, I, p. 304, 4^e éd.

Ce texte a disparu et est remplacé par l'art. 870 qui dit : « quicon-

D'après l'art 874, « celui qui a obtenu un contrat par dol... est tenu de toutes les conséquences de son action ». Mais il faut distinguer suivant que le dol est principal ou incident. « Si la partie qui promet, dit l'art. 875, est forcée de contracter par un tiers... ou si elle a été induite en erreur par un tiers à l'aide de fausses allégations, le contrat est valable, à moins que cette erreur n'ait été produite à l'instigation ou à la connaissance du contractant.»

L'art. 876 indique que « si la partie qui promet est seule cause de son erreur, la nullité n'est pas encourue à moins que cette erreur ne frappe celui qui doit accepter ». Cet article semble viser à la fois l'erreur et le dol qui dans l'exposé du code autrichien n'est pris en considération qu'à raison de l'erreur qui en résulte¹.

L'art 565 dit d'autre part que le testament pour être valable doit être exempt de dol.

386. — *Droit portugais.* — Le contrat peut être annulé pour erreur produite par le dol ou la mauvaise foi. L'art. 663 définit le dol et la mauvaise foi de la façon suivante : « Le dol dans les contrats consiste dans l'emploi d'une suggestion ou d'un artifice pour faire tomber un des contractants ou le maintenir dans l'erreur. La mauvaise foi consiste à s'abstenir de signaler l'erreur de son cocontractant, après qu'on en a connaissance. » Il est donc tenu un certain compte du dol par réticence. Mais des considérations vagues sur l'utilité d'un contrat ne peuvent constituer un dol. (art. 667.)

« L'erreur produite par le dol ou la mauvaise foi de l'une des parties ou d'un tiers avant intérêt direct ou contrat emporte nullité.»

que a été par l'autre partie amené à un contrat par ruse... est à tenir pour non lié. » D'après l'art. 87 révisé : « Si un contractant a été amené à un contrat par un tiers par ruse... le contrat est valable. »

Ce texte a été abrogé et remplacé par un autre ayant un but différent.

S'il y a nullité pour dol ou mauvaise foi, il est du réparation du préjudice (art. 697).

On ne peut renoncer par avance à la nullité pour dol. (art. 668.)

Ces principes sont appliqués à la transaction. (art. 1719.)

L'art. 1748 annule le testament extorqué par dol, sans paraître exiger que le dol émane d'un légataire¹.

Dans les cas ordinaires, le dol d'un tiers ayant intérêt direct au contrat emporte nullité (art. 663) même on étend cette règle à tout dol émanant d'un complice².

Le dol ne se présume pas, il faut le prouver³

387. — *Droit italien*⁴. — D'après le code civil italien (art. 1115) « le dol est une cause de nullité du contrat lorsque les manœuvres employées par l'un des contractants ont été telles que sans ces manœuvres, l'auteur n'aurait pas contracté.»

Les auteurs admettent que le dol suppose essentiellement l'intention. Les artifices employés doivent avoir été graves et dépasser ce qu'on nomme *dolus bonus*⁵. Mais c'est au juge à apprécier dans chaque cas⁶. Le dol doit émaner d'un contractant, et M. Chironi et Abello expliquant cela par l'idée de la *culpa in contrahendo* en disant qu'on est responsable pour s'être laissé tromper⁷ M. Giorgi tient compte également du dol du mandataire et du dol dont on a été complice⁸. Le dol est pris en considération qu'il soit positif

¹ M. Ferreira ne semble pas cependant admettre ici une règle spéciale (II, p. 172). En outre l'art. 1749 punit de la déshérence celui qui par dol ou violence empêche de tester.

² Ferreira, *Codigo civil Portuguez*, II, p. 170.

³ Ferreira, *Op. cit.*, II, p. 170.

⁴ Chironi et Abello, I, p. 483.

⁵ V. Chironi et Abello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 482. — Coviello, *Dir. civile*, I, p. 376. — Cass. Turin, 11 févr. 1898.

⁶ V. Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 99.

⁷ V. Enciclopædia giurida italiana, v^o *Contratta*, n. 47. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 244. — Barassi, *Istituzioni*, p. 163.

⁸ *Op. cit.*, n. 102 et 104.

ou négatif¹. En ce dernier cas, il doit dépasser les dissimulations tolérées, ce qui se détermine en fait. Il doit avoir été déterminant et n'être pas seulement un dol incident². Il faut pour l'apprécier se placer au point de vue subjectif³.

En cas de dols réciproques, M. Giorgi admet qu'en principe ceux-ci ne se compensent pas à moins que le juge ne les estime d'égale importance⁴. La doctrine et la jurisprudence admettent la preuve du dol par tous moyens⁵.

Le mineur ne peut attaquer son obligation lorsque par dol il s'est fait passer pour majeur, mais il ne suffit pas qu'il se soit déclaré majeur (art. 1305).

Enfin le dol donne lieu à garantie quand le donataire est expulsé à la suite du dol du donateur. (art. 1077.)

Pour le mariage, malgré le silence du code, la jurisprudence incline à admettre la nullité pour dol, à la différence du droit français⁶.

388. — *Droit Espagnol*⁷. — Le code civil espagnol admet qu'« il y a dol lorsque par des paroles ou des manœuvres insidieuses l'un des contractants est amené à conclure avec l'autre un contrat qu'il n'eut pas conclu sans cela ». (art. 1269.) Il écarte donc formellement la possibilité du dol par le simple silence. Cependant dans deux cas le silence est assimilé à un dol : dans la transaction si des pièces ont été retenues de mauvaise foi (art. 1818), et dans l'assurance, si l'assuré sait que la chose a péri, ou si l'assureur sait qu'elle est sauvée (art. 1797)⁸. De plus on admet que la simple

¹ Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 158. — Giorgi, IV, n. 98 et 99.

² Lomonaco, I, p. 163. — Giorgi, IV, n. 100. — Chironi et Abello, I, p. 484.

³ Chironi et Abello, I, p. 482. V. cep. Giorgi, IV n. 97

⁴ IV, n. 107.

⁵ Cass. Turin, 12 avril 1876. — Cass. Florence, 31 déc. 1875.

⁶ Venise, 11 mars 1909. *Riv. dir. civile*, 1909, 537.

⁷ V. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 497.

⁸ V. Manresa y Navarro, *Codigo civil espanol*, XII, p. 127 et 34. — sur le droit antérieur, Sanchez-Roman, IV, 2^e éd., p. 197.

affirmation n'est pas un dol ¹. Enfin le dol doit n'avoir pas été simplement incident ².

« Pour que le dol produise la nullité des contrats, il devra être grave et n'avoir pas été employé par les deux parties contractantes. Il n'y a que le dol d'une seule partie qui oblige celle qui l'a employé à payer des dommages et préjudices » (art. 1270.).

Le code espagnol comme le code français ne tient pas compte du dol d'un tiers. Il n'en serait autrement, d'après les auteurs que si ce dol avait pu entraîner une erreur déterminante ³.

389. — *Droit allemand.* — Le code civil allemand prévoit le dol à l'art. 123 et le définit tromperie dolosive déterminant à émettre une déclaration. Il peut consister dans des paroles, des actes, ou même dans une réticence, là où la bonne foi obligeait à parler ⁴.

Elle doit être intentionnelle. Cependant la capacité délictuelle n'est pas exigée ⁵. Elle doit avoir été déterminante. S'il y a dol incident, une partie de la déclaration sera seule annulée ⁶. Elle est efficace même si elle n'a pas pour effet un dommage patrimonial ⁷ dès qu'elle a déterminé à émettre une déclaration de volonté. Le dol doit émaner de la personne à qui s'adresse la déclaration, ou du moins celle-ci doit le connaître ⁸ ; peu importe que ce soit une proposition ou un acte comme le congé. Mais cette solution ne s'applique plus aux déclarations ne s'adressant à personne, comme une acceptation de succession. Dans les con-

¹ Sentence du 24 juin 1898, cité par Manresa y Navarre, VIII, p. 658.

² Sent., 27 juin 1894.

³ Manresa y Navarre, VIII, p. 659.

⁴ Dernburg, I, p. 492. — Saleilles, p. 54. — V. cep. Planck, I, p. 220.

⁵ V. Planck, I, p. 220. — V. Saleilles, p. 56.

⁶ V. Planck, I, p. 225.

⁷ V. Saleilles, p. 54.

⁸ V. à ce sujet, Planck, I, p. 224.

trats au profit d'autrui, il suffit également que le stipulant ait connu ou dû connaître le dol. Si le dol emane d'une tiers étranger, il est opposable au bénéficiaire s'il l'a connu ou a dû le connaître¹.

D'après l'art. 124, le délai pour mettre en œuvre la déclaration est d'une année seulement, et il part seulement du jour où le délai a été découvert. Mais l'action est toujours exclue après trente ans².

Lorsque la nullité pour dol a lieu, elle réagit contre les tiers³. En dehors de la nullité, on a encore l'action en indemnité contre l'auteur du dol (art. 823.).

390. Droit suisse. — L'art 28 du Code révisé des obligations reproduisant presque textuellement l'art. 24 ancien dit : « La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle. La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat⁴. » La solution donnée est donc conforme à la tradition et spécialement très voisine de la solution du Code civil allemand. On admet également que le dol du représentant équivaut au dol du représenté⁵. Mais M. Rossel considère que le dol incident peut souvent être une cause de nullité⁶.

Le dol suppose qu'il y a eu une erreur de produite. Celle-ci peut d'ailleurs être très variée, porter sur l'étendue, la valeur,

¹ V. sur ces points *Trad. officielle*, I, p. 132. — Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 61-72. — Planck, I, art. 123, p. 220. — Dernburg, I, p. 491, § 146. — Endemann, I, p. 354, note 2. — Crome, I, p. 426.

— Cosack, *B. R.*, I, § 65.

² V. Saleilles, p. 72. — Dernburg, I, p. 404. — Crome, I, p. 429.

³ Crome, I, p. 428.

⁴ V. sur l'ancien texte, Schkaff, *De l'erreur, du dol et de la violence*, thèse Lausanne, 1902, p. 70 et suiv.

⁵ V. Schkaff, *op. cit.*, p. 81.

⁶ *Code révisé des obligations*, p. 56.

etc¹. Il doit en lui-même être contraire au droit. Il peut d'ailleurs consister soit dans un acte positif, soit dans le silence² si le contractant avait le devoir de parler. Il faut encore l'intention. Enfin le dol doit avoir été déterminant³.

Le code des obligations contient encore de nombreuses dispositions concernant le dol. Tout d'abord, il y a des cas où il traite de façon plus dure l'auteur d'une faute dolosive, le frappant d'obligations auxquelles il eût échappé sans cela.

La compensation ne se produit pas avec ce qui a été retenu par dol (art. 125). La clause restreignant la garantie est nulle si on a par dol dissimulé le droit d'un tiers (art. 192, al. 3). Il en est de même pour le cas où on a dissimulé des défauts de la chose (art. 199).

L'acceptation d'un ouvrage ne décharge pas des défauts intentionnellement dissimulés (art. 370). S'il y a dol, il est dû garantie dans les ventes de bétail (art. 198) et les ventes forcées aux enchères (art. 234).

Le code des obligations par des solutions spéciales tient un large compte du dol à effet négatif, de celui qui a empêché d'user d'un droit dans les délais prescrits. Cela a lieu dans les cas suivants.

Le dol du voiturier échappe aux fins de non recevoir ordinaires (art. 452 et 454). Si on a dissimulé les défauts de la chose dans une vente de bétail, on ne peut opposer que la réclamation n'a pas eu lieu en temps utile (art. 203). On peut rapprocher de ces dispositions l'art 540 du code civil qui déclare indigne d'hériter celui qui à dessein et sans droit a mis le défunt dans l'incapacité permanente de tester ou par dol l'a empêché de faire ou de révoquer une disposition de dernière volonté. Il y a encore là un dol à effet négatif.

¹ V. des exemples nombreux dans Schneider et Fick, p. 13 et suiv.

² V. Schkaff, *op. cit.*, p. 76.

³ V. Oser, *Obligationenrecht*, p. 117 à 120.

D'après l'art. 31, lorsque le contrat est entaché de dol (ou d'erreur ou de crainte fondée), il faut déclarer dans l'année son intention de ne pas le maintenir ou de répéter ce qu'on a payé. Ce délai court du jour où le dol est découvert. La résolution s'opère donc en principe par simple déclaration. Si on garde le silence, le contrat est tenu pour ratifié. L'art. 31 ajoute que « la ratification d'un contrat entaché de dol... n'implique pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages intérêts », ce qui semble ne viser que la ratification tacite et non la ratification expresse¹.

En ce qui concerne les actes relatifs à l'état des personnes, le code civil suisse tient assez large compte du dol.

Le mari qui a reconnu sa paternité peut encore désavouer l'enfant s'il a été victime d'un dol et cela pendant trois mois après qu'il l'a découvert (art. 257). Mais le code ne précise pas s'il en est de même en cas de paternité naturelle².

Surtout l'art. 125 admet la nullité de mariage : 1° lorsque le demandeur a été induit à dessein en une erreur décisive au sujet de l'honorabilité de son conjoint, soit par ce dernier, soit par un tiers de connivence avec lui ; 2° lorsqu'une maladie offrant un danger grave pour la santé du demandeur ou celle de sa descendance lui a été cachée³.

Pour le testament, l'art. 469 le déclare nul s'il a été fait « sous l'empire d'un dol » ce que l'on interprète en disant que le dol n'a pas besoin d'avoir été déterminant. De plus, peu importe qui l'a commis⁴.

390 bis. — *Droit luxembourgeois.* — Le grand duché resté sous l'empire du Code Napoléon a précisé (loi du 16

¹ Rossel, p. 62. — Cf. Schneider et Fick, art. 31. — Oser, p. 127 et suiv.

² V. pour l'affirmative, Rossel et Mentha, I, p. 373.

³ V. sur cet article Curti Forrer, *Code civil suisse*, trad. Porret, p. 108. — Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*, I, p. 149.

⁴ V. Curti Forrer, *op. cit.*, p. 370, art. 469, n. 3 et 5. — Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 515.

mai 1891 art. 10), que si une assurance est annulée pour dol, fraude ou mauvaise foi du preneur d'assurance ou assuré, l'assureur conserve la prime.

390 ter. — *Droit anglais*¹. — La *fraud* suppose l'intention. On doit avoir représenté comme vrai, un fait qu'on savait inexistant ou inversement et avoir voulu par là pousser à un acte. Cependant on a parfois admis la fraude en cas de mensonges exposés insouciamment, mais cette jurisprudence est abandonnée. Elle suppose en outre un fait actif, la simple dissimulation passive n'est pas une cause de nullité en général. Elle doit viser un fait et non indiquer une simple opinion. Elle doit avoir induit l'autre partie en erreur et avoir causé un dommage. L'autre contractant ne doit pas être lui-même en faute.

La *fraud* donne lieu à une action délictuelle en réparation en faveur de la victime, même autre que le contractant lui-même. De plus la victime peut, se refuser par une exception fondée sur l'Equity à exécuter le contrat et faire prononcer la résiliation par la cour d'Equité. Mais provisoirement l'acte subsiste et les tiers acquièrent des droits valables sur le bien vendu.

La fraude peut se prouver par tous moyens : aveu, témoignage, etc.

A côté de la *fraud*, le droit anglais connaît dans la Common Law, la *misrepresentation*. Elle suppose que l'on a induit en erreur de bonne foi. Si elle a été déterminante, elle permet de demander une nullité du contrat qui a effet retroactif, ou une rupture qui n'a effet que pour l'avenir.

Si la *misrepresentation* n'a été qu'incidente, elle ne produit en général aucun effet, sauf dans certains contrats spé-

¹ V. Encyclopædia of the Laws of England, v^{ls} *Contracts*, n. 9. — *Fraud*. — *Company Laws of England*, v^o *Misrepresentation and Fraud*. — Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, II, p. 135. — Stevens, *Eléments de droit commercial anglais*, p. 101. — Pollock, *Principles of contracts*, p. 502.

ciaux, ce sont les assurances maritimes et contre l'incendie, les ventes d'immeubles s'il s'agit de certaines servitudes, les émissions d'actions (contrats *uberrimæ fidei*).

390 quater. — *Droit tunisien et marocain.* — D'après l'art. 56 du code tunisien des obligations (art. 52 du code marocain), le dol est une cause de nullité en cas de manœuvres ou de réticence. Il doit émaner d'une des parties, de celui qui la représente ou de son complice, ou encore d'un tiers, si la partie qui en profite en a eu connaissance. Il doit être de telle nature que sans ces manœuvres ou réticences l'autre partie n'aurait pas contracté.

Le dol incident, c'est-à-dire portant sur les accessoires de l'obligation et ne l'ayant pas déterminé n'est qu'une cause d'indemnité (art. 57 et 53).

CHAPITRE VIII

De la lésion ¹.

391. — De façon générale, il y a lésion lorsqu'il y a une différence importante en moins² entre la valeur des prestations promises à une personne et l'importance des contre-prestations qui lui sont faites³. Ici l'acte juridique pêche par le côté objectif et si on rapproche la lésion des vices de la volonté, c'est parce qu'on suppose que le lésé a été moralement contraint d'accepter.

Le droit romain avait déjà tenu compte de la lésion entre majeurs dans trois cas : dans la vente, en cas de lésion d'outre moitié⁴ en vertu d'une constitution de Dioclétien, dans le partage, en vertu d'une constitution du même em-

¹ V. Guyot, Rép. v° *Lésion*. — Rép. alfab. dr. français, v° *Lésion* (*Rescision pour cause de*). — Dalloz, Rép. v° *Vente*, n° 1553 et suiv. *Succession*, n° 521 et suiv., 284 et suiv. Suppl. v° *Vente*, n° 653 et suiv. *Succession*, n° 1402 et suiv. — Pandectes françaises, v° *Obligations*, n° 7360 et suppl. n° 717. — V° *Vente*, n° 3028 et suiv. et v° *Successions*, Pandectes belges, v° *Lésion*, *Lésion (en mat. de vente)*, *Lésion (en mat. de partage)*. — Dijol, *Nullité des contrats lésionnaires*, th. Montpellier, 1919. — Coulazou, *L'injustice usuraire devant le droit canonique et le droit séculier*, th. Montpellier, 1920.

² Ainsi il n'y a pas lésion entraînant rescision si, dans un partage, un héritier a beaucoup plus que les autres et que chacun de ces derniers ne subisse qu'une faible perte. Demolombe, XVII, n. 417. — Planiol, III, n. 2423.

³ V. Baudry et Barde, I, n. 121. — Baudry et Saignat, n. 670. — Aubry et Rau, IV, § 343 *ter.*, texte et note 32. — Huc, V, n. 465. — Laurent, X, n. 476. — Beudant, *Obligations*, n. 267 et *Vente*, n. 132. — Capitant, 3^e éd., p. 274. — Bufnoir, p. 623. — Giorgi, *Obbligazioni*, IV, n. 137.

pereur qui prétendait n'appliquer que les principes sur la bonne foi¹; dans la société lorsque la fixation des parts de bénéfice avait été confiée à un tiers².

392. — Dans l'Ancien droit, le domaine de la lésion tendit à s'élargir. On l'admit dans les ventes lorsqu'elle dépassait la moitié de la valeur, dans les autres contrats commutatifs lorsqu'il y avait lésion énorme³. On tendit à l'admettre en faveur des corps et communautés, on appliqua volontiers la rescision en cas de lésion dans le partage⁴.

Par contre on tendait à rejeter la rescision pour lésion dans les transactions, dans les contrats où la valeur de la chose est incertaine, comme les cessions de droits successifs, les contrats les échanges aléatoires⁵ ou dans les contrats portant sur des choses mobilières qui circulent vite, ou dans les ventes sur saisie⁶. On tendait également dans les ventes à rejeter la rescision en faveur de l'acheteur⁷.

393. — A l'époque révolutionnaire, la loi du 14 fructidor an III abolit la rescision pour lésion et les actions nées auparavant furent déclarées provisoirement suspendues. Le sort de ces dernières fût réglé par une série de textes : lois des 3 germinal an V, 19 floréal an VI, 2 et 24 prairial an VII. Ces mesures avaient en grande partie pour raison la dépréciation des assignats, comme le signale Cambacerès au Conseil d'Etat, le II brumaire an XII⁸.

Lors de la préparation du Code civil, la rescision pour lésion fut très vivement combattue par Berlier, d'abord le

¹ Code, 3. 38. 3.

² Dig., *pro socio*, l. 79.

³ V. Brissaud, *Histoire du dr. français*, p. 1421. — V. Pothier, II, éd. Bugnet, p. 21.

⁴ Pothier, *loc. cit.* — Guyot, *loc. cit.*

⁵ Pothier, II, p. 22, et X, p. 355. — Guyot, Rép. v° *Lésion*.

⁶ Pothier, I, p. 716.

⁷ Guyot, *loc. cit.*, qui cite un arrêt du Parlement de Paris du 10 juillet 1675 et une sentence du châtelet de Paris du 29 août 1760.

⁸ Locré, XII, p. 134. — V. Guillouard, *Vente*, II, n. 683. — Larombière, art. 1118, n. 3. — Baudry et Saignat, n. 672.

11 brumaire an XII, à propos de l'art 1118, mais surtout le 30 primaire et le 21 nivôse an XII à propos de la rescision dans la vente ¹.

Berlier opposa qu'au point de vue historique, il n'était pas certain que Dioclétien eût créé la rescision pour lésion, qu'au point de vue rationnel, il était difficile d'admettre la rescision, car « les choses n'ont pas en général un prix vrai... le plus ou moins d'affection, les convenances, la situation diverse des parties, voilà bien des motifs d'appréciation diverses, le prix n'est connu que par la convention même ².

Portalis montra qu'il suffisait de savoir si le droit romain avait à un moment donné, admis la rescision pour lésion, ce qui n'est pas douteux. De plus, il fit observer que c'est exagérer les difficultés que de prétendre que la valeur ne peut se déterminer. « Dans chaque localité, on connaît en général, la valeur réelle et la valeur relative des propriétés, l'on décide du prix de celles qu'il faut estimer par comparaison avec celles qui l'entourent » et cette idée fut reprise par Bonaparte dans la séance du 21 nivôse.

Enfin, il est exagéré de prétendre qu'on ruine la sécurité avec la rescision pour lésion, remarquait-il. On peut en dire autant de toute cause de nullité.

Cambacerès ajouta avec raison qu'on ne peut approuver un système rendant inébranlable un contrat donnant tant à l'un et rien à l'autre.

Après une très longue discussion, où ces idées furent reprises sous différentes formes, le principe de la rescision de la vente en cas de lésion fût adopté.

394. — Les idées qui se sont heurtées au Conseil d'Etat, en dehors de ce point pratique que la valeur est difficile à

¹ Loqué, XII, p. 134-135 et XIV, p. 62-73 et p. 76-95.

² Berlier résume à ce sujet la brochure du professeur allemand Thomasius intitulée de arquite cerebrina et absolument hostile à tout effet de la lésion.

établir, sont en réalité des principes sociaux de très grande portée. C'est, d'un côté, le principe de la liberté des contrats fondement de la sécurité des affaires¹. C'est, de l'autre, l'idée interventionniste qui peut se fonder, suivant les cas, sur une certaine présomption de dol ou d'absence de liberté, sur la solidarité sociale entre les contractants, sur l'idée même du minimum d'existence.

L'intervention de l'Etat dans les contrats consentis sans qu'il y ait vice prouvé de la volonté, peut en effet, se justifier parfois par une présomption de dol. Portalis n'a pas craint à ce propos de parler de *dolus re ipsa*. Cette présomption de dol, qui est admissible si elle concorde avec la réalité des faits pratiques, peut servir à expliquer soit l'effet de la lésion en faveur des mineurs (art 1305 Civ.), soit l'effet de la lésion dans les ventes d'immeubles (art. 1674 Civ.) ou dans les achats d'engrais (loi du 8 juillet 1907). Dans ces divers cas, il peut être présumé qu'il y a dol. On peut ajouter en cas de vente d'immeubles que le vendeur a été en quelque sorte violenté, que le besoin d'argent lui a fait vendre trop bon marché un bien dont il connaissait la valeur, mais pour lequel il lui manquait de trouver assez vite un acheteur à un prix raisonnable².

On peut encore voir dans la lésion une variété d'erreur : l'erreur sur la valeur, dont par exception il serait tenu compte³.

¹ V. ces idées libérales dans Baudry et Barde, I, n. 121. — Demolombe, XXIV, n. 194. — Beudant, *Obligations*, n. 269. — Cf. cep. n. 275. — Cf. Guillouard, *Vente*, II, n. 684. — Batbie, *Cours d'économie politique*, II, n. 187.

² Cf. Huc, qui approuve la rescision du partage, mais non de la vente (V. n. 465 et X, n. 190). — V. en faveur du système actuel Beudant, *Vente*, n. 143 et 144. — Guillouard, *Vente*, II, n. 684.

³ En ce sens il a été jugé que la lésion peut venir soit d'erreur de fait, soit d'erreur de droit. Trib. Anvers, 24 nov. 1893. Pas., 1893. 3. 71. Il a été jugé de même qu'en appel on peut invoquer l'erreur si en

A un autre point de vue la lésion repose sur une présomption de consentement vicié : c'est lorsqu'un contrat est passé entre un professionnel qui connaissait toutes les habiletés du métier et le public ignorant. Il n'est pas difficile au marchand d'engrais chimiques de vendre trop cher à un cultivateur ignorant. Il n'est pas plus difficile au mandataire de profession de se faire promettre par un client des honoraires trop élevés en faisant croire que le mandat est très difficile à bien exécuter.

D'autre part, traditionnellement le partage qui intervient entre cohéritiers ou anciens associés exige une stricte égalité, conforme aux tendances niveleuses et favorable à l'absence de jalousies et d'inimitiés entre copartageants. On comprend donc qu'on tienne ici compte de la lésion (art. 887 Civ).

Il en est de même dans les contrats où un tiers, un contractant même doit faire l'estimation d'une valeur (art. 1592 Civ., art. 1854). Cette mission de confiance implique par sa nature même qu'elle sera scrupuleusement remplie (art. 1854).

En troisième lieu, la solidarité sociale exige une certaine égalité dans les prestations. Si chaque contractant cherche à réaliser un grand bénéfice, il ne faut pas que cela soit au point qu'il ruine son cocontractant et le réduise à la misère. Aussi comprend-on que le vendeur d'immeubles, l'acheteur d'engrais puissent demander la rescision et à l'heure actuelle on se demande s'il ne faudrait pas tenir compte de la lésion dans le contrat de travail ¹.

première instance on n'a parlé que de lésion ou inversement. Gand, 19 juillet 1904. Pas. 1905. 2. 285.

Cf. sur ce caractère de la lésion de dériver d'autres vices du consentement, erreur, dol, etc. Colin et Capitant, II, p. 304.

¹ V. Barthélemy Raynaud, *vers le salaire minimum*, p. 124-135.

V. l'art. 11 du *Projet de la société d'études législatives sur le contrat de travail*. *Bulletin*, 1905, p. 599 et suiv. V. les observations de M. Châtelain et la réponse de M. Perreau, *Revue critique*, 1906, p. 538 et 553.

— E. Escarra, *La lésion dans le contrat de travail*, *Bull. Société d'études législatives*, 1906, p. 243. — Brants, *Le salaire usuraire devant la*

395. — Ce dernier cas de lésion montre que la théorie de la rescision pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur¹.

La théorie de la lésion n'a pas sa base dans l'inégalité des prestations, car dans tout contrat l'un des deux perd ou gagne, en outre la valeur est une notion fuyante. Elle n'a pas sa base dans ce microcosme de deux contractants, mais dans cette idée plus ample qu'une inégalité telle qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant, une classe est contraire à l'harmonique développement des forces sociales. D'où nécessité d'une lésion grave².

Ainsi la théorie de la lésion, que l'on représente parfois comme vouée plutôt à la disparition³ a devant elle un bel avenir à mesure que les idées libérales perdent du terrain. On pourrait fort bien la voir s'étendre⁴. La jurisprudence

loi et les juges allemands. — Capitant, *Législation industrielle*, p. 159. — Guilier, *Stipulations usuraires dans le contrat de travail*, thèse Paris, 1907. — Perreau, *Le contrat de travail*, p. 12. (Publication de l'Association pour la protection des travailleurs). — Ryan, *Salaire et droit à l'existence*.

Cf. Cosentini, *Réforme de la législation civile*, p. 279 et suiv. R. de la Grasserie, *L'inégalité dans les contrats en droit comparé*. *Bull. de la Société de législation comparée*, XL, p. 482. V. au point de vue historique, Palier, *L'idée de juste salaire*, thèse Toulouse, 1903.

¹ V. *Bull. de la Société d'études législatives*, 1921, p. 216.

V. cep. dans le sens de la limitation de la lésion au partage et à la vente d'immeubles H. Pascaud, *Principe de la non rescision pour lésion*. *Revue générale de droit*, 1895, p. 486.

² V. cep. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 375, qui reste attaché à l'idée du juste prix tel qu'il résulte des besoins normaux de la communauté.

³ Baudry et Barde, I, n. 121. — V. cep. Capitant, 3 éd., p. 275.

⁴ V. en faveur de cette extension, Duthoit, *Liberté du contrat et tradition chrétienne*, note p. 21 et suiv. Colin et Capitant, II, p. 305. Rapp. Gounot, *L'autonomie de la volonté*, thèse de Dijon, 1912, p. 368 et suiv. et p. 435 et suiv. A. de Tarde, *L'idée de juste prix*, thèse Paris, 1907, p. 306-335. Dijol, *La justice dans les contrats et les obligations lésionnaires*. Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*.

inconséquemment l'étendue en réduisant les salaires des mandataires, en contournant les appréciations faites contrairement à l'équité, parfois même en réduisant les prix de vente des fonds de commerce. Mais ce qu'il faut ajouter, c'est que cette théorie contraire à la sécurité ne peut être arbitrairement étendue sans danger. Il est utile de la limiter à certains contrats, à certaines lésions importantes.

Admise modérément, elle peut être très bienfaisante et comme le remarquait Bonaparte « elle retiendra l'injustice et précisément parce qu'elle existera, il y aura moins d'occasions de l'invoquer. Ce sera surtout l'avantage que les mœurs tireront de la loi : on craindra l'action en rescision et l'on n'osera se permettre une lésion énorme ¹ ».

La poussée moderne contre la lésion paraît devoir se manifester sur deux points principaux.

D'abord en matière de salaire : où l'on tend à tenir compte de ce que des salaires sont trop bas ².

Ensuite dans les ventes à tempéraments, où des abus, peu connus des tribunaux se produisent ³.

La façon suivant laquelle la lésion peut pénétrer dans la théorie des contrats a été approfondie par M. Barassi ⁴.

¹ Loqué, XIV, p. 91.

² Outre les ouvrages déjà cités v. Tixier, *L'idée de juste salaire*, thèse de Dijon, 1909. — Mercier, *Le minimum de salaire*, thèse de Lyon, 1912. — E. Perren, *La lésion dans le contrat de travail*, Paris, 1908. — Fontana, *Tendances actuelles à modifier la condition du débiteur*, thèse de Montpellier, 1908, p. 157 et suiv. — Théry, *Réglémentation jurisprudentielle du contrat de travail*, p. 77 et suiv. — Gerlier, *Stipulations insurables dans le contrat de travail*, Paris, 1908. — Cf. Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n. 108 et suiv.

³ V. Paris, 23 nov. 1898. Gaz. Pal., 1899. I. 90. — Dijol, *Exploitation usuraire de l'acheteur dans la vente à tempérament*. *Revue d'économie politique*, 1913, p. 634-643. — Cf. Vallat, *La vente à tempérament*, thèse de Montpellier, 1900, p. 261. Rappr. p. 220-254, le droit comparé). — Rappr. sur le contrat d'assistance en mer la convention de Bruxelles du 23 septembre 1910, art. 7.

⁴ *Giuste salario e salari anormali*. *Riv. di dir. commerciale*, XV^e année.

X D'après lui, l'idée d'un salaire juste n'est pas admissible, car les appréciations des parties sont déterminées par des éléments subjectifs. Mais on peut tenir compte du prix normal, c'est-à-dire du prix courant, étant donné chaque localité; non pas dans tous les cas, mais si l'on abuse de l'état de nécessité ou de l'inexpérience de l'autre partie. Ce fait ne peut être qualifié de violence, ni d'acte sans cause. Mais la disproportion et l'abus réunis pourraient entraîner l'inexistence. Sauf qu'il serait peut être dangereux d'admettre plus qu'une nullité relative, cette vue peut être admise *de lege ferenda*, car elle paraît une innovation incompatible avec le droit positif actuel.

396. — Etant donné la difficulté incontestable d'établir la valeur des choses, il en résulte que le législateur est forcé de se montrer prudent. Il ne tient compte que des lésions graves. C'est ce que disait déjà l'ancien droit en parlant de : *læsio enormis*¹. Nous verrons l'application de cette idée dans les textes principaux du code civil, à propos de la vente et du partage.

397. — Au point de vue technique, la lésion apparaît d'après ce que nous avons dit comme étant tantôt la suite d'un vice du consentement présumé, tantôt une injustice que pour des raisons objectives la loi juge bon de réprimer. Le premier caractère produit surtout des conséquences pour la définition de la lésion des mineurs, le second est dominant dans la lésion des majeurs, bien que celle-ci vienne assez souvent d'un consentement un peu forcé, comme dans la vente, ou la société. Mais la conception technique de la lésion sur laquelle les auteurs ont beaucoup insisté, ne paraît pas susceptible d'autres conséquences² importantes.

¹ Cf. Larombière, I, art. 1118, n. 1.

² V. comme rattachant à l'idée que la lésion est le fait d'un défaut de liberté, Pothier, *Oblig.*, n. 33; comme se rattachant à l'idée d'erreur, Demolombe, XXIV, n. 202. — Colmet de Santerre, V, n. 28 bis-II. — Huc, VII, n. 40. — Laurent, XV, n. 485 et XXIV, n. 440. — Capitant, 3^e éd., p. 274. Au contraire, Bufnoir, p. 623. Baudry et

On peut cependant déduire encore de cette conception technique deux autres conséquences accessoires.

Lorsque la lésion n'est pas un vice du consentement présumé, il faut admettre que si la nullité d'un contrat formée pour vice de consentement a été rejetée, une nouvelle demande en nullité peut être formée du chef de lésion, ou inversement : ce qui a été jugé sur le premier point n'est pas une décision implicite sur le second¹.

Lorsque la lésion n'est pas un vice du consentement, au cas où le contrat a été passé par un tiers qui s'est porté fort pour l'intéressé, et où celui-ci a hérité du porte fort, le tiers peut encore opposer la lésion. Peu importe qu'aucune pression ne se soit exercée sur lui, objectivement il y a un acte qu'il faut annuler².

Inversement, au cas où la lésion est un vice du consentement, si certaines conditions du contrat sont fixées par un tiers il n'y aura pas rescision³. En effet, le tiers n'était pas soumis à la même pression que le vendeur lui-même. Il a donné son estimation en pleine indépendance. Si son

Barde, I, n. 124, distinguent et voient une erreur en cas de partage, une violence en cas de vente comme expliquant la lésion. M. Planiol y voit une violence dans la vente et une atteinte à l'égalité dans le partage. (II, n. 1588 et III, n. 2422.) Ailleurs il y voit une erreur ou une violence, I, n. 286. — Beudant, *Oblig.*, n. 268, y voit un vice spécial. Cf. Huc, VII, n. 40. — Cf. Giorgi, IV, n. 110, qui y voit suivant les cas un vice d'erreur et un vice objectif. — V. sur l'idée d'un vice objectif, Maury, *Notion d'équivalence*, I, p. 171.

Il a été jugé que l'erreur et la lésion ayant même nature. l'un de ces vices étant invoqué devant le tribunal, on pouvait encore faire valoir l'autre en appel. Gand, 19 juillet 1904. Pas. 1905. 2. 285.

¹ V. sur le principe Baudry et Barde, IV, n. 2681. — Giorgi, IV, n. 122.

Cf. Trib. Lyon, 27 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90. Cf. sur la rectification du partage et la lésion. Req., 4 juin 1913. Gaz. Trib., 11 juin 1913. — V. cep. Gand, 17 juill. 1905. Pas. 1905. 2. 285.

² V. contrà civ., 28 juin 1857. D. 1859. 1. 299.

³ V. en ce sens Bordeaux, 23 juillet 1853, S. 1854. 2. 427, D. 1856. 5. 480. Contrà Bastia, 1^{er} février 1892, S. 1892. 2. 201 avec une note. — Baudry et Saignat, n. 684. Aubry et Rau, IV, § 358, note 4. Guillaud, *Vente*, II, n. 692. — Huc, X, n. 160.

appréciation est manifestement contraire à l'équité, le tribunal la revisera, comme il peut le faire pour toute mission de confiance remplie de façon abusive (.v infra), mais les conditions spéciales de la lésion ne seront pas exigées.

398. — Quant à la sanction de la lésion, elle est ordinairement une action en nullité, mais dans bien des cas, la loi traite autrement le contrat : elle en annule ou modifie les clauses entachées de lésion. Ainsi en est il pour la lésion dans les ventes d'engrais (loi du 8 juillet 1907) où il y a seulement réduction de prix, pour la lésion dans la fixation des parts d'associés dans les bénéfices (art. 1854 Civ.). Ainsi le prêt usuraire sera ramené à un prêt au taux maximum de l'intérêt légal conventionnel soit 5 o/o en matière civile (loi du 3 septembre 1807 art. 1). La clause d'irresponsabilité du patron pour les accidents de travail est nulle (loi du 9 avril 1898 art 30). Il en serait de même de la convention permettant au patron de faire des retenues supérieures à celles visées par la loi du 27 juillet 1921 sur les salaires.

Nous trouvons des cas nombreux où d'ordinaire on ne parle pas de lésion, mais où la solution légale est inspirée par la crainte de la lésion et où celle-ci est évitée en ne respectant pas une certaine clause du contrat. Deux cas sont particulièrement importants. En vertu du décret du 10 août 1899 sur les marchés passés au nom de l'Etat, si l'Administration constate une différence entre le salaire payé aux ouvriers et le salaire courant déterminé par le bordereau dressé, elle « indemniserá directement les ouvriers lésés au moyen de retenues opérées sur les sommes dues à l'entrepreneur et sur son cautionnement. » Mais la jurisprudence n'admet pas que l'ouvrier puisse agir directement contre le patron ¹.

L'art. 33 i. Trav. (loi du 10 juillet 1915)

¹ Cass. civ., 25 mars 1908, S. 1911. I. 369 avec note de M. Demogue.

différence constatée en moins entre le salaire payé à l'ouvrière à domicile de l'industrie du vêtement et celui qui aurait dû l'être d'après les tarifs établis, doit être versée à l'ouvrière insuffisamment retribuée.

Notion de la lésion.

399. — La notion de la lésion n'est pas exactement la même selon qu'il s'agit des majeurs ou des mineurs.

Quand il s'agit de la lésion pour les mineurs, la jurisprudence tend à admettre qu'il y a lésion non seulement si l'opération est mauvaise en soi, mais encore si elle est mauvaise par rapport au mineur : celui-ci ayant acheté une chose inutile pour lui. Ainsi il y a lésion si le mineur achète à leur prix normal des objets utiles qu'il est dans l'impossibilité actuelle de payer¹. Il y aurait également lésion pour une mineure à acheter des toilettes trop riches pour sa situation de fortune à moins que cette dépense ne fût nécessitée par son industrie et ne fût de nature à en augmenter les bénéfices². Mais le contrat est valable si on achète une chose à son prix sans que cette dépense soit disproportionnée à la situation de fortune du mineur³.

Ces solutions doivent être approuvées, car le mineur peu expérimenté peut aussi bien se laisser tenter par des objets trop luxueux pour sa condition, ou inutiles, que par des objets vendus un prix excessif.

¹ Dijon, 12 avril 1880, S. 1882. 2. 213 (achat d'immeubles). — Trib. de paix de Castillon en Converano, 3 nov. 1897. *Rev. Just. de Paix*, 1898, p. 96 (achat d'une machine à coudre inutile). Lyon, 23 mars 1900. *Mon. Lyon*, 22 juin 1900 (achat de métiers électriques par qui n'a pas l'électricité). — Cf. trib. Seine, 21 avril 1913, *Gaz. Trib.*, 27 août 1913.

² Lyon, 16 janv. 1880. *Mon. de Lyon*, 14 févr. 1889.

³ Trib. Seine, 21 avril 1913. *Gaz. Trib.* 1913, 2^e sem., 2. 150, achat d'une motocyclette. Cf. trib. Toulouse, 12 fév. 1914. *Gaz. Trib. Midi*, 26 avril 1914.

400. — Mais la conception de la lésion entre majeurs est plus étroite. On ne tient plus compte de la convenance par rapport à la situation sociale de la personne.

Il y a lésion lorsque l'acte dans son ensemble, pris au moment de la perfection, ne procure à un contractant que des contre prestations d'une valeur inférieure au cours de celles qu'il promet. Tel est le principe que l'on peut poser pour fixer s'il y a lésion dans un acte entre majeurs.

La lésion doit provenir d'abord d'une erreur d'estimation. Il en résulte que pour les contrats dont les conditions sont tarifées par avance de façon générale, la lésion se trouve par la même exclue. Or cette tarification se présente de plus en plus fréquemment, par suite de tarifs légaux : tarifs des officiers ministériels, des compagnies concessionnaires de chemin de fer, de service de gaz, électricité, etc. Les contrats collectifs tendent aussi à établir des tarifications importantes¹.

S'il y avait une simple erreur de calcul, celle-ci serait rectifiée et il n'y aurait pas nullité².

Comment doit se faire l'estimation pour savoir s'il y a lésion ?

La lésion apparaît comme un vice du contrat de nature objective. Si le code en parle à propos du consentement, si les travaux préparatoires révèlent l'idée d'un *dolus re ipsa* ce sont là des indices de l'explication donnée par le législateur de l'idée de lésion, mais rien de plus³.

401. — Pour savoir s'il y a lésion, on doit apprécier l'opération juridique dans son ensemble⁴. Celui-ci se détermine d'ordinaire par l'acte qui a été passé. Ainsi une vente

¹ V. Thaller, *Vie juridique du français*, II, p. 35 et suiv.

² Demolombe, XVII n. 416. — Laurent, X, n. 477. — Baudry et Wahl, *Successions*, III n. 3441.

³ V. cep. contra Dijol, *La justice dans les contrats et les obligations lésionnaires*, p. 17.

⁴ V pour le partage, Demolombe, XVII, n. 419. — Cass. civ., 8 janv. 1913, D. 1913. 1. 208, pour la vente. Aubry et Rau, V, p. 179.

ou un partage de plusieurs immeubles étant faite en bloc il faudra voir si au total il y a lésion, peu importe même que plus tard ces immeubles aient été revendus au détail¹.

Mais si un marchand d'engrais a fait plusieurs ventes successives à un même client, on examinera pour chaque vente séparément s'il y a lésion et on ne devra pas considérer l'ensemble des fournitures venant de commandes séparées.

Mais lorsque les actes juridiques distincts forment un ensemble qu'on ne peut raisonnablement séparer, il faut voir d'après la réunion des actes s'il y a lésion. Ainsi lorsqu'il a été fait plusieurs partages partiels, c'est d'après l'ensemble des partages qu'il faut déterminer s'il y a lésion².

De même s'il y a eu plusieurs partages d'ascendants successifs, c'est sur l'ensemble de ces partages que l'on déterminera s'il y a lésion³.

On va même plus loin. Il faut tenir compte également de la part recueillie au décès dans la succession ab intestat car ces biens viennent compléter ceux recueillis dans le partage

¹ V. Trib. de Chinon, 7 août 1902. *Le Droit*, 17 août 1902. — Trib. Dinant, 6 déc. 1894. *Journ. Trib.*, 1895. 145. Req., 27 juillet 1880, S. 1881. I. 312, D. 1881. I. 117. Aubry et Rau, V, § 358, note 14 bis. — Guillouard, *Vente*, II, n. 708. — Pour le partage, Giorgi, IV, n. 126. — Demolombe, XVII, n. 419.

² Cass. Req., 27 avril 1841, S. 1841. I. 388, D. 1841. I. 218. — Lyon, 10 août 1868, sous Cass., D. 1882. I. 169. — Req., 18 avril 1899. *Pand. fr.*, 1899. I. 337, D. 1899. I. 521 avec note Ambroise Colin, S. 1899. I. 321, avec note Wahl. — Trib. civ. de Libourne, 28 janv. 1908. *Gaz. Pal.* 1908. I. 622. — Chambéry, 13 juin 1899, D. 1900. 2^e 126. — Trib. Gand, 12 oct. 1903, *Pand. per.* 1904. 1172. — Aubry et Rau, VI, § 626, note 13. — Laurent, X, n. 482. — Huc, V, n. 465. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3456 et 3463. — Bertauld, *Quest. pratiques*, I, n. 572 et 575. — Giorgi, IV, n. 127.

Contra Demolombe, XVII, n. 428. — Cf. Demolombe, XXIII, n. 480.

³ Cass. civ., 18 déc. 1854, S. 55. I. 572, D. 55. I. 55. — Laurent, XV, n. 108. — Aubry et Rau, VIII, § 734, p. 38. — Bonnet, II, n. 571. — Baudry et Colin, II, 3696. — Labbé, J. P. 1863, p. 934. — Huc, VI, n. 444. — Cf. Demolombe, XXIII, n. 179.

d'ascendant¹ ou d'un don préciputaire fait après partage².

De même dans un partage de communauté, on appréciera l'ensemble y compris les prélèvements faits par un époux³. Par suite si les biens prélevés ont été estimés trop bon marché, cela pourra compenser les biens communs partagés estimés trop cher. Il est en effet toujours naturel d'examiner l'ensemble de l'opération, même si elle a successivement des aspects juridiques divers.

Lorsqu'un même acte contient des opérations juridiques entre personnes séparées, mais qui forment un tout, c'est sur l'ensemble qu'il faut examiner s'il y a lésion.

Ainsi en a-t-il été décidé pour un acte de partage d'ascendant contenant partage cumulatif de biens paternels et maternels⁴.

Il faudrait étendre cette solution au cas où on serait en face de plusieurs indivisions partagées par un seul et même acte : comme une communauté et une succession et cela serait vrai, notons le, même pour le cas où les appelés à chacun des partages ne seraient pas identiquement les mêmes.

Il en est de même si on partage plusieurs successions entre les mêmes personnes⁵.

¹ Civ. 29 août 1864, S. 1864. I. 435, sol. implic. — Montpellier, 3 févr. 1896. *Mon. du Midi*, 29 mars 1896. — Laurent, XV, n. 108. — Demolombe, XXIII, n. 180. — *Contrà* Aubry et Rau, VIII, § 734, note 6 et texte. — Huc, VI, n. 444. — Laurent, XV, n. 108.

² Montpellier, 5 juillet 1853, S. 1853, 2.692, sol. implic. Req., 18 avril 1899, précité. — Cf. Demolombe, XXIII, n. 177bis. Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3453.

³ Cass. civ., 13 août 1883, S. 1884. I. 289. — Paris, 2 mars 1874, 2. 167. — Bourges, 13 juin 1877, sous Cass., S. 1881. I. 151. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3452. Cf. Labbé, *Ex. doct.*, *Revue critique*, 1887, p. 439.

⁴ Limoges, 14 janv. 1887. *Gaz. Pal.*, 1887. 2. 388 (sol. implic.). Cass. Req., 25 fév. 1890. *Gaz. Pal.*, 1890. I. 418 (sol. implic.). — Cass. civ., 26 déc. 1876, D. 1877. I. 171 (sol. implic.). — Bordeaux, 8 mai 1878, D. 1879. 2. 183. — Bourges, 22 déc. 1879, D. 1880. 2. 118 (sol. implic.). — Bordeaux, 5 nov. 1909. *Rec. Bordeaux*, 1910. 1. 66. — Cass. civ., 18 juin 1867, D. 1867. I. 275.

⁵ Demolombe, *Success.*, V. n. 429. — Giorgi, IV, n. 127.

Il n'y a pas lieu à rescision si au total un des copartageants a reçu ce à quoi il avait droit ¹.

De même pour apprécier la lésion on examine ensemble deux actes faits l'un en conséquence de l'autre, comme un partage et une donation faite en même temps pour compléter la dot du copartageant ².

Ou encore on considère un partage d'ascendant et une donation précipitaire à un héritier faite par le même acte ³.

C'est donc au total l'ensemble de l'opération juridique qui doit être considéré.

Mais la jurisprudence manifeste des tendances un peu littérales en ce que dans une opération juridique elle tend à scinder les actes précis pour lesquels la loi admet la rescision et à les considérer seuls pour voir s'il y a lésion. Si des meubles et des immeubles ont été vendus en bloc, on procède à une ventilation pour voir la part du prix afférente aux immeubles, pour lesquels la loi seule considère la lésion ⁴.

De même au cas de partage d'ascendant, lorsqu'il a été fait une libéralité précipitaire dans le même acte ⁵ ou à plus

¹ V. Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3465. — *Contra* Demolombe, XVII, n. 429.

² Nîmes, 3 nov. 1849, D. 1852. 2. 180 sol. implic. Dans l'espèce l'acte fut valide, le co-partageant ayant en même temps reçu une donation proportionnée au résultat du règlement.

³ Demolombe, XXIII, n. 177 bis, qui l'admet si c'est l'intention du donateur.

⁴ Orléans, 14 févr. 1894, sous Req., 15 juin 1895, D. 1900. 1. 489. — Lyon, 10 juin 1875, S. 1876. 2. 119. — Cf. Req., 28 juill. 1869, D. 1870. 1. 117.

Baudry et Saignat, n. 681. — Aubry et Rau, V, § 358, note 6. — Laurent, XXIV, n. 424. — Huc, X, n. 160. — Colmet de Santerre, VII, 120 bis-III.

Cf. Guillouard, *Vente*, II, n. 687, qui au cas où les meubles et immeubles forment un tout indivisible rejette la rescision, ne l'admettant que pour les immeubles facilement séparables.

⁵ Cf. Montpellier, 5 juillet 1853, S. 53, 2. 692, D. 54. 2. 63. — V. Aubry et Rau, VIII, § 734, note 9. — Demolombe, XXIII, n. 177 bis. — Baudry et Colin, II, n. 3695.

torte raison dans un acte séparé, il n'y a pas à compter le préciput pour savoir s'il y a lésion. Le préciput fût-il inséré dans le partage, il constitue dans l'intention de l'ascendant un acte séparé¹.

Mais la jurisprudence, après hésitation, entend le mot partage de façon plus large dans un autre cas. Quand dans un partage de communauté un des époux éprouve une lésion, on la calcule en considérant tant ses prélèvements que sa part dans l'actif net². La jurisprudence justifie sa solution sur ce que le prélèvement est un préliminaire indispensable du partage. Elle invoque ensuite les articles 828 à 830 Civ. qui considèrent le prélèvement comme une opération du partage. On pourrait ajouter que la loi voulant l'égalité dans les partages, pour éviter les inimitiés de famille, les jalousies, il est plus naturel de considérer en bloc la liquidation faite au lieu d'en séparer les éléments.

Si dans un partage d'ascendants on fait un préciput, celui-ci ne contient toutefois pas à lui seul une lésion même s'il est important. C'est en effet un acte séparé du partage³. Il y aura seulement à voir si la lésion se calculera sur l'ensemble du préciput et de la part. C'est ce que nous avons précisé.

Enfin, il est certain que dans le partage, on ne tient compte que des biens partagés. Dans un partage d'ascendants, on ne s'occuperait pas des biens donnés à un étranger⁴.

¹ Caen, 21 nov. 1838, S. 1838. 2. 419. — Nîmes, 8 nov. 1864, S. 1865. 2. 74. — Bordeaux, 27 déc. 1869, D. 1871. 2. 201. — Montpellier, 5 juillet 1853, D. 54. 2. 63. — Demolombe, XXIII, n. 177. — Aubry et Rau, VIII, § 734, note 8. — Baudry et Colin, II, n. 3694. — *Contra* Grenoble, 8 mai 1835, S. 1835. 2. 554.

² Bourges, 13 juin 1877 sous Cass., 21 juillet 1880, S. 1881. 1. 151, pour le cas où les prélèvements n'absorbent pas tout l'actif. — Cass., 13 août 1883, D. 84. 1. 49, S. 1884. 1. 289 sur renvoi. Poitiers, 21 mai 1884, S. 1886. 2. 89, avec note de M. Esmein, D. 84. 2. 196.

³ Planiol, III, n. 3389.

⁴ Demolombe, XXIII, n. 176. — Laurent, XV, n. 107.

Si dans un partage, un cohéritier accepte d'exécuter un legs verbal au profit d'un cohéritier, il ne faut pas tenir compte de ce legs pour voir s'il y a lésion. C'est une opération juridique indépendante¹.

En résumé, l'unité d'acte au point de vue de la lésion s'apprécie plus subjectivement qu'objectivement d'après l'écrit dressé ou la chose objet d'un contrat.

402. — La jurisprudence de la Cour de Cassation tout au moins tend à considérer l'ensemble d'un contrat de travail passé par un mineur pour savoir s'il y a lésion. Elle a refusé de fractionner un contrat de travail supprimant le délai de préavis en faveur de l'ouvrier pour annuler cette clause tout en conservant le surplus².

Dans le même esprit que la Cour de Cassation, la Cour de Besançon a admis que si un mineur embauche un ouvrier, il n'y a pas lésion si celui-ci étant victime d'un accident du travail, le patron lui doit une indemnité. Cette éventualité de payer une indemnité ne peut être considérée comme une lésion. D'abord elle est légale, ensuite il faut l'apprécier en la réunissant à l'ensemble du contrat³.

La jurisprudence des tribunaux tend au contraire à séparer du reste d'un contrat de travail les clauses de dedit excessives et dans des engagements d'acteurs mineurs, elle annule la clause en question et elle seule⁴. Mais c'est surtout un moyen pour payer le travail effectué par le mineur au prix convenu dans le contrat.

¹ Besançon, 6 déc. 1905, S. 1906. 2. 98. V. Perreau, *Ex. doctrinal*, *Rev. critique*, 1906, p. 587.

² Cass. civ., 13 févr. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 336, S. 1910. 1. 29. *Rev. critique*, 1911, p. 74, D. 1907. 1. 33, note M. P. *Belgique judic.*, 1908. 131. — Grenoble, 25 juillet 1893, D. 1896. 1. 580. — Cass. civ., 26 mars 1919, D. 1920. 1. 16, S. 1920. 1. 153.

³ Besançon, 5 déc. 1913. *Gaz. Pal.*, 1914. 1. 526.

⁴ Paris, 8 juillet 1882, D. 1883. 2. 93, S. 1885. 2. 106. — Paris, 1^{er} mai 1877, D. 1878. 2. 108 (contrat passé par le tuteur). — Trib. Seine, 7 déc. 1912. *Gaz. Trib.*, 1913, 1^{er} sem., 2. 60. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 426. Paris, 27 juin 1889, D. 1890. 2. 206. — Trib. Seine, 29

403. — Pour apprécier s'il y a lésion il faut se placer au moment où le contrat devient parfait¹, au moment de la vente dit l'art. 1675, à l'époque du partage dit l'art. 1890.

Pour une vente ce sera donc au jour où elle a été acceptée et non au jour de la sollicitation². S'il y a eu promesse de vente, la lésion s'appréciera, pour des raisons d'ordre pratique, non au jour de cette promesse, mais au jour où le bénéficiaire a déclaré vouloir en profiter³. S'il y a vente sous condition suspensive, ce sera au jour de l'arrivée de la condition, le contrat étant incertain jusque là. Mais ce sera immédiatement au cas de condition résolutoire, le contrat s'exécutant provisoirement.

De même pour un partage on appréciera la valeur des biens le jour où le partage sera définitif⁴, et s'il y a eu plusieurs partages partiels, du jour du dernier partage. Pour le partage d'ascendant fait par testament ce sera le jour du

NOV. 1911. Gaz. Trib. 1912, 1^{er} sem., 2. 133. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 518. — Cf. trib. de la Seine, 14 avril 1885, S. 1888. 2. 173. — Trib. Seine, 26 févr. 1901. Gaz. Trib. 1901, 1^{er} sem., 2. 440.

Cf. Feuillet, *Conséquences jurid. de la minorité sur le contrat de travail*, th. Lille, 1911, p. 92.

¹ Cf. Baudry et Saignat, n. 703. — Colmet de Santerre, VII, n. 121 bis. — V. infra, n. 530 bis. — Bufnoir, p. 623. — Pacifici Mazzoni, *Vendita*, II, n. 147. — Planiol, II, n. 1592 et III, n. 2424. — Guillouard, II, n. 702. — Aubry et Rau, V, p. 179. Trib. Turnhout, 9 mai 1895. *Journ. Trib.*, 1896, 704.

Cet état matériel sera fixé en tenant compte des récoltes pendantes. V. Cass., 15 déc. 1830, D. v^o *Vente*, n. 1645. — Laurent, XXIV, n. 435. — Baudry et Saignat, n. 703.

² Paris, 26 août 1847, D. 1848. 2. 43, S. 1848. 2. 161. — Cf. Req., 24 juillet 1855, D. 1855. 1. 418.

³ Civ. 14 nov. 1916. S. 1921.1.365. Cf. cass., 21 févr. 1910. *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 442. Paris, 26 août 1847, précité. Il a été jugé que l'auteur d'une promesse de vente pouvait immédiatement la faire rescinder pour lésion. Trib. Seine, 27 fév. 1884. Gaz. Pal., 1884.2.578. *contra* Giorgi, IV, n. 142, et Amiens, 16 juin 1841, S. 1844.2.263., D. 1844.2.190.

⁴ V. Liège, 25 mai 1887. Pas. 1887. 2. 390. — Huc, V, n. 469. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3448. Il a été jugé que de ce jour court le délai pour agir en nullité. Riom, 19 mars 1894, D. 1895. 2. 340.

décès¹. Mais au jour de la perfection du contrat, il faut tenir compte de tous les faits actuels, même inconnus, du vendeur : par exemple de richesses souterraines connues dans un certain public, mais que le propriétaire ignorait : sources, richesses minières².

Au contraire, on ne tient pas compte des faits futurs, comme des divers travaux publics projetés³, on pourrait en dire autant des divers procédés techniques à l'étude qui doivent permettre d'utiliser des terrains ou des minerais jusque là sans utilité.

Il en est de même si un partage n'est pas exécuté, on ne peut ici parler de lésion⁴, mais seulement de droit à garantie. Ou si un héritier est évincé de partie de son lot⁵. De même si par le jeu d'une clause de retour inscrite dans un partage d'ascendant, les biens donnés à un descendant se trouvent presque seuls repris, tandis que la part des autres ne l'est pas, il n'y a pas de lésion, car le contrat envisagé au moment de sa rédaction était égal pour tous⁶. De même une vente faite pour un prix simultanément compensé contre celui d'une cession de créance n'est pas entachée de lésion si la créance est contre un débiteur actuellement solvable qui devient plus tard insolvable⁷.

De même un emprunt n'est pas entaché de lésion si le mineur qui l'a fait a employé l'argent à un achat qui lui a

¹ Baudry et Colin, II, n. 3703.

² Trib. de Mortagne, 28 janv. 1897. Gaz. Pal., 1897. I. 792 et sur appel. Caen, 17 janv. 1898. Gaz. Pal., 1898. I. 306 (terre contenant du kaolin).

³ Cass. Req., 18 nov. 1867, S. 1868. I. 23, D. 1868. I. 345. — V. cep. Aubry et Rau, V, § 358, note 14, qui admet le contraire si une expropriation est imminente.

⁴ Contrà Limoges, 8 janv. 1847, D. 1847. 2. 159. — V. en notre sens, Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3448.

⁵ Colmet de Santerre, III, 231 bis-IV.

⁶ Angers, 13 mars 1867, D. 1867. 2. 214.

⁷ Cass. civ., 29 janv. 1896, D. 1896. I. 556. — Aubry et Rau, V, § 358, note 2 bis.

causé une perte¹. L'engagement d'un ouvrier par un patron mineur n'est pas non plus lésif si par suite d'un accident du travail le patron doit payer une rente élevée². Il importerait peu que la lésion ait diminué depuis, la rescision ne serait interdite que si la lésion avait totalement disparue, auquel cas on appliquerait le principe : pas d'intérêt, pas d'action. En résumé, il faut donc une lésion dans une certaine proportion lors de la perfection du contrat, lésion qui n'ait pas totalement disparu le jour où l'action est intentée.

404. — Dans un cas toutefois pour apprécier la valeur des biens, la jurisprudence, après hésitation, a admis qu'il fallait se placer à une autre époque que le moment où le contrat est parfait : c'est pour les partages d'ascendants faits par actes entre vifs.

Cette solution est d'accord avec le principe établi plus haut, d'après lequel la lésion se calcule sur l'ensemble des partages successifs y compris le partage *ab intestat*. On peut d'ailleurs dire que les partages d'ascendants ne sont qu'une partie du partage final.

Les textes impliquent cette manière de voir : les art. 1077 et 1078 parlent de la situation au jour du décès, et l'art. 1079, qui établit la rescision pour lésion parle de l'atteinte à la réserve, laquelle ne peut se calculer qu'au décès. Il est donc probable que le législateur en écrivant ces articles ne songeait à se placer qu'à l'époque du décès.

Enfin cette solution concorde avec la jurisprudence qui fait partir du décès les délais pour attaquer le partage d'ascendant³.

Actuellement la jurisprudence est très ferme en faveur de

¹ Cf. Besançon, 25 juillet 1884. Gaz. Pal., 1884. 2. 286.

² Besançon, 5 déc. 1913. Gaz. Pal., 1914. 1. 526.

³ V. not. Cass. civ., 23 mars 1887. Gaz. Pal., 87, 1. 491. — Req., 16 nov. 1885. Gaz. Pal., 1886. 1. suppl. 3. — Civ. 16 juill. 1849, D. 1849. 1. 237.

ce système d'estimation des biens au décès, mais d'après leur état au jour de la donation ¹.

Et au cas de partage cumulatif de biens paternels et maternels, on estime les biens lors du dernier décès ².

404 bis. — De ce que l'estimation se fait en principe au moment de l'acte, il faut conclure qu'on tiendra compte de toute fausse estimation à ce moment, omission d'un rapport ³, soule sur un héritier déjà insolvable ⁴, estimation d'une créance sur un tiers déjà insolvable ⁵.

Mais on ne tiendra pas compte de l'insolvabilité postérieure d'un débiteur.

Mais la jurisprudence étend la rescision au cas d'erreur de nature. On y ajoute parfois les erreurs de contenances

¹ Civ., 2 juillet 1895, S. 1895. I. 311, D. 1895. I. 511 — 26 déc. 1876, D. 1877. I. 171, S. 1877. I. 153. — Cass. civ., 4 juin 1862, D. 1862. I. 401. — Req., 18 fév. 1851, D. 1851. I. 594, S. 1851. I. 340. — Bordeaux, 9 juin 1863, D. 1863. 2. 207. — Cass. civ., 28 juin 1864, D. 1864. I. 280. — Cass. civ., 29 août 1864, D. 1864. I. 345. — Cass. 25 août 1869, D. 1869. I. 466, S. 1869. I. 454. — Lyon, 4 août 1887, Gaz. Pal., 1887. 2. 532. — Cass. civ., 24 juin 1868, D. 1868. I. 289. — Limoges, 3 déc. 1868, D. 1869. 2. 176. — Cass. civ., 15 mai 1876, S. 1876. I. 420, D. 1876. I. 322. — Cass. civ., 18 juin 1867, D. 1867. 1. 274. — Cass., 16 déc. 1878, D. 1879. 1. 223, S. 1879. 1. 373: — Bourges, 22 déc. 1879, S. 1880. 2. 200. — Lyon, 5 avril 1878, D. 1879. I. 223. — Poitiers, 5 mars 1862, D. 1862. 2. 119. — Limoges, 14 janv. 1887, Pand. fr., 1888. I. 504. — Aubry et Rau, VIII, p. 39. — Demolombe, XXIII, n. 183 et 222. — Cf. Planiol, III, n. 3387. — Contrà Orléans, 27 déc. 1856, D. 58. 2. 78. — C. de la Guadeloupe, 3 mars 1858, D. 1859. 2. 30. — Agen, 7 juin 1861, S. 1861. 2. 374, D. 1861. 2. 117. — Rennes, 18 août 1860, D. 61. 2. 233. — Agen, 11 juillet 1861, S. 1861. 2. 357, D. 1861. 2. 233. — Agen, 16 juin 1866, D. 1866. 2. 123, S. 66. 2. 257. — Agen, 8 juill. 1868, S. 68. 2. 250. — Agen, 31 déc. 1868, S. 69. 2. 17.

Laurent, XV, n. 112. — Huc, VI, n. 445. — Larombière, art. 1304, n. 41 à 43. — Labbé, *J. du Pal.*, 1878, p. 369. — Baudry et Colin, II, n. 3705 bis. — Colin et Capitant, III, p. 937.

² Cass. civ., 26 déc. 1876, S. 1877. I. 153, D. 1877. I. 171. — Baudry et Colin, II, 3708.

³ Contrà Douai, 28 juillet 1897. *Rec. Douai*, 1897. 103.

⁴ V. cep. Riom, 31 oct. 1895. *Rec. Riom*, 1895-96, p. 49.

⁵ Trib. Liège, 7 janv. 1896. *Pasicr*, 1896. 3. 85.

ou les vices¹. Ceci est exact à condition de dire que ces faits entrent en ligne de compte comme ayant déterminé une erreur d'estimation.

405. — De ce que la lésion s'apprécie lors du contrat, il ne faut pas en conclure qu'est valable la modification apportée à un contrat normal, lorsqu'elle entraîne une lésion. Ce serait une conséquence inacceptable.

Ainsi est nulle la promesse entre associés, après la signature de l'acte de société, d'exempter un associé des pertes². Car il y a unité subjective entre ces deux actes.

Serait de même nulle la promesse du vendeur faite après la vente de réduire le prix de plus des sept douzièmes, ou la modification apportée à un partage, qui entraînerait lésion de plus du quart. Mais il n'en est ainsi que s'il n'y a pas eu de modification de fait après le contrat. Ainsi un immeuble ayant été vendu et ayant perdu de sa valeur, le vendeur pourrait par un sentiment de délicatesse remettre à l'acheteur une partie du prix et on pourrait peut-être voir là l'exécution d'une obligation naturelle.

406. — Pour savoir s'il y a lésion, il faut voir quelle est la valeur de la chose. Nous n'avons pas la prétention de fixer ici la valeur véritable de la chose, point qui soulève des difficultés considérables chez les économistes. Le droit doit avoir simplement la prétention de donner un certain nombre de recettes pratiques pour la fixation pratique de la valeur. Elles se rattachent à un principe essentiel. Celle-ci se détermine d'après l'opinion commune.

Ainsi il n'y a pas lieu de tenir compte des convenances

¹ Laurent, X, n. 472. — Aubry et Rau, VI, p. 570. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3443 et 3444.

² Civ., 11 janv. 1894, S. 1894. I. 452, D. 1894. I. 531 (sol. implic.). — Req., 23 mai 1900, sol. implic., S. 1900. I. 488, D. 1901. I. 101. — Trib. comm. Marseille, 13 mars 1901, *Jurispr. Mars.*, 1902. 22. — Guillouard, n. 244. — Baudry et Wahl, *Société*, n. 283.

particulières d'un des contractants¹. Ou encore s'il s'agit de vente d'engrais, on calculera le prix d'achat de l'engrais par le vendeur, ses frais généraux de mélange, broyage, transport, emballage, son bénéfice légitime² et on verra d'après ce total s'il y a lésion.

407. — Pour fixer la valeur de l'immeuble lors du contrat il ne faut pas y faire rentrer le trésor ou le gisement minéral qui depuis y a été découvert³. Mais il faut y comprendre les fruits pendants par branches ou par racines, les arbres sur pied, etc., qui peuvent s'y trouver et qui profitent à l'acheteur⁴, les immeubles par destination⁵.

408. — Pour savoir s'il y a lésion, il faut également tenir compte des erreurs comme l'omission d'un rapport dû par un héritier ou d'un prélèvement de l'héritier⁶.

Il faut tenir compte de l'insolvabilité actuelle des débiteurs de créances⁷, ou de l'héritier débiteur de soulte⁸.

409. — Pour savoir s'il y a lésion, il ne faut considérer que le prix lui-même et ses accessoires. Donc, on ne s'occupera pas des droits d'enregistrement que l'acquéreur ou le copartageant d'un immeuble a dû payer⁹, ni des frais du con-

¹ Req., 18 nov. 1867, D. 1868. 1. 345, S. 1868. 1. 23.

Massé et Vergé, IV, § 689, note 7. — Baudry et Saignat, n. 702. — Laurent, XXIV, n. 434. — Guillouard, *Vente*, II, n. 706.

² Trib. de paix Paris, 4 mars 1908, D. 1908. 5. 40. — Trib. civ. de la Seine, 4 août 1908, la *Loi*, 30 janv. 1909.

³ Baudry et Saignat, n. 703. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3448. — Amiens, 21 déc. 1887. *Pand. fr.*, 1888. 2. 140 et la note de MM. Weiss et L. Lucas.

⁴ Cf. Bordeaux, 6 juillet 1855, D. 1855. 1. 385, S. 1856. 1. 888. V. Laurent, XXIV, n. 435.

⁵ Guillouard, *Vente*, n. 708.

⁶ V. cep. contra trib. Bruxelles, 20 juin 1888, *Journ. trib.*, 1888, 1287. — Douai, 28 juillet 1897. *Rec. Douai*, 1897. 103, qui voit ici un droit à une action trentenaire en redressement de compte et en notre sens Baudry et Wahl, n. 3443.

⁷ Trib. de Liège, 7 janv. 1896. *Pas.* 96. 3. 85.

Baudry et Wahl, *Succession*, n. 3444.

⁸ Baudry et Wahl, *Succession*, n. 3444.

Contra Riom, 31 oct. 1895. *Rec. Riom*, 95-96, 49.

⁹ Trib. de Chinon, 7 mai 1902. *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 75.

trat¹. Mais au contraire il a été jugé avec raison que si l'acheteur a dû payer certaines impositions arriérées de l'immeuble, ces sommes entrent en ligne de compte pour le calcul de la lésion, car c'est un supplément imprévu qui a été payé pour le compte du vendeur².

D'autre part, il faut compter les charges qui pèsent sur l'acquéreur, ainsi pour un usufruit l'intérêt des capitaux qui est dû par l'usufruitier³, ou bien des prestations en nature : bail à nourriture, etc., imposées à un contractant en faveur de ses cocontractants ou de tiers, et de toutes les clauses du contrat⁴.

410. — Mais la théorie de la lésion se trouve exclue dans les actes qui n'ont pas un caractère onéreux⁵. Cette solution évidente a reçu des applications intéressantes au cas où l'acte en apparence à titre onéreux était surtout dans l'esprit de celui qui le faisait l'exécution d'une obligation naturelle⁷.

Ainsi en a-t-il été jugé pour l'exécution d'un legs verbal⁸ fût-elle même promise dans un partage ou par des actes dénommés partages ou arbitrages, où l'on s'est surtout occupé de faire respecter la volonté du défunt⁹, ou bien dans

¹ Baudry et Saignat, n. 704. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3454. — Huc, X, n. 193. — Guillouard, *Vente*, II, n. 707.

² Trib. de Rochefort, 19 août 1856, S. 1857. 2. 241.

³ Et non le capital même. Cass. Req., 9 juillet 1855, S. 1856. 888, D. 1855. 1. 385.

⁴ Baudry et Saignat, n. 704.

⁵ Ainsi pour un engagement d'artiste on verra si la clause pénale insérée n'est pas excessive. Trib. Seine, 7 déc. 1912. Gaz. Trib., 1913, 1^{er} sem., 2, 60.

⁶ V. Nîmes, 13 mai 1885. *Rec. d'Aix*, 1886. 149. Encore faut-il que l'acte soit véritablement gratuit pour que la lésion soit exclue. V. Cass. civ., 10 déc. 1867, S. 1868. 1. 121 (acte en apparence gratuit, en réalité onéreux) et Laurent, X, n. 480.

⁷ Req., 11 juillet 1844, D. 1845. 1. 456.

⁸ Besançon, 6 déc. 1905, S. 1906. 2. 98 et Perreau, *Ex. doctrinal. Revue critique*, 1906, p. 587.

⁹ Dijon, 2 août 1905. Gaz. Trib., 1906, 1^{er} sem., 2, 72. — Req., 10 déc. 1902, D. 1906. 1. 365.

lesquels un mari après séparation de biens a entendu réparer les conséquences de sa mauvaise gestion des biens communs¹, ou à plus forte raison dans une donation de part héréditaire qui met fin à une indivision².

Il en est de même pour un acte contenant une libéralité indirecte³ comme une vente faite intentionnellement à vil prix.

411. — La lésion peut résulter d'un évènement quelconque qui entraîne une perte. Ainsi dans un partage, elle ne résulte pas seulement d'erreurs matérielles, mais aussi de paiement à un héritier de sommes indues⁴.

Toutefois pour qu'il y ait lieu à rescision, il faut que la perte subie ne puisse être réparée que par ce moyen. Aussi l'art. 887 dit que « La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage⁵ ».

412. — Dans un cas toutefois le Code admet par exception que la lésion peut consister dans une simple diminution de bénéfice. D'après l'art. 783, l'héritier qui a accepté une succession peut réclamer pour lésion « dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation ». C'est là une dérogation au droit commun qu'il est d'ailleurs difficile d'expliquer⁶.

¹ Cass. civ., 5 avril 1892, D. 1892. 1. 234, S. 1895. 1. 129, avec note de M. Balleydier.

² Colmet de Santerre, III, n. 232 bis-II. — Laurent X, n. 480. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3491 à 3493.

³ V. Amiens, 31 juillet 1894, D. 1896. 2. 108 (vente contre une rente viagère faible, par esprit de libéralité). Lyon, 26 nov. 1881. Gaz. Pal., 1882. 1. 317. — Laurent, X, n. 480.

⁴ Dijon, 18 déc. 1893, D. 1894. 2. 389.

⁵ V. Dijon, 18 déc. 1893 précité. — Lyon, 23 mai 1868, D. 1869. 2. 112.

⁶ V. Bufnoir, p. 629 à 631. — Planiol, III, n. 1983. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1662-1676. — Huc, V. n. 172. — Laurent,

413. — La notion même de lésion est elle incompatible avec un contrat aléatoire, vente contre une rente viagère, vente d'une propriété, d'usufruit, de chose de valeur incertaine, etc. ?

En soi, la lésion n'est nullement incompatible avec celle de contrat aléatoire. Scientifiquement, grâce au calcul des probabilités, un événement soumis au hasard a des chances déterminées de se produire et il peut avoir une valeur mathématique. Mais la jurisprudence, avec assez de raison, tend à ne pas se placer sur ce terrain purement scientifique¹, la loi devant répondre des faits pratiques plutôt que d'être en harmonie avec les abstractions logiques et mathématiques. Elle a donc une fois de plus évité de faire l'appréciation juridique du hasard². Son système peut s'appuyer sur l'art. 889, qui rejette la rescision en cas de vente de droits successifs aux risques et périls de l'acheteur, texte inspiré du même esprit que l'art. 917. Mais ces articles sont d'une faible autorité, datant d'une époque où la pratique des assurances n'était pas familiarisée avec le calcul des probabilités.

En partant de ces idées, la jurisprudence a rescindé les ventes d'immeubles contre une rente viagère inférieure a.1

IX, n. 359. — Demolombe, XIV, n. 551. — Aubry et Rau, VI, 4^e éd., p. 381. — Demante, III, n. 103 bis.

Cf. Bertauld, *Quest. prat.*, I, p. 227. — Villequez, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1850, 155. — Lods, *Causes de rescision dans les acceptations de succession*. *Rev. gén. de droit*, 1877 et 1878.

¹ V. Cass. civ., 16 juillet 1856, S. 1856. I. 314, D. 1857. I. 283. — Bruxelles, 9 mai 1866. Pas. 1866. 2. 228. — Trib. Bruges, 16 mai 1898. Pas. 1898. 3. 288. — Contra trib. Anvers, 4 févr. 1891. *Journ. Trib.*, 1891, 561.

² V. la même difficulté pour la fixation de dommages-intérêts pour la perte d'un objet devant donner un gain incertain, comme un cheval expédié pour prendre part à une course. V. *Revue de droit civil*, 1913, p. 198.

Cf. pour les chances de gain d'un procès, Riom, 7 mai 1913. *Gaz. Pal.*, 1913. I. 687.

Cf. Virgili, *Studi senesi*, 1913. *Espérance mathém. et espér. morale*.

revenu¹, ou même sans cette condition², ou des ventes de nue propriété pour un prix trop faible³, et elle a même parfois jugé que si la rente était supérieure au revenu la rescision était impossible⁴.

Mais parfois il a été précisé qu'en ce cas il s'agissait moins d'une action en rescision que d'une action en nullité ordinaire fondée sur le défaut de prix réel⁵, de sorte que l'on aurait trente ans pour agir⁶.

D'autres arrêts ont précisé qu'il y avait lésion au cas où la rente viagère était inférieure soit au revenu de l'immeuble soit à l'intérêt légal du capital représenté par la valeur de l'immeuble. Cette nouvelle formule est assez voisine de la précédente, mais elle s'en écarte au cas où il s'agit d'immeubles ayant une certaine valeur vénale mais ne donnant qu'un faible revenu, comme une propriété d'agrément, un bois nouvellement planté⁷.

¹ Cass., 13 nov. 1867, S. 1868. 1. 23. — Nîmes, 7 déc. 1908, S. 1909. 2. 316. Limoges, 5 mai 1880, S. 1881. 2. 148. — Trib. civ. de Chinon, 7 mai 1902. Gaz. Pal., 1902. 2. 75. — Poitiers, 6 mai 1901. Gaz. Pal., 1902. 1. 378. — Montpellier, 12 nov. 1917. Gaz. Trib., 1918. 2. 447. — Trib. civ. de Toulouse, 15 nov. 1886. Gaz. des Trib. du Midi, 9 mars 1887. — Caen, 3 août 1907. *Rec. Caen*, 1908, 47. — Rennes, 26 juin 1841, S. 1841. 2. 560, D. 1841. 2. 240. — Cass. Req., 1^{er} mai 1911 et 27 mai 1908, S. 1911. 1. 459. — Cf. Cass. civ., 16 juill. 1856, D. 1857. 1. 283, S. 1856. 1. 314.

V. en ce sens Baudry et Saignat, n. 683. — Rappr. Liège, 18 mai 1904. Pas. 1904. 2. 278, vente contre une promesse d'entretien d'une personne prête à mourir.

² Orléans, 14 févr. 1894. Pand. fr., 1895. 2. 161, avec note de M. Chauveau. V. de même Gand, 11 mars 1908. Pas. 1909. 2. 201. — Trib. Gand, 7 mai 1903. Pas. 1904. 2. 56. — Trib. Liège, 6 août 1884. Pas. 1884. 3. 346.

³ Req., 26 févr. 1906. Pand. fr., 1907. 1. 82. — Trib. Gand, 21 mai 1873. Pas. 1873. 3. 315.

⁴ Req., 23 mai 1870, D. 1871. 1. 204. Cass. civ., 31 déc. 1855, D. 1856. 1. 19. — Cf. Riom, 19 juillet 1894. Gaz. Pal., 1894. 2. 524.

⁵ Cette confusion du prix vil et de l'absence de prix est déjà relevée par Marcadé. *Revue critique*, 1851, p. 24.

⁶ Douai, 30 nov. 1847, D. 1848. 2. 71.

⁷ Req., 13 nov. 1867, D. 1868. 1. 344. — Trib. de Chinon, 7 mai 1902. Gaz. Pal., 1902. 2. 75. — Besançon, 31 janv. 1902, la *Loi*, 13 mai 1902.

Certaines décisions vont même plus loin et admettent la rescision sans faire ces constatations dès que la rente est modique et que d'autre part que le crédentier est âgé, malade¹.

Mais ce que la jurisprudence paraît bien se refuser à admettre, c'est d'établir la lésion en se fondant sur les calculs des actuaires et la valeur d'un bien en rente viagère calculée sur l'âge du crédentier², ou comme elle dit encore, en estimant les incertitudes de la vie humaine³. De même dans le contrat de société on n'annule pas les conditions privant un associé de bénéfices seulement de façon éventuelle (v. plus loin).

Certains arrêts de Cours d'Appel exagérant cette formule en ont parfois profité pour dire que tout contrat ayant un caractère aléatoire échappait à la rescision pour lésion⁴, et la Cour de Cassation elle-même ne l'a pas toujours nié net-

¹ Pau, 29 déc. 1886, D. 1887. 2. 194, S. 1888. 2. 107. Gaz. Pal., 1888, 1. suppl. 126. — Nîmes, 20 oct. 1886. *Rec. Nîmes*, 1887. 13. — Gand, 11 mars 1908. *Pas.* 1909. 2. 201. V. en ce sens Colin et Capitain, II, p. 440.

² Cass. civ., 31 déc. 1855, S. 1856. 1. 314. — Poitiers, 20 mars 1901. Gaz. Pal., 1902. 1. 336 (estimation d'un usufruit). — Trib. civ. d'Amiens, 21 déc. 1889. *Rec. Amiens*, 1890. 96. — Cass. civ., 16 mai 1900, D. 1900. 1. 585, S. 1901. 1. 37. Gaz. Trib., 1900, 2^e sem., 1. 163. — Nîmes, 7 déc. 1908. Gaz. Pal., 1908. 2. 610. — Contrà Montpellier, 14 janv. 1909. *Gaz. des Trib. du Midi*, 30 mai 1909. Montpellier, 8 janv. 1857, D. 1858. 2. 120. — V. aussi, Bordeaux, 5 janv. 1900. *Rec. Bordeaux*, 1900. 1. 218. Gaz. Trib., 1900, 2^e sem., 2. 7.

³ Req., 15 juill. 1895, D. 1900. 1. 489. — V. cep. Req., 26 févr. 1906. *Pand. fr.*, 1907. 1. 82.

⁴ Bourges, 11 févr. 1840, S. 1841. 2. 54, D. 1841. 2. 82. — Montpellier, 6 mai 1831, S. 1831. 2. 278, D. 1831. 2. 214. — Besançon, 1^{er} déc. 1897, D. 1898. 2. 454. Gaz. Trib., 1898, 1^{er} sem., 2. 219. — Angers, 21 fév. 1828, S. 1830. 2. 131, D. 1830. 2. 118. — Trib. de Toulouse, 7 mars 1887, D. 1891. 1. 305. *Pand. fr.*, 1887. 2. 297. Gaz. Pal., 1887. 1. 781. — Bordeaux, 16 février 1895, D. 1896. 2. 276. *Pand. fr.*, 1896. 2. 329, S. 1896. 2. 27. — Riom, 17 juillet 1894. Gaz. Pal., 1894. 2. 524. — Limoges, 13 juillet 1908, S. 1909. 2. 265, D. 1909. 2. 105. Trib. de Lyon, 15 mai 1891 *Mon. Lyon*, 12 juin 1891. — Trib. de St-Etienne, 9 août 1894, la *Loi*, 3 novembre 1894. — Alger, 10 mai 1899, D. 1900. 2. 385. — Trib. Mons, 12 déc. 1895. *Journ. Trib.*, 1897. 282. — Bruxelles, 21 mars 1857. *Pas.* 1857. 2. 137.

tement¹. Il est au fond plus exact de dire que le seul fait qu'un contrat est aléatoire ne suffit pas par lui seul à faire rejeter la théorie de la lésion².

Ainsi on admet en cas de partage d'ascendant que le caractère aléatoire des prestations mises à la charge d'un descendant n'empêche pas la rescision³.

Surtout s'il y a une vente contre une rente viagère et une somme fixe, la rescision est admise⁴.

Dans ces cas de vente contre rente viagère minime, il faut ajouter que la jurisprudence la plus récente admet que la vente peut être validée comme donation déguisée, s'il ap-

¹ Req., 6 mars 1883, D. 1884. 1. 37. — Cass. civ., 16 mai 1900. Pand. fr., 1901. 1. 31. — Req., 2 juillet 1878, D. 1878. 1. 463. — Cass. civ., 29 avril 1911, S. 1911. 1. 332. Gaz. Pal., 1911. 1. 554. — Cass. Req., 5 févr. 1902, D. 1903. 1. 382. Pand. fr., 1902. 7. 103. Gaz. Trib., 1902, 2^e sem., 1. 74. — Req., 10 févr. 1899, D. 1899. 1. 592. — Cass. civ., 18 mai 1904, D. 1906. 1. 358. — Cass. Req., 15 déc. 1832, S. 1833. 1. 394.

² Cass. civ., 22 févr. 1836, S. 1836. 1. 186, D. 1836. 1. 205. — Nancy, 2 août 1837, S. 39. 2. 183. Req., 9 juillet 1855, D. 1855. 1. 385. — Montpellier, 8 déc. 1857, S. 1858. 2. 703. — Nancy, 6 juillet 1907, D. 1907. 2. 367, S. 1909. 2. 269. — Req., 24 oct. 1888, S. 1889. 1. 172, D. 1889. 1. 311. — Caen, 6 janv. 1879, D. 1880. 2. 176. — Orléans, 14 févr. 1894. Gaz. Pal., 1894. 1. 389. — Gand, 30 nov. 1871. Pas., 1872. 2. 147. — Trib. Gand, 21 mai 1873. Pas., 1873. 3. 315. — Tr. Toulouse, 10 févr. 1900, *Journ. du Notariat*, 1900. 2. 19. — Req. 15 juin 1895, S. 1895. 1. 488. — Lyon, 10 juin 1875, S. 1879. 2. 184. — Gand, 5 mai 1854. Pas. 1854. 2. 331.

Cf. Req., 26 févr. 1906. Gaz. Trib., 2 mars 1906. — Req., 20 janv. 1913. Gaz. Pal., 1913. 1. 386, S. 1913. 1. 447, D. 1913. 1. 216. Contr. Cass. civ., 1^{er} avril 1829, S. 1829. 1. 285, D. 1829. 1. 205. — Cass. civ., 30 mai 1831, S. 1831. 1. 217. — Cf. Req., 24 oct. 1888. Pand. fr., 1888. 1. 504.

Dans le premier sens, Larombière, I, art. 1118, n. 4. — Aubry et Rau, V, § 358, p. 177. — Guillouard, *Vente*, II, n. 695. — Beudant, *Oblig.*, n. 267. — Giorgi, IV, n. 140. — Planiol, II, n. 1589. — Colmet de Santerre, VII, n. 120 bis-II. — V. cep. Huc, X, n. 191 qui est moins absolu, et Laurent, XXIV, n. 427-429.

³ Cass. Req., 24 oct. 1888, D. 1889. 1. 311. — Huc, VI, n. 445.

⁴ Gand, 23 juillet 1843. Pas. 1843. 2. 330. — Gand, 12 janv. 1854. Pas., 1854. 2. 69. — Gand, 16 nov. 1871. Pas., 1872. 2. 66. — Liège. 9 juin 1880. Pas. 1880. 2. 259.

paraît que le crédentier a voulu faire une libéralité, et non une vente avec un prix sérieux ¹.

En résumé, quel que soit le contrat envisagé, vente ou partage, la jurisprudence ne fait à la lésion qu'une place restreinte si le contrat est aléatoire ², soit qu'il s'agisse de rentes viagères ou usufruits estimables facilement d'après les tables de mortalité, soit qu'il s'agisse de contrat portant sur des droits de valeur incertaine, comme des terrains à exploiter pour en tirer des phosphates, des droits sur des cours d'eau subordonnés à l'assentiment d'autres riverains ³, etc.

Encore faut-il cependant qu'il y ait un aléa sérieux ⁴.

413 bis. — Des auteurs ont en outre proposé de considérer comme nul le contrat passé pour un prix non sérieux. C'est-à-dire celui présentant avec la valeur de la chose une disproportion telle qu'on ne puisse le regarder raisonnablement comme son équivalent, comme la vente *nummo uno*, la vente pour un prix inférieur au revenu d'une année. La vente serait alors nulle de nullité absolue, tout intéressé pourrait se prévaloir de la nullité à un moment quelconque ⁵.

Mais en fait en dehors de la vente contre une rente viagère inférieure au revenu, cela ne présente guère d'applica-

¹ Cass. civ., 3 déc. 1912, D. 1913. 1. 175. — Douai, 14 juin 1852, D. 1853. 2. 89. — Douai, 12 mai 1879. Req., 9 juill. 1879, D. 1881. 1. 27.

Contrà Req., 26 avril 1893, D. 1893. 1. 350.

² V. de même Baudry et Colin, n. 3698. — Beudant, *Vente*, n. 141, qui admet la rescision, disant seulement que la preuve de la lésion est plus difficile. — V. de même, Huc, X, n. 191. — Baudry et Saignat, n. 683.

V. contrà pour l'exclusion de la lésion les auteurs cités supra.

³ V. Cass. civ., 29 avril 1911, S. 1911. 1. 332.

⁴ Ce n'est pas le cas si dans un partage d'ascendant le donataire promet de fournir subsistance au donateur en cas d'insuffisance de ses revenus. Orléans, 2 mai 1894. *Fr. jurid.*, 1894. 210. — Cf. Paris, 4 mars 1874, D. 1875. 2. 19 (créance sans aléa déclarée estimée à forfait). Req.; 21 mai 1870, D. 1870. 1. 331. Req., 9 juillet 1856, S. 1856. 1. 888 (vente d'usufruit contre une rente viagère). — V. Aubry et Rau, V, § 358 texte et note 11.

⁵ Beudant, *Vente*, n. 150. — Guillouard, *Vente*, I, n. 06. — Pothier, *Vente*, n. 19. — Huc, X, n. 34. — Baudry et Saignat, n. 677.

tions pratiques. D'ailleurs presque toujours il y aura un prix purement apparent et on devra dire qu'il y a ici une donation déguisée.

414. — Le point de savoir s'il y a lésion est bien entendu une question de fait non soumise au contrôle de la Cour de Cassation¹. Il n'est pas forcément tranché par l'expertise fiscale auquel l'enregistrement a pu faire procéder², mais celle-ci peut être une présomption³. La lésion doit être soulevée en première instance. En appel elle peut être soulevée au cours d'une liquidation, les parties étant respectivement demanderesse et défenderesse, en vertu de l'art. 464 Proc.⁴.

415. — La preuve de la lésion conformément au droit commun incombe au demandeur. Elle se fait par un moyen quelconque⁵. Toutefois pour la vente l'art. 1678 dit « cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts ». Mais comme tout autre rapport celui-ci ne lie pas le juge⁶. Il en résulte que les juges peuvent rejeter sans

¹ Req., 18 janv. 1827, D. v° *Successions*, n. 2197. — Cass. civ., 8 janv. 1873, S. 1873. I. 316. — Cass. civ., 16 août 1853, D. 1853. I. 339. — Cass. Req., 26 juillet 1820, D. v° *Successions*, n. 2197. — Cass. Req., 9 juillet 1855, S. 1856. I. 888. — Cass. Req., 28 juillet 1869, S. 1869. I. 400 (sol. implic.). — Cass. Req., 16 juillet 1883, S. 1885. I. 419, D. 1884. I. 390. — Req., 26 févr. 1906, Pand. fr., 1907. I. 82. — Req., 17 juillet 1888, Pand. fr., 1888. I. 486.

Baudry et Colin, II, n. 3702 bis.

V. cep. Cass., 25 nov. 1908, *Rev. Notariat*, 1909, 555, qui donne force probante à l'inventaire notarié dressé à la requête des parties.

² Liège, 4 avril 1911, Pas. 1911. 2. 220.

³ Bruxelles, 10 nov. 1887, *Belgique judic.*, 1888. 1436.

⁴ Cass. civ., 4 nov. 1896, Pand. fr., 1898. I. 214.

⁵ V. pour le partage, Cass. Req., 18 mai 1831, D. Rép. v° *Succ.*, n. 2348. — Cass. Req., 29 juin 1847, S. 1848. I. 360, D. 1848. I. 70. — Toulouse, 23 déc. 1835, D. v° *Successions*, n. 2195. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3450. — Demolombe, XVII, n. 420. — Aubry et Rau, VI, § 626, texte et note 27. — Huc, V, n. 470. — Laurent, X, n. 502 et XV, n. 124.

⁶ Liège, 7 déc. 1846, Pas. 1847. 2. 140.

expertise une demande manifestement inadmissible¹. Mais ils ne peuvent annuler qu'après une expertise complétée s'il a lieu par d'autres modes de preuve². Pour les autres cas de lésion, cette disposition n'est pas applicable³.

415 bis. — La lésion est une cause de nullité qu'elle vienne d'une erreur d'estimation ou d'une erreur de droit⁴.

Contrats où la lésion est admise.

416. — La rescision pour lésion n'est admise actuellement de façon formelle dans les textes que pour quatre contrats : la vente d'immeubles, la vente d'engrais, le partage, la société (art. 1854 et 1855), actes auxquels l'art. 1118 fait allusion en disant que « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». Nous verrons que pratiquement il y en a bien d'autres.

417. — D'après l'art. 1674, « si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente ». Cette lésion paraît reposer en partie sur un vice du consentement.

Elle n'est prise en considération que si c'est le vendeur qui

¹ Riom, 29 oct. 1888, D. 1890. 2. 330. — Caen, 9 janv. 1879, S. 1879. 2. 184, D. 1880. 2. 176. — Req., 20 janv. 1913, S. 1913. 1. 447 (sol. implic.). — Req., 17 juillet 1888. Pand. fr., 1888. 1. 456 (partage). — Liège, 24 juill. 1895. Pas. 1896. 2. 63. — Aubry et Rau, IV, § 358, note 17. — Laurent, XXIV, n. 436. — Guillouard, II, n. 704. — Baudry et Saignat, II, n. 707. — Planiol, II, n. 1595. — Beudant, *Vente*, n. 146. — Huc, X, n. 196.

² Aubry et Rau, IV, § 358, note 15. — Huc, X, n. 196. — Baudry et Saignat, n. 707. — Colmet de Santerre, VII, n. 124. — Giorgi, IV, n. 137.

Cf. Limoges, 14 févr. 1827, S. 1831. 1. 33. — Paris, 25 août 1847, S. 1848. 2. 161, — Cass. civ., 9 août 1848, S. 1848. 1. 615, D. 1848. 1. 185. — Laurent, XXIV, n. 437. — Guillouard, *Vente*, II, n. 703.

³ Trib. d'Avallon, 21 déc. 1892. Gaz. Pal., 1893. 1. 68. — Huc, V, n. 470.

⁴ Trib. Anvers, 24 nov. 1892. Pas. 1893. 3. 71.

est lésé et non l'acheteur¹. On considère que l'acheteur est d'ordinaire plus libre de ne pas acheter, tandis que le vendeur est souvent forcé de vendre.

La rescision est appliquée dans toutes les ventes, même dans celles où le prix a été laissé à l'arbitrage d'un tiers comme le prévoit l'art. 1592 Civ.², ce qui est cependant peu conforme à l'idée de vice du consentement, même s'il y a eu acte de spéculation³.

Mais par une exception prévue dans l'art. 1706, la rescision ne peut être étendue au contrat d'échange⁴, l'échange n'ayant pas lieu comme la vente par besoin d'argent, puisqu'il n'en procure pas⁵. « La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans la contrat d'échange », dit le texte, et par échange il faut comprendre ici même la cession d'un immeuble contre des créances qui sont remises sans garantie⁶.

La vente à vil prix étant d'ordinaire nécessitée par des besoins d'argent, l'échange qui ne procure pas d'argent ne peut être vicié pour ce motif. Telle est la raison de l'exception de l'art. 1706.

On a même proposé d'étendre cette solution à la vente avec soulte, à moins que celle-ci ne dissimule une vente⁷. C'est aller bien loin, car ici le besoin d'argent peut se faire jour.

¹ V. Beudant, *Vente*, n. 138. — Guillouard, n. 700 et 933. — Laurent, XXIV, n. 421.

² Bastia, 1^{er} févr. 1892. Pand. fr., 1893. 1. 305, avec note de M. Carré de Malberg, S. 1892. 2. 201. Contrà Bordeaux, 23 juillet 1853, S. 1854. 2. 427, D. 1856. 5. 480. V. supra. Cf. Giorgi, IV: n. 141. — V. sur ce qu'il faut entendre par vente immobilière en cas de concession du droit de poser un câble sur un immeuble. Trib. Marmande, 6 mars 1913, D. 1914. 2. 97 avec note de M. Planiol.

³ Cass. Rome, 12 nov. 1907, *Giur. ital.*, 1907. 1. 1063.

Planiol, II n. 1661. — Baudry et Saignat, n. 994.

⁴ V. l'application à un échange d'immeubles dotaux. Bordeaux, 12 août 1853, S. 1854. 2. 87.

⁵ V. Beudant, *Vente*, n. 137. — Laurent, XXIV, n. 613.

⁶ Toulouse, 28 nov. 1892, inédit.

⁷ Baudry et Saignat, n. 995.

Pour la dation en paiement, il y a controverse, il semble naturel d'admettre la rescision, le danger de lésion étant ici particulièrement grand, celui qui fait dation en paiement, étant souvent à bout de ressources ¹.

418. — Par une exception, l'art. 1684 dit que la rescision n'a pas lieu pour « les ventes qui d'après la loi ne peuvent être faites que d'autorité de justice », qu'en effet l'immeuble a d'ordinaire atteint son prix maximum. Cette disposition ne vise pas les ventes qui se font facultativement en justice ², ou à plus forte raison les ventes aux enchères devant notaires ³. Peut-être cette solution pourrait-elle être modifiée pratiquement sans inconvénient : la vente aux enchères par un officier public permettant d'ordinaire de tirer de l'immeuble le prix le plus élevé.

419. — Mais la rescision s'applique à toutes les autres ventes, même celle à reméré. Le vendeur a alors deux actions entre lesquelles il peut choisir : celle en reméré et celle en rescision ⁴. Celle-ci s'applique même aux ventes contre lesquelles il y a une surenchère du dixième faite par les créanciers inscrits ⁵. Mais il faut supposer, comme dans le cas prévu par la Cour de Poitiers, que la demande en rescision est antérieure à l'adjudication sur surenchère, car celle-ci

¹ *Contra* Guillouard, *Vente*, I, n. 69.

² Cass. Req., 4 janv. 1808, S. chr. Paris, 1^{er} déc. 1810. S. chr. — V. sur ces deux points, Locré, XIV, p. 254. — Baudry et Saignat, n. 685. — Laurent, XXIV, n. 426. — Aubry et Rau, IV, § 358, note 14. — Guillouard, II, n. 699. — Colmet de Senterre, VII, n. 128 bis. — Planiol, II, n. 1589. — Beudant, *Vente*, n. 141. — Colin et Capitant, II, p. 440.

³ Pau, 22 déc. 1832, S. 1833. 2. 486, D. 1834. 2. 32.

⁴ Bourges, 21 mars 1827, S. 29. 2. 112. — Baudry et Saignat, n. 698. — Guillouard, II, n. 688. — Aubry et Rau, V, § 358, note 2 ter. — Huc, X, n. 160. — Laurent, XXIV, n. 425. — Colmet de Senterre, VII, 122 bis-III. Et il peut agir en reméré même après que l'acheteur a payé le supplément de prix, à moins de volonté contraire. Baudry et Saignat, n. 699.

⁵ Poitiers, 14 août 1833, S. 1834. 2. 236, D. 1833. 2. 236. — Baudry et Saignat, n. 694. — Guillouard, II, n. 694.

est bien une vente qui ne peut être faite que d'autorité de justice et l'art. 1684 exclut ici la rescision.

420. — La loi visant les ventes d'immeubles vise par là tout ce que le code qualifie immeuble, soit par nature, soit par destination, soit par l'objet auquel il s'applique : servitude, usufruit, bail emphytéotique, même un droit à reméré¹, ou immeuble par destination². Mais il en serait autrement pour les ventes de meubles³. Celle-ci ne comporte pas la rescision pour lésion. Cela a été décidé notamment pour la vente du droit d'exploiter certains gisements minéraux⁴, pour des ventes de créances⁵.

S'il y a une vente cumulative de meubles et d'immeubles, on fera une ventilation⁶.

Les autorisations données à propos d'immeubles moyennant un prix ne sont pas considérées comme vente d'immeuble⁷.

420 bis. — Il faut pour apprécier la lésion calculer le prix sans tenir compte des frais d'acte, des droits de mutation qui incombent à l'acheteur. On ne tient pas compte non plus des impôts arriérés, dette hypothécaire que paie l'acheteur si ces paiements viennent en déduction du prix⁸.

¹ Baudry et Saignat, n. 680. — Aubry et Rau, V, § 358, note 2. — Huc, X, n. 190. — Laurent, XXIV, n. 423. — Guillouard, *Vente*, II, 687. — Giorgi, IV, n. 138. — Beudant, *Vente*, n. 135.

² Huc, X, n. 190.

³ V. not. Planiol, II, n. 1590. — Beudant, *Vente*, n. 134. — Colmet de Santerre, VII, n. 120 bis-I. — Laurent, XXIV, n. 422. — Baudry et Saignat, n. 679.

⁴ Alger, 10 mai 1899, D. 1900. 2. 385 (droit d'exploiter des gisements de phosphates).

⁵ Orléans, 14 févr. 1894. Pand. fr., 1895. 2. 161 avec note de M. Chauveau.

⁶ Planiol, II, n. 1590. — Colmet de Santerre, VII, n. 120 bis-III. — Aubry et Rau, V, p. 177. — Laurent, XXIV, n. 424. — Guillouard, II, n. 687. — Baudry et Saignat, n. 681. — Lyon, 10 juin 1875, S. 1876. 2. 117, D. Suppl. v° *Vente*, n. 41.

⁷ Trib. Marmande, 6 mars 1913, D. 1914. 2. 97, avec note de M. Planiol (autorisation de poser des câbles aériens au-dessus de l'immeuble).

⁸ Guillouard, *Vente*, II, n. 707. — Huc, X, n. 193.

On tiendra compte même d'une partie du prix qui serait dissimulée.

421. — La loi du 8 juillet 1907 tient compte de la lésion de plus du quart dans l'achat de certaines marchandises. Elle protège donc l'acheteur et lui seul, encore doit-il être cultivateur¹. Elle s'applique pour les ventes d'engrais, amendements et substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme, ce qui exclut même, dit-on, les objets non fabriqués : paille, grain, etc.². L'acheteur a un délai de quarante jours qui a comme point de départ la livraison.

Par exception aux principes que nous verrons plus loin, l'emploi total ou partiel n'est pas un obstacle à l'action : car c'est d'ordinaire à l'emploi qu'on voit la défectuosité du produit. Il en serait de même de la revente si elle ne suffisait pas à prouver en fait une renonciation tacite.

422. — D'après l'art 887, le partage peut donner lieu à rescision « lorsqu'un des héritiers établit à son préjudice une lésion de plus du quart », et l'art. 879, al. 1^{er} reproduit cette solution pour le partage d'ascendant.

Par partage, il faut entendre ici tout acte qui met fin à une indivision quelle qu'en soit l'origine³. Ainsi l'article 887 s'applique non seulement à un partage de succession *ab intestat* ou de succession testamentaire entre légataires universels ou à titre universels, ou entre ceux-ci et l'héritier à réserve, il s'applique aussi à un partage de communauté⁴,

¹ Par arg. des mots animaux de la ferme. Trib. Laon, 29 juin 1908. S. 1909. 2. 92, D. 1908. 2. 397. — Colin et Capitant, II, p. 438. — V. Bouchez, La loi de 1907 sur les ventes d'engrais. *Lois nouvelles*, 1908, p. 404.

² Colin et Capitant, II, p. 439.

³ V. not. trib. Lyon, 25 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90.

⁴ Bourges, 13 juin 1877 sous Cass., 21 juillet 1880, S. 1881. 1. 151. — Orléans, 12 août 1881 et Cass. civ., 13 août 1883, S. 1884. 1. 289. — Cass. civ., 5 avril 1892, D. 1892. 1. 234, S. 1895. 1. 129 (partage après séparation de biens). — Trib. de Brignoles, 13 mai 1909. Gaz.

à un partage où interviennent des communistes ou des héritiers¹, à un partage de société².

L'action a pour base moins un vice de consentement, que le désir d'égalité dans les partages. Le vice a ici une base toute objective. De plus, il faut faire observer que le partage est un contrat forcé.

La jurisprudence va même jusqu'à étendre la notion de partage à des prélèvements faits en vertu d'un acte transactionnel³, à une renonciation à la communauté où la femme abandonne même ses reprises⁴, à l'exercice de prélèvements comme donataire ou légataire⁵ à une promesse entre héritiers de surenchérir sur un bien licite⁶. Mais elle se refuse avec raison à admettre la rescision dans un acte où la femme agit comme créancière et non comme copartageante⁷.

Même si un acte contient pour la plus grande partie une

Pal., 1909. 2. 577. — Agen, 20 janv. 1896, D. 1898. 2. 9. — Guillouard, *Contr. de mar.*, III, n. 1337. — Aubry et Rau, VI, 4^e éd., p. 431. — Laurent, XXIII, n. 16. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1149.

¹ Limoges, 28 juillet 1890, D. 1892. 2. 421. — Aubry et Rau, II, 4^e éd., p. 409.

² Trib. de comm. Marseille, 6 juillet 1910. *Rec. Marseille*, 1910. 1. 333. Req., 17 juillet 1888. *Pand. fr.*, 1888. 1. 486. — Douai, 15 avril 1905, le *Droit*, 21 novembre 1905. — Lyon, 10 juin 1904, le *Droit*, 16 septembre 1904. — Aubry et Rau, IV, p. 573. — Laurent XXVI, n. 416. — Baudry et Wahl, *Sociétés*, n. 496. — Cf. sur ces divers points, Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3495. — Aubry et Rau, IV, p. 573. — Guillouard, *Soc.*, n. 354. — Houpin, *Soc.*, I, n. 157.

³ Agen, 20 janvier 1896, D. 1898. 2. 9, avec note de M. de Loynes — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3452. — Wahl, S. 1899. 1. 321. — Colin, D. 1899. 1. 521. — Guillouard, *Contr. de mar.*, II, n. 969 et III, n. 1338.

Cf. Labbé, *Rev. crit.*, 1887, p. 438.

⁴ Besançon, 5 juillet 1893. *Le Droit*, 19 août 1893.

⁵ Req., 18 avril 1899, S. 1899. 1. 321, note Wahl, D. 1899. 1. 521, note Colin. — Cass. 19 avril 1842. P. 42. 2. 234. — Cass. civ., 13 août 1883, S. 1884. 1. 289, D. 1884. 1. 49. — Agen, 2 juillet 1869, D. 1870. 2. 185. — Poitiers, 21 mai 1884, S. 1886. 2. 89 avec note de M. Esmein, D. 1884. 2. 196.

Contra Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3452.

⁶ Rouen, 6 nov. 1907. *Rec. Rouen*, 1907. 2. 231.

⁷ Bastia, 13 juin 1905, D. 1906. 2. 240.

vente de droits successifs et pour une minime fraction un partage, elle refuse la rescision ¹.

L'action pour lésion est indépendante de toute atteinte à la réserve ².

423. — La rescision pour lésion s'applique au partage d'ascendant comme à tout autre partage ³, et cela même au cas où la réserve n'est pas atteinte. L'art. 1079 pose ce principe. Toutefois la jurisprudence apporte à cette solution une exception importante. Elle n'admet pas la rescision dans le partage testamentaire ⁴, en se fondant sur ce que le testateur a le droit de se mouvoir dans les limites du disponible comme il l'entend et qu'en avantageant un héritier, il ne fait que lui faire implicitement un legs par préciput, ce que la loi du 24 mars 1898 présume en dispensant les legs de rapport.

Cette solution a été critiquée par M. Surville ⁵, comme aboutissant à ne pas considérer le partage d'ascendant comme une institution séparée, mais comme des legs juxtaposés. L'objection est exacte. Mais il ne faut pas que la conception technique de ce partage s'applique de façon purement logique, sans considération des nécessités pratiques. Or pratiquement, c'est être bien sévère que d'interdire à l'ascendant d'avantager un descendant dans la limite du disponible, sous prétexte qu'il y a partage d'ascendant : le fait que ce partage est une institution séparée doit bien lui

¹ Bordeaux, 26 févr. 1851, D. 1852. 2. 42.

² V. Charmont, *Ex. doctr. Rev. critique*, 1906, p. 328. V. cep. Poitiers, 23 janv. 1905, S. 1905. 2. 217 avec note de M. Surville.

³ Cass. civ., 18 mai 1904, S. 1908. 1. 517, D. 1906. 1. 358. — Cass. civ., 18 juin 1867, S. 1867. 1. 297. — Planiol, III, n. 3386. — Aubry et Rau, VIII, p. 35, 4^e éd.

V. sur la lésion dans le partage d'ascendant : de Boscq, *Revue critique*, 1859. 2. 251. — Chironi, *Questioni*, IV, p. 407.

⁴ Poitiers, 23 janvier 1905, S. 1905. 2. 217, avec note de M. Surville. — Cf. Cass. civ., 12 février 1912. *Gaz. Pal.*, 1912. 1. 409, qui a évité de trancher la question.

⁵ III, n. 700 et S. 1903. 2. 217. V. de même Charmont, *Ex. doctr. Revue critique*, 1906, p. 329.

donner certaines facilités, mais non pas en augmenter les sévérités. La solution donnée par la Cour de Poitiers nous semble donc une heureuse exception apportée aux déductions techniques dans un but d'utilité.

Pour que la lésion s'applique, il faut que le copartageant, en cas de partage entre vifs accepte la succession. Sinon il n'est qu'un donataire, il n'a pas droit à l'égalité¹.

424 — Il importe peu que le partage soit amiable ou judiciaire. Cela a été jugé expressément pour le cas d'un partage judiciaire. La Cour de Cassation a décidé, avec raison, que lorsqu'aucune difficulté n'avait été soulevée devant le tribunal la décision rendue par lui était purement gracieuse et n'avait pas l'autorité de la chose jugée².

Mais il avait été jugé précédemment que la décision qui fixe la valeur de biens a autorité de chose jugée et est inattaquable quand même il n'y aurait pas eu discussion mais un simple accord³.

Il importe peu également qu'il y ait eu licitation amiable ou judiciaire entre héritiers⁴, choix ou tirage au sort des lots⁵.

Il importe peu que le partage soit provisionnel, car il peut toujours causer un préjudice que la loi veut éviter⁶.

¹ Demolombe, XXIII, n. 178.

² Req., 3 mai 1897, D. 1897. I. 224, S. 1897. I. 488. — Douai, 8 mai 1896, D. 1897. 2. 189. Req., 11 juin 1838, S. 1838. I. 831. — Cf. Dijon, 18 déc. 1894, D. 1894. 2. 389. — Trib. Seine, 6 mars 1907. *Rev. Not.*, 1907, 538. — Aubry et Rau, VI, § 626, note 23. — Huc, V, n. 466. — Demolombe, XVII, n. 425. — Laurent, X, n. 478. — Baudry et Wahl, *Succ.*, n. 3459. — Colin et Capitant, III, p. 569.

³ Lyon, 23 mai 1868, D. 1869. I. 112. — Cass. civ., 9 avril 1866, D. 1866. I. 495. — Req., 28 mars 1866, D. 1866. I. 494.

⁴ Paris, 21 mai 1813. S. chr. Aubry et Rau, VI, p. 583. — Demolombe, XVII, n. 427. — Laurent, X, n. 484. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3460.

Il en serait autrement de la licitation au profit d'étrangers. Aubry et Rau, VI, § 626, texte et note 22.

⁵ Demolombe, XVII, n. 426. — Baudry et Wahl, III, n. 3461.

⁶ Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3461 bis. Contra Planiol, III,

De même le partage partiel est rescindable¹, sauf que les partages partiels doivent être appréciés dans leur ensemble².

Par partage il faut entendre ici non seulement les actes mettant fin de façon complète à l'indivision, mais encore ceux qui font simplement sortir de l'indivision certaines personnes³.

425. — L'action en rescision est possible contre tout acte qui fait cesser l'indivision, « encore qu'il fut qualifié de vente, d'échange ou de transaction, ou de toute autre manière », dit l'art. 888. Ainsi on a jugé qu'il y avait rescision possible d'un partage de société sous forme de vente⁴, ou de licitation entre héritiers⁵. La rescision est possible même si le partage se complique de certaines clauses comme une dation en paiement⁶, la stipulation d'une rente viagère⁷,

¹ Cass. Req., 27 avril 1841, S. 1841. I. 388. — Cass. civ., 1^{er} août 1881, D. 82. I. 169. — Rouen, 4 déc. 1838, S. 1839. 2. 191, D. 1839. 2. 101. — Montpellier, 23 mai 1898. Gaz. Pal., 1898. I. 761. — Req., 18 avril 1899, D. 1899. I. 521, avec note de M. A. Colin, S. 1899. I. 221. — Bertauld, I, n. 572. — Demolombe, XVII, n. 427. — Laurent, X, n. 482. — Huc, V, n. 465. — Aubry et Rau, VI, § 626, note 13. — Baudry et Wahl, n. 3462. — Colin et Capitant, III, p. 569.

² V. *suprà* n. 401 et suiv.

³ Cass. civ., 28 juin 1859, D. 1859. 2. 299, S. 1859. I. 753. — Cass. civ., 20 mars 1844, D. 1844. I. 217. — Cass. civ., 2 juin 1897, S. 1897. I. 448, D. 1897. I. 384. Pand. fr., 1899. I. 130. — Alger, 4 avril 1877, D. 1879. 2. 86, S. 1879. 2. 216. — Limoges, 1^{er} juillet 1844, D. 1845. 2. 160. — Montpellier, 21 déc. 1844, D. 1845. 2. 130. — Aix, 1^{er} déc. 1851, D. 1855. 2. 258. — Douai, 16 nov. 1853, D. 1855. 2. 89. — Demante, III, n. 232 bis-III. — Demolombe, XVII, n. 430. — Aubry et Rau, VI, p. 579, § 626, note 14. — Laurent, X, n. 483. — Huc, V, n. 466. — Bufnoir, p. 628. — Planiol, III, n. 2426. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3467 et 4550 bis. — Giorgi, IV, n. 127.

⁴ Douai, 15 avril 1905. *Le Droit*, 21 novembre 1905. — Trib. Bruxelles, 10 janv. 1902. *Journ. Trib.*, 1902. 246. — Gand, 19 nov. 1903. *Flandre judic.*, 1904. 5. — Trib. Gand, 18 févr. 1903, id. — Baudry et Wahl, *Successions*, n. 3473. — Colin et Capitant, III, p. 571.

⁵ Trib. Bruxelles, 13 mai 1896. *Journ. Trib.*, 1896, 713.

⁶ Alger, 4 avril 1877, D. 1879. 2. 86, S. 1879. 2. 216.

⁷ Req., 24 oct. 1888, D. 1889. I. 311, S. 1889. I. 172. — Cf. Agen, 21 janv. 1836, S. 1836. 2. 266 (réserve d'usufruit).

sous réserve de la mesure dans laquelle on admet la rescision en cas de contrat aléatoire.

Cependant, si le partage est résulté d'un arbitrage, d'une transaction ou d'une cession de droits successifs, il faut distinguer, suivant que ces actes ont véritablement ce caractère, ou qu'ils sont surtout un partage¹.

Ainsi il y a rescision possible d'une prétendue sentence arbitrale qui n'aurait fait que constater l'accord des copartageants². Au contraire, si une véritable sentence arbitrale a été rendue sur des difficultés survenues, elle n'est pas susceptible de rescision³. Cette solution est d'accord avec la jurisprudence la plus récente au sujet des partages résultant d'une division judiciaire. Là aussi on distingue suivant qu'il y a simplement contrat judiciaire ou qu'il y a une décision sur des difficultés sérieuses (v. *suprà* n. 424).

426. — Lorsque l'indivision a pris fin par une cession de droits successifs, l'art. 889 dit que l'action en rescision n'est pas admise si la vente a été « faite sans fraude à l'un des héritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux ». Et cette solution s'applique à toutes les indivisions quelque en soit l'origine⁴. Et elle vise non seulement la vente, mais la dation en paiement⁵. En présence de ce texte, la Cour de Cassation admet que les juges du fait ont à apprécier si la cession de droits successifs constitue bien l'acte prévu par l'art. 889, ou ne constitue pas un par-

¹ Cass. civ., 10 déc. 1913. *Gaz. Pal.*, 1914. 1. 105 (très net).

² Agen, 12 nov. 1867, *D.* 1868. 5. 309, *S.* 1868. 2. 22.

³ Cass. Req., 11 juin 1838, *S.* 1838. 1. 831. — Cass. Req., 31 mai 1902, *S.* 1904. 1. 23. Mais il y a rescision si la sentence arbitrale ayant établi les solutions à donner n'a pas été par suite d'une estimation hâtive exactement appliquée. Req., 10 déc. 1902, *S.* 1904. 1. 285.

⁴ V. Alger, 30 juin 1892. *Rev. Alger*, 1892. 457 (vente de droits sociaux).

⁵ Chambéry, 13 janv. 1897, *D.* 1897. 2. 456.

tage, l'acte n'étant pas fait aux risques et périls du cessionnaire¹.

Tenant compte de cette idée, les arrêts ont admis tantôt qu'une cession de droits ne pouvait donner lieu à rescision par ce qu'elle était faite à forfait et ne pouvait être assimilée à un acte de partage².

Et cela alors même que l'acte aurait été dénommé partage ou déclaré fait aléatoirement et à forfait³, ou que la cession n'aurait visé qu'une partie des droits successifs⁴.

Tantôt on a admis qu'elle pouvait donner lieu à rescision par ce que ce n'était pas un contrat à forfait. Et il en a été jugé ainsi même dans des cas où la vente était déclarée faite aux risques et périls de l'acheteur, si celui-ci connaissait la succession et croyait ne courir aucun risque⁵.

¹ Cass., 25 juillet 1888, *Pand. fr.*, 1888. 1. 417, *S.* 1890. 1. 64, *D.* 1889. 1. 418. — *Req.*, 11 avril 1892, *D.* 1893. 1. 65. — *Req.*, 6 mars 1883, *S.* 1886. 1. 14. — *Req.*, 28 déc. 1874, *S.* 1874. 1. 347. — *Cass. Belge*, 27 juin 1907. *Pas.* 1907. 1. 309. *Rev. de dr. civil.*, 1908, p. 590. — *Baudry et Wahl*, n. 3479.

² *Limoges*, 13 juillet 1908, *D.* 1909. 2. 105, avec note de M. Merignac, *S.* 1909. 2. 265 avec note de M. Wahl (vente des droits dans six indivisions qu'il y avait intérêt à faire cesser ainsi). *Bordeaux*, 26 févr. 1851, *S.* 1851. 2. 423. — *Req.*, 11 mars 1856, *D.* 1856. 1. 147. — *Cass. civ.*, 6 août 1894, *D.* 1895. 1. 389. — *Cass. civ.*, 10 novembre 1862, *D.* 1862. 1. 470. — *Cass. Req.*, 22 janv. 1868, *S.* 1868. 1. 209, *D.* 1868. 1. 109. — *Trib. de la Seine*, 11 août 1903. *Gaz. Trib.*, 1904, 1^{er} sem., 2. 83. — *Grenoble*, 4 janv. 1853, *D.* 1855. 2. 356. — *Montpellier*, 21 mai 1908. *Mon. du Midi*, 15 nov. 1908. — *Gand*, 19 juin 1906. *Pas.* 1906. 2. 340. — *Aix*, 29 avril 1874, *D.* 1876. 1. 368. — *Bordeaux*, 26 févr. 1851, *D.* 1852. 2. 42. — *Req.*, 30 janv. 1866, *D.* 1866. 1. 171, *S.* 1868. 1. 209, ad notam. — *Req.*, 7 déc. 1847, *D.* 1847. 4. 420. — *Nîmes*, 2 janv. 1855, *D.* 1855. 2. 170.

³ *Limoges*, 13 juillet 1908 précité. — *Req.*, 17 mai 1909, *D.* 1910. 1. 189.

⁴ *Pau*, 30 janv. 1852, *D.* 1853. 2. 57. — *Bordeaux*, 26 févr. 1851, *D.* 1852. 2. 42.

⁵ *Cass. civ.*, 20 mars 1844, *S.* 1844. 1. 307. *Req.*, 29 juin 1847, *S.* 1848. 1. 360, *D.* 1848. 1. 70. — *Agen*, 10 janv. 1851, *S.* 1851. 2. 780, *D.* 1851. 2. 53. — *Douai*, 16 nov. 1853, *D.* 1855. 2. 89. — *Chambéry*, 16 août 1868, *D.* 1870. 2. 83. — *Req.*, 16 juillet 1856, *D.* 1857. 1. 283. — *Cass. civ.*, 29 janv. 1872, *D.* 1872. 1. 449. — *Cass. Req.*, 16 mars 1897, *S.* 1897. 1. 278. *Pand. fr.*, 1897. 1. 269, *D.* 1897. 1. 366. —

En outre la cession de droits successifs est rescindable pour fraude, et il en est ainsi assez facilement. Il y a fraude par cela seul que l'acquéreur connaissait l'importance de la succession et que le vendeur l'ignorait¹. C'est un cas où le silence équivaut au dol. (V. supra.) Pour que la question de l'application de l'art. 889 se pose, il faut toutefois que la cession porte sur un ensemble de droits successifs 'ou une quote part et non sur les droits à l'égard d'un bien isolé', car on serait alors en face d'un acte sans rapport avec le partage.

427. — Pour la transaction, l'art. 888 semble incliner à un peu plus de sévérité. Il dit seulement qu'« après le partage ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé ». Par suite, un complément de partage qui ne tranche aucune difficulté peut être attaqué². De même, un acte mélangé de dispositions transac-

Cass. Req., 21 mars 1870, S. 1870. 1. 317, D. 1870, 1. 331. — Agen, 15 mai 1866, S. 1866. 2. 360. — Nîmes, 22 août 1865, S. 1866. 2. 23. — Limoges, 29 déc. 1868, S. 1869. 2. 255. — Paris, 5 juillet 1856, D. 1852. 2. 289. — Trib. Lyon, 25 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90. — Limoges, 20 mars 1907, sous Cass., 20 juin 1909, S. 1909. 1. 36. — Trib. d'Avallon, 21 déc. 1892. Gaz. Pal., 1893. 1. 68. — Lyon, 29 oct. 1895. *Mon. de Lyon*, 27 févr. 1896. — Trib. de Lyon, 9 mars 1894. *Mon. de Lyon*, 9 avril 1894. — V. Huc, V, n. 467.

¹ Nancy, 14 mai 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2. 257. — Grenoble, 29 novembre 1884. Gaz. Pal., 1885. 1. 267. — Req., 21 mars 1870. S. 1870. 1. 317. — Limoges, 29 déc., 1868, S. 1869. 2. 255. — Limoges, 3 déc. 1841, D. 1842. 2. 99. — Cass. civ., 20 mars 1844, S. 1844. 1. 307. — Trib. Bruxelles, 10 janv. 1902. *Journ. Trib.*, 1902, p. 246. — Trib. Gand, 26 avril 1905. Pas., 1906. 3. 196. — Demolombe, XVII, n. 450. — Aubry et Rau, VI, § 626, note 18. — Huc, V, n. 468. — Laurent, X, n. 494. — Colmet de Santerre, III, 234 bis-II. — Giorgi, IV n. 130. — Planiol, III, 2427. — Bufnoir, p. 628. — Baudry et Wahl, III, n. 3489 et 3490.

² Aubry et Rau, VI, § 626, p. 580, note 16. — Huc, V, n. 467. — Laurent, X, n. 492. Il ne faut excepter que le cas où le vendeur se réserve quelques menus objets.

³ Trib. Lyon, 25 mars 1887. Pand. fr., 1888. 2. 90.

tionnelles et de partage est rescindable¹, le premier caractère fut-il prédominant. La jurisprudence ne rejette donc la rescision que pour les actes postérieurs au partage, ou qui ne sont pas de véritables partages², ou encore pour les actes antérieurs au partage ou concomitants, qui ont pour but de rendre le partage possible, comme les transactions sur la validité d'une donation, la qualité du droit d'un héritier, le mode de rapport, etc.³. Ainsi elle rejette la rescision même pour une transaction sur un partage testamentaire⁴.

Mais les juges du fait doivent préciser qu'il y a transaction pour permettre le contrôle de la Cour de Cassation⁵.

428. — La lésion pour donner lieu à rescision doit être de plus du quart. Demolombe a cependant prétendu que ce minimum n'était pas exigé lorsqu'il s'agissait de créances et qu'elles constituent tout l'actif, car dit-il, il n'y a pas véritable partage, vu la règle de l'art. 1220⁶. L'hypothèse est toute théorique, car il y aurait véritable partage dès qu'il

¹ Demolombe, XVII, n. 433. — Aubry et Rau, VI, § 626, note 20 — Laurent, X, n. 485 et 488. — Huc, V, n. 466. — Planiol, III, n. 2428. — Baudry et Wahl, *Succ.*, n. 3474. — Bufnoir, p. 626. — Colmet de Santerre, III, n. 233 bis-I. — Cass. civ., 3 déc. 1878, S. 1880. 1. 32, D. 1879. 1. 419. — Trib. de Brignoles, 13 mai 1909. *Gaz. Pal.*, 1909. 2. 577 (sol. implic.). — Cass. civ., 10 déc. 1913, S. 1914. 1. 136. — Caen, 25 mars 1855, D. 1856. 2. 91. — Agen, 20 janv. 1896, D. 1898. 2. 9, avec note de M. de Loynes: — V. cep. trib. civ. Marseille, 22 avril 1891. *Rec. d'Aix*, 1891. 2. 136.

² Req., 2 mai 1882, D. 1883. 1. 253 (départ des biens de deux concubins). — Agen, 20 janv. 1896, D. 1898. 2. 9. — Civ. 12 fév. 1912, D. 1913. 1. 183. — Cass. civ., 10 déc. 1913, S. 1914. 1. 136. *Gaz. Pal.*, 1914. 1. 105.

³ Cass., 14 mars 1832, S. 1833. 1. 297. — Req., 3 déc. 1833, S. 34. 1. 31. — Aix, 27 avril 1896. *Pand. fr.*, 1897. 2. 86. — Planiol, III, n. 2427. — Bufnoir, p. 627. — Huc, V, n. 466. — Colmet de Santerre, III, 232^obis-II. — Demolombe, XVII, n. 438. — Aubry et Rau, VII, § 626, note 20. — Laurent, X, n. 485. — Demante, III, n. 233 bis-II. — Huc, V, n. 466. — Bufnoir, p. 627 (sauf pour la transaction dans l'acte de partage). — Planiol, III, n. 2428. — Baudry et Wahl, *Succ.*, n. 3475. — Colmet de Santerre, III, 233 bis-II.

⁴ Cass. civ., 12 fév. 1912, S. 1913. 1. 101.

⁵ Civ., 10 déc., 1913, D. 1917. 1. 172.

⁶ XVII, n. 415.

y aurait plusieurs créances, la valeur de celles-ci dépendant de la solvabilité des débiteurs.

Mais lorsqu'il y a cette lésion, l'action est elle réservée à celui-là seul qui est lésé de plus du quart. L'affirmative est seule admise, bien que contestable, car la rescision ne repose pas ici sur un vice du consentement¹. Elle repose sur une idée d'injustice objective. (v. supra.)

Mais la rescision prononcée profite incontestablement à tous.

429. — La lésion est encore admise sous une autre forme par l'art. 1854 civ., à propos d'une clause très rare². « Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. » Les termes mêmes de la loi indiquent un vice d'ordre objectif l'absence d'équité. La Cour de Cassation voit là une cause de rescision distincte de la rescision du partage³, la première supposant un tiers fixant les parts in abstracto et la seconde un tiers liquidant la société. L'intérêt de cette distinction est que dans le premier cas, toute décision manifestement injuste sera annulée⁴, au second il faudra qu'il y ait une lésion supérieure au quart pour qu'il y ait rescision.

La décision contraire à l'équité étant annulée, le tribunal y substituera la sienne propre. Car le tiers serait peu disposé à apprécier en pleine équité les droits de celui qui a attaqué sa décision⁵.

¹ Cass. Req., 30 juin 1852, S. 1852. 1. 735. — Aubry et Rau, VIII, § 734, note 4. — Demolombe, XXIII, n. 174.

² V. Laurent, XXVI, n. 296.

³ Cass. Req., 26 mai 1897, S. 1898. 1. 347. — Guillouard, *Sociétés*, n. 231.

⁴ Il n'y a pas de minimum. Aubry et Rau, IV, § 381, note 4. — Guillouard, *Sociétés*, n. 231. — Huç, XI, n. 80. — Baudry et Wahl, *Sociétés*, n. 256.

⁵ V. contra Baudry et Wahl, n. 257.

430. — L'art. 1855 annule également comme entachées de lésion certaines clauses de sociétés sur les bénéfices ou les pertes¹. Il en résulte conformément au droit commun la nullité de la société tout entière², sauf à voir comment se liquidera la société nulle et à appliquer ici les théories sur les nullités de société.

L'art. 1855 al. 1^{er} annule « la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité de bénéfices ».

Le but de cette disposition est d'atteindre toute clause qui rend certain qu'un associé n'aura aucun bénéfice, ce qui est manifestement injuste.

Par suite sont nulles les clauses presque inconnues en pratique qui enlèvent à un associé tout droit aux bénéfices³; même sans participation aux pertes⁴, ou celles qui donneraient une part ridicule⁵ ou un intérêt fixe⁶. Au contraire sont valables les clauses donnant une part de bénéfices sous condition.

¹ Cette disposition a pour base un vice du consentement. Ceci ressort des travaux préparatoires.

V. les discours de Treilhard, Fénet, XIV, p. 395, et de Bouteville, id., p. 411.

² Paris, 26 nov. 1885, S. 1887. 2. 17 (sol. implic.). — Bordeaux, 3 janv. 1900, *Rec. Bordeaux*, 1890. 1. 225. — Angers, 10 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 677. — Trib. Vervins, 31 juillet 1902, D. 1903. 2. 425.

Aubry et Rau, IV, § 377, note 9. — Colmet de Santerre, VIII, n. 39 bis-IV. — Laurent, XXVI, n. 295. — Huc, XI, n. 86. — Baudry et Wahl, n. 288. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 48. — Thaller, *Ann. de dr. comm.*, VI, p. 249. — Houpin, I, n. 117. — Thaller et Pic, I, n. 51. — Guillouard, n. 246, I. — Baudry et Wahl, *Sociétés*, n. 288.

Contra Lyon, 22 mai 1896. *Mon. de Lyon*, 13 oct. 1896. — Paris, 17 juin 1901, S. 1901. 2. 304.

³ Laurent, XXVI, n. 285. — Guillouard, n. 233. — Baudry et Wahl, n. 267.

⁴ Lyon, 22 mai 1896. *Mon. Lyon*, 13 oct. 1896. — Laurent, XXVI, n. 286. — Thaller et Pic, n. 44. — Houpin, I, n. 124.

⁵ Laurent, XXVI, n. 287. — Baudry et Wahl, n. 269. — Guillouard, n. 235.

⁶ Lyon, 22 juin 1896. *Jour. Soc.*, 1897. 207. Thaller et Pic, n. 44.

Ainsi est valable l'attribution des bénéfices à l'associé survivant¹.

Ou la clause subordonnant l'attribution de bénéfices à ce que ceux-ci dépasseront un certain chiffre².

Ou à ce que les dépenses du fait de tel associé n'atteignent pas une certaine somme³.

Ou la clause stipulant qu'en cas de décès d'un associé le survivant aura pendant un an les bénéfices et les pertes⁴.

Ou la clause laissant le choix entre une part de bénéfices et une somme fixe annuelle⁵.

Ou la clause attribuant aux apports un intérêt avant toute autre répartition⁶.

Ou la clause répartissant différemment les bénéfices et les pertes⁷, sans tenir par suite, un compte exact de l'importance des apports⁸.

¹ Rouen, 31 juillet 1867, sous Req., 17 août 1868. Ici le survivant devait seul gérer et payer 5 pour cent par an du capital à la succession. S. 1869. 1. 22. — Trib. comm. Troyes, 19 mars 1900, S. 1901. 2. 254. D. 1901. 2. 47.

Guillouard, n. 236. — Lyon-Caen, S. 1888. 2. 73. — Baudry et Wahl, n. 271. — Thaller et Pic, I, n. 45. d.

Contrà Laurent, XXVI, n. 288. — Huc, XI, n. 81.

² Guillouard, n. 237. — Thaller et Pic, I, n. 45. — Huc, XI, n. 81. — Houpin, I, n. 124. — Contrà Laurent, XXVI, n. 288.

³ Cass. Req., 15 nov. 1858, S. 1859. 1. 382. — Guillouard, n. 233. — Huc, n. 81. — Houpin, I, n. 124. — Baudry et Wahl, n. 272. — Aubry et Rau, IV, § 377, note 15.

⁴ Cass. Req., 17 août 1868, S. 1869. 1. 22. — Guillouard, n. 233. — Baudry et Wahl, n. 274.

⁵ Cass. civ., 20 juin 1888, S. 1889. 1. 8. — Cass. civ., 7 déc. 1836, S. 1837. 1. 650. — Laurent, XXVI, n. 289. — Guillouard, n. 237. —

Huc, XI, n. 81. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 45. — Baudry et Wahl, n. 273. — Laurent, XXVI, n. 289. — Thaller et Pic, I, n. 45.

— Houpin, I, n. 124. Mais il faut qu'il y ait véritable société. V. Cass. civ., 16 juin 1863, S. 1863. 1. 334.

⁶ Paris, 4 déc. 1899, le *Droit*, 31 janv. 1900. — Lacour, n. 312.

Cf. cep. Amiens, 26 mai 1906, D. 1907. 2. 25, avec note de M. Thaller.

⁷ Aubry et Rau, IV, § 377, note 12. — Laurent, XXVI, n. 294. — Thaller et Pic, I, n. 60.

⁸ Aubry et Rau, IV, § 377, note 11. — Laurent, XXVI, n. 287. — Guillouard, n. 234. — Houpin, I, n. 124. — Baudry et Wahl, n. 269.

Ou celle donnant à certains associés un droit de préférence sur les bénéfices annuels. La loi du 9 juillet 1902 et celle du 16 novembre 1903 sur les actions privilégiées l'impliquent¹.

Ou celles ne laissant à l'associé que peu de chances de bénéfices élevés, mais limitant ses pertes².

431. — L'art. 1855, al. 2, annule « la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ». Le sens de ce texte nouveau dans notre droit est en réalité fort obscur³. En effet, ce qui caractérise, essentiellement l'associé, c'est qu'à la différence du prêteur, il ne sera payé de ce qu'il apporte qu'après les créanciers : c'est un rang de défaveur. En effet un créancier peut stipuler une part de bénéfices comme l'employé intéressé. Il peut stipuler un certain droit de contrôle et même de gestion sur le patrimoine du débiteur, sauf l'interdiction de gérer pour le commanditaire en droit commercial. Alors s'exempter des pertes, c'est se faire donner un rang de créancier, ou en tous cas un rang meilleur que celui d'associé.

Pour donner une portée véritable à ce texte il faut donc dire que non seulement on ne peut s'exempter des pertes, ce qui est au fond devenir créancier, mais que l'on doit être traité avec une très grande égalité vis-à-vis des autres associés, lorsqu'on ne retrouvera en fin de compte qu'un capital réduit.

Mais ceci conduit à des conséquences excessives, parce que dans la pratique, les hommes d'affaires capables associent volontiers des gens intelligents, mais peu riches, qui veulent limiter leurs pertes pour ne pas se ruiner tout à fait si les affaires vont mal.

¹ Thaller et Pic, I, n. 45, et n. 60.

² Lyon, 31 juillet 1897. *Mon. Lyon*, 26 avril 1898.

³ V. sur ce texte Thaller, *Exemption de l'associé des pertes. Ann. de dr. commercial*, 1892, p. 297.

De là, en pratique, une démarcation indécise de ce qui est permis ou non.

Ainsi est nulle la clause garantissant par une hypothèque ou d'autres sûretés le remboursement des apports¹.

Serait nulle toute clause disant simplement qu'un apport sera remboursé avant les autres², ou qu'un associé verra son apport remboursé avant tel autre³, ou qu'un associé fera un prélèvement sur les restes le mettant à l'abri de tout risque⁴, ou que l'associé est affranchi de contribution aux pertes⁵, même pour un temps limité et par un acte séparé de l'acte de société⁶.

Et rien ne pourrait empêcher la nullité : notamment ce fait que l'associé n'aurait qu'une faible part dans les bénéfices⁷.

De même la jurisprudence admet la nullité de la clause stipulant que l'associé touchera une somme fixe, même si la société ne fait pas de bénéfices⁸.

¹ Bordeaux, 3 févr. 1890. *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 225. — Trib. de Vervins, 31 juillet 1902, D. 1903. 2. 425.

Contra Baudry et Wahl, n. 276.

² V. cep. contra Req., 7 juillet 1898. *Gaz. Pal.*, 1898. 2. 207.

³ Trib. civ. Seine, 28 févr. 1902, le *Droit*, 4 sept. 1902. — Trib. civ. Marseille, 13 mars 1901. *Jurispr. Marseille*, 1902, 22.

⁴ Req., 18 mai 1896, D. 1897. 1. 249. — Lyon, 11 mars 1914. *Gaz. Trib.*, 1915, 1^{er} sem., 2. 11.

⁵ Douai, 26 avril 1888. *Gaz. Pal.*, 1888. 1. 815. — Rennes, 28 juill. 1884. *Gaz. Pal.*, 1885. 1. 786, et 7 juillet 1885. *Gaz. Pal.*, 1885. 2. 355.

— Cass. Req., 16 janv. 1867, S. 1867. 1. 172.

⁶ Req., 14 juin 1882, D. 1884. 1. 222, S. 1882. 1. 423.

⁷ Cass. Req., 16 janv. 1867, S. 1867. 1. 173, D. 1867. 1. 253. — Cf Paris, 15 avril 1883, D. 1884. 2. 122.

Aubry et Rau, IV, § 377, note 10. — Laurent, XXVI, n. 293. — Guillouard, n. 243. — Baudry et Wahl, n. 278. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 46.

⁸ Angers, 10 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 677. — Lyon, 16 juin 1899, la *Loi* 2 novembre 1899. — Baudry et Wahl, n. 277. — Thaller et Pic, I, n. 48.

Mais on admet au contraire, pour des raisons d'utilité pratique, dans les entreprises à longue préparation la validité de la clause permettant le prélèvement d'un intérêt en faveur de tous les actionnaires, en l'absence de bénéfices.

V. Thaller, n. 385. — Lacour, n. 402. — Lyon-Caen et Renault, II,

Au contraire, est valable en tous cas la clause d'exemption conditionnelle des pertes¹, ou la clause disant qu'on paiera sur les bénéfices les dettes d'un associé, s'il doit encore après ce paiement rester des bénéfices, car il suffit qu'un associé puisse normalement espérer des bénéfices².

Une autre clause encore n'est pas interdite.

La clause d'après laquelle la responsabilité entre associés tout au moins, sera limitée pour l'un d'eux, à sa mise est valable³. On admet même la clause par laquelle un associé supportera dans les pertes une part moindre que les autres⁴, bien que cela soit aussi dangereux que l'hypothèque en faveur d'un associé pour garantir son apport. On accepte à plus forte raison la cession par un associé, à d'autres de ses droits dans les bénéfices, moyennant un revenu fixe, s'il reste exposé à perdre son apport⁵.

Par la force même des choses, ces clauses ne peuvent être discutées vis-à-vis des apports en industrie ou en jouissance qui sont forcément perdus si on ne fait pas de bénéfices⁶.

n. 557. — Cass. civ., 7 nov. 1899, D. 1900. 1. 369, avec note de M. Thaller, S. 1901. 1. 513, avec note de M. Wahl.

¹ Aix, 4 nov. 1886, S. 1888. 2. 73 et la note de M. Lyon-Caen (assurance payée par la société pour garantir le remboursement en cas de décès d'un commandité).

² Cass., 8 janv. 1906, D. 1906. 1. 263.

³ Req., 5 déc. 1887, S. 1890. 1. 467. Cass., 2 avril 1889. Pand. fr., 1891. 1. 21. — Paris, 15 mars 1866, S. 1866. 2. 235. — Paris, 27 juill. 1869, S. 1870. 2. 47.

Laurent, XXVI, n. 292. — Guillouard, n. 242. — Huc, XI, n. 83. — Houpin, I, n. 125. — Baudry et Wahl, n. 279. — Aubry et Rau, IV, § 377, note 14 et texte. — Thaller, n. 388.

⁴ Req., 9 juillet 1885, S. 1888. 1. 477, D. 1886. 1. 301.

Aubry et Rau, IV, § 377, note 11. — Guillouard, n. 240. — Houpin, I, n. 125.

⁵ Req., 9 juillet 1885, S. 1888. 1. 477. — V. Huc, XI, n. 84.

⁶ V. pour l'apport en industrie Baudry et Wahl, § 377, note 53. — Thaller et Pic, I, n. 47. — Thaller, n. 388.

Cf. Laurent, XXVI, n. 291. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 40. — Guillouard, n. 241. — Houpin, I, n. 128. — Aubry et Rau, IV, § 377, note 13 et texte.

Req., 2 avril 1889. Pand. fr., 1890. 1. 121. — Cass. Req., 20 déc. 1893, D. 1894. 1. 224. — Req., 7 juillet 1898. Gaz. Pal., 1898. 2. 207.

Mais si l'apport est en argent, on admet que l'associé ne peut produire au même rang que les créanciers sociaux, ce qui est illogique seulement en apparence¹.

La jurisprudence est ainsi sans guide, parce qu'elle n'a pu se résoudre à faire de cette disposition mal venue de l'art. 1855 al. 2, une simple disposition sans utilité, interdisant l'associé de s'exonérer complètement et surement de toute perte, sous peine de devenir... créancier². C'est ce qui explique les contradictions de la jurisprudence à propos des contrats accessoires ayant pour effet d'exonérer un associé des pertes.

432. — La lésion reposant sur un consentement vicié, est valable la promesse par un tiers de garantir un associé contre la perte de son apport³.

Mais au contraire tout le monde déclare nulle la garantie fournie par un des co-associés pour assurer à un autre le recouvrement de son apport⁴.

433. — Par contre la jurisprudence admet la validité de l'assurance contre la perte de l'apport passée par la société

¹ Cass., 7 juill. 1898, *Journ. Soc.*, 1898, p. 493. — Cf. Amiens, 26 mai 1906, D. 1907. 2. 25 avec note de M. Thaller. — *Contrà* Baudry et Wahl, n. 279. — Huc, XI, n. 84.

² Aussi certains auteurs critiquent l'art. 1855, al. 2. V. Huc, XI, n. 82.

³ Aix, 4 nov. 1886, S. 1888. 2. 73. — Douai, 26 avril 1888. *Ann. de dr. comm.*, 1888. 204. Trib. Marseille, 13 mai 1901. *Jurispr. Mars.*, 1902. 22. Lyon-Caen et Renault, II, p. 34, note 1. — Huc, XI, n. 85. — Guillouard, n. 45. — Houpin, I, 130. — Baudry et Wahl, n. 285.

⁴ Req., 16 janv. 1867, S. 1867. 1. 173, D. 1867. 1. 153. — Req., 14 juin 1882, S. 1882. 1. 423, D. 1884. 1. 222. — Req., 9 juillet 1885, S. 1888. 1. 477, D. 1886. 1. 301 (sol. implic.). — Civ., 11 juill. 1894, S. 1894. 1. 452, D. 1894. 1. 531. — Aix, 4 nov. 1886, sol. implic., S. 1888. 2. 73. — Douai, 26 avril 1888. *Ann. de dr. comm.*, 1888, 204. — Lyon, 11 mai 1894. *Mon. Lyon*, 22 sept. 1894.

Laurent, XXVI, n. 293. — Houpin, I, n. 130. — Aubry et Rau, IV, § 377, note 10. — Thaller et Pic, I, n. 48. — Guillouard, n. 243. — Lyon-Caen, S. 1888. 2. 73. — Planiol, D. 1890. 1. 409. — Baudry et Wahl, n. 284. — Bonfils, *Ex. doct. Revue critique*, 1895, p. 545. Cf. Huc, XI, n. 85.

et dont elle paye les primes¹. Malgré les apparences, cela peut s'expliquer. Car ce que la loi défend ce n'est pas l'injustice entre associés qui procure à l'un un avantage, ce qu'elle veut empêcher c'est l'injustice qui cause à certains associés une perte. Or ici l'ensemble des associés souffre peu, puisque la société ne déboursa que des primes. Peu importe que l'associé tire de ce déboursé un bénéfice important.

433 bis. — Signalons encore qu'indirectement, en interdisant de n'avoir qu'un capital social inférieur à celui annoncé dans une société par actions, la loi interdit l'émission d'actions au-dessous du pair, laquelle serait une forme de lésion pour les tiers.

433 ter. — Dans le contrat de travail, l'art. 1780, al. 5, annule aussi pour lésion la renonciation faite à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts pour congé donné abusivement. Et la jurisprudence considère que la clause pénale fixant par avances ces indemnités ne peut être observée que si elle ne constitue pas un procédé indirect pour tourner la prohibition légale².

433 quater. — Dans la communauté, l'art. 1521 al. 2 annule en cas de partage inégal stipulé la clause exemptant un époux des dettes ou établissant pour lui une responsabilité différente dans le passif de celle qu'il a dans l'actif³.

¹ Cass. civ., 9 juin 1890, S. 1890. 1. 305 avec note, D. 1890. 1. 409. — Aix, 4 nov. 1886, S. 1888. 2. 73.

Contra, Planiol, D. 1890. 1. 409. — Thaller et Pic, I, n. 49. — Baudry et Wahl, n. 286. — Thaller, n. 389.

² Cass. civ., 15 avril 1913, S. 1914. 1. 896 (sol. implic.). — Bordeaux, 23 janv. 1912, S. 1912. 2. 248. — Cass. civ., 25 janv. 1899, S. 1899. 1. 313. — Aix, 3 mars 1897, S. 1897. 2. 140. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n. 3037. — V. pour la validité de la clause, trib. comm. Seine, 9 sept. 1892, S. 1893. 2. 63, D. 1893. 2. 545.

Contra Huc, X, n. 391. — Cornil, *Louage de services*, p. 339. — Sauzet, *Ann. dr. commercial*, 1891, p. 439. — Mongin, *Rev. crit.*, 1893, p. 460.

Cf. Planiol, note dans D. 1893. 2. 545.

³ En ce cas il y aura partage égal même de l'actif. Aubry et Rau, VIII, 5^e éd., p. 386. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n. 1432.

Il semble que ceci devrait être étendu au cas de communauté à partage égal de l'actif.

434. — Dans les autres contrats, ou actes juridiques, la lésion n'entraîne aucun effet¹. Il en est ainsi quand la loi le dit expressément ce qui était inutile, comme l'art. 1683, qui rejette toute rescision en faveur de l'acheteur, l'art. 2052 qui vise la transaction, lesquels ont voulu réformer une solution de l'ancien droit ou la reproduire. Il en est de même lorsque la loi ne dit rien. La jurisprudence a appliqué cette règle au bail², à la vente de créance³, de portefeuille d'assurance⁴, de droits successifs⁵, à la vente de meubles⁶, au contrat de travail⁷, à la rémunération promise par un acteur à l'intermédiaire théâtral⁸. Il faut l'appliquer aussi à la renonciation à succession⁹, à l'exécution par l'héritier d'une obligation naturelle envers un cohéritier¹⁰, à une vente de titres¹¹.

¹ Colmet de Santerre, V, 266 et 267. — Demolombe, XXIV, n. 195. — Laurent, XVIII, n. 535. — Bufnoir, p. 623. — Aubry et Rau, IV, § 335, texte et note 1 bis.

² Poitiers, 29 avril 1863, S. 1863. 2. 169. — Orléans, 31 déc. 1868, S. 1869. 2. 51 (sol. implic.). — Paris, 2 mars 1906, D. 1909. 2. 98. — Demolombe, XXIV, n. 199.

³ Orléans, 14 février 1894, S. 1895. 1. 488, D. 1900. 1. 489. — V. cep. Bordeaux, 19 févr. 1895, S. 1896. 2. 27.

⁴ Grenoble, 27 avril 1910. Gaz. Trib., 1910, 2^e sem., 2. 36. — V. cep. Lyon, 21 mai 1897, S. 1900. 2. 297 (cas où les produits avient été majorés).

⁵ Trib. Seine, 11 août 1903. *Rec. Notariat*, 1904. 336.

⁶ Douai, 8 févr. 1907, D. 1908. 2. 5. — Orléans, 14 févr. 1894, D. 1900. 1. 489. — Alger, 10 mai 1899, D. 1900. 2. 385. — Cf. sur ces divers points, Baudry et Barde, I, n. 123. — Demolombe, XXIV, n. 198. — Aubry et Rau, IV, § 358, texte et note 5. — Larombière, I, art. 1118, n. 4.

⁷ Cass. civ., 20 nov. 1906, S. 1908. 1. 29. — Cass. civ., 10 déc. 1852, S. 1853. 1. 101. — Cass. civ., 12 déc. 1853, S. 1854. 1. 332. — Demolombe, XXIV, n. 201. — Larombière, art. 1118, n. 6. — Capitiant, *Législation industrielle*, p. 159.

⁸ Paris, 11 déc. 1894. Gaz. Pal., 1895. 1. 164.

⁹ Aubry et Rau, VI, p. 517. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1662. Il n'y a exception qu'au cas prévu par l'art. 1683. (V. supra.)

¹⁰ Besançon, 6 déc. 1905. Pas. 1906. 4. 168.

¹¹ Cour de justice de Genève, 25 févr. 1913. Gaz. Trib., 30 août 1913.

435. — La jurisprudence a cependant ajouté à la loi de nouveaux cas où la lésion est prise en considération. Les tribunaux estiment avoir qualité pour réduire le salaire même formellement promis à des mandataires ou agents d'affaires s'il leur paraît excessif¹, même promis sous forme de clause pénale en cas de révocation du mandataire². Cette jurisprudence en contradiction avec la logique des textes s'est im-

¹ V. Cass., 11 mars 1824. S. chr. — Cass. Req., 7 févr. 1855, S. 1855. 1. 527, D. 1855. 1. 206. — Cass. Req., 18 avril 1855, S. 1855. 1. 527, D. 1855. 1. 206. — Req., 1^{er} juill. 1856, D. 1856. 1. 464. — Req., 12 janv. 1863, S. 1863. 1. 249, D. 1863. 1. 302. — Cass. Req., 7 et 9 mai 1866, S. 1866. 1. 273, D. 1866. 1. 246. — Req., 29 janv. 1867, D. 1867. 1. 63. — Req., 8 avril 1872, S. 1872. 1. 207, D. 1873. 1. 259. — Req., 28 févr. 1877, S. 1878. 1. 467, D. 1878. 1. 78. — Civ., 13 mai 1884, S. 1885. 1. 345, D. 1885. 1. 21. — Cass. 24 févr. 1891, D. 1891. 5. 337. — Cass. Req., 29 févr. 1904, S. 1907. 1. 389. — Cass. Req., 27 janv. 1908, S. 1908. 1. 223, et les nombreux arrêts de cour d'appel et jugements cités par Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 738. Adde : Paris, 13 janv. 1912, S. 1913. 2. 27 (agréé). — Paris, 2^e nov. 1905, S. 1906. 2. 77. — Cass. Req., 12 déc. 1911, S. 1912. 1. 374, D. 1913. 1. 129. — Req. 11 mars 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 1. 16, D. 1913. 1. 408.

Cass. belge, 29 nov. 1889, S. 1890. 4. 4. Pas. 1890. 1. 27. — Cass. Turin, 29 déc. 1880, S. 1880. 4. 22 et 9 mai 1882, S. 1882. 4. 33. — Trib. Termonde, 16 nov. 1906. Pas. 1907. 3. 113. — Bruges, 9 mars 1904, *Flandre judic.*, 1904. 316. — Trib. Bruxelles, 5 juin 1906. *Belgique judic.*, 1906, 908. — Id., 27 mai 1908. *Belgique judic.*, 1908. 1102. — Bruxelles, 14 janv. 1909. Pas. 1909. 2. 95. — Trib. Bruxelles, 10 nov. 1892. Pas. 1893. 3. 63. — Paris, 26 fév. 1914. Gaz. Pal., 1914. 1. 541. — Trib. Seine, 5 déc. 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2. 415. — Rappr. Paris, 24 janv. 1902. Gaz. Trib., 15 févr. 1902, trib. Seine, 31 mars 1904. Gaz. Trib., 1904, 2^e sem., 2. 224. — Guillouard, *Mandat*, n. 164 et 166.

Contra Demolombe, XXIV, n. 201. — Aubry et Rau, IV, § 414, note 9. — Flurer, D. 86. 2. 257. — Glasson, D. 1892. 2. 281. — Lyon-Caen, S. 87. 2. 282. — Planiol, II, 2236. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n. 738.

Nancy, 17 févr. 1914, S. 1914. 2. 215. Gaz. Pal., 1914. 1. 320, — et 19 janv. 1912. Gaz. Pal., 1912. 1. 607. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 754. — V. sur cette jurisprudence Jean Perrin, *Réductibilité des obligations*, thèse Paris, 1905, p. 120. — Cf. sur la jurisprudence belge, *id.*, p. 156.

² Trib. Seine, 24 juillet 1913. Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2. 415. Gaz. Pal., 1913. 2. 484. — Paris, 26 fév. 1914. Gaz. Trib., 1914, 1^{er} sem., 2. 251. — Paris, 27 mars 1920. Gaz. Pal., 1920. 2. 270. *Rev. de droit civil*, 1921, p. 283.

posée par des nécessités pratiques : le besoin de faire une place plus large à la lésion lorsqu'elle est à craindre en face de mandataires ayant de trop grandes exigences à l'égard du public.

Pour appliquer plus largement ces principes, la jurisprudence va jusqu'à qualifier le médecin d'une compagnie d'assurances de mandataire de celle-ci¹. Mais la possibilité de rescision disparaît facilement d'abord si le salaire a été payé après l'exécution du mandat², ensuite si le salaire a été arrêté d'un commun accord après cette exécution³. Nous sommes donc en présence d'une lésion fondée sur un vice du consentement.

Des solutions analogues se sont fait jour parfois à propos des honoraires de médecins⁴.

436. — En second lieu la jurisprudence donne un effet à la lésion pour les actes juridiques qui constituent des semi-arbitrages⁵.

Une convention, sans répondre aux conditions exigées par la loi pour le compromis peut décider qu'un tiers prendra certaines mesures pour l'exécution des obligations créées ou même jugera les difficultés qu'elle soulève. Ou même cette mission peut être confiée à un contractant. C'est ainsi que les statuts d'une société peuvent donner compétence au

¹ Cass. civ., 24 avril 1914, S. 1914. 1. 349.

² Paris, 26 juin 1913, Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2. 480. — Paris, 13 févr. 1891, Gaz. Pal., 1891. 2. 270. — Paris, 13 févr. 1894, S. 1897. 2. 214. Mais il en est autrement si le salaire n'a pas été payé en connaissance de cause. Req., 8 avril 1872, S. 1872. 1. 207, D. 1873. 1. 259. — Cf. Paris, 20 nov. 1854, D. 1855. 5. 243, S. 1854. 2. 688, qui ne distingue pas.

³ Rouen, 12 déc. 1881, S. 1882. 2. 227. — Montpellier, 6 février 1893, S. 1894. 2. 208, D. 1894. 2. 212. — Paris, 13 déc. 1894, S. 1897. 2. 214. — Trib. Seine, 15 déc. 1903, le *Droit*, 9 mars 1904. — Paris, 26 juin 1913, Gaz. Trib., 1913, 2^e sem., 2. 480. Gaz. Pal., 1913. 2. 214.

⁴ Lyon, 15 nov. 1898, D. 1899. 2. 371. — Bordeaux, 16 fév. 1900, D. 1901. 2. 206 (implic.).

⁵ V. pour plus de détails nos *Notions fondamentales de droit privé*, p. 626 et suiv.

conseil de direction pour exclure des membres ou les frapper d'amendes. C'est ainsi qu'un patron peut avoir le droit d'infliger des amendes à son personnel, qu'un adjudicataire de fournitures peut avoir accepté de ne livrer que les marchandises reconnues bonnes par un employé de celui qui reçoit les fournitures.

Dans ces divers cas, si la décision prise par le tiers ou le contractant est manifestement contraire à l'équité, les tribunaux prononcent pour cette lésion des dommages-intérêts ou réforment la décision.

Ainsi un acheteur de marchandises importées promet de s'en rapporter pour leur bonne qualité à un certificat émanant du pays d'expédition, le tribunal peut effacer cette clause si le certificat apparaît n'avoir pas été donné après suffisant examen¹.

De même lorsqu'un règlement d'atelier permet au patron d'infliger des amendes, mais sans en spécifier soit le taux, soit les cas précis d'application, les tribunaux peuvent, si la décision du patron a un caractère excessif, la réformer², il n'en est autrement que si l'amende prévue est fixe et si le cas visé pour son application s'est produit, car il y a alors une clause pénale ordinaire³.

Cette jurisprudence s'explique encore par des nécessités pratiques. Lorsque des abus manifestes émanent de ceux qui ont ainsi un rôle important à jouer dans l'application

¹ Rouen, 15 mai 1912. *Gaz. Trib.*, 1912, 2^e sem., 2. 248. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 203.

² Trib. de la Seine, 9 juin 1905, S. 1906. 2. 252. *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 541. *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 108. — Trib. de comm. Marseille, 24 févr. 1907. *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 444. *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 422. — Trib. Seine, 11 déc. 1885, *Pand. fr.*, 1886. 2. 49. — Bordeaux, 16 avril 1894. *Rec. Bordeaux*. 1894. 2. 67. — Lacan et Paulmier, *Tr. de la législ. des théâtres*, n. 195. — Deseure, *Le dr. et le théâtre*, n. 190 et suiv. — Crémieu, *Théâtres et spectacles*, p. 137.

Cf. trib. Bordeaux, 16 avril 1894. *Rec. Bordeaux*. 1894. 2. 67.

Contra trib. de comm. Strasbourg, 16 nov. 1855. *Gaz. Trib.*, 20 nov. 1855.

³ Cass. civ., 14 déc. 1866, D. 1866. 1. 64, S. 1866. 1. 194.

d'un contrat, il faut bien y mettre fin. Toutefois il est nécessaire que les tribunaux se montrent très prudents dans cette voie. Toutes ces conventions sont inspirées par la nécessité d'aller vite, de faire trancher certains points commodément. On ne peut pas négliger ces desiderata et favoriser l'esprit processif, qui est directement opposé à la rapidité des affaires. Il ne faut donc réformer la décision prise que pour des abus criants, ce que l'on pourra faire facilement en motivant le jugement par la théorie de l'abus du droit.

437. — Dans les ventes de fonds de commerce, la jurisprudence tend aussi à faire place à la lésion.

La Cour de Cassation a jugé¹ que, même s'il n'y a pas dol, si par le fait du vendeur l'acheteur n'a pas été exactement renseigné sur le chiffre d'affaires, et a été induit en erreur sur la véritable valeur du fonds, on peut tout en maintenant la vente réduire le prix. D'autres arrêts de Cours d'Appel ont accentué cette solution². Ces dernières décisions ne constatent aucun dol. Parfois même le vendeur n'ayant qu'une comptabilité peu régulière, ne se rendait pas un compte exact de la situation. Cependant la réduction de prix a été prononcée. On a parlé d'erreur. Mais c'est une erreur incidente sur le chiffre d'affaires. Il s'agit donc ici plutôt d'une véritable lésion. Il y a là un système curieux, qui s'impose par les mêmes raisons pratiques que la réduction du salaire des mandataires. Le vendeur peut facilement tromper l'acheteur sur le chiffre d'affaires. On tend à venir au secours de ce dernier.

¹ Cass. civ., 15 févr. 1898, S. 1898. 1. 445, D. 1898. 1. 192.

Contrà trib. Bruxelles, 29 janv. 1899. Pas. 1900. 3. 181.

² Paris, 9 nov. 1899, D. 1900. 2. 210. — Lyon, 21 mai 1897, S. 1900. 2. 297 (cession de portefeuille). — Orléans, 17 mai 1906, le *Droit*, 5 août 1906. *Revue de droit civil*, 1906, p. 912. — Paris, 7 juillet 1906, la *Loi*, 29 déc. 1906. *Revue de droit civil*, 1907, p. 112. — V. cep. contrà Douai, 16 janv. et 8 fév. 1907., D. 1908. 2. 5. *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 365. — Lyon, 27 avril 1910. *Gaz. Trib.*, 1910, 2^e sem., 2. 36.

A plus forte raison la réduction de prix serait admise dans le cas où l'on constaterait un dol incident ayant par des manœuvres trompé l'acheteur sur la valeur ¹.

438. — Ces solutions spéciales s'expliquent très bien par l'idée de lésion. Plus souvent on tend à les expliquer par l'idée d'abus du droit. Celui qui devait fixer les conditions d'application d'un contrat ne doit pas abuser de son droit. Ceci montre qu'il existe entre la théorie moderne de l'abus du droit et celle plus ancienne de la lésion un certain lien. Lorsque la loi confère un certain droit, il ne suffit pas pour que les applications pratiques qui en seront faites soient approuvées qu'elles se tiennent dans le cadre fixé. Il faut encore voir si les résultats sont conformés ou opposés au bon ordre social. Si le résultat choque particulièrement (lésion), ou si l'esprit dans lequel on a causé préjudice déplaît de façon excessive (abus du droit), le sentiment commun se révolte et l'acte ne peut être approuvé par la conscience collective. Ces deux théories, l'une plus objective, l'autre plus subjective, ne sont donc que des aspects de la conception sociale du droit.

Au fonds, ce qui apparaît dans le développement de la lésion c'est l'importance du but, du résultat de l'acte juridique. Comme nous l'avons indiqué plus haut (v. 217), nous sommes dans une évolution qui nous amène de plus en plus à diminuer (je ne dis pas à supprimer) l'importance de la volonté et à accentuer celle du résultat, voire même, du but. Le droit civil devient de plus en plus objectif. Le développement moderne de la lésion n'est qu'un aspect de cette idée ².

438 bis. — Il n'est pas tenu compte de la lésion dans les actes unilatéraux. Pour les uns qui sont nécessairement gra-

¹ Paris, 1^{er} févr. 1874. *Journ. Trib. comm.*, XXIII, p. 425. — Paris, 19 juillet 1894, id., XLIV, p. 442.

² D'autres idées ont été émises pour expliquer les réductions imposées aux mandataires. On a parlé de surplus reçu sans cause (*Civ.*, 29 janv. 1867, S. 1867. I. 245. Cf. Maury, *Notion d'équivalence*, I, p. 189 et suiv.) ce qui paraît difficilement admissible.

tuits : renonciation à succession ¹, renonciation à servitude, à mitoyenneté, à sureté réelle ou personnelle, à prescription, il n'est tenu compte d'aucune lésion, même si le renonçant a cru à tort de son intérêt bien entendu de faire cet acte.

Il en est de même des actes unilatéraux comme une option en cas d'obligation alternative, une acceptation de succession de communauté, qui sont la fixation d'un droit antérieur.

On ne peut attaquer une acceptation de succession pour découverte de dette, ni pour découverte d'un testament sauf en ce dernier cas l'exception de l'art. 783 ², ni pour ce fait que certains héritiers d'abord acceptants auraient fait annuler leur acceptation.

Il en est encore ainsi à plus forte raison des preuves par acte unilatéral : aveu ou serment, refus de serment. Mais certains actes unilatéraux font corps avec une ébauche de contrat plus ancienne. C'est le cas de la confirmation d'un acte nul pour incapacité, dol, etc., le cas de ratification de l'acte d'un gérant d'affaires, d'un mandataire qui a excédé ses pouvoirs, c'est le cas du retrait d'indivision (art. 1408), de l'acceptation de remploi (art. 1435).

Pour ces actes, dans la mesure où l'acte primitif est rescindable, ils peuvent donner lieu à rescision. Plus exactement l'acte juridique se complète par ce troisième consentement et c'est de ce jour qu'il peut être attaqué pour lésion.

438 ter. — En droit public, la lésion qui peut résulter pour la société ou pour l'Etat d'actes unilatéraux est sans effet. On ne pourrait annuler pour lésion que les contrats de vente passés par l'Etat, les départements, etc., en vertu des règles ordinaires de la vente.

439. — La lésion est un vice qui a un caractère d'atteinte à l'ordre public. Il en résulte cette conséquence, que l'on ne

¹ Aubry et Rau, VI, p. 416. — Laurent, IX, n. 471.

² Aubry et Rau, VI, p. 381. — Demolombe, XIV, n. 541. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n. 1670-1673. — Huc V, n. 172. — Demante, III, n. 103 bis-VI.

peut renoncer d'avance à l'invoquer¹. L'art. 1674 civ. le dit à propos de la vente : le vendeur « a le droit de demander la rescision de la vente quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision et qu'il aurait déclaré donner la plus value ». Cette solution doit être généralisée. Elle doit être étendue à tout acte rescindable². Elle vise en même temps tous les actes qui ne seraient que des subterfuges pour tourner la disposition : donation du surplus avant d'avoir reçu le paiement du prix en cas de vente, renonciation dans un temps voisin de la vente ou du partage contre une somme infime, contrat déclaré fait aux risques et périls des deux contractants, ou d'un seul, déclaration que l'on a parfaitement examiné l'objet du contrat et qu'on s'est renseigné sur sa valeur, qu'on en a fait faire une estimation, etc.³. Les juges ici apprécient en fait. Il est donc inutile d'établir des présomptions détaillées⁴.

440. — Mais si la seule volonté des parties ne peut exclure la rescision, la nature du contrat, qui dépend naturellement de leur volonté mais combinée avec les circonstances, peut avoir une influence. Si le contrat est aléatoire, nous avons vu qu'une place très limitée est faite à la lésion.

Dans le partage d'ascendant, si la réserve est respectée, le partage reste valable, bien que l'ascendant ait déclaré au cas où un copartageant serait avantagé qu'il lui donne ou lègue

¹ Cass. civ., 2 juin 1897, D. 1897. I. 384, S. 1897. I. 448. — Cass. civ., 22 mai 1855, D. 1855. I. 197. — Pau, 12 janv. 1826, S. chr. — Laurent, XXIV, n. 430. — Guillouard, II, n. 689. — Beudant, *Vente*, n. 139. — Huc, X, n. 192. — Baudry et Saignat, n. 675. — Colin et Capitant, II, p. 439.

² Demolombe, XVII, n. 424. — Laurent, X, n. 479. — Guillouard, *Vente*, II, n. 690. — Planiol, II, n. 1594.

³ V. Baudry et Saignat, n. 675. — Aubry et Rau, V, § 348, note 3. — Laurent, XXIV, n. 430. — Huc, X, n. 192. — V. cep. Cass. belge, 14 juill. 1834. Pas. 1834. 286.

⁴ V. cep. pour la validité des renonciations gratuites après paiement Colmet de Santerre, VII, n. 120 bis-VI. — Baudry et Saignat, n. 675. — Contra Aubry et Rau, V, § 358, note 3. — Giorgi, IV, n. 128.

par préciput cette part supplémentaire¹. Et il en est de même de toute clause pénale interdisant la demande en rescision².

De même est valable tout contrat où il y a une libéralité indirecte importante³, dans l'intention de la personne lésée. Ainsi une vente d'immeuble faite à très bas prix par esprit de libéralité. Un partage très onéreux pour un cohéritier est de même inattaquable s'il a été accepté pour faire une libéralité à un cohéritier, lui laisser de quoi vivre.

Ou encore est inattaquable après un premier partage la transaction sur les difficultés qu'il soulève (A).

441. — La lésion n'est pas susceptible d'être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation⁴. Mais cela tient à ce qu'elle repose sur des faits que la Cour Suprême n'est pas à même de constater. Car la lésion peut être proposée pour la première fois en appel contre une demande d'homologation⁵.

Elle doit de plus être invoquée par voie d'action principale et non pas par simple conclusion⁶, a-t-on prétendu. Mais cela est critiquable.

¹ Req. 15 nov. 1893, 5, 1896, 1, 20, D. 1894, 1, 437. — Montpellier 6 mars 1871, D. 1871, 2, 252 — Req. 22 juillet 1879, S. 1880, 1, 399 *sol implic.* — Laurent XV n. 127. — Baudry et Colin II, n. 3700.

² Cass. Req. 22 juillet 1874, S. 1874, 1, 479, D. 1875, 1, 453. — Chambéry, 7 juillet 1873, S. 1874, 2, 12, D. 1874, 2, 12 (décision attaquée). — Req. 22 juillet 1879, S. 1880, 1, 399. — Baudry et Colin, II, n. 3701 bis.

³ V. *Pour la société Baudry et Wahl*, n. 267.

(A.) Formule de transaction pour éviter la rescision pour lésion. Les soussignés ont déclaré vu les difficultés qui se sont présentées au sujet de l'application du partage du _____ notamment sur les points suivants : _____ ou vu la difficulté d'arriver à une application équitable du partage du _____ fixer leurs parts par abonnement à forfait et à titre de transaction irrévocable de la façon suivante.

⁴ Cass. civ. 5 avril 1892, S. 1895, 129 avec note de M. Balleydier (sol. implic.) Cass. Req. 24 juin 1855, S., 1856, 1, 448.

⁵ Cass. civ. 4 novembre 1896, S., 1898, 1, 167.

⁶ Trib. Gand, 17 mars 1905, Pas. 1906, 3, 196.

Effet de la Lésion.

442. — L'effet de la lésion est normalement la nullité de l'acte. L'art. 1674 le dit pour la vente en parlant de demande en rescision. L'art. 1681 précise davantage en disant que l'acquéreur rendra la chose en retirant le prix qu'il en a payé.

L'art. 891 suppose de même la nullité en faisant allusion à un nouveau partage. Il en est de même pour le partage d'ascendants¹. Quant aux dons et legs par préciput aux enfants, il est naturel qu'il restent valables², à moins qu'ils ne soient le simple don du surplus de ce à quoi on avait droit, car alors il n'y a pas de titre spécial en dehors du partage³. A fortiori les dons à des étrangers compris dans le partage d'ascendants subsistent⁴. La nullité sera demandée par l'intéressé, et s'il est décédé, par ses héritiers, qui devront s'entendre pour pouvoir exercer l'action⁵.

443. — La lésion étant reconnue, le tribunal doit donc annuler le contrat conformément aux principes ordinaires⁶, et ordonner la restitution des biens livrés⁷.

Les conséquences de cette annulation sont les conséquences de toute autre nullité⁸, soit à l'égard des sous-acquéreurs, soit entre les parties.

¹ Aubry et Rau VIII, p. 39, 4^e éd. Il n'en serait autrement que s'il restait après un partage des biens indivis pouvant compléter la part de l'héritier lésé. Aubry et Rau. Eod. loc. — Demolombe XXIII, n. 184 et 175.

² Demolombe XXIII, n. 241. — Req. 3 juin 1863, S., 1863, 1, 269 — Bordeaux, 4 déc. 1871, S., 1872, 2, 163.

³ Demolombe XXIII, n. 242. Cf. Amiens, 15 fév. 1869, S., 1869, 2, 65

⁴ Demolombe XXIII, n. 185.

⁵ Grenoble, 10 fév. 1903, D. 1905, 2. — Besançon 20 fév. 1895, D. 1895, 2, 486.

⁶ V. *Sur les actions en nullité et rescision*. Capitant, 3^e éd., p. 302-305.

⁷ Req. 14 juin 1898. *Gas. Trib.* 1898, 2^e sem., 1, 192. Il n'ont même pas à réserver l'option si le défendeur ne le demande pas. — Cass. 9 août 1848, S., 1848, 1, 615. D. 1848, 1, 185.

⁸ V. Baudry et Saignat, n. 711 à 718. — Aubry et Rau VI, par. 626, texte et notes 30 à 33. — Demolombe XVII, n. 511. — Aubry et Rau

Les aliénations seront annulées, sauf celles consenties par le demandeur en rescision, qui rapporterait alors le prix reçu¹. On pourra donc reprendre les biens entre les mains des sous-acquéreurs², car l'acte est nul vis-à-vis de tous³. Et ce sous-acquéreur ne peut se prévaloir de ce qu'il a transcrit⁴.

L'acte entaché de lésion est nul vis-à-vis de tous, et il est nul en entier. Cependant on n'annule pas la cession de droits successifs qui en est indépendante⁵.

Conformément au droit commun, il peut y avoir confirmation de l'acte, et celle-ci résulte tacitement du fait d'aliéner les biens reçus par suite de l'acte rescindable en pleine connaissance de cause. L'art. 892 en prévoyant ce fait seulement pour le dol et la violence n'a pu déroger au droit commun pour la lésion⁶.

VIII, par. 734, texte et note 16. — Capitant, 3^e éd. p. 304. — V. cep. en cas de partage d'ascendant, lorsqu'il reste des biens, Aubry et Rau, loc. cit. — Cf. Colin et Capitant, II p. 442. — Les frais de la vente ne sont pas remboursés. Cass. Naples, 27 mai 1913, Giour, ital. 1913, 1, 950.

¹ Cass. civ. 29 juin 1859, D. 1859, 1, 296. — Cass. civ. 12 janv. 1863 D. 1863, 1, 119. — Contra Demolombe XVII, n. 508 qui admet le rapport de la valeur de l'immeuble.

² Cass. Req. 26 juillet 1887. *Gaz. Pal.* 1887, 2, 485. — Cass. civ. 28 fév. 1911, *Gaz. Trib.* 1911, 3 mars, S. 1917, 1, 131, *Gaz. Pal.* 1911, 1, 390. — Req. 22 août 1877, D. 1877, 1, 481. — Planiol II, n. 1597. — Guillonard II, n. 721. — Aubry et Rau, V. p. 182. — Laurent XXIV, n. 443. — Baudry et Saignat, n. 719.

³ Req. 6 août 1884, D. 1885, 1, 49 avec note de M. Merignac. (Le partage est nul même vis à vis de ceux qui l'ont ratifié).

⁴ Cass. civ. 28 fév. 1911, D. 1912, 1, 169 avec note de Loynes, *Rev. de dr. civ.* 1912, p. 754, S. 1917, 1, 131.

⁵ Trib. Lyon, 27 mars 1887. *Pand. fr.* 1888, 2, 90.

⁶ Req. 18 fév. 1851, D. 1851, 1, 294. — Req. 9 mai 1855, D. 1855, 1, 312. — Cass. Req. 19 déc. 1853, S. 1854, 1, 686. — Cass. civ. 25 nov. 1857, S. 1858, 1, 209 — Req. 22 fév. 1854, D. 1854, 1, 239. — Req. 14 août 1847, D. 1847, 1, 366 (sol. implic.) — Cass. civ. 25 nov. 1908, D. 1910, 1, 85. — Bordeaux, 22 août 1853, D. 1853, 2, 223 — Lyon, 23 mai 1868, D. 1869, 2, 113. — Douai, 8 mai 1896. *Gaz. Pal.* 1896, 2, 476. — Contra Liège, 11 avril 1900. *Pas.* 1900, 2, 355. Mais la vente faite dans l'ignorance de la lésion est sans effet. Cass. 4 déc. 1850,

Un tribunal a jugé que si les biens livrés par le contrat entaché de lésion étaient incendiés fortuitement depuis ce contrat, que la restitution étant impossible, la lésion n'était pas admissible¹. En réalité, l'action est possible, mais le demandeur cesse d'avoir intérêt à demander la nullité parce qu'il devra restituer ce qu'il a reçu. Il ne faut donc pas poser ici de principe absolu, mais seulement dire que la destruction d'un des objets visés par la vente ou le partage peut enlever tout intérêt à l'action².

La solution doit-elle être la même si la chose livrée est aux mains d'un sous-acquéreur. La personne lésée, peut-elle revendiquer le prix plus élevé peut-être que l'acquéreur primitif a obtenu ? Dans le cas où la lésion ne repose pas principalement sur un vice du consentement, il faut admettre la négative. La personne lésée n'a droit qu'à la chose elle-même, elle ne peut rien obtenir d'autre.

Mais dans le cas où la lésion repose sur un vice du consentement comme dans la vente, l'acheteur qui a profité de la lésion a commis une sorte de faute, de sorte qu'il doit res-

S. 1851, 1, 179. D. 1850, 1, 337. — Bordeaux, 21 nov. 1855, D. 1856, 2, 113. — Douai, 8 mai 1895, D. 1897, 2, 189. — Nîmes, 10 mai 1847, D. 1848, 2, 175. — Bordeaux 30 juillet 1849, D. 1850, 2, 3 qui ne distingue pas entre l'ignorance et la connaissance. — Req. 18 fév. 1851, D. 1851, 1, 294. — Poitiers, 5 mars 1862, D. 1862, 2, 119. — Aubry et Rau VIII, p. 44. Le simple fait d'apporter les biens en mariage ne rend pas l'action irrecevable. Caen, 31 janv. 1848, D. 1848, 2, 154. Il a même été jugé, ce qui est plus douteux, que le fait d'aliéner avant le décès les biens venant d'un partage d'ascendant n'entraîne pas renonciation, l'action en rescision n'étant pas née. Bourges, 22 déc. 1879, D. 1880, 2, 118. De même le seul fait de payer un legs contenu dans le testament découvert n'emporte pas renonciation au bénéfice de l'art. 783 : Trib. de Versailles, 8 fév. 1893, *Gaz. Trib.* 16 fév. 1893.

¹ Trib. d'Albertville, 20 juillet 1895, S. 1895, 2, 285, D. 1896, 2, 486.

² Laurent XXIV, n. 432. — Guillouard, *Vente*, II, n. 693. — Aubry et Rau, IV, par. 358, texte et note 23. — Baudry et Saignat, n. 693. — Giorgi, IV, n. 147. Hac. X, n. 193.

tituer ce qui serait pour lui un profit illicite. Le vendeur est plus digne d'intérêt que lui¹.

Quant aux fruits, l'art. 1682 indique que l'acquéreur les « rend du jour de la demande. L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande ou du jour du paiement s'il n'a touché aucun fruit »². L'acheteur ayant pu se croire propriétaire, on le traite avec indulgence.

Mais ceci est exceptionnel. On admet la restitution de tous les fruits en cas de rescision de partage³, sauf en cas de bonne foi du copartageant⁴. En tous cas le trésor découvert sera toujours restitué⁵.

Pour les dégradations, on admet que l'acheteur en est responsable. Inversement, il aura droit à indemnité pour les impenses nécessaires en totalité et les impenses utiles à concurrence de la plus-value⁶.

La première solution est plus difficile à justifier. Mais on peut dire que non seulement il y a rétroactivité, mais que l'acheteur est présumé de mauvaise foi, en tous cas peu digne d'intérêt. C'est en vertu de la même idée qu'on ne lui rembourse pas les frais du contrat⁷.

¹ Pothier, *Vente*, n. 349. Contrà. Huc. X, n. 193 in fine. — Guillouard, *Vente*, II, n. 693. — Aubry et Rau, IV, par. 358, texte et note 24. — Baudry et Saignat, n. 693.

² V. Baudry et Saignat, n. 721.

³ Cass. civ. 14 juillet 1869, S. 1869, I, 453, D. 1869, I, 347». — Rennes, 6 janv. 1816, D. Req. v^o Succession, n. 2352. — Cf. Nîmes, 2 août 1827, id. n. 2354 — Trib. Bruxelles, 20 nov. 1901. Pascri. 1903, 3, 58. Laurent, X, n. 511. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n. 3537. — Planiol, III, n. 2429 — Aubry et Rau, VIII, p. 45. — Colmet de Santerre, III, n. 239 bis. — Contrà Cass. civ. 12 janv. 1863, D. 1863, I, 119. — Caen, 5 déc. 1854, D. 1854, 2, 197, Paris, 28 mars 1895, *Gaz. Pal.* 1895, 1^{er} sem. v^o Partage, n. 5. — Lyon, 8 mai 1903. *Mon. Lyon*, 6 juillet 1903. Demolombe XVII, n. 511. — Aubry et Rau VI, p. 585. — Planiol III, n. 2429. — Huc. V, n. 471.

⁴ Bourges, 11 Déc. 1912, *Gaz. Trib.* 6 Juillet 1913.

⁵ Pacifici Mazzoni. *Vendita* II, n. 150.

⁶ Guillouard. *Vente* II, n. 716 et 718 — Laurent XXIV, n. 451. — Colmet de Santerre VII, n. 126 bis V. — Baudry et Saignat, n. 714-716.

⁷ Guillouard II, n. 719. — Laurent XXIV, n. 450 bis. — Aubry et Rau V, § 358, notes 20 et 20 bis. — Baudry et Saignat, n. 717.

444. — Pour les diverses hypothèses de lésion, la loi toute-fois est défavorable aux nullités qui sont une cause grave de trouble pour les contractants ou les tiers. Aussi est elle favorable aux atténuations, spécialement au paiement d'une indemnité à celui qui a été lésé, moyennant quoi l'acte sera maintenu.

Celui qui profite de la lésion ou contre qui l'action est intentée, comme le sous-acquéreur, peut arrêter cette action. L'art. 891 le dit pour le partage : on peut « empêcher un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature ». Le défendeur fournira alors des biens héréditaires et il aura le choix de ces biens. (Art. 1190.) L'art. 1681 le répète avec une atténuation pour la vente. On peut « garder le fonds en payant le supplément du juste prix sous la déduction d'un dixième du prix total. Ici on a droit à un dixième de réduction. Il faut le répéter pour le partage d'ascendant¹. Mais il n'y aura pas de réduction.

Le supplément donné est donc variable. Il peut être donné en argent ou en nature en cas de partage. En cas de vente il sera de la même nature que le prix : ce sera donc une rente, s'il y a vente contre rente viagère². Le défendeur doit les intérêts du prix du jour de la demande en rescision. L'art. 1682 le dit pour le cas de vente et il doit être généralisé³.

445. — Le droit de payer le supplément appartient au tiers possesseur : la loi le dit pour le cas de vente (art. 1681), et

¹ V. Cass. Req. 17 août 1863, S. 1863, I, 529, D. 1864, I, 29. — Toulouse, 21 août 1833, S. 1834, 2, 123. — Riom, 25 avril 1818, S. chr. — Huc. XI, n. 446. — Aubry et Rau VIII, p. 40. — Baudry et Colin, II, n. 3699. — Huc. VI, n. 446 — Laurent XV, n. 126. — Contrà Toulouse, 21 août 1833, S. 1834, 123. — Rum, 25 avril 1818, S. chr.

² Lyon, 10 juin 1875, S. 1876, 2, 119. — Guillouard, *Vente* II, n. 724. — Baudry et Saignat, n. 722. — Aubry et Rau V, § 358, note 18 bis. — Huc. X, n. 199.

³ Demante, III, n. 239 bis. — Demolombe, XVII, n. 467. — Laurent, X, n. 504.

cette solution doit être généralisée¹. On l'étend même à tout intéressé comme le créancier hypothécaire ou du copartageant ou de l'acheteur².

Il peut être exercé par un des défendeurs, s'ils ne s'accordent pas entre eux pour le faire³.

446. — Au point de vue technique, le droit de payer le supplément est *in facultate solutionis*. La véritable conséquence de la lésion est en effet la nullité. Le paiement du supplément est une sorte de tolérance⁴. C'est donc ce principe qui déterminera la nature du droit de la personne lésée.

447. — L'option peut être exercée avant le jugement de rescision⁵. Elle peut l'être après. L'art. 801 le suppose en disant qu'on peut empêcher un nouveau partage, l'art. 1681 vise de même le cas où « l'action en rescision est admise ». Mais le défendeur après le jugement peut être mis en demeure d'opter⁶. Et la faculté d'opter cesse à l'exécution du jugement d'annulation⁷.

448. — Dans le cas de vente d'engrais, amendements ou substances destinées à l'alimentation des animaux de la

¹ V. cep. Laurent X, n. 507.

² Baudry et Saignat, n. 723. — Demolombe, XVII, n. 461. — Aubry et Rau VI, par. 626, note 37. — Laurent, X, n. 507. (seulement s'ils ont été parties au procès.) — Guillouard. Vente II, n. 723.

³ Aubry et Rau, VI, par. 626, texte et note 35. — Huc. V, n. 471, qui refuse tout recours à celui qui paie le supplément. — Demolombe, XVII, n. 469. — Colmet de Santerre, III, 236 bis V.

⁴ Baudry et Saignat, n. 726. — Aubry et Rau, V, § 358, note 18. — Huc. X, n. 198. — Giorgi, IV, n. 153. — Colmet de Santerre, VII, n. 125 bis II.

⁵ V. Huc., X, n. 199.

⁶ V. Bordeaux, 30 nov. 1831, S. 1832, 2, 632. — Laurent, XXIV, n. 447. — Colmet de Santerre, VII, n. 125 bis, III. — Baudry et Saignat, n. 710. — Guillouard, II, n. 725, semble dire que si l'on veut arrêter le droit d'option, il faut dater l'exécution et de même Laurent, XXIV, n. 447 et Contrà. X, n. 506.

⁷ Guillouard, II, n. 725. — Huc. X, n. 198. — Colin et Capitant, II, p. 442 et III, p. 574. — Baudry et Saignat, n. 688. — Laurent, XXIV, n. 436 — Colmet de Santerre, VII, n. 125 bis III et III, 236 bis IV — Demolombe, XVII, n. 459, cf. Giorgi, IV, n. 133. — Contrà Laurent, X, n. 596. (partage).

ferme, la loi du 8 juillet 1906 (art. 1^{er}) donne à l'acheteur une simple action en réduction de prix.

Dans le cas de l'art. 1854, le tribunal se substitue au tiers désigné et apprécie. Il en est de même dans les cas de semi-arbitrages dont nous avons parlé, dans celui de salaire exagéré demandé par un mandataire, dans le cas de vente d'un fonds de commerce à un prix excessif.

449. — Des cas dans lesquels la loi annule un acte pour lésion, ou le modifie, il faut rapprocher ceux où le terme de lésion n'est sans doute pas prononcé, mais ici la loi vise à prévenir la lésion.

Ces cas sont importants. C'est en effet la forme moderne pour empêcher la lésion. C'est ce que Crome a déjà nettement entrevu. La lésion nullité, c'est souvent le vieux jeu. La lésion réduction est plus moderne. Mais la prévention de la lésion par des mesures parfois gênantes, car elles vont à l'encontre de la facilité des transactions, est une forme qui se développe beaucoup.

La loi y recourt volontiers aujourd'hui. C'est ainsi que le droit moderne devient naturellement réglementaire.

Il le fait par deux procédés, soit de fonds, soit de forme. Elle interdit parfois certaines clauses comme contenant lésion.

Ainsi la loi du 3 sept. 1807 interdit le prêt en matière civile avec une stipulation d'intérêt supérieur à 5 0/0.

La loi du 9 avril 1898 interdit au patron de se décharger de la responsabilité des accidents du travail¹.

L'art. 1780 Civ. al. 5 interdit de renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts eu vertu des dispositions qu'il prévoit.

De même la Chancellerie contrôle le prix de vente des offices.

¹ V. sur ce texte. Sachet. *Accidents du travail*, II, n. 1870 et suiv. 5^e éd.

Par d'autres textes plus modernes un acte, une clause sont directement interdits.

La loi du 19 décembre 1907 sur les sociétés de capitalisation (art. 4, n° 2) prévoit que les statuts et les contrats doivent interdire de percevoir sous quelque forme que ce soit des droits d'entrée.

La loi du 31 mars 1905 modifiant l'art. 30 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail annule « les obligations contractées pour rémunération de leurs services envers les intermédiaires qui se chargent moyennant émoluments convenus à l'avance de procurer aux victimes des accidents et à leurs ayants droit les bénéfices des instances ou des accords prévus par l'art. 15, 16, 17 et 19 de la loi »¹.

On peut rapprocher l'art. 3 de la loi du 3 juillet 1913 sur les sociétés d'épargne qui interdit les répartitions par voie du tirage au sort entre les membres. Mais cet article est inspiré aussi par la crainte des loteries déguisées.

450. — En la forme, la loi prévoit parfois avant une opération juridique des mesures, spécialement des estimations de nature à empêcher presque toujours la lésion.

D'après la loi du 24 juillet 1867, art. 4, en cas d'apport en nature dans une société par actions, la première assemblée fait apprécier la valeur ou la cause des avantages particuliers.

D'après la loi du 17 mars 1900, art. 2, dans les ventes à crédit de valeurs de Bourse, l'acte doit contenir en toutes lettres et d'une façon apparente l'un des cours cotés à la Bourse de Paris dans les quatre jours précédant la cession, et à défaut le dernier cours coté.

Ailleurs d'autres formes sont prévues. Pour les rentes en cas d'accident du travail, la transaction entre patron et ouvrier doit avoir lieu devant le président du tribunal. (Art. 16 de la loi du 9 avril 1898.)

¹ V. à ce sujet, Sachet. *Accidents du travail*, II, n. 1888 et suiv.

Pour les émissions. mises en vente de titres, la loi du 30 janvier 1907, art. 3, impose au préalable de publier au « *Journal Officiel* » certaines indications de nature à renseigner un peu sur la valeur du titre : le montant du capital, la partie non libérée, le dernier bilan, les obligations déjà émises, les avantages au profit des fondateurs, etc. Les affiches, prospectus et circulaires devront reproduire ces indications. Il en sera de même des annonces dans les journaux.

D'après la loi du 10 juillet 1915, un système est prévu pour la fixation du salaire minima des ouvriers à domicile ayant comme sanction un supplément de salaire à attribuer (art. 33, Code du Travail).

451. — Etant donné l'esprit dans lequel ces dispositions sont écrites, il faut en l'absence de texte admettre que la nullité du contrat est la sanction de ces opérations dont le fonds ou la forme ont été règlementés. (Art. 1780 Civ., loi du 24 juillet 1867, art. 7.)

La loi le dit parfois expressément (loi du 31 mars 1905, art. 30). Mais il faut l'admettre ailleurs :

Il en est ainsi pour l'entente entre patron et ouvrier sur la rente due après accident¹.

Il doit en être de même pour les ventes à crédit de valeurs à lot². La question est plus douteuse pour les sociétés de capitalisation. Mais elle offre peu d'intérêt à raison de la formalité de l'enregistrement. Pour les émissions de titres, bien que la loi ne le dise pas, les auteurs tenant compte des

¹ Cass. civ. 6 janv. 1904, D. 1904, I, 73 avec note de M. Sarrut. — Nancy, 2 mars 1901, Rec. Nancy, 1901, 150. Sachet. *Accident*, II, n. 1872, 5^e éd. — Baudry et Wahl. *Louage* II, n. 3205 et 3212.

² Baudry et Saignat, n. 686, I.

travaux préparatoires très nets en ce sens rejettent la nullité¹.

451 bis. — Ces formes nouvelles de la lutte contre la lésion paraissent de nature à se développer encore. Elles correspondent bien à ce besoin moderne d'éviter les destructions inutiles. Au lieu d'annuler les actes entachés de lésion, ce qui jette le trouble, on prévient la lésion, ce qui donne la sécurité. C'est excellent à première vue. Mais on est obligé de sanctionner la réglementation préventive, notamment par des nullités. Ensuite on développe une réglementation gênante : les opérations juridiques s'alourdissent. On aboutit donc forcément à aller contre la sécurité et à entraver l'activité. D'où des réactions nécessaires. Ainsi se poursuit ce que les uns nomment évolution, les autres progrès, sans qu'on arrive à un résultat satisfaisant. Telle est l'impuissance de la réalité à se plier à nos désirs multiples.

452. — L'action en rescision a ordinairement une durée limitée : deux ans pour la vente (art. 1676 Civ.), trois mois pour le partage de bénéfices sociaux (art. 1854, al. 2. Civ.), quarante jours pour les ventes d'engrais (loi du 8 juillet 1907).

Il n'y a pas de délai spécial pour le partage. C'est donc trente ans, pour le partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par testament², et dans les autres cas, dix ans³. On tend de

¹ Wahl. *De la publicité des placements de titres. Journal des Sociétés.* 1907, n. 61. — Lacour, n. 420. — Lyon-Caen et Renault, II, 4^e éd., n. 687. — Thaller, 4^e éd., n. 573 bis. — Contra, Lyon, 21 juin 1910, D. 1912, 2, 386, 11^e et 12^e arrêt. *Revue de dr. civil*, p. 195.

² Cass. civ. 29 nov. 1857, S. 1858, I, 209, D. 1857, I, 425. — Demolombe, XXIII, n. 216 — Laurent, XV, n. 114. — Aubry et Rau VIII p. 42. — Baudry et Colin I, n. 3724.

³ Cass. Req. 25 nov. 1865, S. 1866, I, 104, D. 1866, I, 217. — Baudry et Colin, II, n. 3725 — Demolombe, XVII, n. 576. — Aubry et Rau, VI, par. 626, note 41 et texte, VIII, p. 42. — Laurent, X, n. 498 et XV; n. 114.

plus à admettre que ces délais visent l'action, et non l'exception opposée par le défendeur en possession ¹.

Le délai est franc ². La loi du 8 juillet 1907 le dit d'ailleurs pour la vente d'engrais. (Art. 2.)

Mais son point de départ est variable. C'est le jour où on a pu voir qu'il y avait lésion : celui de la vente pour les immeubles (Art. 1676) ³, la remise au destinataire pour les ventes d'engrais ⁴, le jour où on a eu connaissance du règlement au cas de l'art. 1854, le jour du partage en cas de partage, le jour du décès en cas de partage d'ascendant ⁵, le jour de la vente accomplie s'il y a eu promesse unilatérale de vente ⁶, le jour de l'évènement de la condition en cas de vente conditionnelle ⁷.

C'est le jour du décès en cas de partage d'ascendant, sauf si le partage est testamentaire et que le testament soit découvert plus tard ⁸, le jour du second décès en cas de partage cumulatif de biens paternels et maternels ⁹, ou même en cas de partage d'ascendant suivide partage post mortem ¹⁰.

Si le contrat a été fait sous condition suspensive, c'est du jour où la condition est accomplie que le délai courra, car auparavant il n'est pas certain qu'il y aura contrat ¹¹.

Si le contrat est fait sous condition résolutoire, le délai

¹ Huc. X, n. 194. — Guillouard. *Vente*, II, n. 713, contra Laurent, XXIV, n. 445.

² Alger, 1^r déc. 1886, *Rev. Alger* 1887, 236.

³ Paris 26 août 1847, S. 1848, 2, 161, D. 1848, 2, 43. — Cass. Req. 9 août 1848, D. 1848, 1, 185. — Baudry et Saignat, n. 700. — Bruxelles 14 mai 1829. Pas. 1829, 176. — Paris, 7 janv. 1825, S. chr. Cas. Req. 2 mai 1827; S. chr. cf. Guillouard, *Vente*, II, n. 714.

⁴ Trib. de Paix de Nocé, 18 oct. 1907; D. 1908, 5^e 31.

⁵ V. supra, n. 404.

⁶ Guillouard. *Vente*, II, n. 714. — Baudry et Saignat, n. 700.

⁷ V. Laurent, XXIV, n. 444.

⁸ Demolombe XXIII, n. 215.

⁹ Aubry et Rau, VIII, par. 734; texte et note 23. — Demolombe, XXIII, n. 227 — Laurent XV, n. 116. — Req. 25 oct. 1890. *Pand fr.* 1890, 1, 313.

¹⁰ Cass. Req. 27 nov. 1865, D. 1866, 1, 216. — Laurent XV, n. 117.

¹¹ Baudry et Saignat, n. 697. — Laurent XXIV, n. 444. — Guillouard, *Vente* n. 712. — Contra Aubry et Rau IV § 358 note 26.

court immédiatement. L'art. 1676 en fait une application spéciale en disant que « ce délai court et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat », et cette solution doit être généralisée¹.

453. — Un peu différente est la question de savoir à partir de quel moment on peut agir en rescision. En principe ce n'est que lorsque l'acte est parfait et que le délai pour l'action commence à courir.

Mais en matière de partage d'ascendants par acte entre vifs, la jurisprudence après avoir décidé le contraire admet aujourd'hui que le droit d'agir en rescision ne s'ouvre qu'au décès¹. En outre de ce qu'il y a de choquant à voir attaquer une libéralité du vivant du donateur, il faut dire que cela est logique du moment qu'on calcule la valeur des biens au décès.

Cette solution s'étend naturellement au partage cumulatif de biens paternels et maternels², où l'on ne donne l'action qu'après le second décès, ou même au partage des biens du précédé, suivi du partage d'ascendant des biens de l'époux survivant³. Cependant en matière de promesse de vente la jurisprudence a admis que l'action en rescision était possible avant que la promesse ne fût utilisée⁴.

¹ Baudry et Saignat, n. 697. — Colin et Capitant, II, p. 441.

² Cass. 14 juillet 1852, S. 1852, I, 479, D. 1852, I, 203. — Cass. civ. 23 mars 1887, S. 1887, I, 152, D. 1887, I, 400. — Req. 27 nov. 1865, S. 1866:1:104. — Cass. civ. 7 janv. 1863, S. 1863.1.121. — Orléans 29 juill. 1880, S. 1884, I, 259. — Colin et Capitant III, p. 937. — Demolombe, XXIII, n. 220. — Aubry et Rau VIII, p. 41. Contra Baudry et Colin, II, n. 3711. — Laurent XV, n. 110 à 112. — Colmet de Santerre, IV, n. 247 bis XII. La doctrine dominante admet même cette conséquence qu'on ne peut renoncer expressément ou tacitement à la rescision avant le décès, le droit d'agir n'étant pas encore né. Ceci est contestable, car on peut renoncer à un droit futur (v. contra. Aubry et Rau; VIII, p. 43. — Demolombe, XXIII, n. 225.

³ Cass. Req. 2 janv. 1867, S. 1867, I, 60, D. 1867, I, 111. — Cass. civ. 18 juin 1867, S. 1867, I, 297, D. 1867, I, 274. — Cass. Req. 16 nov. 1885, D. 1886, I, 395, S. 1886, I, 454. — Orléans, 29 juillet 1880, précité. Aubry et Rau, VIII, p. 42.

⁴ Aubry et Rau, VIII, p. 42.

⁵ V. supra.

Elle admet également que s'il y a plusieurs partages partiels l'action est ouverte dès le premier s'il y a lésion¹, ce qui n'est pas très exact, la lésion se calculant sur l'ensemble des partages et supposant donc que tout est partagé. On pourrait simplement admettre l'action en rescision lorsqu'on demande en même temps le partage du surplus².

S'il y a vente conditionnelle, le délai part-il de l'arrivée de la condition ? L'affirmative a été soutenue³. Mais il semble plus exact d'admettre le négative, le contrat n'étant définitif qu'à l'arrivée de la condition.

Le délai pour agir en rescision est un délai préfixé. Il court contre les incapables. L'art. 1676, al. 2, le dit en cas de vente et ce texte doit être étendu à tous les cas de rescision. Il y a en effet là, une mesure grave, dont on ne doit pas prolonger la menace.

Toutefois on admet généralement qu'il ne court pas entre époux, pour ne pas troubler l'harmonie du ménage⁴. En outre on admet en matière de partage que c'est une prescription, ce qui est peu harmonieux et ne peut s'appuyer que sur un *a contrario*⁵.

On admet aussi parfois qu'il est inapplicable s'il s'agit d'une exception invoquée, comme si un vendeur est resté en

¹ Cass. Req. 18 avril 1899, S. 1899.1.321 avec note de M. Wahl, D. 1899.1.521 avec note de M. A. Colin. — Nîmes 30 messidor an XIII. S. Chr. — Laurent X, n. 500. — Huc V. 465. — Baudry et Wahl Success. n. 3464. Contrà A. Colin note citée.

² Cf. Cass. civ. 1^{er} août 1881, D. 1882, 1, 169.

³ Aubry et Rau, IV, § 358, p. 183, contrà Pacifici Mazzoni. *Vendita*, II, p. 246. — Laurent, XXIV, n. 441. — Guillouard, II, n. 714 — Baudry et Saignat, n. 697, cf. Req. 2 mai 1827, S. chr. (promesse de vente).

⁴ Guillouard. *Vente*, II, n. 711. — Laurent, XXIV, n. 444. — Colmet de Santerre, VII, 122 bis II. — Huc., X, n. 194. Contrà Toulouse 24 juillet 1839, S. 1839, 2, 524. — Aubry et Rau, V, p. 184, note 26 bis.

⁵ Aubry et Rau VI, p. 590. — Laurent X n. 498.

possession : *temporalia ad agendum, perpetua ad excipendum*¹. Mais cette solution a une base générale sérieuse.

454. — L'action est indivisible. Elle ne peut donc être exercée par un seul héritier de la personne lésée².

Mais cette indivisibilité n'existe pas du vivant du contractants. Si dans une vente il y a plusieurs vendeurs conjoints, si dans un partage il y a trois co-partageants et plus, chacun peut agir séparément en rescision. L'art. 1685 Civ. le dit en renvoyant aux art. 1668 et suiv. sur le reméré³.

455. — L'action en rescision s'éteint par les procédés ordinaires. Elle s'éteint même par une ratification expresse, bien que la question ait été contestée⁴. On a dit vainement que le vice de lésion n'a pas cessé avant ratification, car il ne disparaît que par le paiement de la somme dont on est lésé⁵. C'est inexact au cas où la lésion repose sur un défaut de liberté, et dans les autres cas on ne peut empêcher de faire une donation indirecte. De même la ratification tacite est possible, notamment par l'aliénation volontaire des biens reçus en vertu de l'acte lésif⁶, ou de façon plus générale

¹ Gand, 11 août 1837, Pas. 1837.2.15, contra Liège 21 nov. 1857. Pas. 1858.2.238.

² Besançon, 20 fév. 1895, D. 1895, 2, 486. *Pand. fr.* 1895, 2, 180. — Trib. de St-Jean de Maurienne, 7 mars, 1895. *Gaz Trib.* 19 mars 1895. — Grenoble, 10 déc. 1903, D. 1905, 2, 255. — Cf. sur le cas de vente par plusieurs vendeurs, Bordeaux, 10 janv. 1817, S. chr. V. Laurent, X, n. 497; — Baudry et Saignat, n. 691. — Guillouard, II, n. 727. — Colmet de Santerre, VII, n. 129 bis.

³ Baudry et Saignat, n. 691.

⁴ Bourges 11 déc. 1912, *Gaz Trib.* 6 juillet 1913. — Cagliari, 2 juill. 1906, *Giur. ital.* 1906, 2, 775, transaction. — Demolombe, XVII, n. 480. — Larombière, III, n. 1338, n. 26, 34, 35 — Bufnoir, p. 711 — Guillouard. *Vente*, II, n. 690. — Laurent, X, n. 516 et XV, n. 134 — C. de Santerre, VII, n. 120 bis VI — Baudry et Wahl. *Successions*, III, n. 3566. Contra Demante, III, n. 237 bis, I (partage).

⁵ Colmet de Santerre, VII, n. 120 bis VI, qui n'admet que la ratification gratuite faite après paiement du prix.

⁶ V. supra n. 443. Cf. Pacifici Mazzoni. *Vendita*, II, n. 142 v. cep. Trib. Lyon 25 mars 1887. *Pand fr.* 1888, 2, 90. — Planiol, III, n. 2432. — Bufnoir, p. 718.

l'exécution volontaire, comme le prévoit l'article 1854¹.

Mais pour les achats d'engrais elle ne résulte pas de leur emploi (Loi du 8 juillet 1907, art. 2).

La ratification exige d'ailleurs les conditions ordinaires notamment de capacité² et de liberté du consentement. Mais Beudant en a conclu à tort que le vendeur ne pouvait ratifier avant d'avoir reçu le prix³. C'est un point de fait. Le vendeur ratifierait valablement s'il avait reçu de l'argent par ailleurs. Nous rejeterons de même, pour le même motif, l'opinion d'Aubry et Rau, d'après qui le partage d'ascendant ne peut être confirmé qu'après décès du donateur⁴.

456. — *Droit comparé.* — Le droit européen offre ici une grande variété. En face du système anglais qui exclut en principe la lésion, du droit portugais qui adopte le même système, du droit espagnol qui y déroge très peu⁵, le système français triomphe en Italie, mais le système germanique représenté par le Code autrichien, le Code allemand et le Code suisse tient compte de la lésion de façon générale en exigeant toutefois dans les deux derniers codes que l'on ait abusé de la gêne ou de l'inexpérience d'une personne. C'est bien un pouvoir important donné au juge de contrôler les conventions.

456 bis. — *Droit anglais.* — D'après le Common Law il n'est pas tenu compte de la lésion⁶. Mais en vertu de l'Equity les juges tiennent compte de la disproportion des

¹ V. Req. 7 mars 1894, *Pand. fr.* 1895, 1, 381 — V. cep. Bruxelles, 22 avril 1850, *Pas.* 1850, 2, 346.

² Limoges, 14 janv. 1887. *Pand. fr.* 1888, 2, 308. — Cass. civ. 2 juill. 1866, *S.* 1866, 1, 399. — Aubry et Rau, VIII, p. 43.

³ Vente n. 140.

⁴ Aubry et Rau, VIII, p. 43.

⁵ En Hollande l'art. 1158 tient compte de la lésion de plus du quart dans les partages. Les art. 1159 à 1161 reproduisent nos art. 890-892. L'action dure trois ans. L'art. 1099, al. 2 reproduit notre art. 783. Le titre de la vente ne parle pas de la lésion.

⁶ V. *Encyclopaedia of the England*, v^o *Mistlake*, n. 3 et 4. — *Laws of England*, v^o *Mistlake*, n. 19. — *Jenks Digest*, II, p. 9. (*Inadequacy of consideration*).

prestations dans les contrats qui impliquent pleine confiance, comme entre le sollicitor et son client, le trustee et celui pour qui il agit, le tuteur et le pupille ¹.

De même ils réduisent les clauses pénales excessives, qui sont considérées comme n'ayant qu'un caractère comminatoire ².

En matière d'usure, le contrat de prêt d'argent rendu libre en 1854 a donné lieu à une jurisprudence qui a atténué les clauses usuraires. De plus la loi du 8 août 1900 ³ a permis aux tribunaux toutes les fois qu'il y a intérêt excessif vu les sommes prêtées, de modifier le contrat. Le Moneylender's Act dit en effet : « Sur une demande formée devant un tribunal quelconque par un prêteur d'argent...s'il est établi aux yeux du tribunal que les intérêts exigés sont excessifs en égard à la somme réellement prêtée ou que les sommes portées à titre de déboursés, renseignements, clauses pénales, bonus, primes, renouvellement ou frais quelconques sont excessives, ou que dans l'un ou l'autre cas l'opération est onéreuse ou léonine, ou de telle nature qu'une cour d'équité refuserait de la sanctionner, le tribunal peut modifier les clauses et conditions de ladite opération ». (Art. 1^{er}) Le texte s'applique nonobstant toute convention contraire, mais il ne peut nuire à un cessionnaire ou porteur de bonne foi à titre onéreux. Il s'applique aussi à toute opération équivalente en substance à un prêt d'argent. (Art. 1^{er} n° 4.)

456 ter. — *Droit autrichien.* — Le Code autrichien contient la disposition la plus large sur la lésion. « Si dans un contrat synallagmatique une partie n'a pas reçu une valeur égale à la moitié de sa propre prestation (valeur appréciée au

¹ Jean Perrin. *Réductibilité des obligations*, thèse de Paris, 1905, p. 241 et suiv.

² J. Perrin, thèse citée, p. 244 et suiv.

³ *Ann. de législation étrangère*, 1900, p. 59. — V. aussi les lois agraires pour l'Irlande, de 1871 et 1881.

temps du contrat ¹, elle a le droit de rompre le contrat et de demander la restitution *in integrum* ». Mais l'autre partie peut maintenir le contrat en complétant sa prestation. (Art. 934 et 1060.) Cette action se prescrit par trois ans. (Art. 1487.)

Mais la rescision est exclue dans les contrats commerciaux, même du côté du non commerçant (Art. 277 et 286 Comm.), dans les contrats aléatoires (Art. 1268.) la transaction (Art. 1386.), si on a acheté une chose pour des convenances spéciales, etc. On ne tient compte de l'erreur sur la valeur que si elle a été déterminante. (Art. 935.)

D'après la loi du 19 juillet 1877 concernant la protection accordée contre les actes malhonnêtes dans les opérations de crédit : « Quiconque fait une concession de crédit sachant que les conditions acceptées par le preneur doivent nécessairement par suite de la disproportion des avantages réservés au créancier entraîner la ruine du débiteur, alors que celui-ci ne pouvait connaître cette circonstance à raison de sa faiblesse intellectuelle, de son inexpérience ou de sa surexcitation d'esprit se rend coupable d'un délit ». (Art. 1^{er} al. 1.) « Le juge de répression doit déclarer nulle l'opération à la suite de laquelle est intervenue une condamnation ». (Art. 2.) En dehors du cas de condamnation possible, le juge doit également annuler. (Art. 4.) Dans les opérations commerciales si le preneur à crédit est commerçant ou assimilé à un commerçant, la loi ne s'applique pas (art. 6) ².

Cette loi a été remplacée par celle du 28 mai 1881, qui déclare coupable de délit « quiconque ayant pour objet d'accorder ou de proroger un crédit exploite sciemment la légèreté du débiteur, sa situation nécessiteuse, sa faiblesse d'intelligence, son inexpérience, la surexcitation de son esprit en se faisant promettre ou donner à lui ou à un tiers des avantages

¹ Kirchstetter. *Commentar*, p. 484. — Krainz. *System*, II, 4^e éd., p. 94. — Ce texte n'a pas été modifié, pas plus que les art. 1060 et 1487.

² V. *Ann. lég. étr.* 1877, p. 215.

pécuniaires qui par leur exagération sont de nature à causer ou à hâter la ruine de ce débiteur ». Se rend coupable du même délit « celui qui acquiert une créance, la vend ou la fait valoir sachant qu'elle résulte d'une opération prévue par le présent article ». Art. 1^{er}.) Il y a, de même, délit dans la convention simulée, l'acte contenant des mentions inexactes, ou si à l'occasion d'une créance encore inexistante il est intervenu une reconnaissance régulière, une transaction ou sentence arbitrale. (Art. 2.) La culpabilité disparaît si avant connaissance du fait par l'accusateur public le créancier abandonne ce qu'il a perçu indûment avec les intérêts. (Art. 7.) Le juge doit annuler l'opération. (Art. 8 et 10.) La loi reste inapplicable si les deux parties sont commerçants. (Art. 14.) Il y a délit si on traite avec un mineur ou une personne dont l'inexécution d'engagements d'honneur peut amener la perte de la situation, et si on se fait garantir une opération de crédit par engagement d'honneur, serment, etc. (Art. 15.)¹.

En outre il faut tenir compte du nouvel art. 897 (v. tome II n° 885) si on a abusé de la situation d'autrui.

En dehors du Code, il faut citer la loi du 27 avril 1896², qui interdit certaines clauses dans la vente à tempérament : clause que le vendeur qui resout le contrat gardera les acomptes reçus, clause pénale ordinaire dépassant les limites convenables, etc.

Il faut également citer les textes sur les prêts d'argent.

457. — Droit italien. — Le droit italien s'inspire de façon générale du droit français en matière de lésion³. Toutefois il modifie notre législation sur certains points.

¹ V. *Ann. lég. étr.* 1881, p. 307.

² V. *Ann. législation étrangère* 1896, p. 248. — Dijol. De l'exploitation usuraire de l'acheteur dans la vente à tempérament. *Revue d'Economie politique*, 1913, p. 634.

³ V. Benedetti. *Rescissione della vendita per causa di lesione*. *Archivio giuridico*, 1910, I, p. 253.

L'effet de la rescision pour lésion est limité à l'égard des tiers. D'après l'art. 1308, « l'action ne produit pas d'effet contre les tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles antérieurement à la transcription de la demande en rescision. De plus les conditions mises par la loi pour la ratification expresse ou tacite des contrats ne s'applique pas aux ratifications d'actes entachés de lésion. (Art. 1309.)

Dans la vente d'immeubles la rescision est possible dès qu'il y a lésion de plus de moitié. (Art. 1529.) La rescision peut être empêchée en rendant le supplément du juste prix tout entier. (Art. 1534.) On ignore donc la déduction du dixième du droit français. La rescision « n'a pas lieu dans les ventes qui se font aux enchères publiques » (art. 1536.), que la vente soit forcée ou non.

La doctrine et la jurisprudence assez voisines de celles de France tendent toutefois plutôt à restreindre l'application de la lésion suivant en cela la tendance du Code italien.

On rejette la lésion pour la promesse de vente¹, pour les ventes commerciales d'immeubles², les ventes aléatoires³.

Pour le partage, les art. 1038 à 1043 reproduisent les solutions du droit français, que l'art. 1048 étend au partage d'ascendant par donation entre vifs, rejetant ainsi la lésion pour le partage testamentaire, et Giorgi interprète ces diverses règles dans le sens de la doctrine française⁴.

Enfin, les art. 1718 et 1719 correspondent aux art. 1854 et 1855 français

En dehors de ces contrats la lésion est sans effet⁵, soit pour les autres conventions, soit pour les actes unilatéraux

¹ Giorgi. *Obligaz.* IV, n. 142. — Gênes, 13 juin 1906.

² Trani, 19 sept. 1887. — Marghieri. *Dir. comm.* II, 1255 — Majorana. *Inapplicabilita della rescisione per causa di lesione alla compra vendita commerciale dei immobili.* *Dir. comm.* 1910, p. 172. Contra Giorgi, op. cit. n. 141 bis.

³ Pacifici Mazzoni. *Vendita*, II, n. 138.

⁴ Op. cit. IV, n. 123 et suiv.

⁵ Giorgi. *Obligazioni*, IV, n. 157.

comme l'acceptation de succession (Art. 942.), soit pour l'échange. (Art. 1554.)¹.

458. — *Droit espagnol et portugais.* — Le Code espagnol réduit plus encore les cas de rescision. Les art. 1291 et 1293 ne permettent que la rescision en faveur des absents et des mineurs lésés de plus du quart par des contrats faits par leurs représentants sans autorisation du conseil de famille. L'hostilité contre la lésion est très nette chez les commentateurs². L'art. 1074 maintient la lésion de plus du quart comme cause de rescision dans le partage³. Mais cette rescision est exclue du partage d'ascendant. (Art. 1075.)

L'action est donnée pendant quatre ans à dater de la confection du partage. (Art. 1077.)

La rescision prononcée n'a qu'un effet limité. Le demandeur garde les biens qu'il a reçus et il en est de même des héritiers qui n'ont pas reçu plus que leur part. (Art. 1077, al. 2.)

Pour le surplus les solutions du droit français s'appliquent dans cette hypothèse de lésion. Mais on paraît admettre que la renonciation à la nullité pour lésion est possible⁴.

L'art. 1708 semble étendre ces règles écrites pour les successions au partage de société. Il en est de même de l'art. 406, qui vise le partage de la propriété indivise. Mais les auteurs sont contraires à cette extension⁵.

Depuis le code, la loi du 23 juillet 1908⁶, sur le prêt à intérêt se préoccupe aussi de la lésion.

Il faut rapprocher ici du droit espagnol le droit portugais. Le Code portugais a poussé au maximum l'hostilité à la

¹ V. Pacifici Mazzoni. *Vendita*, II, p. 469.

² V. Manresa y Navarro. *Código civil español*, VIII, p. 740. — Valverde y Valverde, III, p. 252, note 2. — Sanchez Roman, IV, p. 200, 2^e éd.

³ V. Manresa y Navarro, op. cit. VII, p. 729 et suiv.

⁴ V. en ce sens Manresa y Navarro, op. cit. VII, p. 740.

⁵ V. Manresa y Navarro, VIII, p. 741.

⁶ V. Sanchez Roman. *Derecho civil*. appendice du tome IV, p. 25.

rescision pour lésion. L'art. 1582 à propos de la vente dit en effet : « La vente en pourra être résiliée sous prétexte de lésion que si cette lésion suppose l'existence d'une erreur qui rende le consentement nul ». C'est en somme exclure la lésion, dont d'ailleurs aucun autre article ne parle à propos d'autres contrats.

Si on l'invoque, la jurisprudence a précisé qu'elle doit avoir existé au temps de la vente ¹. En outre elle admet que l'art. 1582, en autorisant les clauses contraires les autorise même dans les contrats postérieurs au Code ².

459. — *Droit allemand.* — Le Code civil allemand le premier a réagi contre l'application de plus en plus restrictive de la lésion généralisant des solutions données déjà pour l'usure par les lois du 24 mai 1880 et du 19 juin 1893 ³. D'après l'art. 138, al. 2, est nul un acte juridique par lequel quelqu'un en exploitant la lésion, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation en ce que celui-ci lui promet ou lui assure de toute autre façon à lui ou à un tiers pour une prestation à lui faite, des avantages de valeur patrimoniale qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prétention dans une disproportion choquante ⁴. Les Allemands appliquent ce texte aux conventions usuraires et par là ils entendent plus que les conventions de crédit visées par la loi du 1880. Ils comprennent toutes les conventions ⁵,

¹ Arrêt, 12 juillet 1872, cité par Ferreira, *Codigo civil portuguez*, IV, p. 49.

² Arrêt, 28 juill. 1872, *cod. loc.*

³ V. sur l'évolution du droit allemand au XIX^e siècle, Dernburg, *loc. cit.* — Crome I, p. 375, note 13.

⁴ V. sur cet article Saleilles. *Déclaration de volonté*, p. 291 à 302. — Planck, I, art. 138, par. 3 et 4, I, p. 250. — Crome, I, p. 375. — Endemann, I, p. 688. — Dernburg, I, § 126. *Trad. officielle*, I, p. 155, III. — Kohler, II, p. 99.

⁵ V. Endemann, I, p. 699.

même au comptant¹, où il y a disproportion surprenante, vente, location de bétail, ventes de fonds de terre, contrat de travail, société, fixation de prix par des cartels, etc. C'est l'usure réelle déjà visée par la loi de 1893. Mais l'art. 138 exige, comme les lois de 1880 et 1893, que ces conventions contiennent un certain élément subjectif. Il faut qu'il y ait abus de l'état de nécessité, de la faiblesse, de l'inexpérience du débiteur². On entend par là tenir compte de la situation économique du débiteur, quelqu'en soit la cause (vol, incendie, faute, légèreté).

On tiendra même compte de ses dettes d'honneur. Mais s'il empruntait seulement pour employer l'argent à un but productif, il n'y aurait pas état de nécessité.

Mais il n'y a pas nullité s'il n'y a pas exploitation. Il n'y a donc pas nullité au cas des marchands de chevaux qui prennent un gros bénéfice en traitant avec des personnes ignorantes, pas plus qu'en cas de connaisseurs qui achètent à bas prix un meuble ancien. Il fait que le contrat choque les mœurs³.

En dehors de l'art. 138 de multiples textes du code sont dirigés contre la lésion : l'art. 248 sur l'anatocisme, les art. 310 et 312 sur les actes visant le patrimoine futur, les articles sur l'incessibilité de certains droits : art. 399, 400, 514, l'art. 1714 sur la renonciation gratuite à l'entretien par un enfant, l'art. 1136 sur l'inaliénabilité conventionnelle, l'art. 1149 sur l'exécution forcée, etc.⁴.

Enfin, le code laisse encore subsister certaines lois d'Etat, comme la loi prussienne, du 17 mars 1881⁵.

¹ V. Crome I, p. 375. — Saleilles, op .cit. p. 292.

² V. Crome, p. 376, note 14. — Saleilles, op cit. p. 298.

³ V. Saleilles, op. cit. p. 297. — Cf. sur l'application qui a été faite cet article. Zimmermann. *Archiv fur Civil Praxis*, 1912.

⁴ V. une liste complète dans Crome, p. 377.

⁵ V. Endemann, I, p. 691.

460. — *Droit suisse.* — D'après le Code des Obligations, la lésion ne viciait jamais les contrats¹. Mais la revision du Code, tenant compte de ce que le droit moderne protège les faibles contre les forts, a admis, non sans discussion², à la demande de M. Rossel, l'article suivant :

« En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court de la conclusion du contrat³ ».

Cette solution rappelle celle du Code civil allemand. Il faut une disproportion évidente, une personne gênée, légère ou inexpérimentée, et cette situation doit avoir été exploitée. Il y a donc à la fois une condition objective et une condition subjective⁴.

Pour apprécier l'élément objectif on tient compte non seulement de la valeur des choses ou des actions, mais encore de la certitude de leur exécution. Mais on ne semble pas tenir compte de l'insolvabilité d'un contractant, bien que les auteurs ne le disent pas. Et cette disproportion entre les prestations est évidente même si les parties ne l'ont pas connue lors du contrat⁵.

L'élément de nécessité est pris en considération qu'il soit dérivé ou non d'une faute. Par légèreté ou inexpérience on entend la connaissance insuffisante de la vie ou de certaines affaires.

¹ Rossel. *Code fédéral des Obligations*, n. 41.

² Schneider et Fick. *Obligationenrecht*, art. 21, n. 12.

³ V. spéc. sur cet article Rossel. *Code révisé des obligations*, p. 47-49.

⁴ V. Oser. *Obligationenrecht*, p. 95.

⁵ Oser, art., 21 III d et e.

Quand à la faiblesse de caractère, au manque de jugement il n'en est pas tenu compte ¹.

Pour la sanction il y a ceci de particulier. On fait valoir cette nullité sans avoir à plaider, par une simple déclaration.

Celle-ci doit être faite dans l'année, non point de la découverte de la lésion, mais de la conclusion du contrat.

Cette disposition laisse au juge une très grande liberté ². Elle ne fut d'ailleurs admise qu'après de longues discussions au conseil fédéral.

Les mesures diverses pour prévenir la lésion ne sont pas rares dans le droit suisse : l'art. 314 Code Oblig. interdit l'anatocisme, et l'art. 415 enlève au mandataire le droit au salaire promis dans des conditions contraires à la bonne foi. L'art. 340 interdit la compensation entre patron et ouvrier pour la partie du salaire nécessaire à l'ouvrier et à sa famille, sans consentement de l'ouvrier. L'art. 347 interdit que les délais conventionnels de congédiement soient différents pour les deux parties. L'art 619 exige une approbation spéciale des apports en nature dans les sociétés anonymes, etc.

461. — *Droit belge.* — La Belgique restée sous l'empire du Code civil, a multiplié dans ses lois modernes les mesures préventives contre la lésion.

La loi du 16 avril 1887 sur le paiement des salaires (Art. 3) permet à la députation permanente d'autoriser les fournitures aux ouvriers avec imputation sur le salaire, « à condition que ces fournitures soient faites au prix de revient ». L'autorisation est toujours révocable pour cause d'abus.

Il est interdit d'imposer à l'ouvrier même par convention des conditions de nature à lui enlever la faculté de disposer librement de son salaire, sauf certaines exceptions. (Art. 6.)

La loi du 24 dec. 1903 sur des accidents du travail annule les conventions contraires. (Art. 23.)

¹ Oser, p. 96. — Cf. Rossel, p. 49, qui juge le point douteux.

² V. Schneider et Fick. *Obligationenrecht*, art. 21, n. 16

La loi du 22 juillet 1913 interdit des émissions de titres sans une publicité préalable au Moniteur. (Art. 36 et 72.)

On peut encore citer la législation sur la fraude alimentaire et les nombreux arrêtés royaux qui la complètent et interdisent certaines ventes de nature à léser le public.

En outre, la loi du 21 déc. 1896 sur les ventes d'engrais établit l'action en réduction de prix pour lésion de plus du quart. (Art. 6.) Elle doit être intentée dans les six semaines de la livraison pour les matières alimentaires, et avant l'enlèvement complet de la récolte à laquelle ils sont appliqués pour les engrais. (Art. 7.)

462. — *Droit luxembourgeois.* — Le grand duché, resté sous l'empire du Code Napoléon, a visé à prévenir la lésion dans l'assurance par la loi du 16 mars 1891, sur la surveillance des opérations d'assurances. D'après l'art. 18 les assurances contre l'incendie sont vérifiées par des fonctionnaires du gouvernement. Ceux-ci peuvent visiter les lieux assurés et demander la réduction des polices lorsque l'évaluation leur paraît exagérée. Si la réduction n'est pas acceptée par l'assureur ou l'assuré, le juge de paix décide.

D'après l'art. 27 toute clause mettant à la charge de l'assuré autre chose que la prime : impôts, frais de timbre, de répertoire, etc., est nulle.

La loi sur les accidents (5 avril 1902.) interdit au patron ou à l'assurance de restreindre le bénéfice de la loi. (Art. 61.) Toute clause contraire est nulle. La détermination des indemnités dues par le patron, lequel est assuré obligatoirement, est faite par l'Association, mais avec l'assistance de délégués ouvriers (Art. 47, al. 1), sauf recours en justice.

Les retenues permises au patron sur le salaire sont limitées par la loi du 12 juillet 1895, art. 6. Et l'ouvrier ne peut enlever par convention la disposition de son salaire. (Art. 5.)

Le droit luxembourgeois est donc entré lui aussi dans la voie de la lutte préventive contre la lésion.

462 bis. — *Droit tunisien et marocain.* — Le Code tunisien des Obligations et le Code marocain ne tiennent compte de la lésion que si elle est causée par dol (Art. 60 et 55) du co-contractant ou de son représentant. Par une exception curieuse, l'art. 61 admet la rescision pour lésion de plus du tiers lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, même si les formes légales ont été observées. (Art. 56 du Code marocain.)



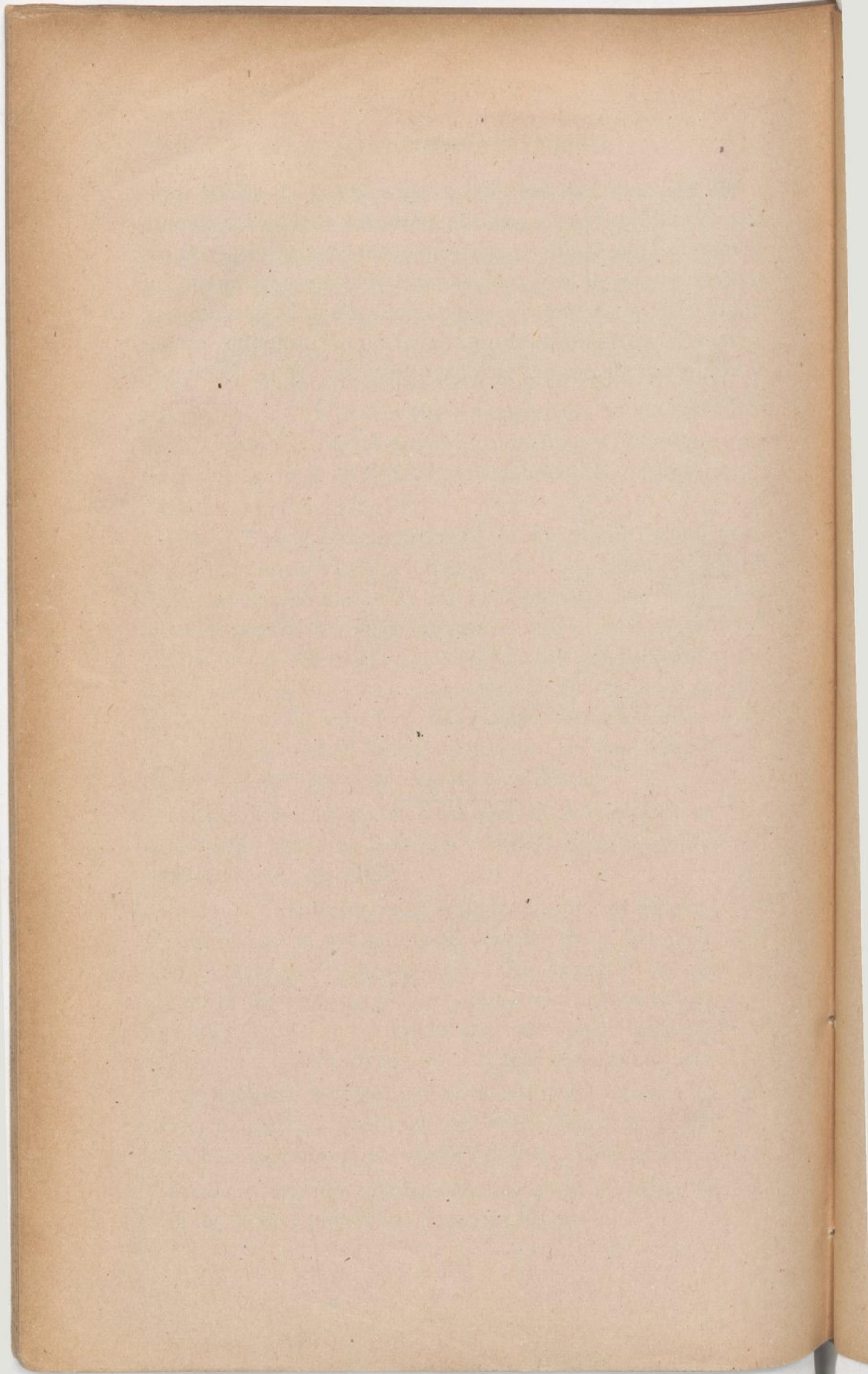


TABLE DES MATIÈRES

PARTIE PRÉLIMINAIRE

CHAPITRE PREMIER

Notion générale de l'obligation

1. Evólution et fixité relative de la théorie des obligations p.	1
2. Définition classique de l'obligation	2
3. Distinction de l'obligation juridique et du devoir moral. Situations intermédiaires	4
4. Distinction du droit personnel et du droit réel	5
4 bis. Le droit personnel et le droit de famille	8
5. L'obligation a-t-elle toujours une valeur économique ?	8
5 bis. Objet des obligations	10
6. L'obligation n'existe-t-elle qu'entre personnes déterminées ?	12
6 bis. Objet des obligations	15
7. Définition de l'obligation. — Objectivité du lien obligatoire.	16
8. But des obligations	18
9. Plan	19
10. L'état d'obligé et la liberté	19

CHAPITRE II

Sources des obligations

11. Le fait juridique. Sens divers de ce mot	21
12. Faits juridiques volontaires. Actes juridiques	24
13. Définition de l'acte juridique. Critique	26
14. Raison d'être de la force obligatoire des actes juridiques. Système classique	28
15. Critique du système classique. Importance de la sécurité . .	30
16. Nombre de volontés intervenant dans les actes juridiques. Notions de l'acte bilatéral (convention). Son étendue. L'acte complexe	34
16 bis. Actes soumis à approbation. Leur nature. Formes d'ave- nir d'actes juridiques	37
16 ter. Diverses sortes d'actes juridiques unilatéraux	39
16 quater. Des procédures	41

16 <i>quinquies</i> . Eléments complexes des conventions	42
16 <i>sexier</i> . Variétés d'actes multilatéraux	42
17. Classification des sources des obligations. Code civil. Système de M. Planiol. Critique. Droit étranger	42
17 <i>bis</i> . Compénétration des sources d'obligations	49

PREMIÈRE PARTIE

De la volonté unilatérale comme source d'obligation

18. La volonté unilatérale peut-elle engendrer une obligation ?	51
19. Admission de l'affirmative en droit français	59
19 <i>bis</i> . Droit comparé	60
20. La volonté unilatérale et la jurisprudence	62
21. Effet de l'obligation par volonté unilatérale	63

SECONDE PARTIE

DES CONTRATS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

22 La convention et le contrat	65
23. La convention et l'acte condition	66
23 <i>bis</i> . Contrat volontaire et contrat nécessaire. Nouvelles observations sur les limites de la conception du contrat. Critique de M. Duguit	69
23 <i>ter</i> . Contrats extrapatrimoniaux	76
23 <i>quater</i> . Contenu du contrat. Obligation et constatation	76
24. Les contrats et l'acte juridique en général	77
25. Plan pour l'étude de la formation des contrats	77
26. Comparaison de l'acte juridique privé et de l'acte juridique de droit administratif	78
26 <i>bis</i> . Eléments nécessaires du contrat	79

CHAPITRE PREMIER

Autonomie et déclaration de volonté

27. Le principe de l'autonomie de la volonté. Ses conséquences.	81
28. Critique, Réaction par les lois impératives et dispositives, par la théorie de l'institution	84
29. Appréciation de ces réactions	85
30 L'autonomie et la sécurité. Conséquences	86
31. La volonté de l'homme n'est pas omnisciente. Conséquences.	87
32 Le système de la déclaration de volonté. Conciliation avec le système de la volonté	88
33. Rôle de la théorie de la responsabilité délictuelle en matière contractuelle. Pénétration des rapports contractuels et extracontractuels	93

34.	Système de la <i>culpa in contrahendo</i>	p. 95
35	La base de ce système doit-elle être délictuelle ou contractuelle ?	96
36.	Etendue de la réparation due, d'après shering	97
37.	Système extensif	99
37 <i>bis</i> .	Droit positif français	100
37 <i>ter</i> .	Situations contractuelles dérivant d'une faute	101
38.	Le système de la déclaration de volonté en dehors du droit privé	102
39	La déclaration de volonté en droit comparé	102

CHAPITRE II

De l'acte juridique avec soi-même

40.	Sens divers de l'expression acte juridique avec soi-même ..	105
41.	Le problème de l'acte juridique avec soi-même au point de vue technique	106
42.	Date à laquelle l'acte juridique avec soi-même produit ses effets	109
43.	Précision de la notion de contrat à la suite de ces données ..	111
44.	Indications historiques	111
45.	Le problème au point de vue pratique. Système de la jurisprudence	112
46.	Contrat avec soi-même ne mettant en jeu qu'un seul patrimoine. Premier cas : Partage de biens dotaux et paraphernaux	113
47.	Second cas : Cautionnement des biens grevés de substitution. — Biens en partie insaisissables	114
48.	Troisième cas : Rapports de l'héritier bénéficiaire avec la succession	115
48 <i>bis</i> .	Renonciation vis-à-vis de soi-même	115
49.	Constitution de sûreté pour une dette future	116
49 <i>bis</i> .	Contrat continuant avec une seule personne	117
50	Plan et principe de solution	117
51.	Contrat entre tuteur et pupille	118
52.	Contrats du père administrateur légal et de son enfant ..	120
53.	Contrats du mandataire conventionnel avec lui-même	122
54.	Contrats du mandataire judiciaire avec lui-même	124
55	Le commissionnaire contre-partie	124
56.	De l'autorisation d'être contre-partie. Cas où elle existe ..	130
57	Contre-partie dans le report	132
58.	Commissionnaire ayant reçu l'ordre d'acheter à un cours fixé d'avance	132
59.	Caractère de la nullité de l'opération de contre-partie	133
60.	Interdiction spéciale pour les agents de change et mandataires aux halles	133
61.	Situation de celui qui présidé une opération juridique. Vente aux enchères, vérification de créances	134

62. Du contrat passé par le mandataire commun de deux contractants	136
63. Du marché par application du commissionnaire	137
64. Interdiction de la transaction par mandataire commun	138
65. Cumul de mandats de même nature. Limite de ce principe Société d'une seule personne	138
66. Contrat de l'agent d'une personne morale avec celle-ci	139
67. Contrat du liquidateur de société avec la société	141
68. Contrat de l'agent de la personne morale de droit administratif avec celle-ci	141
69. Du gérant commun de deux personnes morales. A) <i>Formule</i>	142
70. Hypothèses voisines du contrat avec soi-même. Contrat du membre du conseil d'administration d'une personne morale avec celle-ci	143
70 bis. Actes du directeur technique avec la société. — Actionnaires et obligataires	145
71. Actes dans l'intérieur d'une personne morale ou d'un conseil où un des membres est intéressé	146
72. Contrat entre deux groupements liés : maison mère et filiale.	147
73. La question en droit administratif	147
73 bis. Bail à un communiste	148
74. Contrat de la femme avec son mari. A) <i>Formule</i>	149
75. Contrat d'un autre incapable avec celui qui l'autorise	150
76. Autorisation donnée par celui qui a qualité pour habilitier deux incapables	151
77. Contrat passé par celui qui doit contrôler cet acte	151
78. Procès entre personnes ayant un représentant commun	152
78 bis. Cumul de la qualité de créancier et de débiteur d'une créance donnée en gage	153
78 ter. Cumul de qualités sans opposition d'intérêts	153
79. De l'acte unilatéral vis-à-vis de soi-même	153
80. Initiative d'un acte unilatéral dont on doit profiter	154
81. A quel moment prend date l'acte juridique avec soi-même ..	155
82. Cumul du rôle de notaire avec celui de représentation d'une des parties ou avec l'autorisation donnée à celle-ci	156
82 bis. Autres cumuls de qualités : expert exécuteur testamentaire, liquidateur de société et syndic, débiteur d'une créance et détenteur pour le créancier gagiste. — Legs universel et legs particulier	159
83. Cumul de qualité juridique dans les jugements. — Actes d'exécution sur soi-même	161
84. Droit comparé	162
84 bis. La <i>Selbstcontrahiren</i> en droit allemand	162
84 ter. Droit autrichien	165
85. Droit italien	165
86. Droit suisse	167
87. Droit espagnol	168
88. Droit portugais	168

88 bis. Droit belge et luxembourgeois	169
88 ter. Droit anglais	170
88 quater. Droit tunisien et marocain	171

CHAPITRE III

De la représentation

89. Définition de la représentation. Son application en droit public et privé	173
90. Variétés de représentation : directe ou indirecte, originaire ou dérivée, active ou passive, générale ou spéciale	175
91. Utilité de la représentation	177
92. Distinction du représentant et des autres intermédiaires courtier, messenger	178
92 bis. L'organe d'une personne morale est un représentant —	179
93. Origine historique de la représentation	180
94. Qui peut être représentant : personne physique ou morale, personne désignée par sa fonction	181
95. Qui peut être représenté ? Personnes futures, indéterminées, etc.	181
96. Capacité exigée du représentant et du représenté	182
96 bis. Objet de la représentation	183
97. Sources de la représentation : loi, jugement, convention, volonté unilatérale. A) <i>Formule d'acte</i>	183
98. Rapport de la représentation et du mandat. Rôle de la volonté unilatérale	185
99. Double intention nécessaire pour qu'il y ait représentation.	186
100. De l'abus de pouvoir et du pouvoir apparent	188
101. Acte fait dans la limite de pouvoir	189
101 bis. Communauté de pouvoir du représentant et du représenté	189
102. Acte entaché d'abus de pouvoir. Premier cas	189
103. Second Cas. Actes qui étaient interdits au représentant ..	190
104. Le tiers doit-il se faire représenter les pouvoirs ? Distinction suivant qu'il est ou non en face d'un représentant permanent	192
105. Responsabilité du représentant qui excède ses pouvoirs ..	195
106. Application de ces principes à l'abus de la signature sociale.	195
107. Situation du représentant à l'égard du représenté si la représentation n'a pas lieu	197
108. Situation du représentant à l'égard du tiers dans le même cas	197
109. Principe qui se dégage des nécessités pratiques	198
110. De celui qui représente sans pouvoir. Renvoi à la gestion d'affaire	198
110 bis. De celui qui par sa faute a permis à une personne de se présenter comme le représentant	198
111. Gestion d'affaires du tiers contractant	199
112. Commencement et fin du droit de représenter	199

113.	Utilité de notifications pour mettre fin à ce droit	p. 201
114.	Obligation pour le représentant de rendre la procuration ..	202
115.	Extension de ces solutions au droit public. — Principes généraux sur le commencement et la fin des pouvoirs ..	202
116.	Moyens d'éviter les difficultés précédentes	203
117.	Pouvoir de l'ex-représentant pour les actes urgents. Sa situation pour les actes non urgents	203

De la ratification

118.	Notion de la ratification	205
119.	Principes directeurs en matière de ratification	208
119 bis.	Date probable de la révocation	209
119 ter.	Capacité pour ratifier	209
120.	Qui peut ratifier et à quel moment ? Conditions diverses.	209
121.	Inapplicabilité des formes de l'art. 1338	210
122.	Ratification tacite	211
123.	Ratification des actes solennels	213
124.	Caractère unilatéral de la ratification. A) <i>Formule d'acte</i> .	213
125.	Etendue des effets de la ratification	214
126.	Rétroactivité de ses effets entre les parties	215
127.	Non rétroactivité à l'égard des tiers	217
128.	Construction technique de la ratification	218

Preuve de la représentation

129.	Preuve de la représentation	219
130.	Modes de preuve admis suivant les cas	220
131.	Justification à exiger de celui qui se dit représentant	220
131 bis.	Preuve du droit de représentation rapportée après l'acte passé	222

Effet de la représentation

132.	Effet essentiel de la représentation. Comment s'apprécie la capacité d'acquérir et de recevoir	223
133.	Jugements contre le représentant es-qualités	224
134.	Déclaration de volonté adressée au représentant	224
135.	Violence et erreur en cas de représentation	225
136.	Dol contre le représentant	226
137.	Acte illicite du représentant	227
138.	Solidarité du représentant et du représenté pour la responsabilité	231
139.	La bonne foi s'apprécie-t-elle chez le représentant ?	231
140.	Lieu de formation du contrat par représentant	233
141.	Question de la date certaine entre représentant et représenté	233
142.	Contre-lettre, commencement de preuve écrite, aveu émanant du représentant	235
143.	Effet à l'égard du représentant des actes soumis à publicité.	235

144.	Du représentant substitué	p. 237
145.	Communauté de pouvoir entre le représentant et le représenté	238
146.	La représentation indirecte. Renvoi	239

Construction technique

147.	Théorie classique de Pothier et de Savigny	239
148.	Théorie de Ihering	241
149.	Théories de Mitteis, Tartufari et Thöl	241
150.	Principes directeurs : importance du but, idée du pouvoir du représentant ; solidarité entre représentant et représenté	242
151.	Droit comparé	244
151 bis.	Droit autrichien	245
151 ter.	Droit italien	245
152.	Droit portugais	246
153.	Droit espagnol	247
154.	Droit allemand	247
155.	Droit suisse	249
155 bis.	Droit anglais	251
155 ter.	Droit tunisien et marocain	252

CHAPITRE IV

De la volonté

156.	Plan	255
157.	Idées dominantes	256
158.	Volonté non sérieuse. Réserve mentale	256
158 bis.	La volonté de l'effet pratique suffit	258

De la simulation

159.	Définition	259
160.	Effet général de la simulation	260
161.	Effet de la simulation contre les tiers	263
162.	Les tiers peuvent-ils établir la simulation. Rapport avec l'action paulienne	264
163.	Effet de l'acte simulé entre les ayants cause des contractants	266
164.	Actes non susceptibles d'être déclarés simulés. Contrats visant les personnes. Actes unilatéraux. Mesure de publicité. ..	267
165.	Principe qui se dégage de la jurisprudence	268
166.	Respect des formes de l'acte dissimulé	268
167.	Importance de la régularité de l'acte apparent	270
168.	En quel sens est-elle exigée. Actes avec clauses secrètes ..	271
169.	Preuve de la simulation entre contractants	272
170.	Preuve de la simulation par les tiers ou contre eux	274
171.	Dans quelle mesure la simulation est une question de fait. ..	275
172.	La simulation en droit comparé : droit italien, espagnol, allemand, autrichien, suisse, anglais, tunisien	275

Volonté expresse ou tacite

173.	Formes de l'expression de la volonté. Equivalence générale des volontés expresses ou tacites. Exceptions. Pouvoir du juge en cette matière. A) <i>Formules de déclarations expresses</i>	p 279
174.	La volonté expresse dans la dispense de rapport	282
175.	La volonté expresse dans la clause de solidarité	285
176.	La volonté expresse pour l'adoption du régime dotal	286
177.	La volonté expresse dans la transaction sur acte nul, la donation	287
178.	La volonté expresse dans la novation	287
179.	La volonté expresse pour le paiement d'un legs par préférence	290
180.	La volonté expresse dans l'imputation des paiements, l'hypothèque des biens à venir, la promesse d'intérêts, pour la rémunération du mandataire	290
181.	La volonté expresse dans la doctrine française. Manque de direction de la jurisprudence	293
182.	La notion de volonté expresse à l'étranger, Chironi et Abello, Savigny	295
183.	Notion de la volonté expresse	296
184.	Preuve de la volonté expresse	297
184 bis.	Volonté expresse et volonté tacite en opposition. Actes faits sous réserve	298

Le silence manifestation de volonté

185.	Notion du silence	298
186.	Rôle juridique général du silence. Textes du code	300
187.	Le silence créateur d'obligations en cas de devoir de répondre	301
187 bis.	Le silence en cas de libéralité <i>post mortem</i>	304
188.	Le silence créateur d'obligation dans les autres cas : cas d'absence d'intérêt contraire. Effet d'une mise en demeure	305
189.	Application à l'acceptation des factures, à la ratification des actes du mandataire, etc.	308
189 bis.	Construction technique	310
189 ter.	De l'abstention dans les assemblées	310
189 quater.	Extension et passage de l'idée de silence à celle d'obligation unilatérale à propos de certaines déclarations à des collectivités	311
190.	Rôle juridique du silence en Italie, en Allemagne, en Autriche, en Espagne, en Suisse, en Tunisie	312

Des actes solennels

191.	Notion de l'acte solennel	314
192.	Son rôle historique. Sa renaissance. Formes exigées pour d'autres motifs	315
193.	Promesse d'acte solennel. Empêchement de passer l'acte ..	317

194. But de la solennité	p. 318.
195. Nécessité de la validité de l'acte en la forme. Preuve de l'acte solennel	318
195 bis. Adaptation des formalités aux circonstances	320
196. Principaux actes solennels de droit civil	320
196 bis. Modification des actes solennels	322
196 ter. Engagement relatif visant certains actes solennels	322
197. La procuration pour un acte solennel doit-elle l'être aussi ? Distinction	322
198. Forme des pouvoirs du représentant légal, de l'organe des personnes morales. Application aux actes faits pour une société	326
199. Ratification des actes solennels. Confirmation. Rétablissement. Déclaration de nullité	328
199 bis. Nullité de l'acte fait sans les formes légales	330
200. Autorisation en vue d'un acte solennel	331
200 bis. Actes destinés à être inscrits ou transcrits	331
201. Caractère solennel des procédures du droit civil. Forme des procurations	332
202. Formalités de publicité. Rôle de la connaissance de fait dans la transcription, le transfert de rentes, la cession de créance, l'inscription d'hypothèque, la mutation en douane	333
203. Principe général. Caractère solennel des publicités	337
204. Caractère solennel des procédures judiciaires	338
205. Actes solennels de droit public	339
206. Actes solennels du droit commercial	339
207. Acte solennel et volonté expresse	341
208. Les actes solennels n'exigent pas l'unité de temps	343
209. Les actes solennels civils et les personnes morales de droit public	343
210. Destruction et modification des actes solennels. — Durée des actes solennels accessoires	344
211. Distinction de l'acte solennel et des actes exigés pour la la preuve. Caractère des formalités fiscales. Formalités habilitantes	345
211 bis. Solennités volontaires	347
211 ter. Une forme volontaire doit-elle être présumée solennelle?	347
211 quater. Solennités extrinsèques et intrinsèques	347
212. Droit italien, allemand, suisse et espagnol	348
212 bis. Droit anglais	350

Des actes complexes

213. Admission des actes complexes. Exceptions	351
214. Admissibilité de la conversion des actes juridiques	353
214 bis. Acte juridique constaté par plusieurs instruments	354

Volontés abstraites et concrètes

215. Volonté abstraite ou concrète p. 354

Des vices de la volonté en général
(Préambule aux chapitres V à VIII)

216. Vice de la volonté et incapacité. Distinction 356
216 bis. Classification des vices de la volonté 356
217. Conflit social qu'elle soulève. Sa solution 357
217 bis. Les vices de la volonté et l'égalité 358

CHAPITRE V

De l'erreur dans les actes juridiques

Théorie générale

218. Définition. Diverses sortes d'erreur 359

SECTION I

De l'erreur dans les matières d'intérêt privé

219. Avertissement 360

De l'erreur dans la formation des actes juridiques

219 bis. Erreur en cas d'incapacité 361
219 ter. Plan 361
220. Rôle de l'erreur dans le passé 362
220 bis. Le code civil. Son insuffisance 363
221. Portée pratique de l'erreur 363

De l'erreur dans la formation de la volonté

222. Formule qui domine la jurisprudence 365
223. Erreur sur la matière d'après la jurisprudence 366
224-225. Erreur dans les ventes d'œuvres d'art d'après la jurisprudence 367
226. Erreur sur des qualités importantes d'après la jurisprudence 368
226 bis. Erreur sur les quantités 371
227. Erreur sur la portée pratique d'un acte en jurisprudence. 371
228. Erreur sur le but principal en jurisprudence 374
229. Erreur sur l'aptitude de l'objet à l'usage voulu d'après la jurisprudence 375
230. L'erreur consistant à contracter sur la chose d'autrui est-elle-en général, une cause de nullité? 375
231. Erreurs sur des points secondaires qui d'après la jurisprudence n'emportent pas nullité 379
231 bis. Erreur à propos de droits réels sur la chose vendue 382
232. De l'erreur dans les actes unilatéraux, dans les actes judiciaires, dans les actes sur des universalités 382
233. Erreur dans les contrats unilatéraux 383
234. Distinction des points principaux et secondaires. Critérium subjectif 384
235. Importance de la déclaration 385
236. De l'erreur sur les motifs 386

237.	De l'erreur sur la valeur des droits et sur la solvabilité.	p. 388
238.	Du moment où il faut apprécier les qualités de l'objet promis	390
239.	Notion de la substance d'après la doctrine. Système proposé.	390
240.	L'erreur sur la personne dans les actes à titre gratuit	393
241.	L'erreur sur la personne dans les actes à titre onéreux ..	394
242.	L'erreur sur la personne dans le mariage et les autres actes visant l'état des personnes	397
243.	Qualité que doit présenter l'erreur sur la personne pour être cause de nullité	398
244.	De l'erreur unilatérale. Jurisprudence	399
245.	De l'erreur unilatérale en doctrine. Système proposé. Erreur excusable	402
246.	De l'erreur de droit	403
247.	Des questions controversées	407
248.	Erreur sur la cause. Erreur sur les éléments non volontaires du contrat	408.
248 bis.	Cas où l'objet de l'erreur disparaît	409
249.	De l'erreur obstacle	409
250.	Preuve de l'erreur. Pouvoir du juge du fait. Erreur et bonne foi	412
251.	De l'erreur en droit public	413
<i>Erreur d'expression, transmission ou interprétation</i>		
252.	Jurisprudence sur les erreurs d'expression	414
253.	Jurisprudence sur les erreurs dans les affiches à la main ..	416
254.	Jurisprudence sur les erreurs d'expression rectifiables aisément	417
255.	Jurisprudence sur les erreurs de date dans les testaments et sur les erreurs matérielles en général	418
256.	Des erreurs matérielles dans les lois, jugements, etc.	420
257.	Erreur dans les loteries	422
258.	Principe sur l'erreur matérielle	423
259.	Omissions non rectifiables	423
260.	De l'erreur dans la transmission de la volonté	424
261.	Effet des remises de blanc-seing	426
262.	Vol de titres au porteur non émis	427
263.	Erreur dans l'interprétation	427
264.	Déclaration remise par erreur à un autre que le destinataire véritable	429
265.	Faut-il tenir compte des déclarations dont l'origine est incertaine. — <i>Formule</i>	429
266.	Preuve de l'erreur	431
267.	De l'erreur dans la transaction	431
268.	Exclusion conventionnelle, de l'erreur. L'erreur dans les assurances. L'incontestabilité. — <i>Formule</i>	433
268 bis.	Réglementation de l'erreur dans l'assurance	435
269.	Effet de l'erreur. Restitutions	436
270.	Rapports de l'erreur et de la garantie	437

270 bis. De l'erreur à effet négatif	p. 439
270 ter. Effet de l'erreur à propos des déchéances dans les assurances	442

Erreur dans les matières d'ordre public

271. Plan. Construction de la théorie de l'erreur dans les matières d'ordre public	444
--	-----

De l'erreur dans l'application des tarifs de chemins de fer

272. Erreur dans les tarifs de chemin de fer. Jurisprudence	445
273. Appréciation de la jurisprudence	449
274. Généralisation. Application à tous les tarifs établis par l'autorité. — Cas de contrats collectifs	450
275. Erreur dans l'application des lois d'ordre public	451

SECTION II

De la maxime « error communis facit jus »

276. De la maxime <i>error communis</i>	452
277. Quand l'erreur est-elle commune ?	453
278. De l'erreur commune de droit	454
279. Admission de l'erreur commune. — Actes des pouvoirs de fait	456
280. Erreur commune dans les formes des actes	459
281. Erreur commune sur la qualité d'une personne	461
282. Erreurs communes à propos des actes créant des situations permanentes	462
283. Application aux sociétés	464
284. Application à l'héritier apparent, etc.	465
285. Limite de l'application de la maxime. Etendue. Temps ..	466
285 bis. Essai de vue générale sur les effets juridiques de l'erreur.	467
286. Droit comparé	469
286 bis. Droit italien	470
287. Droit portugais	471
288. Droit espagnol	472
289. Droit allemand	473
290. Droit suisse	474
291. Droit autrichien	476
291 bis. Droit luxembourgeois	477
291 ter. Droit belge	477
291 quater. Droit anglais	478
291 quinquies. Droit tunisien et marocain	478

CHAPITRE VI

De la violence

<i>Théorie générale de l'absence de liberté et de ses conséquences</i>	
292. Violence destructive du consentement	481

293.	Violence vice du consentement. Historique	p. 482
294.	Théorie générale sur les conséquences de l'absence de liberté.	483
295.	Violence ayant un effet positif	484
296.	Violence ayant un effet négatif	485
297.	Faits matériels ayant un effet positif ou négatif (force majeure)	487
297 bis.	La violence dans la possession	488
298.	La violence et l'absence de faute du violenté	489
299.	L'effet de la violence et les tiers	490
300.	Effet de la violence et des faits extérieurs	491
301.	Critique du système actuel	492
302.	Conventions sur la violence et la force majeure	493
303.	Valeur de la théorie de la violence. Ses rapports avec la cause. Utilité pratique et théorique	494

La violence dans la formation des actes juridiques

304.	La violence dans les actes du droit privé ou public	495
304 bis.	Violence à l'égard des incapables ou de ceux qui les autorisent	496
305.	Notion de la violence. Rapport avec le droit pénal	496
306.	L'acte doit-il être positif ?	497
307.	Violence physique et violence morale	498
308.	Violence morale par poursuite	499
309.	Jurisprudence sur ce point	501
310.	La violence doit être grave	505
311.	Refus de passer contrat sinon à des conditions très onéreuses. Etat de nécessité	505
312.	Crainte révérentielle	507
313.	Point de vue objectif et subjectif sur l'effet de la violence ..	508
314.	Nécessité de menace « présente »	509
315.	Violence par menace visant les biens	510
316.	Influence de la faute antérieure du violenté	510
317.	Caractère injuste de la violence. Cas de justice dans le but.	512
318.	Violence injuste dans ses moyens	513
319.	De qui doit émaner la violence	515
320.	Violence venant des faits antérieurs. Sauvetage. Jurisprudence et doctrine	515
321.	Explication du droit à récompense du sauveteur	517
322.	Cas de promesse par une personne attaquée	519
322 bis.	Explication technique du dépôt nécessaire	519
323.	Contre qui doit s'exercer la violence	520
324.	Menace de se tuer	521
325.	La violence doit avoir été déterminante. Violence incidente.	522
326.	Preuve de la violence	522
327.	Nullité dérivant de la violence	522
328.	Quand la ratification de l'acte est-elle possible ?	523
329.	La violence et les actes créant des institutions : mariage, etc.	523

330.	La violence et les actes unilatéraux	p. 524
331.	La violence et les actes unilatéraux collectifs	525
332.	Droit comparé	525
332 bis.	Droit autrichien	526
333.	Droit italien	526
334.	Droit portugais	527
335.	Droit espagnol	528
336.	Droit allemand	529
337.	Droit suisse	530
337 bis.	Droit anglais	532
337 ter.	Droit tunisien et marocain	533

CHAPITRE VII

Du dol

Le dol et la fraude

338.	Définition du dol	535
339.	Le dol et la fraude	535
340.	Nécessité de l'intention	537
341.	Du but illicite	537
342.	Moyens positifs ou négatifs	538
343.	Caractère illicite des moyens	539
344.	Principe	540
345.	Preuve du dol et de la fraude	541
346.	Effet du dol et de la fraude	542
347.	Dol et fraude à effet négatif	544
348.	Acte frauduleux à l'égard des tiers. Nullité à leur égard ..	545
349.	Nullité entre les parties	546
350.	Limite à la nullité	549
351.	Cas de simulation	550
352.	Construction de la théorie générale du dol et de la fraude ..	552

Dol dans la formation des actes juridiques

353.	Caractère général de la théorie du dol	554
354.	Rôle de la cour de cassation en matière de dol	558
355.	Dol civil et dol criminel	559
356.	Influence des mœurs sur la notion de dol	559
357.	L'intention de tromper	560
358.	Nécessité d'un acte positif en général. Le dol par le silence.	561
359.	Jurisprudence sur le dol par dissimulation	564
360.	Jurisprudence sur le dol par affirmation	565
361.	Appréciation objective du dol	570
362.	Nécessité de l'absence de faute de la victime	571
363.	Le dol doit avoir été déterminant	572
363 bis.	Deux cas pratiques de dol. Vente à tempérament de valeurs à lot, vente à monopole	573

364.	Rapport du dol et de l'erreur	p. 573
364 bis.	Rapport du dol et des vices rédhibitoires	575
365.	Le dol doit avoir été préjudiciable	576
366.	De qui doit émaner le dol	576
366 bis.	Dol dans les donations	579
367.	Dol du représentant, de l'organe, de l'incapable habilité, de celui qui habilite	579
368.	Dol au cas de contrat au profit d'un tiers	580
369.	Effet du dol dans les contrats multilatéraux	580
369 bis.	Du dol exercé par un contractant sur un tiers	581
370.	Effet du dol émané d'un tiers	582
370 bis.	Du dol à l'égard d'un incapable ou de celui qui l'autorise. Généralisation	583
371.	La notion de dol dans les testaments	583
372.	Preuve du dol	585
373.	Nature de la nullité	586
374.	Effet de la nullité à l'égard des tiers	587
375.	Etendue des effets de la nullité	588
376.	Délai pour agir	590
377.	Du dol incident	590
378.	Du dol dans la transaction	592
378 bis.	Conventions sur le dol	592
379.	Dol dans les actes unilatéraux	593
380.	Dol dans les actes unilatéraux collectifs	595
381.	Dol dans les contrats et actes unilatéraux sur l'état des personnes	595
382.	Dol dans les actes de droit public	596
383.	Dol à effet négatif	597
384.	Dol incident à effet négatif. Application aux déchéances dans l'assurance	598
385.	Droit comparé	598
385 bis.	Droit autrichien	598
386.	Droit portugais	599
387.	Droit italien	600
388.	Droit espagnol	601
389.	Droit allemand	602
390.	Droit suisse	603
390 bis.	Droit luxembourgeois	605
390 ter.	Droit anglais	606
390 quater.	Droit tunisien et marocain	607

CHAPITRE VIII

De la lésion

Historique. Idées sociales et techniques

391.	Définition de la lésion. Droit romain	609
392.	La lésion dans l'ancien droit	610

393.	La lésion à l'époque révolutionnaire et lors de la préparation du code civil	p. 610
394.	Les conceptions sociales que la lésion met en jeu. Idées techniques auxquelles on peut la rattacher	611
395.	L'avenir de la lésion et la jurisprudence (Théorie de M. Barrassi)	614
396.	Nécessité d'une lésion grave	616
397.	Conceptions techniques de la lésion. Conséquences au point de vue de la chose jugée et des contrats où un point est fixé par un tiers	616
398.	Sanctions diverses de la lésion. — Lésions qu'on ne désigne pas sous ce nom	618

Notion de la lésion

399.	Notion spéciale de la lésion pour les mineurs	619
400.	Notion de la lésion entre majeurs. Exclusion de la lésion par la tarification. Caractère objectif de la lésion	620
401.	1° L'opération doit être appréciée dans son ensemble. Jurisprudence sur les partages	620
402.	Jurisprudence sur le contrat de travail du mineur	625
403.	2° La valeur des biens s'apprécie au jour où l'acte devient définitif	626
404.	Jurisprudence sur le partage d'ascendants	628
404 bis.	La lésion doit venir d'erreur d'estimation	629
405.	Des actes modificatifs du contrat primitif	630
406.	3° La valeur s'apprécie d'après l'opinion commune	630
407.	Trésor, gisement minéral. Fruits	631
408.	Omission d'un rapport. Insolvabilité d'un débiteur	631
409.	Accessoires du prix. Charges	631
410.	Exclusion de la lésion dans les actes gratuits	632
411.	La lésion résulte de toute perte. Cas d'omission dans un partage	633
412.	Lésions dans les acceptations de successions	633
413.	Lésion dans les contrats aléatoires. Jurisprudence	634
413 bis.	L'absence de prix sérieux peut-elle être assimilée à une lésion ?	638
414.	La lésion est une question de fait	639
415.	Preuve de la lésion	639
415 bis.	La lésion venant d'une erreur de droit	640

Contrats où la lésion est admise

416.	Cas prévus formellement par les textes	640
417.	La lésion dans la vente	740
418.	Vente par autorité de justice	642
419.	Vente à réméré	642
420.	Il faut une vente d'immeubles	643
420 bis.	Comment se calcule le prix	643

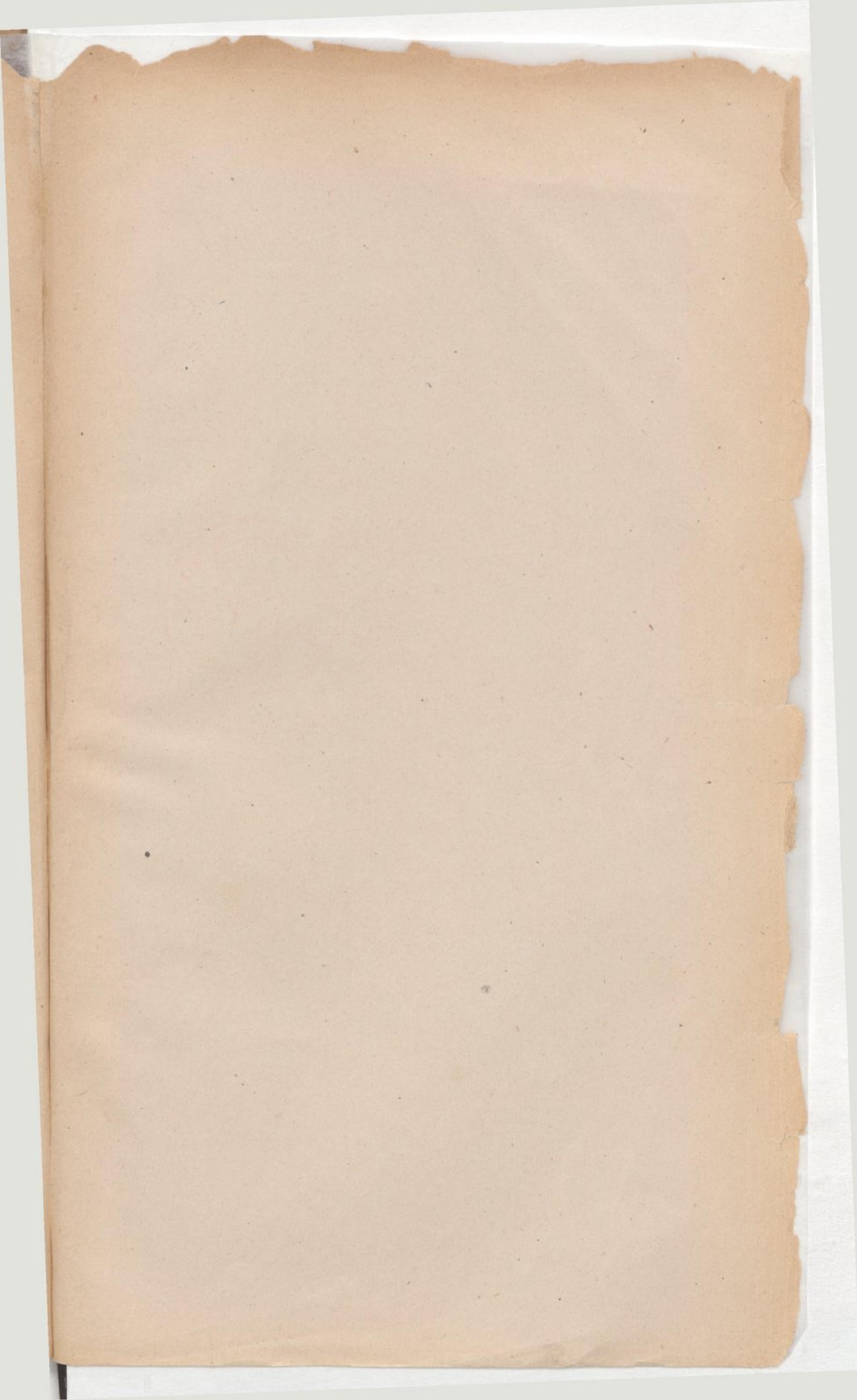
421. Ventes d'engrais, etc. (loi du 8 juillet 1907)	p. 644
422. La lésion dans le partage	644
423. La lésion dans le partage d'ascendant	646
424. La lésion fait annuler toutes les sortes de partages	647
425. Partage sous forme de vente, arbitrage	648
426. Cession de droits successifs	649
427. Transaction	651
428. La lésion doit être de plus du quart	652
429. La lésion dans l'attribution des bénéfices aux associés	653
430. Clause d'une société attribuant la totalité des bénéfices à un associé	654
431. Clause affranchissant un associé de toute contribution aux pertes. Jurisprudence. Explication de ses incertitudes ..	656
432. Promesse par un tiers de garantir à un associé son apport.	659
433. Assurances du recouvrement de l'apport	659
433 bis. Emission d'actions au dessous du pair	660
433 ter. La lésion à propos de certaines clauses du contrat de travail	660
433 quater. Lésion dans la communauté	660
434. La lésion est inefficace dans les autres contrats	661
435. Jurisprudence sur le salaire des mandataires, des médecins.	662
436. Jurisprudence sur les opérations ressemblant à des arbitrages	663
437. Jurisprudence sur les ventes de fonds de commerce	665
438. Explication technique de ces jurisprudences. L'abus du droit	666
438 bis. Exclusion de la lésion dans les actes unilatéraux	666
438 ter. Lésion dans les actes de droit public	667
439. Impossibilité de renoncer à la rescision pour lésion	667
440. Cas où la nature du contrat exclut la rescision : A. Formule	668
441. La lésion ne peut être invoquée pour la première fois en cassation	669

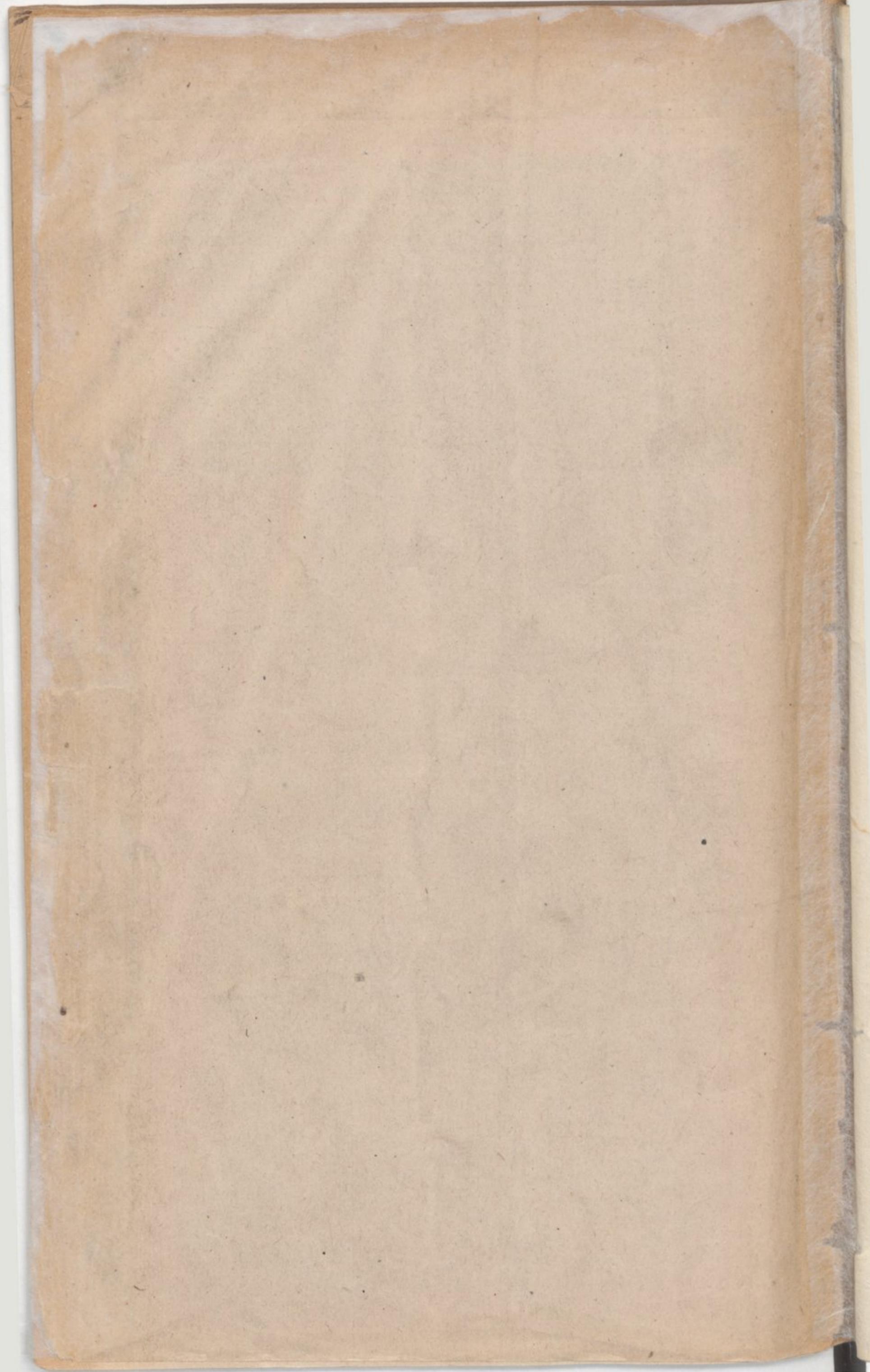
Effets de la lésion

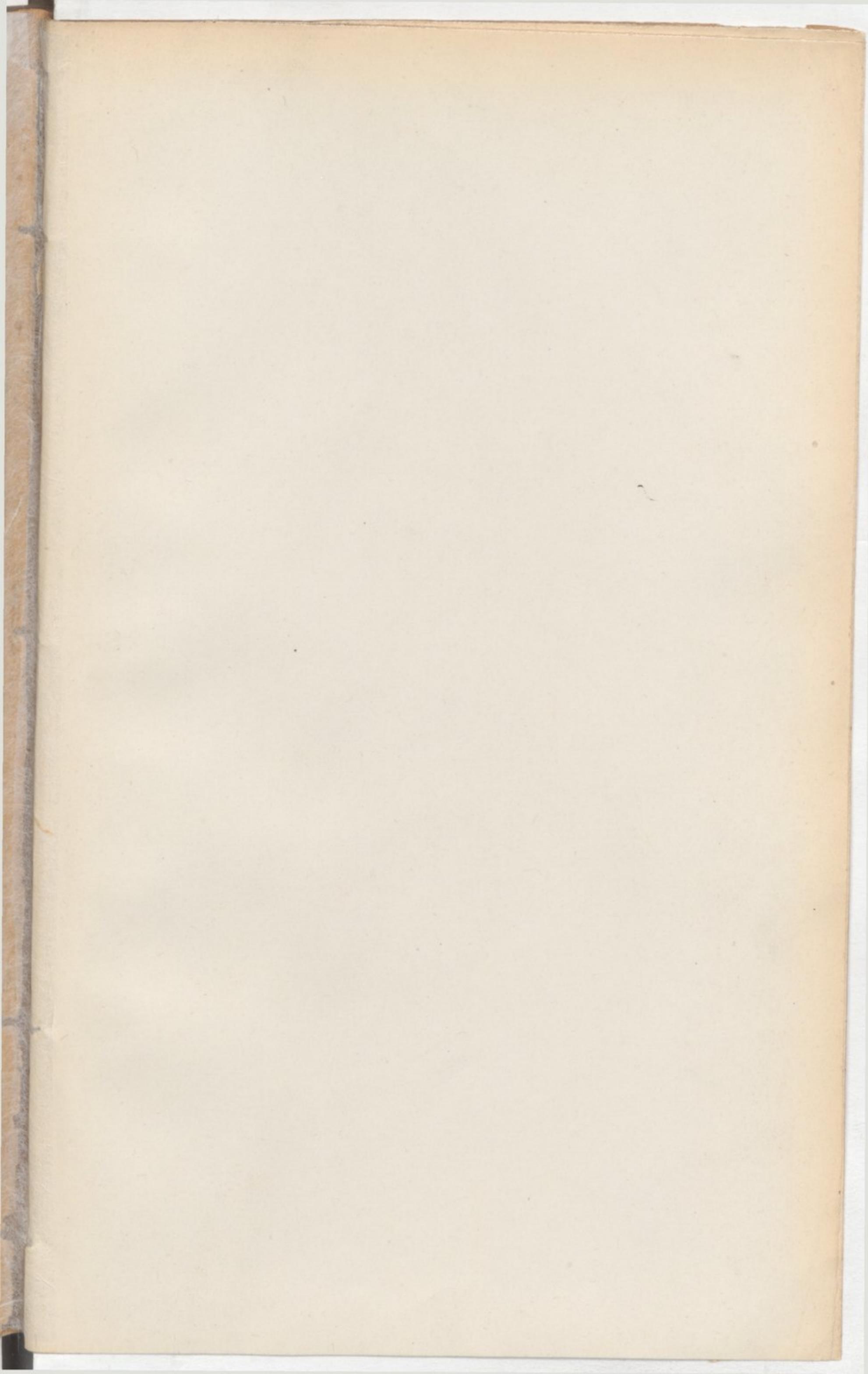
442. La lésion entraîne ordinairement nullité	670
443. Conséquences de la nullité. Effet à l'égard des tiers. Cas d'incendie. Restitution des fruits	670
444. Moyen d'éviter la nullité	674
445. Qui peut arrêter l'action ?	674
446. Situation technique	675
447. Jusqu'à quel moment l'option est possible	675
448. Hypothèses où la lésion n'emporte pas nullité, mais réduction	675
449. Formes modernes de mesures contre la lésion. 1° Interdiction de certaines clauses léonines	676
450. 2° Mesures de forme. Estimations. Publicités	677
451. Sanction des mesures précédentes contre la lésion	678
451 bis. Appréciation critique de ces mesures	679

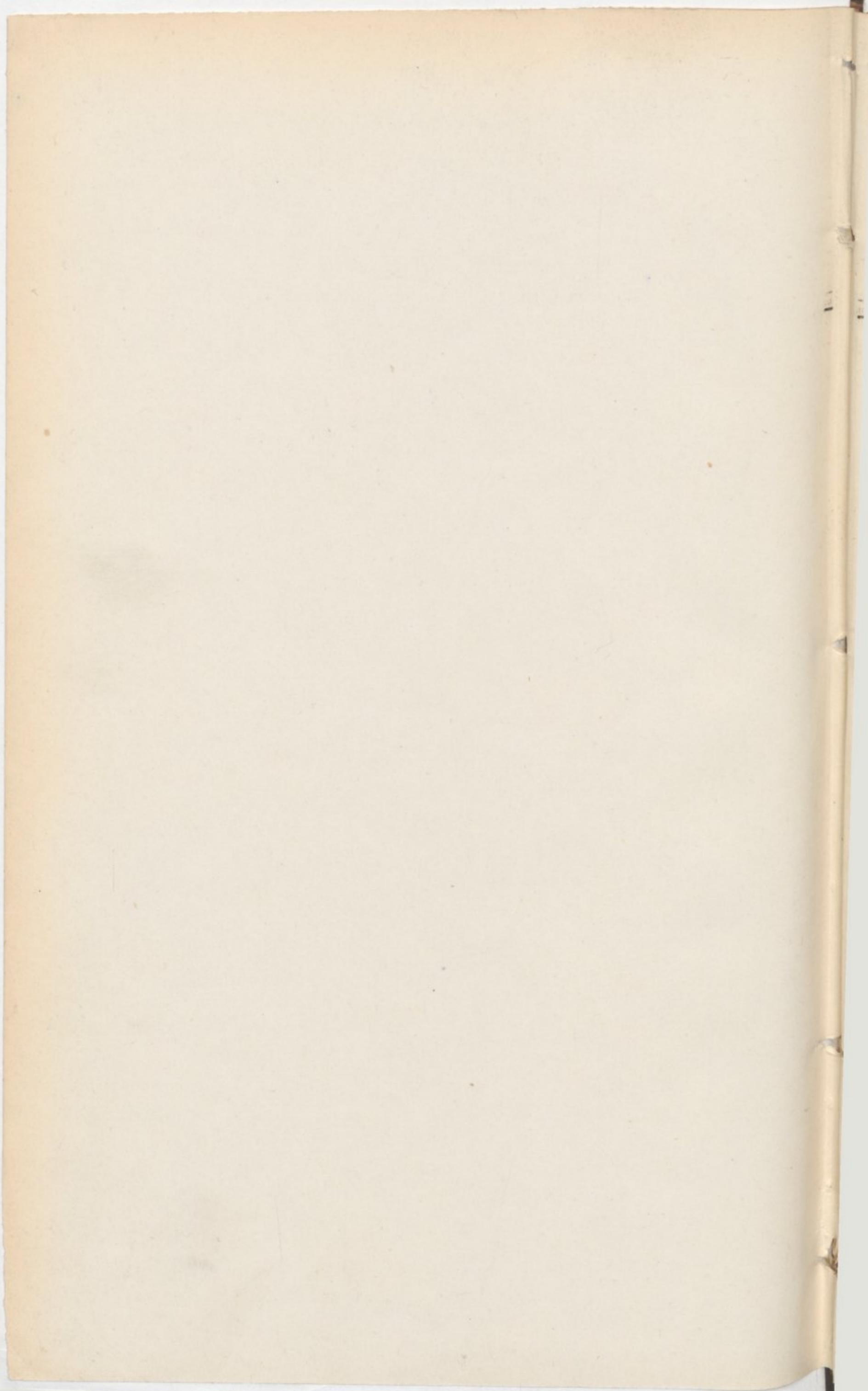
452. Délai pour agir en rescision. Point de départ du délai	p. 679
453. Moment à partir duquel on peut agir	681
454. Indivisibilité de l'action	683
455. Extinction de l'action	683
456. Droit comparé	684
456 bis. Droit anglais	684
456 ter. Droit autrichien	685
457. Droit italien	687
458. Droit espagnol et portugais	689
459. Droit allemand	690
460. Droit suisse	692
461. Droit belge	693
462. Droit luxembourgeois	694
462 bis. Droit tunisien et marocain	695

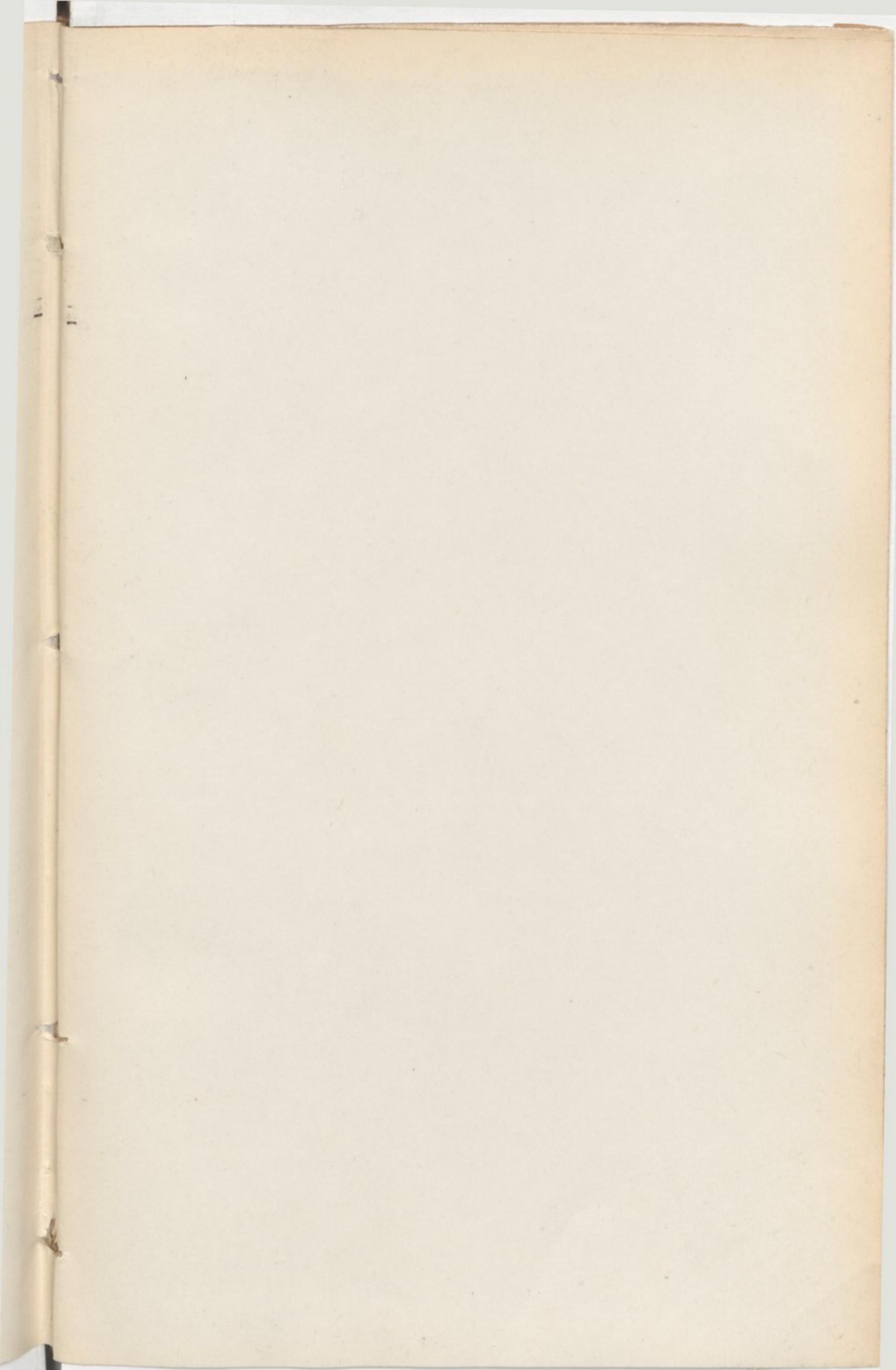


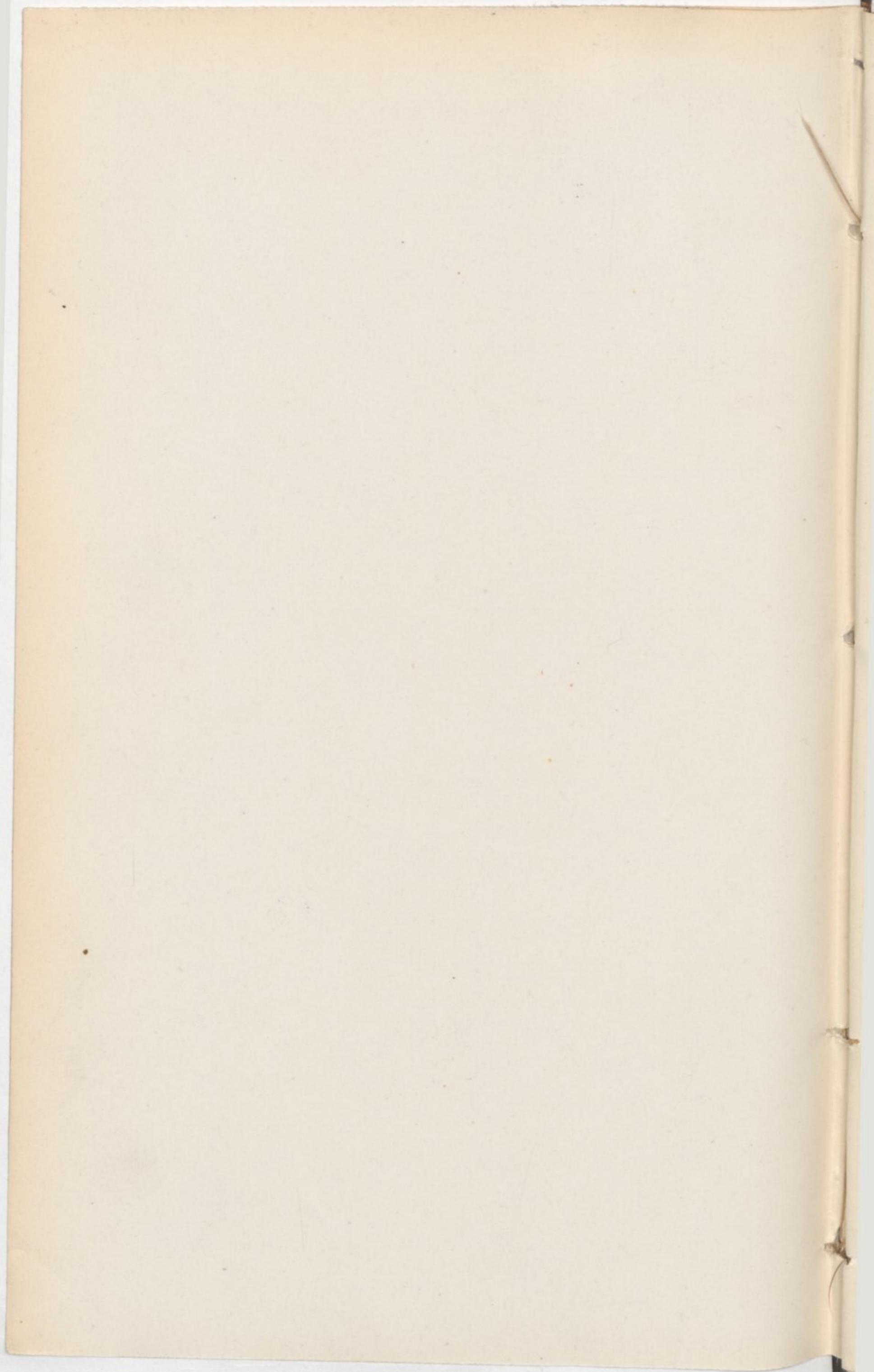


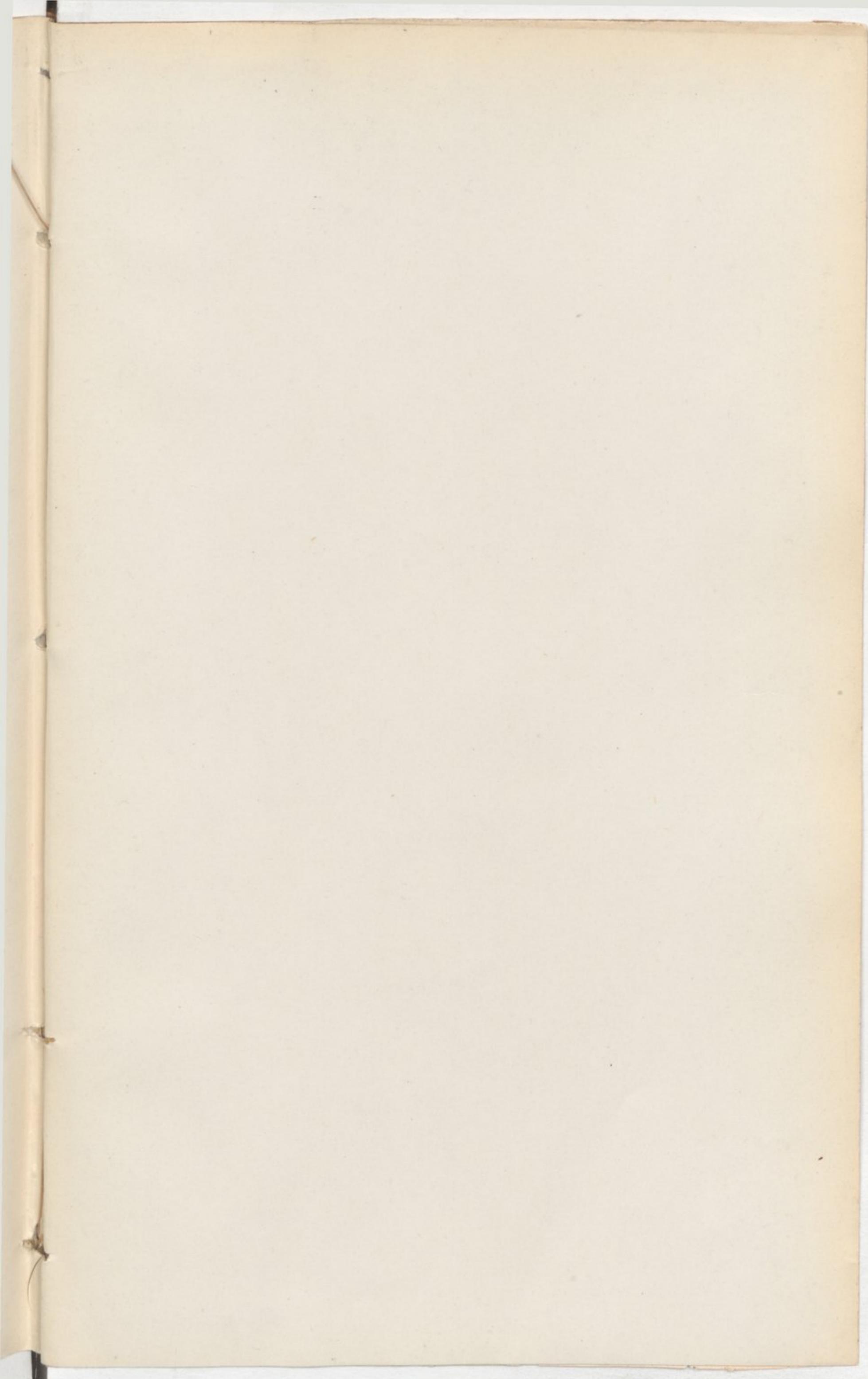


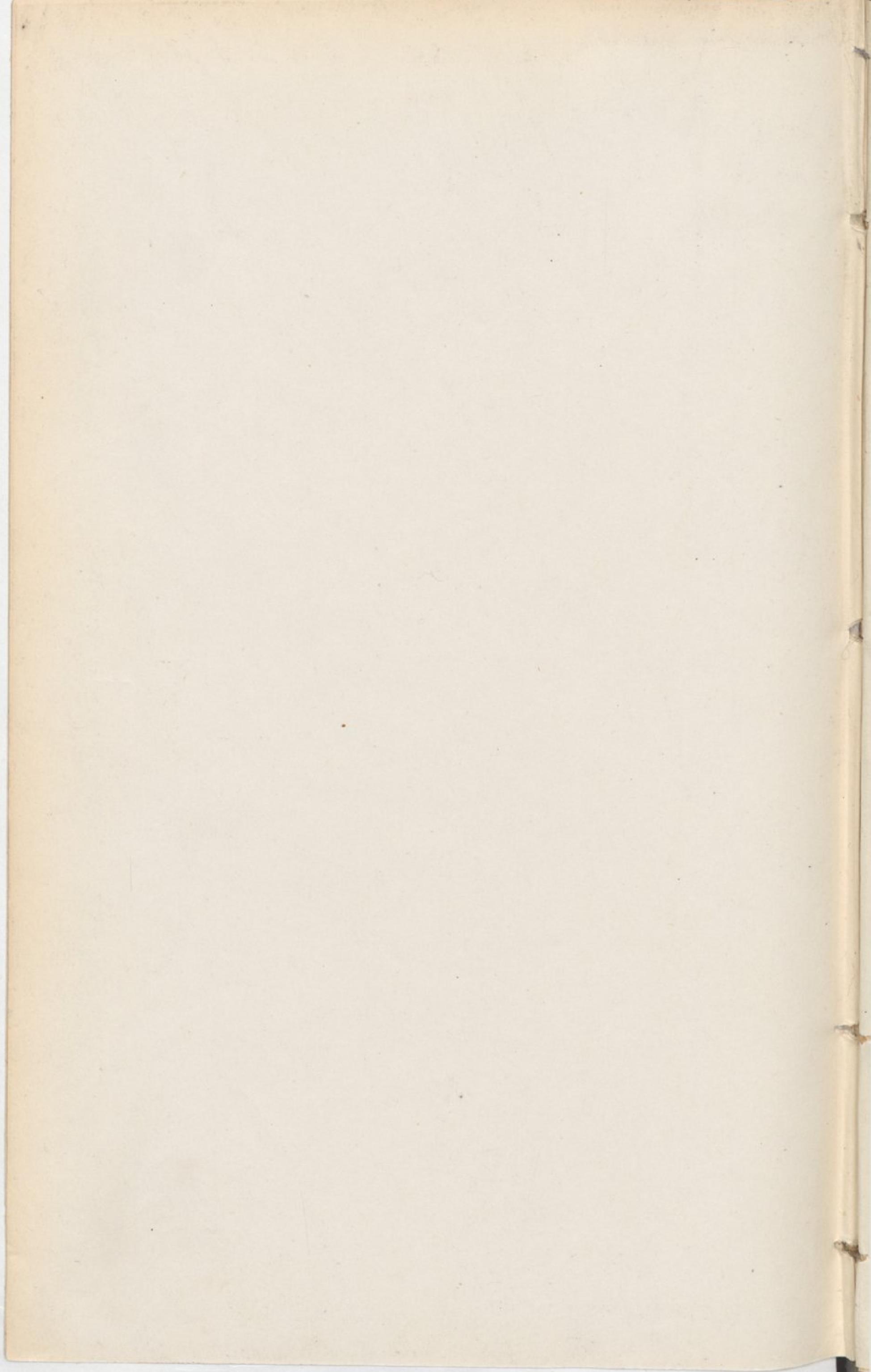


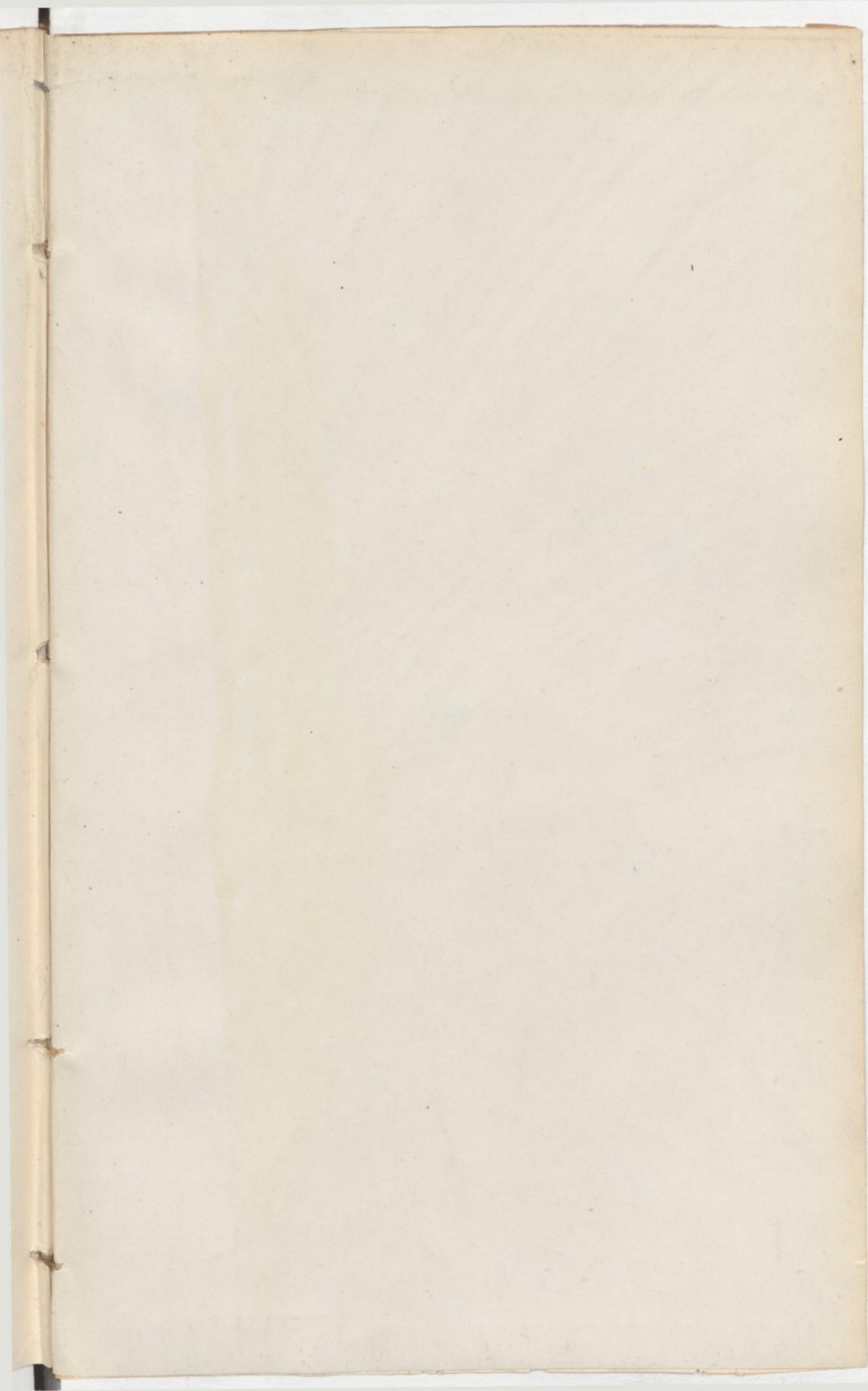


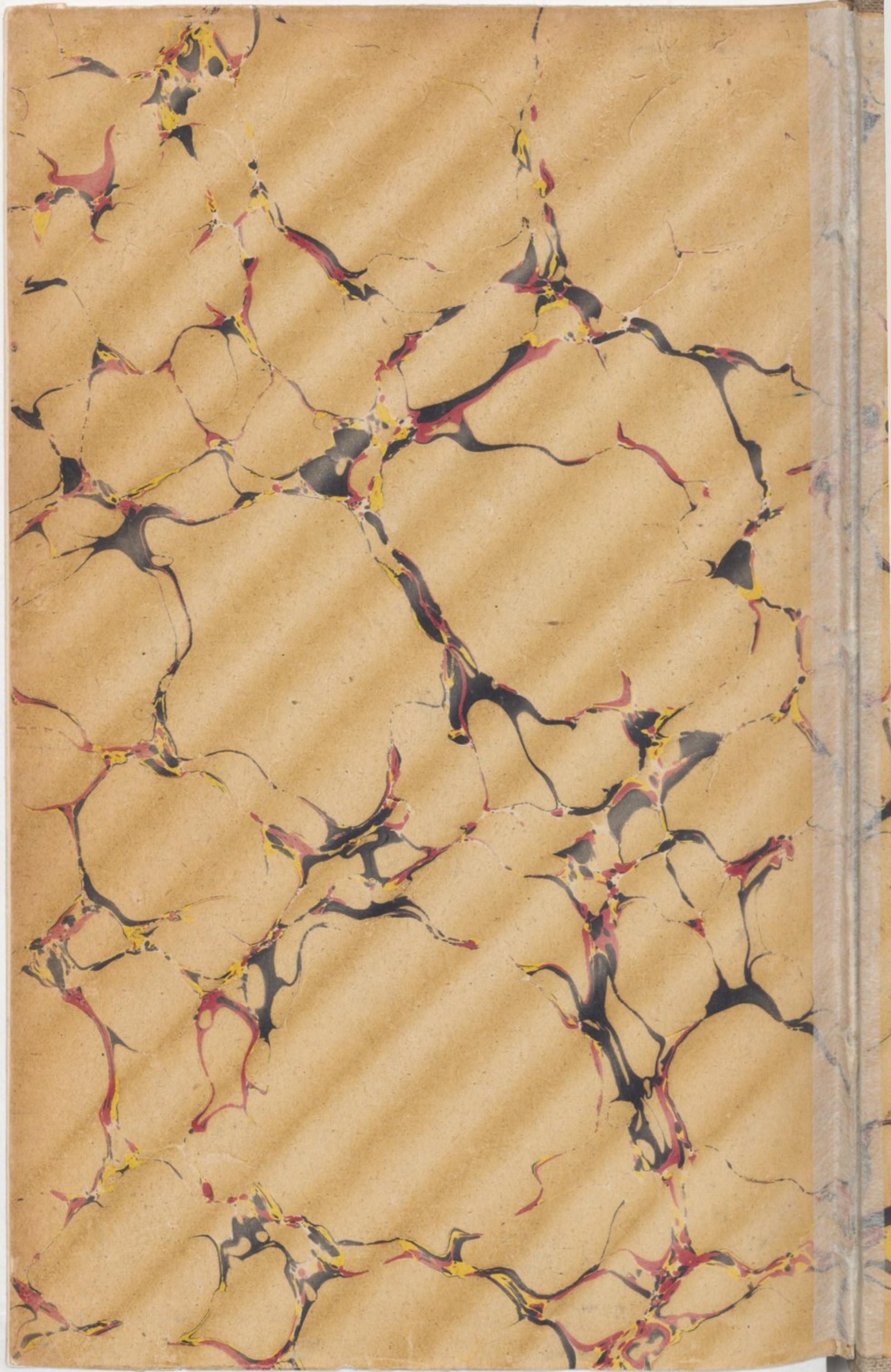














BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE



3 7502 01846656 7

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE PRÉLIMINAIRE

CHAPITRE PREMIER Notion générale de l'obligation

1. Evolution et fixité relative de la théorie des obligations
- 2 Définition classique de l'obligation
3. Distinction de l'obligation juridique et du devoir moral. Situations intermédiaires
4. Distinction du droit personnel et du droit réel
- 4 Le droit personnel et le droit de famille
5. L'obligation a-t-elle toujours une valeur économique?
- 5 Objet des obligations
6. L'obligation n'existe-t-elle qu'entre personnes déterminées?
- 6 Objet des obligations
- 7 Définition de l'obligation. - Objectivité du lien obligatoire
- 8 But des obligations
9. Plan
- 10 L'état d'obligé et la liberté

CHAPITRE II Sources des obligations

11. Le fait juridique. Sens divers de ce mot
12. Faits juridiques volontaires. Actes juridiques
13. Définition de l'acte juridique. Critique
14. Raison d'être de la force obligatoire des actes juridiques. Système classique
15. Critique du système classique. Importance de la sécurité
16. Nombre de volontés intervenant dans les actes juridiques. Notions de l'acte bilatéral (convention). Son étendue. L'acte complexe
- 16 bis. Actes soumis à approbation. Leur nature. Formes d'avertir d'actes juridiques
- 16 ter. Diverses sortes d'actes juridiques unilatéraux
- 16 quater. Des procédures
- 16 quinquies. Eléments complexes des conventions
- 16 sexter. Variétés d'actes multilatéraux
17. Classification des sources des obligations. Code civil. Système de M. Planiol. Critique. Droit étranger
- 17 bis. Compénétration des sources d'obligations

PREMIÈRE PARTIE De la volonté unilatérale comme source d'obligation

18. La volonté unilatérale peut-elle engendrer une obligation
19. Admission de l'affirmative en droit français
- 19 bis. Droit comparé
20. La volonté unilatérale et la jurisprudence
21. Effet de l'obligation par volonté unilatérale

SECONDE PARTIE DES CONTRATS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

- 22 La convention et le contrat
23. La convention et l'acte condition
- 23 bis. Contrat volontaire et contrat nécessaire. Nouvelles observations sur les limites de la conception du contrat. Critique de M. Duguit
- 23 ter. Contrats extrapatrimoniaux
- 23 quater. Contenu du contrat. Obligation et constatation
24. Les contrats et l'acte juridique en général
25. Plan pour l'étude de la formation des contrats
26. Comparaison de l'acte juridique privé et de l'acte juridique de droit administratif
- 26 bis. Eléments nécessaires du contrat

CHAPITRE PREMIER Autonomie et déclaration de volonté

27. Le principe de l'autonomie de la volonté. Ses conséquences
28. Critique, Réaction par les lois impératives et dispositives, par la théorie de l'institution
29. Appréciation de ces réactions
30. L'autonomie et la sécurité. Conséquences
31. La volonté de l'homme n'est pas omnisciente. Conséquences
32. Le système de la déclaration de volonté. Conciliation avec le système de la volonté
33. Rôle de la théorie de la responsabilité délictuelle en matière contractuelle. Pénétration des rapports contractuels et extracontractuels
34. Système de la *culpa in contrahendo*
35. La base de ce système doit-elle être délictuelle ou contractuelle?
36. Etendue de la réparation due, d'après shering
37. Système extensif
- 37 Droit positif français
- 37 Situations contractuelles dérivant d'une faute
38. Le système de la déclaration de volonté en dehors du droit privé
39. La déclaration de volonté en droit comparé

CHAPITRE II De l'acte juridique avec soi-même

40. Sens divers de l'expression acte juridique avec soi-même
41. Le problème de l'acte juridique avec soi-même au point de vue technique
42. Date à laquelle l'acte juridique avec soi-même produit ses effets
43. Précision de la notion de contrat à la suite de ces données
44. Indications historiques
45. Le problème au point de vue pratique. Système de la jurisprudence
46. Contrat avec soi-même ne mettant en jeu qu'un seul patrimoine. Premier cas: Partage de biens dotaux et paraphernaux.
47. Second cas: Cautionnement des biens grevés de substitution. - Biens en partie insaisissables
48. Troisième cas: Rapports de l'héritier bénéficiaire avec la succession
- 48 Renonciation vis-à-vis de soi-même
49. Constitution de sûreté pour une dette future
- 49 Contrat continuant avec une seule personne
- 50 Plan et principe de solution
51. Contrat entre tuteur et pupille
52. Contrats, du père administrateur légal et de son enfant
53. Contrats du mandataire conventionnel avec lui-même
54. Contrats du mandataire judiciaire avec lui-même
55. Le commissionnaire contre-partie
56. De l'autorisation d'être contre-partie. Cas où elle existe
- 57 Contre-partie dans le report
58. Commissionnaire ayant reçu l'ordre d'acheter à un cours fixé d'avance
59. Caractère de la nullité de l'opération de contre-partie
60. Interdiction spéciale pour les agents de changé et mandataires aux halles
61. Situation de celui qui présidé une opération juridique. Vente aux enchères, vérification de créances
62. Du contrat passé par le mandataire commun de deux contractants
63. Du marché par application du commissionnaire
64. Interdiction de la transaction par mandataire commun
65. Cumul de mandats de même nature. Limite de ce principe Société d'une seule personne
66. Contrat de l'agent d'une personne morale avec celle-ci

- 67. Contrat du liquidateur de société avec la société
- 68. Contrat de l'agent de la personne morale de droit administratif avec celle-ci
- 69. Du gérant commun de deux personnes morales. A) *Formule*
- 70. Hypothèses voisines du contrat avec soi-même. Contrat du membre du conseil d'administration d'une personne morale avec celle-ci
- 70 Actes du directeur technique avec la société. - Actionnaires et obligataires
- 71. Actes dans l'intérieur d'une personne morale ou d'un conseil où un des membres est intéressé
- 72. Contrat entre deux groupements liés: maison mère et filiale.
- 73. La question en droit administratif
- 73 Bail à un communiste
- 74. Contrat de la femme avec son mari. A) *Formule*
- 75. Contrat d'un autre incapable avec celui qui l'autorise
- 76. Autorisation donnée par celui qui a qualité pour habilitier deux incapables
- 77. Contrat passé par celui qui doit contrôler cet acte
- 78. Procès entre personnes ayant un représentant commun
- 78 Cumul de la qualité de créancier et de débiteur d'une créance donnée en gage
- 78 Cumul de qualités sans opposition d'intérêts
- 79. De l'acte unilatéral vis-à-vis de soi-même
- 80. Initiative d'un acte unilatéral dont on doit profiter
- 81. A quel moment prend date l'acte juridique avec soi-même
- 82. Cumul du rôle de notaire avec celui de représentation d'une des parties ou avec l'autorisation donnée à celle-ci
- 82 bis. Autres cumuls de qualités: expert exécuteur testamentaire, liquidateur de société et syndic, débiteur d'une créance et détenteur pour le créancier gagiste. - Legs universel et legs particulier
- 83. Cumul de qualité juridique dans les jugements. - Actes d'exécution sur soi-même
- 84. Droit comparé
- 84 bis. La *Selbstcontrahiren* en droit allemand
- 84 ter. Droit autrichien
- 85. Droit italien.
- 86. Droit suisse
- 87. Droit espagnol
- 88. Droit portugais
- 88 bis. Droit belge et luxembourgeois
- 88 ter. Droit anglais
- 88 quater. Droit tunisien et marocain

CHAPITRE III De la représentation

- 89. Définition de la représentation. Son application en droit public et privé
- 90. Variétés de représentation: directe ou indirecte, originaire ou dérivée, active ou passive, générale ou spéciale
- 91. Utilité de la représentation
- 92. Distinction du représentant et des autres intermédiaires courtier, messenger
- 92 bis. L'organe d'une personne morale est un représentant
- 93. Origine historique de la représentation
- 94. Qui peut être représentant: personne physique ou morale, personne désignée par sa fonction
- 95. Qui peut être représenté? Personnes futures, indéterminées, etc
- 96. Capacité exigée du représentant et du représenté
- 96 bis. Objet de la représentation
- 97. Sources de la représentation: loi, jugement, convention, volonté unilatérale. A) *Formule d'acte*
- 98. Rapport de la représentation et du mandat. Rôle de la volonté unilatérale
- 99. Double intention nécessaire pour qu'il y ait représentation
- 100. De l'abus de pouvoir et du pouvoir apparent
- 101. Acte fait dans la limite de pouvoir
- 101 bis. Communauté de pouvoir du représentant et du représenté
- 102. Acte entaché d'abus de pouvoir. Premier cas
- 103. Second Cas. Actes qui étaient interdits au représentant
- 104. Le tiers doit-il se faire représenter les pouvoirs? Distinction suivant qu'il est ou non en face d'un représentant permanent
- 105. Responsabilité du représentant qui excède ses pouvoirs
- 106. Application de ces principes à l'abus de la signature sociale
- 107. Situation du représentant à l'égard du représenté si la représentation n'a pas lieu
- 108. Situation du représentant à l'égard du tiers dans le même cas
- 109. Principe qui se dégage des nécessités pratiques
- 110. De celui qui représente sans pouvoir. Renvoi à la gestion d'affaire
- 110 bis. De celui qui par sa faute a permis à une personne de se présenter comme le représentant
- 111. Gestion d'affaires du tiers contractant
- 112. Commencement et fin du droit de représenter
- 113. Utilité de notifications pour mettre fin à ce droit
- 114. Obligation pour le représentant de rendre la procuration
- 115. Extension de ces solutions au droit public. - Principes généraux sur le commencement et la fin des pouvoirs
- 116. Moyens d'éviter les difficultés précédentes
- 117. Pouvoir de l'ex-représentant pour les actes urgents. Sa situation pour les actes non urgents

De la ratification

- 118. Notion de la ratification
- 119. Principes directeurs en matière de ratification
- 119 Date probable de la révocation
- 119 Capacité pour ratifier
- 120. Qui peut ratifier et à quel moment? Conditions diverses.
- 121. Inapplicabilité des formes de l'art. 1338
- 122. Ratification tacite
- 123. Ratification des actes solennels
- 124. Caractère unilatéral de la ratification. A) *Formule d'acte*.
- 125. Etendue des effets de la ratification
- 126. Rétroactivité de ses effets entre les parties
- 127. Non rétroactivité à l'égard des tiers
- 128. Construction technique de la ratification

Preuve de la représentation

- 129. Preuve de la représentation
- 130. Modes de preuve admis suivant les cas
- 131. Justification à exiger de celui qui se dit représentant
- 131 Preuve du droit de représentation rapportée après l'acte passé

Effet de la représentation

- 132. Effet essentiel de la représentation. Comment s'apprécie la capacité d'acquiescer et de recevoir
- 133. Jugements contre le représentant es-qualités
- 134. Déclaration de volonté adressée au représentant
- 135. Violence et erreur en cas de représentation
- 136. Dol contre le représentant
- 137. Acte illicite du représentant
- 138. Solidarité du représentant et du représenté pour la responsabilité

- 139. La bonne foi s'apprécie-t-elle chez le représentant?
- 140. Lieu de formation du contrat par représentant
- 141. Question de la date certaine entre représentant et représenté
- 142. Contre-lettre, commencement de preuve écrite, aveu émanant du représentant
- 143. Effet à l'égard du représentant des actes soumis à publicité.
- 144. Du représentant substitué
- 145. Communauté de pouvoir entre le représentant et le représenté
- 146. La représentation indirecte. Renvoi

Construction technique

- 147. Théorie classique de Pothier et de Savigny
- 148. Théorie de Ihering
- 149. Théories de Mitteis, Tartufari et Thöl
- 150. Principes directeurs: importance du but, idée du pouvoir du représentant; solidarité entre représentant et représenté
- 151. Droit comparé
- 151 Droit autrichien
- 151 Droit italien
- 152. Droit portugais
- 153. Droit espagnol
- 154. Droit allemand
- 155. Droit suisse
- 155 Droit anglais
- 155 Droit tunisien et marocain

CHAPITRE IV

De la volonté

- 156. Plan
- 157. Idées dominantes
- 158. Volonté non sérieuse. Réserve mentale
- 158 bis. La volonté de l'effet pratique suffit

De la simulation

- 159. Définition
- 160. Effet général de la simulation
- 161. Effet de la simulation contre les tiers
- 162. Les tiers peuvent-ils établir la simulation. Rapport avec l'action paulienne
- 163. Effet de l'acte simulé entre les ayants cause des contractants
- 164. Actes non susceptibles d'être déclarés simulés. Contrats visant les personnes. Actes unilatéraux. Mesure de publicité
- 165. Principe qui se dégage de la jurisprudence
- 166. Respect des formes de l'acte dissimulé
- 167. Importance de la régularité de l'acte apparent
- 168. En quel sens est-elle exigée. Actes avec clauses secrètes
- 169. Preuve de la simulation entre contractants
- 170. Preuve de la simulation par les tiers ou contre eux
- 171. Dans quelle mesure la simulation est une question de fait
- 172. La simulation en droit comparé: droit italien, espagnol, allemand, autrichien, suisse, anglais, tunisien

Volonté expresse ou tacite

- 173. Formes de l'expression de la volonté. Equivalence générale des volontés expresses ou tacites. Exceptions. Pouvoir du juge en cette matière. A) *Formules de déclarations expresses*
- 174. La volonté expresse dans la dispense de rapport
- 175. La volonté expresse dans la clause de solidarité
- 176. La volonté expresse pour l'adoption du régime dotal
- 177. La volonté expresse dans la transaction sur acte nul, la donation
- 178. La volonté expresse dans la novation
- 179. La volonté expresse pour le paiement d'un legs par préférence
- 180. La volonté expresse dans l'imputation des paiements, l'hypothèque des biens à venir, la promesse d'intérêts, pour la rémunération du mandataire
- 181. La volonté expresse dans la doctrine française. Manque de direction de la jurisprudence
- 182. La notion de Volonté expresse à l'étranger, Chironi et Abello, Savigny
- 183. Notion de la volonté expresse
- 184. Preuve de la volonté expresse
- 184 bis. Volonté expresse et volonté tacite en opposition. Actes faits sous réserve

Le silence manifestation de volonté

- 185. Notion du silence
- 186. Rôle juridique général du silence. Textes du code
- 187. Le silence créateur d'obligations en cas de devoir de répondre
- 187 bis. Le silence en cas de libéralité *post mortem*
- 188. Le silence créateur d'obligation dans les autres cas: cas d'absence d'intérêt contraire. Effet d'une mise en demeure
- 189. Application à l'acceptation des factures, à la ratification des actes du mandataire, etc
- 189 Construction technique
- 189 De l'abstention dans les assemblées
- 189 Extension et passage de l'idée de silence à celle d'obligation unilatérale à propos de certaines déclarations à des collectivités
- 190. Rôle juridique du silence en , en , en , en , en , en

Des actes solennels

- 191. Notion de l'acte solennel
- 192. Son rôle historique. Sa renaissance. Formes exigées pour d'autres motifs
- 193. Promesse d'acte solennel. Empêchement de passer l'acte
- 194. But de la solennité
- 195. Nécessité de la validité de l'acte en la forme. Preuve de l'acte solennel.
- 195 Adaptation des formalités aux circonstances
- 196. Principaux actes solennels de droit civil
- 196 Modification des actes solennels
- 196 Engagement relatif visant certains actes solennels
- 197. La procuration pour un acte solennel doit-elle l'être aussi? Distinction
- 198. Forme des pouvoirs du représentant légal, de l'organe des personnes morales. Application aux actes faits pour une société
- 199. Ratification des actes solennels. Confirmation. Rétablissement. Déclaration de nullité
- 199 Nullité de l'acte fait sans les formes légales
- 200. Autorisation en vue d'un acte solennel
- 200 Actes destinés à être inscrits ou transcrits
- 201. Caractère solennel des procédures du droit civil. Forme des procurations
- 202. Formalités de publicité. Rôle de la connaissance de fait dans la transcription, le transfert de rentes, la cession de créance, l'inscription d'hypothèque, la mutation en douane
- 203. Principe général. Caractère solennel des publicités
- 204. Caractère solennel des procédures judiciaires
- 205. Actes solennels de droit public
- 206. Actes solennels du droit commercial
- 207. Acte solennel et volonté expresse

- 208. Les actes solennels n'exigent pas l'unité de temps
- 209. Les actes solennels civils et les personnes morales de droit public
- 210. Destruction et modification des actes solennels. Durée des actes solennels accessoires
- 211. Distinction de l'acte solennel et des actes exigés pour la la preuve Caractère des formalités fiscales. Formalités habilitantes
- 211 Solennités volontaires
- 211 Une forme volontaire doit-elle être présumée solennelle?
- 211 Solennités extrinsèques et intrinsèques
- 212. Droit italien, allemand, suisse et espagnol
- 212 Droit anglais

Des actes complexes

- 213. Admission des actes complexes. Exceptions
- 214. Admissibilité de la conversion des actes juridiques
- 214 Acte juridique constaté par plusieurs instruments

Volontés abstraites et concrètes

- 215. Volonté abstraite ou concrète

Des vices de la volonté en général (Préambule aux chapitres V à VIII)

- 216 Vice de la volonté et incapacité. Distinction
- 216 Classification des vices de la volonté
- 217. Conflit social qu'elle soulève. Sa solution
- 217 Les vices de la volonté et l'égalité

CHAPITRE V De l'erreur dans les actes juridiques

Théorie générale

- 218. Définition. Diverses sortes d'erreur

SECTION I De l'erreur dans les matières d'intérêt privé

- 219. Avertissement

De l'erreur dans la formation des actes juridiques

- 219 Erreur en cas d'incapacité
- 219 Plan
- 220. Rôle de l'erreur dans le passé
- 220 Le code civil. Son insuffisance
- 221. Portée pratique de l'erreur

De l'erreur dans la formation de la volonté

- 222. Formule qui domine la jurisprudence
- 223. Erreur sur la matière d'après la jurisprudence
- 224-225. Erreur dans les ventes d'oeuvres d'art d'après la jurisprudence
- 226. Erreur sur des qualités importantes d'après la jurisprudence
- 226 bis. Erreur sur les quantités
- 227. Erreur sur la portée pratique d'un acte en jurisprudence
- 228. Erreur sur le but principal en jurisprudence
- 229. Erreur sur l'aptitude de l'objet à l'usage voulu d'après la jurisprudence
- 230. L'erreur consistant à contracter sur la chose d'autrui est-elle-en général, une cause de nullité?
- 231. Erreurs sur des points secondaires qui d'après la jurisprudence n'emportent pas nullité
- 231 Erreur à propos de droits réels sur la chose vendue -
- 232. De l'erreur dans les actes unilatéraux, dans les actes judiciaires, dans les actes sur des universalités
- 233. Erreur dans les contrats unilatéraux
- 234. Distinction des points principaux et secondaires. Critérium subjectif
- 235. Importance de la déclaration
- 236. De l'erreur sur les motifs
- 237. De l'erreur sur la valeur des droits et sur la solvabilité.
- 238. Du moment où il faut apprécier les qualités de l'objet promis
- 239. Notion de la substance d'après la doctrine. Système proposé
- 240. L'erreur sur la personne dans les actes à titre gratuit
- 241. L'erreur sur la personne dans les actes à titre onéreux
- 242. L'erreur sur la personne dans le mariage et les autres actes visant l'état des personnes
- 243. Qualité que doit présenter l'erreur sur la personne pour être cause de nullité
- 244. De l'erreur unilatérale. Jurisprudence
- 245. De l'erreur unilatérale en doctrine. Système proposé Erreur excusable
- 246. De l'erreur de droit
- 247. Des questions controversées
- 248. Erreur sur la cause. Erreur sur les éléments non volontaires du contrat
- 248 Cas où l'objet de l'erreur disparaît
- 249. De l'erreur obstacle
- 250. Preuve de l'erreur. Pouvoir du juge du fait. Erreur et bonne foi
- 251. De l'erreur en droit public

Erreur d'expression, transmission ou interprétation

- 252. Jurisprudence sur les erreur d'expression
- 253. Jurisprudence sur les erreurs dans les affiches à la main
- 254. Jurisprudence sur les erreurs d'expression rectifiables aisément
- 255. Jurisprudence sur les erreurs de date dans les testaments et sur les erreurs matérielles en général
- 256. Des erreurs matérielles dans les lois, jugements, etc
- 257. Erreur dans les loteries
- 258. Principe sur l'erreur matérielle
- 259. Omissions non rectifiables
- 260. De l'erreur dans la transmission de la volonté
- 261. Effet des remises de blanc-seing
- 262. Vol de titres au porteur non émis
- 263. Erreur dans l'interprétation
- 264. Déclaration remise par erreur à un autre que le destinataire véritable
- 265. Faut-il tenir compte des déclarations dont l'origine est incertaine. - Formule
- 266. Preuve de l'erreur
- 267. De l'erreur dans la transaction
- 268. Exclusion conventionnelle de l'erreur. L'erreur dans les assurances. L'incontestabilité. - Formule
- 268 Réglementation de l'erreur dans l'assurance
- 269. Effet de l'erreur. Restitutions
- 270. Rapports de l'erreur et de la garantie
- 270 De l'erreur à effet négatif
- 270 Effet de l'erreur à propos des déchéances dans les assurances

Erreur dans les matières d'ordre public

- 271. Plan. Construction de la théorie de l'erreur dans les matières d'ordre public

De l'erreur dans l'application des tarifs de chemins de fer

- 272. Erreur dans les tarifs de chemin de fer. jurisprudence
- 273. Appréciation de la jurisprudence
- 274. Généralisation. Application à tous les tarifs établis par l'autorité. - Cas de contrats collectifs

275. Erreur dans l'application des lois d'ordre public

SECTION II De la maxime "error communis facit jus"

276. De la maxime *error communis*

277. Quand l'erreur est-elle commune?

278. De l'erreur commune de droit

279. Admission de l'erreur commune. - Actes des pouvoirs de fait

280. Erreur commune dans les formes des actes

281. Erreur commune sur la qualité d'une personne

282. Erreurs communes à propos des actes créant des situations permanentes

283. Application aux sociétés

284. Application à l'héritier apparent, etc

285. Limite de l'application de la maxime. Etendue. Temps

285 Essai de vue générale sur les effets juridiques de l'erreur.

286. Droit comparé

286 Droit italien

287. Droit portugais

288. Droit espagnol

289. Droit allemand

290. Droit suisse

291. Droit autrichien

291 Droit luxembourgeois

291 Droit belge

291 Droit anglais

291 Droit tunisien et marocain

CHAPITRE VI De la violence

Théorie générale de l'absence de liberté et de ses conséquences

292. Violence destructive du consentement

293. Violence vice du consentement. Historique

294. Théorie générale sur les conséquences de l'absence de liberté

295. Violence ayant un effet positif

296. Violence ayant un effet négatif

297. Faits matériels ayant un effet positif ou négatif (force majeure)

297 La violence dans la possession

298. La violence et l'absence de faute du violenté

299. L'effet de la violence et les tiers

300. Effet de la violence et des faits extérieurs

301. Critique du système actuel.

302. Conventions sur la violence et la force majeure

303. Valeur de la théorie de la violence. Ses rapports avec la cause. Utilité pratique et théorique

La violence dans la formation des actes juridiques

304 La violence dans les actes du droit privé ou public

304 Violence à l'égard des incapables ou de ceux qui les autorisent

305. Notion de la violence. Rapport avec le droit pénal

306. L'acte doit-il être positif?

307. Violence physique et violence morale

308. Violence morale par poursuite

309. Jurisprudence sur ce point

310. La violence doit être grave

311. Refus de passer contrat sinon à des conditions très onéreuses. Etat de nécessité

312. Crainte révérentielle

313. Point de vue objectif et subjectif sur l'effet de la violence

314. Nécessité de menace "présente"

315. Violence par menace visant les biens

316. Influence de la faute antérieure du violenté

317. Caractère injuste de la violence. Cas de justice dans le but

318. Violence injuste dans ses moyens

319. De qui doit émaner la violence

320. Violence venant des faits antérieurs. Sauvetage. Jurisprudence et doctrine

321. Explication du droit à récompense du sauveteur

322. Cas de promesse par une personne attaquée

322 Explication technique du dépôt nécessaire

323. Contre qui doit s'exercer la violence

324. Menace de se tuer

325. La violence doit avoir été déterminante. Violence incidente

326 Preuve de la violence

327. Nullité dérivant de la violence

328. Quand la ratification de l'acte est-elle possible?

329. La violence et les actes créant des institutions: mariage, etc.

330. La violence et les actes unilatéraux

331. La violence et les actes unilatéraux collectifs

332. Droit comparé

332 Droit autrichien

333. Droit italien

334. Droit portugais

335. Droit espagnol

336. Droit allemand

337. Droit suisse

337 Droit anglais

337 Droit tunisien et marocain

CHAPITRE VII Du dol

Le dol et la fraude

338. Définition du dol

339. Le dol et la fraude

340. Nécessité de l'intention

341. Du but illicite

342. Moyens positifs ou négatifs

343. Caractère illicite des moyens

344. Principe

345. Preuve du dol et de la fraude

346. Effet du dol et de la fraude

347. Dol et fraude à effet négatif

348. Acte frauduleux à l'égard des tiers. Nullité à leur égard

349. Nullité entre les parties

- 350. Limite à la nullité
- 351. Cas de simulation
- 352. Construction de la théorie générale du dol et de la fraude

Dol dans la formation des actes juridiques

- 353. Caractère général de la théorie du dol
- 354. Rôle de la cour de cassation en matière de dol
- 355. Dol civil et dol criminel
- 356. Influence des moeurs sur la notion de dol
- 357. L'intention de tromper
- 358. Nécessité d'un acte positif en général. Le dol par le silence
- 359. Jurisprudence sur le dol par dissimulation
- 360. Jurisprudence sur le dol par affirmation
- 361. Appréciation objective du dol
- 362. Nécessité de l'absence de faute de la victime
- 363. Le dol doit avoir été déterminant
- 363 Deux cas pratiques de dol. Vente à tempérament de valeurs à lot, vente à monopole
- 364. Rapport du dol et de l'erreur.
- 364 Rapport du dol et des vices rédhibitoires
- 365. Le dol doit avoir été préjudiciable
- 366. De qui doit émaner le dol.
- 366 Dol dans les donations
- 367. Dol du représentant, de l'organe, de l'incapable habilité, de celui qui habilite
- 368. Dol au cas de contrat au profit d'un tiers
- 369. Effet du dol dans les contrats multilatéraux
- 369 bis. Du dol exercé par un contractant sur un tiers
- 370. Effet du dol émané d'un tiers
- 370 bis. Du dol à l'égard d'un incapable ou de celui qui l'autorise. Généralisation
- 371. La notion de dol dans les testaments
- 372. Preuve du dol
- 373. Nature de la nullité
- 374. Effet de la nullité à l'égard des tiers
- 375. Etendue des effets de la nullité
- 376. Délai pour agir
- 377. Du dol incident
- 378. Du dol dans la transaction
- 378 Conventions sur le dol
- 379. Dol dans les actes unilatéraux
- 380. Dol dans les actes unilatéraux collectifs.
- 381. Dol dans les contrats et actes unilatéraux sur l'état des des personnes
- 382. Dol dans les actes de droit public
- 383. Dol à effet négatif
- 384. Dol incident à effet négatif. Application aux déchéances dans l'assurance
- 385. Droit comparé
- 385 Droit autrichien
- 386. Droit portugais
- 387. Droit italien
- 388. Droit espagnol
- 389. Droit allemand
- 390. Droit suisse
- 390 Droit luxembourgeois
- 390 Droit anglais
- 390 Droit tunisien et marocain

CHAPITRE VIII De la lésion

Historique. Idées sociales et techniques

- 391. Définition de la lésion. Droit romain
- 392. La lésion dans l'ancien droit
- 393. La lésion à l'époque révolutionnaire et lors de la préparation du code civil
- 394. Les conceptions sociales que la lésion met en jeu. Idées techniques auxquelles on peut la rattacher
- 395. L'avenir de la lésion et la jurisprudence (Théorie de M. Barassi
- 396. Nécessité d'une lésion grave
- 397. Conceptions techniques de la lésion. Conséquences au point de vue de la chose jugée et des contrats où un point est fixé par un tiers
- 398. Sanctions diverses de la lésion. - Lésions qu'on ne désigne pas sous ce nom

Notion de la lésion

- 399. Notion spéciale de la lésion pour les mineurs
- 400. Notion de la lésion entre majeurs. Exclusion de la lésion par la tarification. Caractère objectif de la lésion
- 401. 1° L'opération doit être appréciée dans son ensemble. Jurisprudence sur les partages
- 402. Jurisprudence sur le contrat de travail du mineur
- 403. 2° La valeur des biens s'apprécie au jour où l'acte devient définitif
- 404. Jurisprudence sur le partage d'ascendants
- 404 La lésion doit venir d'erreur d'estimation
- 405. Des actes modificatifs du contrat primitif
- 406. 3° La valeur s'apprécie d'après l'opinion commune,
- 407. Trésor, gisement minéral. Fruits
- 408. Omission d'un rapport. Insolvabilité d'un débiteur
- 409. Accessoires du prix. Charges
- 410. Exclusion de la lésion dans les actes gratuits
- 411. La lésion résulte de toute perte. Cas d'omission dans un partage
- 412. Lésions dans les acceptations de successions
- 413. Lésion dans les contrats aléatoires. Jurisprudence
- 413 L'absence de prix sérieux peut-elle être assimilée à une lésion?
- 414. La lésion est une question de fait
- 415. Preuve de la lésion
- 415 La lésion venant d'une erreur de droit

Contrats où la lésion est admise

- 41b. Cas prévus formellement par les textes
- 417. La lésion dans la vente
- 418. Vente par autorité de justice
- 419. Vente à réméré
- 420. Il faut une vente d'immeubles
- 420 Comment se calcule le prix
- 421. Ventes d'engrais, etc. (loi du 8 juillet 1907)
- 422. La lésion dans le partage
- 423. La lésion dans le partage d'ascendant

- 424 La lésion fait annuler toutes les sortes de partages
- 425. Partage sous forme de vente, arbitrage
- 426. Cession de droits successifs
- 427. Transaction
- 428. La lésion doit être de plus du quart
- 429. La lésion dans l'attribution des bénéfices aux associés
- 430. Clause d'une société attribuant la totalité des bénéfices à un associé
- 431 Clause affranchissant un associé de toute contribution aux pertes. Jurisprudence. Explication de ses incertitudes
- 432. Promesse par un tiers de garantir à un associé son apport.
- 433. Assurances du recouvrement de l'apport
- 433 Emission d'actions au dessous du pair
- 433 La lésion à propos de certaines clauses du contrat de travail
- 433 . Lésion dans la communauté
- 434. La lésion est inefficace dans les autres contrats
- 435. Jurisprudence sur le salaire des mandataires, des médecins.
- 436. Jurisprudence sur les opérations ressemblant à des arbitrages
- 437. Jurisprudence sur les ventes de fonds de commerce
- 438. Explication technique de ces jurisprudences. L'abus du droit
- 438 Exclusion de la lésion dans les actes unilatéraux -
- 438 Lésion dans les actes de droit public
- 439. Impossibilité de renoncer à la rescision pour lésion
- 440. Cas où la nature du contrat exclut la rescision: A. Formule
- 441. La lésion ne peut être invoquée pour la première fois en cassation

Effets de la lésion

- 442. La lésion entraîne ordinairement nullité
- 443. Conséquences de la nullité. Effet à l'égard des tiers. Cas d'incendie. Restitution des fruits
- 444. Moyen d'éviter la nullité
- 445. Qui peut arrêter l'action?
- 446. Situation technique
- 447. Jusqu'à quel moment l'option est possible
- 448. Hypothèses où la lésion n'emporte pas nullité, mais réduction
- 449. Formes modernes de mesures contre la lésion. 1° Interdiction de certaines clauses léonines
- 450. 2° Mesures de forme. Estimations. Publicités
- 451. Sanction des mesures précédentes contre la lésion
- 451 Appréciation critique de ces mesures
- 452. Délai pour agir en rescision. Point de départ du délai
- 453. Moment à partir duquel on peut agir
- 454. Indivisibilité de l'action
- 455. Extinction de l'action
- 456. Droit comparé
- 456 Droit anglais
- 456 Droit autrichien
- 457. Droit italien
- 458. Droit espagnol et portugais
- 459. Droit allemand
- 460. Droit suisse
- 461. Droit belge
- 462. Droit luxembourgeois
- 462 Droit tunisien et marocain